



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

Antonio Paolo Seminara

L'INFORMAZIONE PUBBLICITARIA
NELLA REGOLAMENTAZIONE
GIURIDICA DEI MERCATI

2023



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

42

2023

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

Proprietà letteraria riservata

*Redazione a cura dell'Ufficio Editoria Scientifica di Ateneo
dell'Università degli Studi di Trento*

© Copyright 2023
*by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento*

ISBN 978-88-5541-011-3
ISSN 2421-7093

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 979-12-5976-601-4.

Maggio 2023

Antonio Paolo Seminara

L'INFORMAZIONE PUBBLICITARIA
NELLA REGOLAMENTAZIONE
GIURIDICA DEI MERCATI

Università degli Studi di Trento 2023

“Se fossimo sinceri non dovremmo pregare: «Dacci oggi il nostro pane quotidiano», ma «dacci oggi la nostra fame quotidiana», come suona un aforisma molussico, affinché la fabbricazione del pane rimanga quotidianamente assicurata. Anche se la preghiera dovesse uscire ancora oggi dalle nostre bocche umane, in realtà a pregare sono i prodotti: «Dacci oggi i nostri mangiatori quotidiani...».

Di fatto, questo aforisma molussico vale per il 99 per cento di tutti i prodotti. Poiché la *maggioranza dei prodotti* – persino quelli che non possiamo chiamare artificiali, come ad esempio il burro, che si accumula in vere e proprie montagne, affermando la propria digeribilità – *hanno fame di essere consumati*, visto che non possono né devono senz’altro contare sul riscontro di un’altrettanto grande fame umana. Cioè, affinché i conti tornino e la produzione non s’interrompa, dev’essere introdotto a forza tra prodotto e uomo un prodotto ulteriore (di secondo grado), e questo prodotto si chiama «bisogno». Formulato secondo la nostra prospettiva: *per poter consumare prodotti, è necessario che ne abbiamo necessità*. Ma poiché questa necessità non ci viene spontanea (come la fame), dobbiamo *produrla*; e ciò per mezzo di una industria particolare, con mezzi specifici di produzione prodotti macchinalmente a questo scopo, che sono *prodotti di terzo grado*. Questa industria, che deve rendere uguale la fame delle merci di essere consumate e la nostra fame di merci, si chiama «pubblicità». Si producono dunque mezzi di propaganda, al fine di produrre il bisogno di prodotti che hanno bisogno di noi; in modo che, liquidando questi prodotti, noi garantiamo la continuazione della produzione di questi prodotti”

G. Anders, *L'uomo è antiquato. Vol. II. Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale*

Ai miei genitori e a tutti gli amici
che mi hanno supportato in questo viaggio.
Ai professori U. Izzo e L. Nivarra,
per i preziosi consigli forniti lungo il cammino.
A Francesco che non c'è più, ma che rimarrà sempre.

INDICE

	Pag.
INTRODUZIONE.....	1
 CAPITOLO I LA PUBBLICITÀ COME FENOMENO SOCIALE, CULTURALE ED ECONOMICO	
<i>1.1. L'evoluzione della pubblicità nel contesto del libero mercato..</i>	11
<i>1.1.1. I primi media della comunicazione commerciale: dalla stampa alla radio.....</i>	14
<i>1.1.2. Il video pubblicitario e lo sviluppo del sistema televisivo...</i>	18
<i>1.1.3. La pubblicità digitale nell'era di Internet e le nuove forme di marketing non convenzionale.....</i>	22
<i>1.2. Sociologia dei consumi.....</i>	25
<i>Segue. La comunicazione commerciale come principale vei- colo di produzione simbolica.....</i>	32
<i>1.3. Il ruolo della psicologia nella pubblicità moderna-contem- poranea.....</i>	37
<i>1.3.1. Le teorie psicologiche e la loro applicazione a fini di persuasione commerciale.....</i>	39
<i>1.3.1.1. La psicoanalisi.....</i>	43
<i>1.3.1.2. La teoria comportamentale e il filone degli Heu- ristics and Biases.....</i>	47
<i>1.3.1.3. Il neuromarketing e la "fisiologia del consumo".....</i>	52
 CAPITOLO II LA REGOLAZIONE GIURIDICA DELLA PUBBLICITÀ	
<i>2.1. Introduzione alla pubblicità come fenomeno giuridico.....</i>	57
<i>2.2. La definizione giuridica della pubblicità.....</i>	61
<i>2.3. L'inquadramento costituzionale della comunicazione com- merciale.....</i>	70

	Pag.
2.4. <i>La pubblicità dal punto di vista del codice civile</i>	76
<i>Segue. L'interazione tra la comunicazione commerciale e i diritti della personalità</i>	80
2.5. <i>L'autodisciplina pubblicitaria nel quadro delle regole di mercato: nascita e struttura del sistema nel contesto nazionale e internazionale</i>	84
2.5.1. <i>Gli interessi protetti nel contesto autodisciplinare</i>	88
2.5.2. <i>Il valore giuridico delle regole e delle decisioni autodisciplinari</i>	98

CAPITOLO III

LA PUBBLICITÀ COME “PRATICA COMMERCIALE”
E LA TUTELA DELLA LIBERTÀ CONSUMERISTICA

3.1. <i>Nascita e ratio della disciplina a tutela del consumatore</i>	105
3.2. <i>La disciplina delle pratiche commerciali scorrette</i>	111
3.3. <i>Consumatore “medio” e consumatore “particolarmente vulnerabile”</i>	122
3.4. <i>La libertà del consumatore</i>	136
3.5. <i>La pubblicità ingannevole</i>	140
<i>Segue. L'ingannevolezza nel sistema autodisciplinare</i>	153
3.5.1. <i>Qualche esempio di pubblicità ingannevole nella prassi dell'antitrust e del Giurì di autodisciplina</i>	158
3.5.2. <i>Le esagerazioni palesemente iperboliche</i>	166
3.5.3. <i>La pubblicità occulta come forma particolare di pubblicità ingannevole</i>	171
3.5.3.1. <i>La pubblicità redazionale</i>	173
3.5.3.2. <i>Il product placement</i>	176
3.5.3.3. <i>L'accertamento della pubblicità occulta</i>	180
3.5.3.4. <i>L'influencer marketing</i>	182
3.5.4. <i>Le forme di ingannevolezza alla luce delle ricerche di psicologia cognitivo-comportamentale</i>	186
3.6. <i>La pubblicità aggressiva</i>	195

CAPITOLO IV
LA PUBBLICITÀ LESIVA
DEGLI INTERESSI DEI PROFESSIONISTI

<i>4.1. La disciplina pubblicitaria a tutela dei professionisti.....</i>	203
<i>4.2. Gli atti di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c. posti in essere con la comunicazione commerciale e le ipotesi corrispondenti del sistema autodisciplinare.....</i>	206
<i>4.2.1. La pubblicità con imitazione scorretta ai sensi dell'art. 2598, n. 1, c.c. e dell'art. 13 del codice di autodisciplina della comunicazione commerciale.....</i>	209
<i>4.2.2. La pubblicità denigratoria.....</i>	216
<i>4.2.3. L'appropriazione di pregi altrui.....</i>	221
<i>4.2.4. La pubblicità sleale per violazione dei principi di correttezza professionale.....</i>	226
<i>4.3. La pubblicità ingannevole e scorretta-comparativa di cui al d.lgs. n. 145/2007.....</i>	232
<i>4.3.1. La pubblicità ingannevole lesiva degli interessi dei professionisti.....</i>	237
<i>4.3.2. La pubblicità scorretta comparativa.....</i>	242
<i>4.4. Pubblicità e tutela del diritto d'autore.....</i>	259

CAPITOLO V
LA DISCIPLINA DELLA PUBBLICITÀ
NEI DIVERSI CANALI DI COMUNICAZIONE

<i>5.1. Breve introduzione ai diversi canali di comunicazione della pubblicità.....</i>	265
<i>5.2. Il Testo Unico in materia di Servizi dei media audiovisivi e radiofonici, le diverse tipologie di pubblicità radio-televisiva e le condizioni di legittimità stabilite dalle disposizioni settoriali.....</i>	267
<i>5.2.1. Le disposizioni sulle interruzioni pubblicitarie e sui teti di affollamento.....</i>	278
<i>5.2.2. Le regole sulla pubblicità televisiva specificamente dedicate alla protezione dei minori.....</i>	283

INDICE

	Pag.
5.3. <i>La pubblicità al cinema</i>	286
5.4. <i>La c.d. “pubblicità stampa”</i>	289
5.5. <i>La pubblicità in luoghi pubblici</i>	293
5.6. <i>La pubblicità nella dimensione digitale</i>	303
5.6.1. <i>Brevi riflessioni sull’ambiente digitale e sul marketing nel cyberspazio</i>	303
5.6.2. <i>Gli obblighi informativi dei professionisti nell’ambito della regolazione dell’e-commerce</i>	309
<i>Segue. La (ir)responsabilità dell’Internet Service Provider per le informazioni immesse nelle piattaforme online</i>	320
5.6.3. <i>Cookie e profilazione: uno sguardo alla pubblicità personalizzata</i>	325

CAPITOLO VI

PUBBLICITÀ E CATEGORIE MERCEOLOGICHE

6.1. <i>La comunicazione commerciale relativa a particolari categorie merceologiche</i>	337
6.2. <i>La pubblicità dei farmaci</i>	344
6.3. <i>La comunicazione commerciale relativa ai prodotti cosmetici</i> ...	349
6.4. <i>La pubblicità dei prodotti alimentari</i>	356
6.4.1. <i>Le bevande alcoliche</i>	370
6.4.2. <i>I prodotti destinati a un’alimentazione particolare</i>	375
6.5. <i>La pubblicità dei prodotti da fumo</i>	381
6.6. <i>La pubblicità dei giocattoli per bambini e dei corsi di istruzione</i>	386
6.7. <i>La comunicazione commerciale in materia creditizia</i>	387
6.8. <i>Gli obblighi informativi relativi ai prodotti finanziari e alla prestazione di servizi di investimento</i>	398
6.9. <i>Informazione e trasparenza nel settore assicurativo</i>	405
6.10. <i>La pubblicità nel settore turistico</i>	411

CAPITOLO VII
GLI STRUMENTI DI TUTELA
CONTRO LE FORME ILLEGITTIME DI PUBBLICITÀ

<i>7.1. Introduzione agli strumenti di tutela contro la pubblicità illegittima.....</i>	419
<i>7.2. Il public enforcement contro le pratiche commerciali scorrette e contro la pubblicità ingannevole e scorretta comparativa...</i>	425
<i>7.2.1. L'avvio del procedimento amministrativo dinnanzi all'Autorità antitrust.....</i>	429
<i>7.2.2. I poteri dell'A.G.C.M. durante la fase istruttoria</i>	430
<i>7.2.3. La fase conclusiva del procedimento e il provvedimento finale.....</i>	432
<i>7.2.4. L'assunzione di impegni da parte del professionista e l'opportunità di una decongestione del contenzioso amministrativo in materia pubblicitaria</i>	438
<i>7.3. Gli strumenti di tutela giurisdizionale attivabili contro la pratica pubblicitaria.....</i>	441
<i>7.3.1. L'azione inibitoria collettiva</i>	441
<i>7.3.2. La nuova class action di cui all'art. 840-bis c.p.c.</i>	449
<i>7.3.3. Gli altri rimedi attivabili dal singolo consumatore avverso la pratica pubblicitaria scorretta</i>	458
<i>7.3.4. La tutela giurisdizionale dei professionisti concorrenti dalla pubblicità illegittima</i>	469
<i>7.4. Le Alternative Dispute Resolutions</i>	474
<i>7.5. Il sistema di tutela previsto dall'Istituto di autodisciplina Pubblicitaria.....</i>	477
<i>7.5.1. La procedura dinnanzi al Giuri di autodisciplina.....</i>	481
<i>7.5.2. I poteri del Comitato di controllo e l'ingiunzione di desistenza</i>	486
BIBLIOGRAFIA	489

INTRODUZIONE

La pubblicità è una forma di comunicazione complessa, la cui efficacia risulta intimamente legata alle modalità di fruizione dei *mass media* attraverso i quali viene veicolata¹.

Il messaggio commerciale ha acquisito una posizione centrale nel panorama collettivo e individuale, e rappresenta l'area di maggiore intersezione tra gli interessi delle imprese commerciali e quelli dell'universo dei *media*, nel cui ambito, specie sul versante digitale, si sviluppa una gamma crescente di canali di comunicazione. Il messaggio non è un elemento passivo, ma "performativo", cioè in grado di modificare dall'interno la struttura stessa del singolo mezzo di comunicazione attraverso la propria naturale retorica seduttiva; esiste, quindi, un'efficace e articolata interdipendenza tra comunicazione ed evoluzione tecnologica dei *media*, non priva di riflessi sotto il profilo della tutela giuridica.

Altri profili arricchiscono la struttura e l'efficacia del messaggio pubblicitario, come è stato portato in luce da studiosi di varie scienze sociali, quali la sociologia e la semiotica. In questo senso, la complessità della comunicazione pubblicitaria si esprime nella sua capacità di assorbire, permeare e modificare l'insieme dei segni e dei sensi di cui si compone la struttura dialogica sociale².

È da tempo acclarato che, a ridosso della semplice proposta di prodotti e servizi, viene a crearsi un sistema di valori ed esigenze slegati dal valore d'uso dell'oggetto venduto e connessi a fattori più profondi e articolati. L'atto di consumo, lungi dall'aver una caratterizzazione puramente funzionale, assume connotazioni socio-simboliche, dovute in particolare alla connessione che esso instaura con lo *status* sociale, sintetizzata nell'adesione al *brand*.

La pubblicità presenta pertanto un forte carattere ideologico, che si traduce semioticamente nell'uso strategico di particolari forme sintatti-

¹ A. TESTA, *La pubblicità. Suscitare emozioni per accendere desideri*, Bologna, 2007, p. 9.

² Per una breve analisi della sociologia dei consumi, si rinvia al paragrafo 1.2.

che e di modelli semantici efficaci³, in alcune circostanze suscettibili di rendere il messaggio poco trasparente e dunque idoneo a ingannare i destinatari.

Dal punto di vista del singolo individuo, la comunicazione commerciale interagisce con i bisogni, i desideri, lo stile di vita, il linguaggio, i giudizi e i valori che guidano le azioni dei consumatori. Sotto questo profilo, accanto a una “sociologia della pubblicità” si dà una “psicologia della pubblicità”, espressione con la quale può intendersi sia l’applicazione delle ricerche psicologiche all’elaborazione delle strategie di marketing, sia gli effetti psico-emotivi che essa determina sul comportamento umano⁴.

Nonostante non si sia in grado di misurare con precisione l’efficacia che l’utilizzo di tali strumenti possiede rispetto alla persuasione del consumatore, è ormai noto come gli esperti del marketing facciano ampio ricorso ai risultati raggiunti nel campo della psicologia della comunicazione. Si pensi, in questo senso, al filone degli studi su euristiche e fallacie cognitive che, dopo essersi sviluppato impetuosamente a partire dagli anni Settanta sulle orme della teoria comportamentale, ha prodotto acquisizioni applicate diffusamente in campo commerciale.

È interessante, dunque, verificare in che modo le teorie di psicologia abbiano contribuito a rafforzare la portata della comunicazione pubblicitaria, e se, e in che misura, tale circostanza possa risultare rilevante per il diritto. Si tratta di uno dei prismi attraverso cui la pubblicità può essere analizzata come fattispecie giuridicamente significativa.

La complessità di tale fenomeno comunicativo si riflette, infatti, sul suo inquadramento nella dimensione del diritto. Trattandosi di una forma di manifestazione del pensiero, una prima questione che si pone consiste nell’inquadramento costituzionale della pubblicità. Come si vedrà a tempo debito⁵, sembra ormai aver prevalso la tesi che identifica

³ U. VOLLI, *Semiotica della pubblicità*, Bari, 2005, p. VIII. Per un’analisi approfondita della struttura del linguaggio pubblicitario, si rinvia anche a R. FINOCCHI, *Il commercio del senso: linguaggi e forme della pubblicità*, Sesto San Giovanni, 2006.

⁴ Alle ricerche di psicologia e alla loro applicazione a fini di marketing è dedicato il paragrafo 1.3.

⁵ Si rinvia al paragrafo 2.3 per l’analisi dell’inquadramento costituzionale della pubblicità, non senza un confronto con il versante statunitense.

la pubblicità come una forma di espressione della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 della Costituzione, in luogo della tesi, tutt'ora professata in dottrina, che la associa alla libertà di manifestare il proprio pensiero, tutelata dall'art. 21. L'identificazione nell'uno o nell'altro quadrante non è priva di effetti, essendo la libertà economica assoggettata a una gamma più ampia di limiti normativi.

Parimenti interessante è l'analisi del suo inquadramento dal punto di vista civilistico come "offerta al pubblico", o come "promessa al pubblico", oppure, soluzione maggiormente condivisa, come un "invito a offrire" privo di carattere vincolante. Sul punto, come si vedrà in sede di approfondimento, non mancano ipotesi eccezionali nelle quali si è predicata la natura "para-negoziale" del messaggio commerciale, auspicabile in un'ottica di protezione consumeristica.

Lo statuto giuridico della comunicazione commerciale, inoltre, si articola in ragione dei diversi valori con i quali quest'ultima può interagire (si pensi, per esempio, al diritto alla salute nel caso di pubblicità di alimenti, farmaci o cosmetici). La struttura necessariamente relazionale del messaggio, rivolto a una collettività più o meno definita di destinatari, rende la pubblicità idonea a incidere su beni giuridicamente rilevanti, tanto individuali quanto collettivi. Tra l'altro, la sua capacità di funzionalizzarsi a interessi meritevoli di tutela è rafforzata dalla fisiologica tendenza a ricercare continuamente, in ragione della finalità promozionale, l'attenzione dei consumatori.

Per le suddette ragioni, il diritto della comunicazione pubblicitaria si presenta alquanto frammentario, composto da una pluralità di disposizioni prive di un adeguato coordinamento. Tenta di fornire una struttura sistematica alla disciplina pubblicitaria l'autoregolazione di settore, compendiata nel codice di autodisciplina della comunicazione commerciale. Adottato per la prima volta nel 1966, il codice è il frutto dell'autonomia contrattuale degli operatori del settore, espressione della volontà imprenditoriale di dettarsi regole migliorative delle pratiche commerciali.

Si tratta di una delle più importanti forme di autoregolamentazione, che ha saputo accompagnare lo sviluppo imprenditoriale della comunicazione pubblicitaria. Per tali ragioni, l'analisi giuridica del fenomeno non può prescindere dal confronto continuo tra le norme di diritto posi-

tivo e le regole autodisciplinari, spesso, anche se non sempre, convergenti nelle soluzioni.

Nel prisma del rapporto *business to consumer*, l'indagine sulla pubblicità deve inquadrarsi all'interno della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, introdotta con la direttiva 05/29/CE, recepita agli articoli 18 ss. del codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) e oggetto di modifica con la dir. 19/2161/UE⁶. Essa rappresenta la più ampia disciplina normativa rilevante in materia pubblicitaria, con la quale il legislatore ha delineato un *corpus* di regole miranti ad arginare la competizione economica entro i confini della correttezza, equilibrando razionalità del mercato e tutela elevata del consumatore⁷.

L'analisi tiene a mente, quali valori cardine della protezione consumeristica, il diritto "fondamentale" a un'adeguata informazione e a una corretta pubblicità (art. 2, lett. c), cod. cons.), nonché, più in generale, la libertà del consumatore, assiologicamente centrale nel sistema normativo. Nella prospettiva macroeconomica sposata dalla direttiva, la tutela della libertà del consumatore diventa strumentale al corretto funzionamento del mercato.

Applicando le categorie normative, deve considerarsi illegittima la pubblicità idonea a falsare il comportamento economico del consumatore (art. 20 cod. cons.), in particolare tramite l'induzione in errore (artt. 21 e 22) o attraverso condotte che, seppur non decettive, siano idonee a limitare la libertà nella scelta di consumo (art. 24).

Guardando alla prassi, appare *ictu oculi* evidente come la pubblicità – soprattutto nella sua forma audio-video nei *media* radiotelevisivo e digitale – si riduca spesso a un messaggio puramente suggestivo, privo di qualsivoglia valore informativo, come invece auspicabile in considerazione della *ratio* normativa; in questo senso, l'idoneità a incidere sul comportamento del consumatore può rintracciarsi non solo in casi di evidente falsità o coercizione – ai quali dovrebbero ricondursi anche quelle forme di pubblicità istituzionali che riconducano indebitamente l'adozione di determinati valori etici alle politiche aziendali –, ma anche negli interstizi di una comunicazione apparentemente innocua.

⁶ L'indagine della pubblicità alla luce della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette sarà condotta all'interno del capitolo III.

⁷ La *ratio* della normativa è esposta all'art. 1 della direttiva.

L'indagine, pertanto, deve ambire all'individuazione dell'area nella quale si realizzi la distinzione tra messaggio illegittimo e *dolus bonus*, con un occhio di riguardo a quelle ipotesi in cui dietro al velo della natura iperbolica si concretizzi una reale lesione per il consumatore.

Nell'ottica giuspubblicistica della disciplina, assume un ruolo chiave per la valutazione della scorrettezza pubblicitaria l'identificazione del *benchmark* soggettivo di riferimento, ordinariamente compendiato nella figura del "consumatore medio": esito di un percorso interpretativo della Corte di giustizia dell'Unione europea, lo stesso viene inteso (considerando 18 dir. 05/29/CE) in termini di soggetto «normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto». Come si vedrà, l'adozione di un profilo soggettivo più o meno olimpico di consumatore è scelta – ormai condivisa nel contesto autodisciplinare – ricca di implicazioni, non priva di conseguenze sotto il profilo della intensità della protezione consumeristica⁸; la scelta deve cedere spazio a un modello di consumatore più debole in alcuni casi espressamente previsti e in altri astrattamente ipotizzabili.

Strumento fondamentale della competizione economica, la comunicazione pubblicitaria assume rilevanza giuridica anche nella misura in cui leda gli interessi delle imprese concorrenti⁹. Non mancano di certo nella prassi numerosi esempi di pubblicità che, tramite vanti di unicità o comparazioni più o meno velate con prodotti concorrenti, si traducano in una forma di ingiuria ingiustificabile nelle logiche di una leale concorrenza; viceversa, occorre restituire un valore informativo anche alla comparazione, la quale se calibrata e rispondente a verità può diventare un utile strumento di educazione al consumo razionale.

Si evidenzia che, fino alla metà del secolo scorso, la pubblicità era giuridicamente inquadrata considerando *in primis* la questione della correttezza nei rapporti tra imprese, mentre la tutela del consumatore veniva perseguita esclusivamente quale riflesso della corretta regola-

⁸ Una delle questioni principali, sottolineate da numerosi studiosi della materia, riguarda la distanza esistente tra il modello olimpico di agente, adottato dalla normativa, e il consumatore "reale", non sempre avveduto rispetto alle possibili forme di scorrettezza commerciale. Si rinvia al paragrafo 3.3.

⁹ Per l'analisi della pubblicità nel prisma dei rapporti tra le imprese, oltre che quale possibile strumento di lesione del diritto d'autore, si rinvia al capitolo IV.

mentazione della concorrenza. D'altronde, i valori risultano strettamente interconnessi: una pubblicità ingannevole può ledere tanto gli interessi dei consumatori, minandone l'autodeterminazione informativa, tanto, di conseguenza, quelli delle imprese concorrenti, nella misura in cui sposti la domanda dei beni verso l'offerta decettiva, a discapito dell'efficienza e della razionalità del mercato.

Viene in rilievo la categoria civilistica tradizionale degli atti di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c. La disposizione, dettata in generale per qualsiasi forma di condotta imprenditoriale scorretta, è stata frequentemente applicata al fenomeno pubblicitario e trova previsioni in buona parte corrispondenti nel codice di autodisciplina.

Occorre poi far riferimento alla normativa espressamente dedicata alla pubblicità ingannevole e a quella scorretta comparativa a tutela dei professionisti, di matrice comunitaria. Con le direttive 84/450/CEE e 97/55/CE è stata introdotta la prima disciplina europea specificamente dedicata alla comunicazione pubblicitaria: la prima direttiva, attuata in ambito nazionale con il d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, era dedicata alla pubblicità ingannevole a tutela dei consumatori e dei professionisti; la seconda, recepita con il d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 67, si occupava di regolare la pubblicità comparativa.

Nel 2006 le due normative sono confluite nella direttiva 06/114/CE, disciplinante la pubblicità sia ingannevole che comparativa per i soli rapporti *business-to-business*, poi attuata con il d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145. Con questo intervento normativo sono state espunte dal codice del consumo le regole a tutela delle imprese concorrenti, confluite e ordinate in un'unica fonte normativa nazionale.

Lo studio prosegue prendendo in considerazione le discipline settoriali dedicate ai particolari canali di comunicazione attraverso i quali il messaggio pubblicitario può essere diffuso¹⁰. Ed ecco che il panorama giuridico di riferimento inizia a complicarsi, venendo in rilievo una pluralità di normative eterogenee, prive di adeguata coordinazione.

L'indagine si concentra esclusivamente sulle regole settoriali che presentano rilevanza per il fenomeno pubblicitario: il testo unico in ma-

¹⁰ All'indagine sulle diverse discipline settoriali riguardanti i singoli *mass media* è dedicato il capitolo V.

teria di servizi di media audiovisivi e radiofonici, che ha sostituito il precedente Testo unico in materia di radio-televisione; la legge sul cinema; la legge sulla stampa; la normativa in materia di pubbliche affissioni e di beni culturali e paesaggistici. Ciascuna di tali fonti dedica regole specifiche alla comunicazione commerciale, volte a inserire quest'ultima nella dimensione di legittimità che conforma il regolare utilizzo del mezzo di diffusione, a tutela degli altri valori giuridici coinvolti (si pensi, *in primis*, alla libertà editoriale e all'integrità dell'opera cinematografica).

Per quanto riguarda la dimensione telematica, terreno di diffusione ormai elettivo della tradizionale *réclame*, sono prese in considerazione le disposizioni del codice dell'*e-commerce* (d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70) dedicate agli obblighi informativi dei professionisti e alla posizione giuridica degli *Internet Service Provider* per i dati immessi all'interno delle piattaforme digitali. L'identificazione dell'architettura delle responsabilità nel rapporto *platform to business* è questione di non poco momento, sollevata dagli ormai numerosi casi di diffamazioni perpetrate tramite piattaforme, per esempio nel contesto ristorativo.

La possibilità di valorizzare i dati immessi in rete dai singoli utenti attraverso la profilazione a fini di marketing – da cui la struttura “interattiva” del messaggio commerciale digitale, diversa da quella “unidirezionale” tipica degli altri *media* – rende imprescindibile considerare il tema della tutela dei dati personali, il cui riferimento normativo principale è rappresentato dal reg. UE n. 679/2016, meglio noto come *General Data Protection Regulation*.

Il quadro normativo che compone il diritto della comunicazione commerciale è ulteriormente arricchito dalle discipline settoriali specificamente dedicate ad alcune categorie di prodotti¹¹. La varietà delle materie e la diversa collocazione temporale delle fonti contribuiscono ad aggravare la frammentarietà della regolazione pubblicitaria; come si vedrà, anche il codice di autodisciplina contiene alcune regole dedicate a specifici prodotti, le quali verranno poste a confronto con quelle di fonte normativa.

¹¹ La pubblicità di particolari settori merceologici è esaminata nel capitolo VI.

Un tentativo di razionalizzazione della materia richiede di mettere in luce i profili che in qualche modo accomunano le discipline settoriali. Confrontando le diverse normative, sembra potersi identificare un comune denominatore nella potenziale pericolosità dei prodotti in questione, per cui possiamo distinguere: una “pericolosità in senso stretto”, intesa come rischio di ledere l’integrità psico-fisica del consumatore, la quale viene in rilievo per i prodotti farmaceutici, i cosmetici, i trattamenti dimagranti, i prodotti da fumo, gli alimentari e, in particolare, gli alcolici e i prodotti destinati a un’alimentazione particolare; una “pericolosità in senso lato”, da intendersi in questa sede come idoneità di taluni beni o servizi a incidere considerevolmente sulla sfera giuridico-patrimoniale del destinatario, in ragione o della portata economica della scelta o della specifica asimmetria informativa che caratterizza certe operazioni negoziali. Appartengono a tale seconda categoria i prodotti e servizi del settore creditizio, finanziario, assicurativo e turistico, accomunati da una disciplina normativa particolarmente attenta all’opportunità di intervenire a protezione del contraente debole, valorizzando in particolare la trasparenza informativa.

Il diritto della comunicazione commerciale contempla, infine, le regole riguardanti i singoli rimedi messi a disposizione contro le forme illegittime di pubblicità¹². Anche in questo caso, il panorama normativo si presenta tutt’altro che armonico: la riconducibilità della *réclame* a diversi prismi del diritto, connessa alla sua capacità di intercettare differenti beni giuridici, permette ai soggetti legittimati di ottenere l’intervento di diverse autorità, amministrative e giurisdizionali.

L’analisi deve concentrarsi sulle discipline maggiormente d’interesse per il fenomeno in esame, limitandosi a brevi cenni per quelle che possiedono una portata generale. In particolare, i rimedi contro la pubblicità scorretta possono biseccarsi a seconda della prospettiva di *public* o *private enforcement* che li anima. Nel primo caso essi sono dati a tutela del generale interesse a una corretta competizione economica, attivabile indipendentemente da una lesione concreta e individuale; nel secondo caso, il rimedio è azionabile dai singoli soggetti, anche collet-

¹² L’analisi dei diversi strumenti di tutela contro la pratica pubblicitaria illegittima è sviluppata nel capitolo VII del presente volume.

tivamente in forma di “classe”, per il ristoro delle posizioni giuridiche individualmente lese dal messaggio pubblicitario scorretto. Le autorità deputate all’*enforcement* sono diverse nei due casi: mentre nel primo è previsto l’intervento inibitorio e sanzionatorio dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nel secondo interviene l’autorità giudiziaria.

Prendendo in considerazione le peculiarità del fenomeno pubblicitario, ciascuno strumento si presenta come più o meno efficace rispetto alle esigenze di protezione. Sotto il profilo della tempestività della tutela, tanto il rimedio pubblicistico quanto quello privatistico si prestano difficilmente a un intervento efficace, anche in funzione preventiva, contro campagne comunicative in corso; semmai, una qualche utilità *pro futuro* può permanere per i provvedimenti inibitori, sanzionatori e risarcitori, soprattutto se accompagnati dall’obbligo di pubblicazione degli stessi o di una *corrective advertising*.

L’unico sistema rimediale capace di intervenire tempestivamente contro le campagne pubblicitarie è quello predisposto dall’Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria, attraverso le autorità del Giurì di autodisciplina e del Comitato di controllo. Specificamente costruito per far fronte alla scorrettezza pubblicitaria, lo strumento autodisciplinare si caratterizza per una procedura semplice, informale e concentrata, idonea a intervenire entro pochi giorni sul messaggio commerciale oggetto di sindacato.

In questo caso, il *deficit* riguarda l’efficacia sanzionatoria e vincolante del provvedimento. L’applicazione delle disposizioni del codice di autodisciplina e delle decisioni del Giurì risulta infatti subordinata alla spontanea adesione degli operatori pubblicitari e dei proprietari dei mezzi di comunicazione, mediante accettazione diretta dello stesso, o della propria associazione di appartenenza, ovvero mediante l’inserimento di un’apposita clausola di accettazione all’interno dei contratti finalizzati alla comunicazione commerciale.

Nonostante l’ampia adesione al sistema di autodisciplina da parte delle associazioni degli operatori del settore pubblicitario e dei mezzi di comunicazione nazionali, l’assenza di strumenti di applicazione coattiva della decisione autodisciplinare, in uno con la mancanza di un’efficacia vincolante verso le autorità ordinarie, rappresentano una grave la-

cuna per l'effettività del sistema di tutela previsto dall'IAP. Ciononostante, l'importanza del contesto autodisciplinare nel settore pubblicitario rimane indiscussa e la sua analisi rappresenta un passaggio imprescindibile per la conoscenza del diritto della comunicazione commerciale.

CAPITOLO I

LA PUBBLICITÀ COME FENOMENO SOCIALE, CULTURALE ED ECONOMICO

SOMMARIO: 1.1. *L'evoluzione della pubblicità nel contesto del libero mercato.* 1.1.1. *I primi media della comunicazione commerciale: dalla stampa alla radio.* 1.1.2. *Il video pubblicitario e lo sviluppo del sistema televisivo.* 1.1.3. *La pubblicità digitale nell'era di Internet e le nuove forme di marketing non convenzionale.* 1.2. *Sociologia dei consumi. Segue. La comunicazione commerciale come principale veicolo di produzione simbolica.* 1.3. *Il ruolo della psicologia nella pubblicità moderna-contemporanea.* 1.3.1. *Le teorie psicologiche e la loro applicazione a fini di persuasione commerciale.* 1.3.1.1. *La psicoanalisi.* 1.3.1.2. *La teoria comportamentale e il filone degli Heuristics and Biases.* 1.3.1.3. *Il neuromarketing e la "fisiologia del consumo".*

1.1. L'evoluzione della pubblicità nel contesto del libero mercato

La complessità del fenomeno pubblicitario richiede un'analisi interdisciplinare. Sotto la lente storica, la *réclame* manifesta tutta la sua ricchezza semantica, legata com'è all'evolversi della struttura sociale e della grammatica delle interazioni economiche.

La pubblicità commerciale è una forma di comunicazione che trova le sue origini, nella forma oggi a noi conosciuta, durante la prima rivoluzione industriale, nell'età moderna¹. Essa è, infatti, strettamente connessa con la progressiva implementazione del sistema del libero mercato e con la produzione in massa dei beni di consumo, resa possibile anche grazie all'evoluzione tecnologica.

¹ Per approfondimenti sulla storia della pubblicità, vedi: G.P. CESERANI, *Storia della pubblicità in Italia*, Roma-Bari, 1988; V. CODELUPPI, *Storia della pubblicità italiana*, Roma, 2013; S. PINCAS, M. LOISEAU, *A History of advertising*, Köln, 2008; D. PITTÈRI, *La pubblicità in Italia. Dal dopoguerra a oggi*, Roma-Bari, 2002; A. TESTA, *op. cit.*; M. TUNGATE, *Storia della pubblicità. Gli uomini e le idee che hanno cambiato il mondo*, Milano, 2010.

Con la nascita dell'economia "politica", assume un ruolo di primo piano l'identificazione, quale centro nevralgico del sistema, degli interessi di una classe sociale, quella dei mercanti, come interessi riguardanti l'intera collettività². Interessi che si ritengono soddisfatti solo nell'ipotesi in cui il valore delle vendite superi quello degli acquisti, determinando in questo modo il profitto, identificato dalle teorie di economia classica come il movente "naturale" dell'agire economico.

In questo modo si forma, quale risposta critica alla vecchia ortodossia mercantilista, il modello economico liberista, sviluppatosi a partire dalla seconda metà del XVIII secolo e inizialmente sintetizzato nelle teorie di Adam Smith. Pur oggetto di innumerevoli critiche e revisioni da parte degli studiosi, che qui non s'intende esporre, si può ragionevolmente affermare che tale modello, quantomeno nei suoi assunti minimali, è diventato il sistema teorico di riferimento per la politica economica occidentale, successivamente "stemperato" da posizioni più attente alle istanze sociali.

Il principio di base è che la libera concorrenza fra imprese rappresenta una condizione di efficienza economica del mercato, strumentale all'innovazione sociale, allo sviluppo imprenditoriale e alla realizzazione degli interessi collettivi dei consumatori. In tal senso, le forze delle parti sociali – quella degli imprenditori e quella dei lavoratori-consumatori – tenderebbero a convergere verso un comune interesse di sintesi, ovvero lo sviluppo della società nel suo complesso.

Il ruolo del legislatore, in un simile contesto economico, sarebbe quello di lasciare il mercato libero di funzionare e le imprese libere di concorrere per il profitto, seppur alle condizioni necessarie a controbilanciare la libertà di iniziativa economica privata con gli altri interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. In altre parole, la libertà di concorrenza non può essere assoluta, ma deve contenersi entro margini oltre i quali la stessa degenererebbe in arbitrio, mettendo a rischio l'intero sistema.

Per sopravvivere nel gioco economico della competizione l'impresa deve potersi comunicare al pubblico, sia per conservare la propria posi-

² Così E. SCREPANTI, S. ZAMAGNI, *Profilo di storia del pensiero economico*, Roma, 2014, p. 58.

zione di mercato, sia per sviluppare la propria visibilità in modo da tutelarsi dall'efficacia espansiva delle pratiche concorrenti. In questo senso, la pubblicità diventa una tra le risorse più efficaci della competizione imprenditoriale, stimolo allo sviluppo della domanda collettiva di beni. Essa deve essere considerata una forza economica imprescindibile in una società industriale complessa, in cui la capacità produttiva sia superiore alla quantità di beni richiesta dai consumatori³.

La funzione principale della comunicazione commerciale in seno al libero mercato – ovvero la promozione di un'impresa e dei relativi prodotti – si traduce inevitabilmente in una funzione concorrenziale. Con un approccio microeconomico, si direbbe che la pubblicità, se correttamente implementata, potrebbe spingere verso l'alto la curva di domanda della singola impresa, con la conseguenza che i consumatori saranno disposti ad acquistare quantità maggiori del bene o servizio, anche a un prezzo maggiore.

Per fare ciò, la comunicazione commerciale deve stimolare l'interesse della collettività verso il prodotto venduto, contribuendo alla differenziazione della merce ad allo sviluppo tecnologico e imprenditoriale, o verso il valore “virtuale” dell'impresa, arricchendo l'immaginario collettivo attorno al *brand*.

In questo modo, una campagna pubblicitaria può avere un duplice effetto: stimolare la concorrenzialità dei mercati, consentendo a nuove imprese di accedere alla competizione commerciale, da un lato e, nel contempo, accrescere il potere economico solo di alcuni attori, inducendo a situazioni di monopolio o di oligopolio, dall'altro. La pubblicità, pertanto, rappresenta l'anima del mercato, il principale motore delle dinamiche commerciali, strumento individuale di competizione tra imprese, mezzo da queste condiviso per lo sviluppo dei profitti.

Date le ragioni che la giustificano, la comunicazione commerciale, fisiologicamente strutturata in modo da intercettare gli umori, i bisogni e i desideri della massa, si caratterizza per un'intrinseca tendenza espansiva. Essa è alla continua ricerca di strumenti necessari alla sua capillare diffusione. In tal senso, la pubblicità è intimamente legata alle

³ Così L. BOGART, *Strategia in pubblicità*, Milano, 1990, p. 9.

modalità collettive di fruizione dei *mass media*, a cui occorre ora rivolgere l'attenzione per una migliore comprensione del fenomeno in esame.

1.1.1. I primi media della comunicazione commerciale: dalla stampa alla radio

La prima vera forma di comunicazione commerciale al pubblico è rappresentata dalla *réclame*, messaggio verbale privo di illustrazioni che, nel XV secolo, ha trovato spazio nelle “gazzette”, periodici destinati a un pubblico elitario⁴. La pubblicità nasce, dunque, con la stampa, anche se fino a tutto il Settecento gli annunci commerciali, ancora molto brevi, si rintracciavano esclusivamente in taluni settimanali specializzati⁵.

Già intorno alla metà dell'Ottocento, negli Stati Uniti si sviluppano gli spazi dei giornali dedicati alle *réclame*, i quali superano la metà delle pagine totali⁶. Nello stesso periodo nascono, sempre negli *States*, le prime agenzie pubblicitarie, le quali poi veicoleranno i propri modelli nel resto del mondo occidentale.

Il termine “pubblicità” (dal francese *publicité*) appare per la prima volta nel 1849, inteso come più generale attività aziendale volta a richiamare l'attenzione del pubblico sul proprio prodotto e a incrementarne le vendite.

Nel 1851 viene stampato, a Londra, il primo catalogo illustrato di prodotti, mentre nel 1861 nasce la pubblicità “dinamica”, consistente in manifesti affissi alla nuova metropolitana londinese.

Nell'Italia ottocentesca, un ruolo centrale è assunto dall'agenzia pubblicitaria A. Manzoni & C., tutt'ora attiva nel settore, che divenne l'agenzia di numerosi giornali, tra cui il *Corriere della Sera*, e si occupò

⁴ Tra le prime, si ricordano quelle del 1625 sul “*Mercurius Britannicus*” inglese e quelle contenute nella “*Gazette*” parigina creata nel 1631 da Théophraste Renaudot. In Italia si dovrà attendere il 1691, a cui risale presumibilmente il più vecchio annuncio, pubblicato sul “*Protogiornale Veneto Perpetuo*”. Esso riguardava un profumo, a cui si attribuiva grande prestigio, associandolo alla corte di Versailles, vera e propria *testimonial* del prodotto.

⁵ A. TESTA, *op. cit.*, p. 51.

⁶ Il primo quotidiano di massa statunitense è il “*New York Sun*” del 1833.

di progettare alcune tra le prime pubblicità, tra cui quella dell'acqua Fiuggi⁷. Inizialmente, il ruolo delle agenzie pubblicitarie consisteva nel vendere spazi pubblicitari per conto dei mezzi, i quali pagavano una commissione (solitamente del 15%) sul totale della spesa investita.

Grazie alla litografia prima, e alla cromolitografia dopo, l'immagine, divenuta colorata, sviluppa la propria carica espressiva, dando vita alle riviste illustrate, subito diffuse in tutti i paesi industrializzati (tra cui "Vogue", "Vanity Fair", "La Tribuna illustrata").

Nella seconda metà del XIX secolo nasce lo "slogan"⁸, frase sintetica ad effetto inserita nelle *réclame*, mentre l'immagine inizia a diventare centrale anche nei manifesti, soppiantando la parola e mostrando una maggiore *vis attractiva*. Il manifesto, attraverso la rivoluzione urbana e l'incremento della popolazione nelle città, diventa protagonista dello spazio pubblico, invadendolo con immagini gigantesche a fini pubblicitari⁹, grazie anche alla crescente collaborazione di numerosi artisti¹⁰.

Tuttavia, dobbiamo attendere gli anni Venti del Novecento per assistere al vero cambio di paradigma della pubblicità. Essa, infatti, diviene un vero e proprio sistema industriale e di comunicazione, idoneo a contribuire "in maniera determinante alla creazione di una cultura di massa

⁷ V. CODELUPPI, *Storia della pubblicità italiana*, cit., p. 21.

⁸ A titolo di curiosità, si pensi che la parola "slogan" deriva dal gaelico "sluag", cioè "grido di guerra". Non è l'unico caso di riferimento militare della terminologia pubblicitaria: si pensi, per esempio, alle espressioni "campagna pubblicitaria", "target", "task force".

⁹ In Italia, nel 1874 viene istituita dal Parlamento la tassa "sopra le insegne e qualsiasi forma di avviso o indirizzi relativi all'esercizio di professioni, industrie e commerci". Nasce, poco dopo, l'Impresa Generale di Affissioni e Pubblicità (IGAP), società specializzata nella gestione degli spazi pubblicitari pubblici.

¹⁰ Tra i tanti, si ricordano il manifesto "Les chats" di Édouard Manet per la promozione di un libro, o quelli a colori di Jules Chéret, caratterizzati dalla combinazione armonica e strategica di immagine e parola (V. CODELUPPI, *Storia della pubblicità italiana*, cit., p. 28). In Italia, il primo manifesto a colori va attribuito a Rossetti, per promuovere il *Faust*, opera lirica di Charles Gounod. Tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, si estende, nel territorio nazionale, il coinvolgimento di artisti famosi (per esempio Mataloni e Dudovich) per la creazione di manifesti pubblicitari, tra cui innovativo risulta quello dedicato a Zenit, marca del Borsalino, nel quale per la prima volta il prodotto, un cappello, viene posto al centro dell'immagine.

per la nascente società dei consumi”¹¹. Non sorprende il fatto che tale mutamento si avvii negli Stati Uniti, frontiera avanzata allora come oggi del capitalismo imprenditoriale, ove peraltro la crisi del '29 aveva reso necessario stimolare la ripresa della domanda di beni di consumo. Iniziano così a svilupparsi nuove strategie di marketing che, insieme al contributo di talune ricerche in materia di psicologia e di sociologia dei consumi, rendono il messaggio promozionale più articolato ed efficace.

Vi è da dire, però, che, nell'Italia di inizio secolo, i professionisti della comunicazione avevano ancora un peso trascurabile nella creazione del messaggio pubblicitario, per il quale era ancora prassi rivolgersi ad artisti reclutati fra le personalità di rilievo dell'epoca¹². Un ruolo di spicco lo rivestiva, in tal senso, la corrente futurista, come dimostrato dal fatto che persino il suo esponente principale, Tommaso Marinetti, si è occupato di “poemi industriali”. Per non parlare di Fortunato Depero, che diede vita nel 1919 alla “Casa d'arte futurista”, vera e propria agenzia di pubblicità per talune importanti aziende italiane, tra cui la Campari¹³.

In tale periodo, molte aziende italiane, tra cui Alfa Romeo, Fiat, Buitoni-Perugina e Olivetti, creano al proprio interno degli uffici dedicati all'attività pubblicitaria, a cui partecipano grafici, artisti, scrittori e giornalisti.

La radio, nata negli anni Venti, contribuisce allo sviluppo della pubblicità, i cui messaggi, così, iniziano a raggiungere i consumatori direttamente nei focolari domestici. Negli Stati Uniti i programmi radiofonici vengono prodotti grazie al contributo delle agenzie pubblicitarie, a cui le radio vendevano gli spazi¹⁴.

Nella penisola la pubblicità radiofonica nasce ufficialmente nel 1926, due anni dopo l'avvio della radio, grazie alla concessionaria SI-

¹¹ V. CODELUPPI, *Storia della pubblicità italiana*, cit., p. 43.

¹² Per fare due esempi, si pensi al contributo di Giacomo Puccini alla scrittura di versi per la pubblicità del dentifricio Odol in *Illustrazione Italiana*, o a quello di Gabriele D'Annunzio per l'amaro Montenegro, “il liquore delle virtù”.

¹³ La prima vera agenzia pubblicitaria italiana moderna è, però, la ACME-Dal Monte, fondata nel 1922 sul modello statunitense.

¹⁴ Il termine “soap-opera”, che designa le serie a puntate di successo, deriva proprio dal fatto che le aziende di trasmissione radio possedevano, negli anni Trenta, un forte legame con imprese, come la Procter & Gamble, produttrici di detersivi (“soap”), che sponsorizzavano i programmi.

PRA e alla precedente URI (Unione radiofonica italiana), che diviene RAI nel 1944. Il suo linguaggio, però, è ancora molto asciutto e privo di divagazioni¹⁵; a esso si accompagnerà la musica, a partire dal celebre messaggio del purgante Euchessina del 1927.

Mentre il resto del mondo industrializzato sviluppa, in senso tecnico-industriale, la comunicazione pubblicitaria¹⁶, l'Italia, commercialmente più arretrata, subisce un deciso arresto a causa dall'autarchia con la quale il regime fascista pensò di rimediare alle conseguenze della crisi globale determinata dal crollo di wall street del 1929. In esso, infatti, talune tecniche di comunicazione commerciale diventano strumento per gli interessi nazionalistici e politici, con l'impiego ricorrente di slogan propagandistici (tra cui "credere obbedire combattere", "vincere e vinceremo"). Diverse imprese italiane, tra cui la Perugina e la Fiat, sfruttano il lessico del duce per pubblicizzare o per nominare i propri prodotti (si pensi all'automobile "Balilla").

Prima degli anni Cinquanta, nonostante qualche iniziativa aziendale di "protomarketing", non può parlarsi di un vero e proprio *marketing management*, da intendersi come quel processo di analisi e programmazione volto alla realizzazione controllata di un progetto imprenditoriale. Solo col secondo dopoguerra si assiste a un notevole sviluppo del marketing, per cui la "scienza della vendita" diventa una pratica diffusa e, contemporaneamente, inizia a strutturarsi come un vero e proprio sapere, anche nei corsi universitari. E ciò grazie anche alla progressiva diffusione della prassi di creare diversi target di consumatori a cui rivolgere, con maggiore efficacia persuasiva, la comunicazione commerciale relativa a certi prodotti o servizi.

La pubblicità, come vedremo nel prosieguo, si arricchisce progressivamente di numerosi connotati simbolici, contribuendo da protagonista alla creazione di quella che, nelle analisi della sociologia degli anni Settanta, sarà correntemente definita la "società dei consumi"¹⁷.

¹⁵ D. PITTÈRI, *op. cit.*, p. 24.

¹⁶ Iniziano, infatti, a essere scritti i primi manuali per fare efficacemente pubblicità, come "Scientific advertising" di Claude Hopkins del 1923.

¹⁷ Si fa riferimento al noto testo di Baudrillard, *La société de la consommation*, Parigi, 1970, tradotto da Feltrinelli. Cfr. quale riferimento bibliografico J. BAUDRILLARD, *La società dei consumi*, Bologna, 2010.

1.1.2. *Il video pubblicitario e lo sviluppo del sistema televisivo*

Se è vero che la radio ha dato un importante impulso all'evoluzione dell'attività pubblicitaria, l'impatto che su quest'ultima ha avuto la televisione sembra di gran lunga più determinante. In questo senso, si evidenzia lo stretto legame esistente tra la comunicazione commerciale e lo sviluppo delle nuove tecnologie, strumenti di potenziale diffusione del marketing imprenditoriale.

Mentre fino agli anni Cinquanta prevale l'attività di sponsorizzazione dei programmi, dalla metà del XX secolo si sviluppa lo *spot*, il quale ha contribuito, con la sua maggiore capacità persuasiva, all'espansione del consumo di massa. Se negli USA, grazie anche alle nuove agenzie pubblicitarie, la comunicazione pubblicitaria si sviluppa rapidamente, in Italia la stessa struttura del messaggio risente ancora dell'arretratezza industriale, mostrandosi meno altisonante, ma più vicina al consumatore¹⁸.

Nonostante ciò, anche in Italia si assiste all'affermazione di diverse agenzie pubblicitarie (tra cui la Armando Testa) e alla nascita dell'associazione di categoria UPI (Unione italiana della pubblicità), poi divenuta FIP (Federazione italiana pubblicità) e, nel 1948, UPA (Utenti pubblicitari associati). Inoltre, molte agenzie multinazionali americane (per esempio W.J. Thompson, Ogilvy & Mather e la Young & Rubicam) aprono sedi in Italia, importando nel Belpaese in modo diretto il modello pubblicitario statunitense, più articolato, suggestivo e basato sulle ricerche di mercato.

La diffusione della cultura americana in Italia, in uno con lo sviluppo dell'espansione economica, incentiva, durante gli anni Sessanta, il c.d. "boom dei consumi", caratterizzato dall'ingresso nelle abitudini quotidiane dei beni di consumo di massa. In questo periodo può collocarsi la prima fase della marca moderna, la quale diventa il principale oggetto della comunicazione commerciale¹⁹.

Certamente caratteristico della televisione italiana, attiva dal 1954, è il Carosello, programma all'interno del quale, a partire dal 3 febbraio

¹⁸ Si pensi ai messaggi: "Come natura crea, Cirio conserva" (Pelati Cirio, 1952) o "Assaggiatemi, diverremo amici" (Biancosarti, 1946). Esempi tratti da V. CODELUPPI, *Storia della pubblicità italiana*, cit., p. 85.

¹⁹ Così M. FERRARESI (a cura di), *Pubblicità: teorie e tecniche*, Roma, 2017, p. 18.

1957, iniziano a essere trasmessi messaggi pubblicitari²⁰. Questi consistevano in brevi scene dal carattere teatrale, piccole commedie alla cui realizzazione contribuivano attori, registi e scrittori. La posizione politica della RAI, più moderata rispetto alle dinamiche commerciali di impronta anglosassone, limitava l'aspetto promozionale al "codino" finale (da 35 secondi), mentre gran parte del video era composto da uno spettacolo privo di ogni riferimento a prodotti; inoltre, vi era un rigido controllo preventivo a cura dei dirigenti della RAI sui testi dei filmati, che potevano essere ritoccati.

Come opportunamente evidenziato, attraverso il Carosello, all'etica del risparmio della vecchia cultura contadina inizia a sostituirsi la cultura dell'opulenza della vita cittadina²¹, mentre il linguaggio del divismo cinematografico diviene strumento di identificazione popolare²². Tuttavia, il consumismo di fine anni Sessanta è ancora agli esordi, dato il peso limitato dei *media* e la censura televisiva. Ciò, però, non lo sottrae alle critiche di alcuni intellettuali del tempo²³.

Gli anni Settanta vedono un periodo di crisi dell'attività pubblicitaria, dovuto da un lato alle rivoluzioni culturali marxiste e anticonsumistiche, che criticavano la tendenza della comunicazione commerciale a creare bisogni falsi e illusori, e dall'altro alla crisi petrolifera che determina una drastica recessione economica e, di conseguenza, una riduzione notevole dei consumi. In risposta a ciò, la pubblicità, pur vedendo diminuire gli investimenti, cerca di assorbire le critiche sociali, rendendole protagoniste dei propri messaggi²⁴.

Gli stessi giovani ribelli diventano, nel corso del tempo, i nuovi modelli di riferimento della società dei consumi; accanto a essi si sviluppa, quale altro fattore di grande influenza, la rivoluzione sessuale di quegli

²⁰ Cfr. L. BALLIO, A. ZANACCHI, *Carosello story. La via italiana alla pubblicità televisiva*, Roma, 2009.

²¹ V. CODELUPPI, *Storia della pubblicità italiana*, cit., p. 100.

²² F. ALBERONI, *L'élite senza potere*, Milano, 1963.

²³ Un ruolo di primo piano va, in questo senso, riconosciuto alla Scuola di Francoforte, tra i cui esponenti principali ricordiamo Herbert Marcuse, Max Horkheimer e Theodor Adorno.

²⁴ Si ricorda, per esempio, lo slogan a favore dell'emancipazione femminile della marca d'abbigliamento Cori.

anni. Il messaggio pubblicitario, dunque, inizia a utilizzare, mediante il ricorso a immagini di donne provocanti, riferimenti erotici, più o meno velati²⁵, seguendo così il modello americano già proiettato su quella strada.

Durante gli anni Settanta, si ricorda anche la creazione, su impulso dell'amministratore delegato della W.J. Thompson Italia D.C. Harris, di Pubblicità Progresso, istituzione (oggi costituita in fondazione)²⁶ avente lo scopo di realizzare delle pubblicità di sensibilizzazione verso tematiche di carattere sociale (razzismo, AIDS, incidenti sul lavoro, droga, disabilità etc.). Essa è espressione della più generica "Pubblicità sociale", la quale ha anche contribuito allo sviluppo della responsabilità sociale d'impresa (RSI), intesa come forma di marketing più attenta alle esigenze sociali e alla dignità degli individui coinvolti nel processo di produzione e consumo.

Proprio in quegli anni, in risposta alle contestazioni sociali della comunicazione pubblicitaria, prende avvio anche l'autoregolamentazione da parte degli attori del settore, che oggi trova espressione nel codice di autodisciplina della comunicazione commerciale. Già il 12 maggio 1966, infatti, a Roma veniva formalizzato il codice di autodisciplina pubblicitaria, a tutela del consumatore, degli utenti e della stessa pubblicità. Del relativo sistema di regolamentazione e tutela ci occuperemo nel prosieguo; per il momento basta sottolineare l'importante influenza che il codice ha avuto nel mondo pubblicitario, dato il numero elevato di imprese aderenti, sia anche limitatamente a singoli contratti pubblicitari.

Con la sentenza n. 202 del 1976, la Corte costituzionale mette fine al monopolio televisivo della RAI, consentendo l'avvio delle televisioni private, dal carattere più prettamente commerciale.

Dai 260.000 spot del 1981 si passa, nel 1985, a 556.000, con un incremento anche del fatturato delle tv private (476,4 miliardi di lire nel 1983).

²⁵ Come quelli contenuti nella pubblicità della birra Peroni o quelli, ancora più espliciti, della pubblicità dei jeans Jesus ("Chi mi ama mi segue", con la raffigurazione di un fondo schiena in parte scoperto).

²⁶ I soci attuali sono AAPI, ASSIRM, ASSOCOM, FIEG, IAP, PUBLITALIA '80, RAI, UNICOM, UPA, Discovery Ita, Facebook Ita, Google Ita, S. Marino RTV, Sky Ita e varie Onlus.

Lo spot di 30 secondi, coda del vecchio Carosello, passa al centro della comunicazione televisiva, suscitando forte interesse da parte delle imprese. L'attività pubblicitaria italiana, dunque, inizia a conformarsi a quella ormai diffusa nel mondo occidentale, divenendo più articolata, pianificata, coinvolgente e spettacolare.

Con Publitalia, concessionaria di Canale 5, viene introdotta, negli anni Ottanta, l'interruzione dei programmi all'interno della televisione commerciale, esclusa durante il monopolio della RAI.

Si assiste così a un progressivo inserimento nella programmazione televisiva della pubblicità, il cui tono spettacolare si accentua grazie anche all'intervento di attori e registi dal mondo del cinema hollywoodiano, coinvolti dalle nuove agenzie pubblicitarie statunitensi e inglesi (Chiat/Day, Wieden & Kennedy e BBH). Non è un caso che, accanto ai tradizionali festival di Cannes e di Venezia, si affiancano quelli di premiazione del miglior *advertising* ("The Cannes Lions International Advertising Festival", gli "Epica Awards", i "New York Festival" etc.).

L'Italia, in particolare, si contraddistingue per la tendenza alla fidelizzazione del consumatore attraverso il carattere seriale delle pubblicità, con la creazione di vere e proprie *fiction*, tra cui si ricordano quella del caffè Lavazza (1981-1992) e quella della pasta Barilla (1985-1991), caratterizzate dalla centralità di valori tradizionali, come la famiglia.

Negli anni Ottanta si sviluppa anche il concetto di marca industriale che, da semplice denominazione di prodotti, diventa espressione di *status* sociale, caricandosi di valenze simboliche e comunicative legate alla *brand identity*, come meglio si vedrà nel prosieguo.

Dopo un primo momento critico dovuto all'arrivo di un'immensa varietà di prodotti a basso costo negli *hard discount*, il valore della marca si mantiene elevato, grazie all'utilizzo, da parte delle grandi multinazionali (tra cui Nike, Adidas, Apple, Coca-cola), di messaggi pubblicitari più suggestivi e accattivanti.

L'immagine, seducente ed esteticamente attraente, della pubblicità degli anni Ottanta prevale nettamente sulla parola, caratteristica degli anni Settanta, mentre gli anni Novanta vedono il crescente ricorso, da parte di talune marche, a temi filantropici o alla dissacrazione degli stereotipi della cultura di massa. In questi termini, si può ragionevolmente sostenere come la pubblicità rappresenti, in chiave storica, la migliore

cartina di tornasole per fotografare in via anticipata i cambiamenti sociali e ideologici della società, specchio delle tendenze in itinere, stimolo allo sviluppo di nuove.

La diffusione tra le imprese delle conoscenze sul marketing e sulla comunicazione commerciale determina una progressiva riduzione del prestigio delle agenzie pubblicitarie, legato al possesso del *know-how* pubblicitario. In tal senso, il mercato della pubblicità degli anni Novanta si contraddistingue per la crescita del potere contrattuale delle imprese committenti, le quali, oltre ad avere la possibilità di rivolgersi a numerosi professionisti dell'arte comunicativa, iniziano a richiedere opere sempre più articolate ed esigenti. Parimenti, il mercato dei *media* vede un intenso svilupparsi della competizione tra editori e televisioni.

1.1.3. La pubblicità digitale nell'era di Internet e le nuove forme di marketing non convenzionale

Con l'avvento del *medium* telematico si assiste a una vera e propria rivoluzione della pubblicità e del relativo mercato. Internet, con l'inizio del terzo millennio, è diventato nel tempo il canale principale di trasmissione pubblicitaria, a stretto contatto con i consumatori costantemente connessi, tanto attraverso il *pc* quanto, grazie allo sviluppo tecnologico più recente, con gli *smartphone* e i *tablet*.

Per comprendere la portata del fenomeno, appaiono interessanti i dati pubblicati da Audiweb nel 2022, da cui è risultato che, nella media, in Italia risultano connessi ogni giorno a Internet circa 37 milioni di utenti, i quali navigano *online* per 2 ore e 29 minuti ciascuno. Più nel dettaglio, risulta che navighino mediamente al giorno 12,3 milioni di persone da Computer (il 21% della popolazione dai 2 anni in su) e 34,1 milioni da *mobile, smartphone e/o tablet* (il 79,2% della popolazione tra i 18 e i 74 anni)²⁷.

Una delle conseguenze principali della “rivoluzione digitale” è stata la proliferazione di nuovi *media*: testate *online*, *blog*, *forum*, siti Internet, piattaforme video, *social network*.

²⁷ Si rinvia al sito di Audiweb e in particolare al seguente link: <https://www.audiweb.it/news/comunicati-stampa/Comunicato-Stampa-total-digital-audience-Aprile-2022.html#>.

Spazio infinito e al contempo a portata di mano, il *World Wide Web* si pone come la dimensione perfetta per la comunicazione commerciale, caratterizzato com'è da una piena flessibilità dei contenuti, dalla loro immediata ubiquità, dalla massima interazione tra gli utenti e tra questi e i gestori dei siti. La peculiarità del marketing digitale rispetto ai precedenti mezzi di comunicazione consiste nella possibilità di creare un dialogo diretto e costante con il consumatore, il quale può interagire con le aziende senza eccessivi filtri e contribuire a un miglioramento delle pratiche commerciali.

Il carattere parassitario della pubblicità ha potuto, grazie a Internet, svilupparsi liberamente, confidando nella individuale e immediata raggiungibilità dei vari utenti, che ha permesso, nel corso del tempo, una personalizzazione della comunicazione commerciale. Le caratteristiche del Web consentono alla pubblicità di diventare globale, idonea a inserirsi nelle fluide, costanti, interazioni digitali che uniscono gli utenti di tutto il mondo.

La comunicazione integrata nelle varie piattaforme digitali attribuisce alla pubblicità un'efficacia diretta e immediata, rafforzata dall'utilizzo di sofisticate tecniche di invasione (*pop-up*, *newsletter* etc.) e personalizzazione.

Tra le forme digitali di *advertising* devono menzionarsi: gli *spam*, consistenti in messaggi pubblicitari telematici non richiesti; il *direct email marketing*, consistente in email con specifici focus commerciali, miranti a veicolare precise proposte; le *newsletter*, aggiornamenti informativi inviati tramite posta elettronica a *database* di utenti previo consenso; i *banner*, interruzioni non richieste che si inseriscono all'interno delle pagine visitate, contenenti spesso link ad altri siti, video, audio e animazioni complesse (c.d. "rich media")²⁸.

Tipica novità del commercio digitale è il c.d. *permission marketing* nel quale, attraverso i *big data* ottenuti dagli utenti tramite i *cookies*, la comunicazione pubblicitaria viene personalizzata in modo da apparire meno sgradita ai propri destinatari. L'interattività tra impresa e consumatore, vero e proprio partner commerciale, si rivela un valore aggiun-

²⁸ In taluni casi i *banner* raggiungono un livello di sofisticazione tale da divenire videogame interattivi, in grado di divertire il consumatore durante la comunicazione del messaggio.

to per la produttività, consentendo alla prima di captare più da vicino le esigenze collettive e di valorizzare le informazioni ricevute parametrando la propria strategia promozionale.

Si parla oggi di “data driven economy”, nella quale il consumatore/utente digitale rappresenta una risorsa del mercato e i suoi dati divengono una vera e propria merce, valorizzabile nella comunicazione commerciale delle imprese, discriminante di competitività idoneo a condizionare le dinamiche concorrenziali. È proprio sui dati che oggi si basa la misurazione dell’efficacia della pubblicità digitale, la quale può arricchirsi delle numerosissime informazioni condivise, in modo più o meno consapevole, dagli utenti del Web.

I dati riscrivono la logica dell’*advertising*, consentendo alla singola impresa di operare su tre diverse coordinate: riduzione del numero di messaggi a ogni utente; massimizzazione dell’efficienza di una campagna; rafforzamento del legame tra il consumatore e il *brand*.

Accanto a quelli indicati sopra, un esempio di pubblicità altamente personalizzabile è il “native advertising”, in grado di inserirsi armonicamente nella *user experience* dell’utente digitale, combinandosi agevolmente con i contenuti della pagina visitata.

Tra le forme più diffuse di *native advertising*, si ricordano le pubblicità all’interno dei *social network*, veicolate tramite post o video delle imprese o per il tramite dei c.d. “influencer” (c.d. “social media advertising”). Grazie all’enorme mole di dati inseriti dagli utenti di tali piattaforme, appare evidente il valore che può derivare alla comunicazione commerciale dalla possibilità di combinare le variabili geografiche, demografiche, comportamentali e sociali dei mercati di riferimento.

Completando questa sommaria analisi delle nuove forme di marketing contemporaneo²⁹, è opportuno citare quei casi in cui la comunicazione pubblicitaria non si esaurisce sul piano semplicemente verbale, bensì giunge a coinvolgere il destinatario a 360 gradi. Si parla, in tal

²⁹ Per completezza, tra gli strumenti che, a partire dal terzo millennio, hanno contribuito alla diffusione della comunicazione commerciale vanno menzionati anche gli sms inviati ai cellulari dei destinatari e le telefonate da parte di *call center*. Se queste ultime rappresentano una pratica in qualche modo appartenente al passato, anche se ancora abbastanza diffusa, gli sms pubblicitari, grazie allo sviluppo tecnologico degli *smartphones*, si sono oggi arricchiti di link ipertestuali e contenuti multimediali.

senso, di marketing “estetico ed esperienziale” (olfattivo, uditivo, sensoriale), nel quale l’atto di acquisto viene promosso dall’impresa come valore a sé, attraverso la stimolazione di tutti i sensi del consumatore³⁰.

Il nuovo marketing “non convenzionale” si caratterizza per una maggiore creatività e per la tendenza a raggiungere il consumatore anche nei momenti meno attesi (non a caso, si parla anche di “guerrilla marketing”). Tra i suoi esempi possono citarsi il marketing “virale” (diffuso attraverso contagio esponenziale tra gli utenti, principalmente digitali, di un servizio), l’*ambient marketing* (negli spazi, anche pubblici, con allestimenti e installazioni) e lo *stealth marketing* (in cui, pur non palesandosi subito come tale, il *brand* sfrutta il coinvolgimento del consumatore attraverso eventi spettacolari)³¹.

Pur trattandosi di forme di marketing non direttamente inquadrabili come pubblicità, rimane evidente il loro contributo all’efficacia della comunicazione commerciale.

1.2. Sociologia dei consumi

La riflessione³², iniziata intorno agli anni Sessanta, su quella che è stata, a ragione, definita “la società dei consumi”, ha sottolineato, da

³⁰ Se Sony inserisce nei suoi negozi un aroma di vaniglia e mandarino, i magazzini Bloomingdale diversificano gli odori a seconda del reparto (talco nell’area bambini, cocco in quella dei costumi estivi).

³¹ Si ricorda l’episodio del sommergibile in via Mercanti di Milano, in cui, attraverso la ricostruzione di un incidente, con vigili, ambulanze e televisioni, si è successivamente svelato che si trattava della pubblicità “tutto può succedere”, di Europe Assistance Italia di Generali Assicurazioni.

³² Sul tema cfr.: G.P. FABRIS, *Il comportamento del consumatore: psicologia e sociologia dei consumi*, Milano, 1972; J. BAUDRILLARD, *La società dei consumi*, cit.; ID., *L’échange symbolique et la mort*, Parigi, 1976, ed. italiana *Lo scambio simbolico e la morte*, Milano, 2015; Z. BAUMAN, *Does ethics have a chance in a world of consumers?*, Cambridge, 2008, ed. italiana *L’etica in un mondo di consumatori*, Bari, 2011; ID., *Consuming Life*, Cambridge, 2007, ed. italiana *Homo consumens*, Trento, 2016; V. CODELUPPI, *Il potere della marca*, Torino, 2012; U. ECO, *Apocalittici e integrati*, Milano, 2016; G. DEBORD, *La Société du spectacle*, Parigi, 1971, ed. italiana *La società dello spettacolo*, Milano, 2013; G.P. FABRIS, *Societing: il marketing nella società postmoderna*, Milano, 2009; M. FERRARESI (a cura di), *op. cit.*; N. KLEIN, *No Logo*, Milano, 2010;

diversi punti di vista, come l'atto di "consumo" non possa essere valutato esclusivamente in termini di valore d'uso, ma che lo stesso sembra aver assunto, nel corso del tempo, un imprescindibile valore simbolico³³. Esso è un atto che produce, per il destinatario, senso e identità (c.d. "funzione conativa").

Si è evidenziato, infatti, come la razionalità formale del modello economico classico vada ripensata tenendo in considerazione quei fattori sociali, tra cui persuasione psicologica, processi identificativi e valori culturalmente orientati, che attribuiscono all'oggetto d'acquisto un valore ben superiore rispetto alla sua semplice funzione materiale, valore che ha acquisito una certa autonomia rispetto alle stesse concrete caratteristiche del prodotto, grazie soprattutto all'influenza massmediatica e pubblicitaria. Dunque, diventano rilevanti quei vettori di significati, costantemente interrelati, che poco o nulla hanno a che vedere con l'utilità economica del bene proposto³⁴.

È, ormai da tempo, comunemente diffusa la definizione della pubblicità commerciale quale fenomeno sociologicamente rilevante, come confermato dal "Dizionario della pubblicità", edito da Zanichelli nel 1994, che la descrive come "pratica sociale, volta all'esibizione di contenuti simbolici con funzioni di persuasione e socializzazione, solitamente realizzata nel contesto di un più vasto scambio di stampo economico e/o comunicativo"³⁵.

Il contesto entro il quale la pubblicità moderna sviluppa le proprie potenzialità è, come già visto sopra, quello dei *mass media*. Questi ultimi, attraverso la produzione intensiva e continuativa di messaggi, "elaborati industrialmente in serie e trasmessi via canali commercia-

G. MORICI, *Fare marketing rimanendo brave persone*, Milano, 2016; M. NADOTTI, *Necrologhi: pamphlet sull'arte di consumare*, Milano, 2015; U. VOLLI, *op. cit.*; A. ZANACCHI, *Il libro nero della pubblicità. Potere e prepotenze della pubblicità sul mercato, sui media, sulla cultura*, Pavona di Albano Laziale (Castelli Romani, Roma), 2010.

³³ Il termine *consumare* ha una doppia radice etimologica: deriva tanto da "consumere", che vuol dire eliminare, quanto da "consummare", ovvero concludere. Entrambi i termini implicano l'eliminazione e l'usura del prodotto, lo sfruttamento delle sue funzioni originarie.

³⁴ G.P. FABRIS, *op. cit.*, p. 87.

³⁵ A. ABRUZZESE, F. COLOMBO (a cura di), *Dizionario della pubblicità. Storie. Tecniche. Personaggi*, Bologna, 1994.

li”³⁶, creano la civiltà di massa, i cui componenti divengono, in un modo o nell’altro, consumatori dei messaggi e dei valori dagli stessi trasmessi.

Non a caso, vi è chi³⁷ ha definito tale società “la società dello spettacolo”, in cui la merce viene privata del suo valore intrinseco e ridotta al suo puro valore simbolico. Lo spettacolo, attraverso la comunicazione pubblicitaria e la presentazione costante di prodotti in ogni *medium* rivolto alla massa, “è il capitale a un tale grado di accumulazione da divenire immagine”³⁸. La vera essenza della merce diviene la sua spettacolarizzazione (feticismo³⁹ al grado assoluto) e questa viene acquistata per il suo valore simbolico.

Il carattere prestigioso di un prodotto muore non appena entrato nella casa del consumatore mentre già un altro oggetto si fa interprete delle nuove esigenze di cambiamento e di rinnovato consumo. Va rilevato che in tale contesto comunicativo la pubblicità assorbe persino la critica a essa rivolta, inglobandola nello spettacolo dell’apologia del consumo e presentandola secondo le proprie logiche lucrative.

Si parla, in altri termini, di “mitopoietica” della società industriale avanzata, ovvero di una ricreazione di valori universali di fronte alla “demitizzazione” (crisi del sacro e dell’iconologia tradizionale) del nostro tempo: la nuova “mitizzazione” consiste in una “simbolizzazione inconscia, identificazione dell’oggetto con una somma di finalità non sempre razionalizzabili, proiezione nell’immagine di tendenze, aspirazioni, timori”⁴⁰ di un individuo e di un’intera comunità. Essa viene indotta e favorita dalla persuasione massmediatica, dal continuo suggerimento, attraverso tutti i canali di comunicazione e la pubblicità, di ciò che deve essere desiderato e di come ottenerlo. Per esempio, il modello del “self made man” di Madison Avenue diventa l’istruttore della sensibilità collettiva maschile, facendo di beni come l’automobile il segno del proprio *status* sociale.

³⁶ U. ECO, *op. cit.*, p. 19.

³⁷ G. DEBORD, *op. cit.*

³⁸ Così G. DEBORD, *op. cit.*, p. 64.

³⁹ Si rinvia a K. MARX, *Das Kapital*, Amburgo, 1867, ed. italiana *Il capitale*, Torino, 2009.

⁴⁰ U. ECO, *op. cit.*, p. 219.

Come evidenziato da uno dei maggiori studiosi della sociologia dei consumi, Jean Baudrillard, l'accumulo sempre maggiore degli oggetti di consumo ha fatto di essi, al di là della loro somma materiale, il "contesto" comunicativo sociale, l'insieme dei segni attraverso i quali gli individui comunicano i propri valori e la propria identità.

L'opulenza diventa accumulazione dei segni della felicità, consumo senza fine delle immagini promosse dai *mass media*⁴¹. I benefici del consumo, in questa dinamica dal carattere quasi magico, non sono riconosciuti come risultato di un processo di produzione umana, ma sono vissuti come miracolo, il cui godimento si mantiene entro una dimensione immaginaria, virtuale.

La felicità è il riferimento costante della società dei consumi, sinonimo di salvezza dell'individuo di fronte alla complessità delle dinamiche relazionali; essa diventa il segno ideale, ora misurabile, dell'uguaglianza e della distinzione tra consumi e tra consumatori⁴².

Accanto all'ordine di produzione, luogo della realizzazione economico-politica, si affianca un ordine del consumo, inteso da Baudrillard come sistema di significazioni e di codici simbolici⁴³.

Il consumo, quindi, assume la funzione di strumento comunicativo del proprio *status* sociale, linguaggio interpersonale, dispositivo inconscio di integrazione⁴⁴. L'atto di consumo, evidenzia l'autore francese, rappresenta un atto esistenziale molto complesso, in cui l'uomo esprime e manifesta compiutamente se stesso, la propria personalità, il proprio stile di vita, il proprio modo di essere nel mondo, i significati e i valori che attribuisce a se stesso, alle cose e alle situazioni, i giudizi e le scelte che compie nei confronti della totalità dell'esistenza.

Il consumo, secondo tali dinamiche, diventa istituzione di classe, rispetto a cui si viene a formare una disuguaglianza non solo economica – dunque legata al potere d'acquisto – ma ben più radicale e sottile, connessa a un sistema di segni.

⁴¹ J. BAUDRILLARD, *La società dei consumi*, cit., p. 12.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁴ Lo "standard package", espressione americana che identifica l'insieme di beni e servizi tipici del consumatore medio, è aumentato notevolmente nel corso del tempo, comprendendo beni che prima non venivano neanche pensati.

Gli oggetti al centro dei messaggi pubblicitari e i loro protagonisti diventano i segnali di identificazione di un modello di riferimento e le relative figure emblematiche, rimpiazzando i totem delle tribù del passato⁴⁵; il mancato consumo rappresenta, dunque, il “tabù”⁴⁶ imposto dall’ideologia consumistica. Non a caso vi è chi⁴⁷ parla di marketing “tribale”, il cui obiettivo è la segmentazione in gruppi dalle caratteristiche comuni, secondo i comportamenti di acquisto e consumo, o gli atteggiamenti e i vissuti verso il prodotto.

La logica fondamentale della società dei consumi è la differenziazione/personalizzazione sotto il segno del codice, per cui quest’ultimo è al contempo punto di riferimento per riconoscersi appartenenti a un gruppo e distinguersi da un altro⁴⁸. Il consumo, dunque, diviene un mezzo di aggregazione sociale della comunità postmoderna, “motore semiotico” fondatore di un mondo di valori identificativi. La sua è una logica della produzione e della manipolazione di significati sociali, in cui gli oggetti non sono più legati a un *bisogno* predefinito, ma rispondono alla dimensione sociale del *desiderio* (di senso sociale).

Al sistema biofunzionale di beni e prodotti, legato al soddisfacimento dei bisogni, si affianca un sistema sociologico di segni. Andando al di là della funzione pura e semplice, “gli oggetti simulano l’essenza sociale, lo *status*, la grazia di predestinazione per nascita o per eredità culturale”⁴⁹.

In tale sistema di scambi simbolici tutti i consumatori hanno il proprio compito, ma non può negarsi il ruolo centrale degli “eroi del con-

⁴⁵ In tal senso, Z. BAUMAN, *Consuming Life*, cit., p. 15 ss.

⁴⁶ Per continuare l’analogia metaforica, colui che si astiene dal consumo diviene egli stesso tabù (la forza negativa del divieto, “mana”, si trasferisce su di lui, “homo sacer”), dunque meritevole di esclusione e segregazione. Cfr. S. FREUD, *Totem e tabù*, Torino, 2011.

⁴⁷ Cfr., per esempio, G.P. FABRIS, *op. cit.*, p. 357 ss.

⁴⁸ Nella lettura di Baudrillard, il paradosso della differenziazione di *status* sta nell’*underconsumption* delle classi agiate: prestigiosa discrezione, rinuncia e modestia, che sottintende un lusso in più, una più sottile differenza.

⁴⁹ Così J. BAUDRILLARD, *La società dei consumi*, cit., pp. 52-53.

sumo”⁵⁰, di tutti i protagonisti dello spreco, delle stelle dello spettacolo e della pubblicità, modello sociale degli spettatori. Si parla anche di consumo “vistoso”, per identificare quella forma di sfacciata esibizione della propria ricchezza agli occhi degli altri.

Grazie alla magia pubblicitaria, che riesce a diminuire il valore d’uso dei prodotti a vantaggio del valore moda dei loro significati, un oggetto, ancora materialmente utile, può diventare socialmente obsoleto, in quanto non più aderente ai modelli veicolati. Ancora con Baudrillard, lo spreco viene ad assumere una funzione positiva, che sostituisce l’utilità razionale del consumo con una funzionalità sociale superiore in cui il surplus di beni, il capitale di superfluità, diventano luogo di produzione di valori, differenze e sensi⁵¹.

L’inclinazione costante al “qualcosa in più” del consumatore modello – dietro alla quale non può non individuarsi una certa “volontà di potenza” di nietzschiana memoria – esprime la legge del valore simbolico, per la quale l’essenziale sta sempre oltre l’indispensabile, in modo che si mantenga manifestamente la differenza significativa tra il necessario e il superfluo.

Lo spreco di lusso – esacerbato dai grandi eroi del consumo, modelli culturali di riferimento della società dello spettacolo, e veicolato dai *mass media* – è dunque funzionale al meccanismo del processo economico capitalistico, consistente nella costante produzione di obsolescenza programmata.

Considerando quanto detto fino a ora, possiamo caratterizzare il processo di consumo in due sensi: da un lato, esso è processo di significazione e comunicazione, codice linguistico in cui le pratiche di consumo assumono un valore simbolico; dall’altro è, al contempo, processo di classificazione e differenziazione sociale, in cui l’oggetto diviene simbolo di appartenenza a una certa classe⁵². In tale seconda accezione, i beni assumono il valore di filtro sociale delle classi agiate, che diviene “imperativo categorico” (*fun morality*) per i consumatori delle classi

⁵⁰ Alberoni parla di “élite irresponsabile”, in quanto, pur non rispondendo istituzionalmente delle proprie decisioni, diventa modello di comportamento sociale e portatore di valori. Cfr. F. ALBERONI, *op. cit.*

⁵¹ J. BAUDRILLARD, *La società dei consumi*, cit., p. 29.

⁵² Distinzione operata da J. BAUDRILLARD, *La società dei consumi*, cit., p. 54.

inferiori, mantenute sempre a distanza grazie all'innovazione produttiva continua⁵³.

L'insieme di bisogni e di oggetti è socialmente selettivo e lo *standard package* delle classi inferiori è già un *selected package* di quelle superiori, ormai reso obsoleto da un nuovo ordine di prodotti (principio del "tasso decrescente di rendita distintiva")⁵⁴.

A essere consumato, pertanto, non sarebbe l'oggetto in sé, ma il suo effetto significativo attraverso cui l'individuo si iscrive nella società. Pur vivendolo come libertà, il consumatore, inconsapevole del sistema di significazioni a cui accede, agisce sotto il peso dell'obbedienza a un codice il cui principio fondamentale è quello della differenziazione, in un modo o in un altro.

In tal senso, la sociologia dei consumi per così dire "classica" ha evidenziato come la libertà e la sovranità del consumatore rappresentino delle mistificazioni, alimentate e imposte dalla logica del sistema industriale⁵⁵. La società dei consumi è la società "dell'apprendistato del consumo, dell'addestramento sociale al consumo"⁵⁶ e dunque un nuovo modo di socializzazione mediante oggetti-segni.

L'imperativo della distinzione, alimentato dalla continua produzione di nuovi beni e dalla loro promozione spettacolare sempre più articolata e diffusa, è la logica sociale che muove le dinamiche di consumo, portate avanti inconsapevolmente da ciascun agente economico.

Una logica simile non sembra scomparire nemmeno rispetto alla nuova figura del "consumatore postmoderno" individuata dalla più recente sociologia dei consumi⁵⁷. Detto anche "prosumer" (crasi di "producer" e "consumer"), si è evidenziata la progressiva presa di consapevolezza, da parte del consumatore medio, del valore delle proprie scelte

⁵³ Il presidente statunitense Eisenhower, nel 1958, ha presentato il consumo come dovere civico: «in una società libera, il governo incoraggia al massimo la crescita economica allorché incoraggia lo *sforzo* degli individui e dei gruppi privati. Lo Stato non spenderà mai così bene il denaro come lo avrebbe fatto il contribuente, una volta liberato dal fardello delle imposte».

⁵⁴ Così J. BAUDRILLARD, *La società dei consumi*, cit., p. 56.

⁵⁵ Oltre a Baudrillard, possono ritrovarsi analoghe conclusioni in J.K. GALBRAITH, *The Affluent Society*, Boston, 1958, ed. italiana *La società opulenta*, Roma-Ivrea, 2014.

⁵⁶ J. BAUDRILLARD, *La società dei consumi*, cit., p. 80.

⁵⁷ G.P. FABRIS, *op. cit.*

di consumo, con una riduzione, soprattutto in certi ambiti, del disequilibrio informativo esistente con l'imprenditore. Ciò vale, in particolare, per tutti quegli ambiti in cui il consumatore può produrre beni e servizi da sé (si pensi al *car sharing*), così assumendo, seppur occasionalmente, la qualifica di professionista del settore.

Espressione di tale nuovo paradigma è anche il marketing "relazionale", inteso come quella forma di organizzazione delle attività economiche in cui, piuttosto che subordinare unilateralmente il consumatore alle esigenze del professionista, si costruiscono rapporti bidirezionali con i clienti, nei quali questi ultimi possono esprimersi come soggetti attivi⁵⁸. O ancora, si pensi a tutte quelle forme di marketing etico, attento alle questioni sociali e ambientali, il quale tenta di raggiungere l'attenzione del consumatore non attraverso forme di persuasione suggestiva, ma piuttosto cercando di convincerlo della bontà e opportunità di determinate scelte di consumo.

Si tratta, è evidente, di elementi che dimostrano come quella del consumatore, lungi dal rappresentare una nozione fissa e immutabile, è figura in costante evoluzione, costruita in una certa dimensione storica, dipendente dal contesto economico e sociologico di riferimento. Ciononostante, non può negarsi l'esistenza di una struttura socio-simbolica, di una gerarchia di *status* sociali, che tende a permeare anche la nuova società dei consumi e dei consumatori; si può, anzi, ragionevolmente sostenere che la presenza di nuovi attori del consumo – tra cui il consumatore più informato e attento alle questioni etiche – abbia contribuito allo sviluppo del processo di distinzione e di sviluppo del linguaggio simbolico di cui si è detto sopra, oggi certamente più articolato e dunque più sottile.

Segue. La comunicazione commerciale come principale veicolo di produzione simbolica

Nel contesto del sistema simbolico determinato dal consumo, è indiscussa la centralità della comunicazione pubblicitaria. Quest'ultima,

⁵⁸ Un riferimento al tema del marketing relazionale è contenuto in G.P. FABRIS, *op. cit.*, pp. 235-263.

infatti, si propone di diminuire il valore d'uso degli oggetti, la loro durata, per lasciare spazio al valore moda, al rinnovamento continuo.

La società dei consumi, per esistere, ha bisogno di distruggere costantemente i suoi beni e il consumo diventa il mezzo simbolico attraverso cui realizzare tale missione collettiva⁵⁹.

Come affermato da Baudrillard, infatti,

il valore strategico e nel contempo l'astuzia della pubblicità è precisamente questa: di toccare ciascuno in funzione degli altri, nelle sue velleità di prestigio reificato. Mai essa si rivolge all'uomo preso da solo, essa lo prende di mira nella sua relazione differenziale e, anche quando questa pare afferrare le motivazioni «profonde», lo fa sempre in modo spettacolare, cioè convoca sempre i vicini, il gruppo, l'intera società gerarchizzata nel processo di lettura e di interpretazione, nel processo di sfruttamento da essa instaurato⁶⁰.

La pubblicità, principale mezzo di presentazione del linguaggio del consumo, produce quindi i valori segno che permettono la differenziazione, e al contempo la omologazione in gruppi⁶¹, dei consumatori. In tale seconda accezione, vi è chi⁶² ha puntualizzato il carattere di "sciamme" di tali aggregazioni, semplice somma di parti legate "da una solidarietà meccanica e dal movimento verso una analoga direzione" (consumare).

Seppur apparentemente rivolta, spesso con certa voluta intimità, a un consumatore, la pubblicità mira in realtà a tutta la totalità consumatrice, creando complicità e tribalizzando i singoli individui.

La capacità della pubblicità di performare i valori e i caratteri sociali è certamente dovuta anche alla posizione dalla stessa costantemente assunta all'interno di ogni mezzo di comunicazione di massa, in cui, se a una prima impressione sembra essere centrale il discorso informativo (programma televisivo o radiofonico, video o altro intrattenimento te-

⁵⁹ J. BAUDRILLARD, *La società dei consumi*, cit., p. 34.

⁶⁰ Così J. BAUDRILLARD, *La società dei consumi*, cit., p. 59.

⁶¹ In tali gruppi, la solidarietà storica marxiana viene sostituita da un'indifferenza e un individualismo collettivi sotto il segno dell'oggetto comune ("semiocrazia"). Cfr. J. BAUDRILLARD, *Lo scambio simbolico e la morte*, cit., p. 99.

⁶² Z. BAUMAN, *L'etica in un mondo di consumatori*, cit., pp. 10-18.

lematico), protagonista diventa, invece, la forte carica emotiva del messaggio pubblicitario⁶³. Esso, alternandosi continuamente con le storie raccontate, assume un'equivalenza (ma spesso una prevalenza) semiotica ("ospite performativo")⁶⁴ rispetto al resto delle informazioni: la notizia sull'omicidio si carica, nella percezione della sequenza informativa, dello stesso valore della promozione del bagnoschiuma, enfatizzata alla pari di altri messaggi dal contenuto non commerciale.

Inoltre, il carattere spettacolare conferisce alla pubblicità il riconoscimento di *mass medium* più forte: essa fa dell'oggetto un avvenimento, un'immagine simbolica di cui si eliminano le caratteristiche oggettive-informative per costruire un evento meramente spettacolare.

Da ciò deriva il carattere tautologico e privo di senso del messaggio pubblicitario, in cui la spiegazione e la prova sono "sostituiti da un indicativo senza frasi, che è un imperativo ripetitivo"⁶⁵. Il carattere puramente estetico, e marginalmente informativo, è accentuato dall'utilizzo di figure retoriche⁶⁶ e altre strategie linguistiche⁶⁷.

La stessa può essere definita, dunque, a differenza della proposizione referenziale, un messaggio "poetico"⁶⁸, caratterizzato da ambiguità e dall'utilizzo volontario di termini la cui funzione informativa è alterata. L'attenzione del consumatore viene spostata dal significato al significante, oggetto principale di attenzione e consumo.

La semiotica del messaggio pubblicitario, inoltre, sottolinea il suo carattere indiretto, a differenza delle altre forme di marketing (come la vendita porta a porta, o l'applicazione di un prezzo conveniente): esso, infatti, crea una dimensione spazio-temporale terza rispetto al suo og-

⁶³ E ciò grazie agli *hypes*, prodotti dell'industria delle comunicazioni, miranti alla separazione degli oggetti da evidenziare e rendere desiderabili, rispetto al resto degli elementi improduttivi.

⁶⁴ Così U. VOLLI, *op. cit.*, p. 12 ss.

⁶⁵ J. BAUDRILLARD, *La società dei consumi*, cit., p. 145.

⁶⁶ A titolo di esempio: l'anafora ("be light, be strong, be free", Samsonite), l'antonomasia ("non si dice sambuca, si dice Molinari"), la metafora ("quattro salti in padella Findus") o l'ossimoro ("Ramazzotti, l'amaro positivo").

⁶⁷ Per esempio, l'utilizzo del "tu" intimistico ("La Coop sei tu, chi vale di più?"), dell'imperativo ("drink Coca Cola") o del doppio senso ("O è una Lacoste presa qui, o è una presa in giro").

⁶⁸ Cfr. U. ECO, *op. cit.*, p. 92 ss.

getto e presenta un contenuto simbolico, attribuendo al prodotto o alla marca un significato figurativo (c.d. “segno pubblicitario”)⁶⁹.

Un ruolo centrale, nell’efficacia del messaggio, è assunto dal mezzo televisivo (o, analogamente, dal video su Internet). I risultati degli esperimenti neurologici sull’ascolto televisivo hanno mostrato una tendenza alla ricezione intima passiva, in cui lo spettatore (“homo videns”), lungi dall’essere attivamente critico, è “relaxed”, ovvero è incline ad accettare senza riserve ciò che gli viene comunicato, nel significato che gli viene attribuito⁷⁰. In altri termini, se la parola, scritta o sentita, richiede una capacità di astrazione (dal simbolo-parola al concetto), l’immagine televisiva richiede la semplice visione: con essa si inverte il passaggio dal sensibile all’intelligibile (*ictu oculi*), con un ritorno al semplice vedere, linguaggio percettivo. La televisione, realizzando immagini ed eliminando i concetti, indebolisce, secondo tali ricerche, la nostra capacità di comprendere, per cui l’occhio crede in ciò che vede (appare reale, dunque è vero).

La portata informativa della pubblicità, pertanto, rischia di essere svuotata dalla natura strutturalmente spettacolare dello spot, il quale è spesso caratterizzato da insufficienza informativa o da una vera e propria disinformazione.

Nella costruzione del significato simbolico del consumo un ruolo centrale è certamente da attribuire al *brand*, la marca che sintetizza (“marchia”) l’identità collegata ai suoi prodotti. Essa, a differenza del singolo prodotto materiale, contiene “la mediazione mediatica”, cioè la creazione, attraverso il messaggio pubblicitario, di un mondo di significati alla stessa legati: quale “mondo possibile” viene generato un “costrutto culturale ipotizzato dal destinatario che possiede una natura narrativa, contiene valori, attori e situazioni e configura un possibile percorso di eventi”⁷¹.

⁶⁹ Vedi U. VOLLI, *op. cit.*

⁷⁰ Cfr., per esempio, H. CANTRIL, G.W. ALLPORT, *The psychology of radio*, New York-London, 1935. In chiave più divulgativa, un testo noto è quello di G. SARTORI, *Homo Videns*, Bari, 2007.

⁷¹ Espressione di Umberto Eco, ripresa da Semprini per identificare il mondo della marca (in V. CODELUPPI, *Il potere della marca*, cit., p. 36).

Dunque, nella marca vi è il “valore di comunicazione”, rappresentato dall’insieme di caratteri (notorietà, fedeltà, identità, posizionamento, descrizione) che ne compongono l’*equity*, cioè il prestigio complessivo⁷². Nei principali modelli teorici sulla marca (tra cui quelli di Seguéla e di Semprini), un ruolo centrale è assunto dal riferimento a una struttura identitaria (c.d. *brand identity*) e relazionale, studiata da esperti (*product manager, brand manager, art director, marketing manager* etc.) all’interno delle imprese per il coinvolgimento di un determinato *target* di riferimento.

Il posizionamento (*placement*) consiste nell’individuazione strategica dei luoghi e canali di promozione e distribuzione di un prodotto. Ciò presuppone l’individuazione del target mediante indagini psico-grafiche quali-/quantitative implicanti l’analisi di stili di vita, bisogni, linguaggi e valori condivisi.

È proprio rispetto al target che si attiva il procedimento di identificazione e di fidelizzazione dei singoli consumatori, oggi stimolato anche dalla profilazione pubblicitaria resa possibile grazie ai nuovi sviluppi tecnologici. Si pensi, in particolare, alle tecniche di rilevamento dei *big data* dei consumatori, grazie ai *cookie*, veri e propri contratti di cessione delle proprie informazioni⁷³, mediante i quali la pubblicità viene modellata valorizzando le informazioni derivanti dalle pagine visitate, dalle ricerche effettuate e dai *social network*.

Dei *cookie* e delle relative questioni giuridiche parleremo più approfonditamente quando si tratterà della pubblicità su Internet. Intanto, si ritiene opportuno analizzare la comunicazione commerciale sotto la lente della psicologia, campo di studi non privo di rilevanti connessioni con il fenomeno oggetto della presente trattazione.

⁷² Cfr. M. FERRARESI (a cura di), *op. cit.*, p. 16.

⁷³ Tra i principali attori della pubblicità su Internet vi è Double Click, società che invia milioni di *cookies* che si installano negli *hard disk* di utenti ignari, i quali divengono destinatari di messaggi pubblicitari costruiti secondo i dati raccolti non senza una possibile violazione della *privacy*, come confermato dalle preoccupazioni del Garante.

1.3. Il ruolo della psicologia nella pubblicità moderna-contemporanea

L'instancabile ricerca della persuasione del consumatore ha indotto la pubblicità a sfruttare i risultati delle ricerche in campo psicologico al fine di migliorare, nel modo più efficace possibile, la propria forza attrattiva⁷⁴. A dimostrazione del successo di tale commistione, si pensi che già tra i primi studi di psicologia molti erano dedicati all'attività pubblicitaria, vantaggiosa da un punto di vista lavorativo anche per gli operatori del settore⁷⁵.

John Watson, fondatore della psicologia comportamentale e presidente dell'*American Psychology Association* nel 1914, studioso del comportamento animale e infantile, ha dato un contributo notevole al settore pubblicitario, attraverso l'applicazione del comportamentismo alla *réclame*⁷⁶. Lo psicologo ha, inoltre, fondato la *Psychological Corporation*, dedicata a studi sull'efficacia pubblicitaria e aziendale: tra le sue ricerche, oltre a quelle relative alla collocazione strategica dei prodotti vicino alle casse, di rilievo sono gli studi successivi sull'efficacia degli *spot*⁷⁷.

Facendo un passo indietro, il connubio tra pubblicità e psicologia può rintracciarsi sin dalla data di nascita di quest'ultima. Già nel 1879, all'interno del laboratorio di Lipsia fondato da Wilhelm Wundt, venivano sviluppate ricerche, anche con scopi pubblicitari, per studiare il funzionamento della percezione umana. Centrale, in tale filone di studi, è l'analisi degli stimoli e della loro percezione. Grazie al lavoro di Wundt e di altri psicologi, vengono infatti individuate le soglie percet-

⁷⁴ Per approfondimenti sul tema, cfr.: J. BERGER, *Influenza invisibile*, Milano, 2016; G.P. FABRIS, *La pubblicità. Teorie e prassi*, Milano, 2002; N. OLIVERO, V. RUSSO, *Psicologia dei consumi*, Milano, 2013; M. FERRARESI (a cura di), *op. cit.*; N. GUÉGUEN, *Psychologie du consommateur*, Paris, 2011, ed. italiana *Psicologia del consumatore*, Bologna, 2010; G. MORICI, *op. cit.*; V. PACKARD, *The Hidden Persuaders*, New York, 1957, ed. italiana *I persuasori occulti*, Torino, 2005; V. RUSSO, *Neuromarketing, comunicazione e comportamenti di consumo*, Milano, 2015; D. TREVISANI, *Psicologia di marketing e comunicazione. Pulsioni d'acquisto, leve persuasive, nuove strategie di comunicazione e management*, Milano, 2002.

⁷⁵ M. FERRARESI (a cura di), *op. cit.*, p. 198.

⁷⁶ Tra i suoi testi classici, si rinvia a J. WATSON, *Behaviourism*, Chicago, 1925.

⁷⁷ M. FERRARESI (a cura di), *op. cit.*, pp. 198-199.

tive delle stimolazioni⁷⁸, utili alla pubblicità subliminale. Inoltre, presso l'Università del Minnesota, viene affidato nello stesso anno a H.S. Gale il laboratorio di psicologia sperimentale all'interno del quale, a partire dal XX secolo, prende avvio un programma di ricerca sugli effetti psichici della pubblicità.

Dal momento che, come sopra visto, l'atto del consumo, piuttosto che incentrarsi esclusivamente sull'utilità oggettiva del bene, si colora di aspetti simbolici ed emotivi, si avverte l'esigenza di reimpostare il rapporto con il consumatore in termini più articolati. La psicologia, così, diventa il principale strumento di manipolazione e persuasione dei consumatori, la cui svelata vulnerabilità diventa un importante punto di forza dei professionisti del marketing.

Ecco che, a partire dagli anni Cinquanta, grazie all'*Institute for Motivational Research* fondato da Ernest Dichter⁷⁹, si sviluppa la ricerca motivazionale, attraverso cui, mediante interviste psico-grafiche cosiddette "in profondità", si individuano i *target* di potenziali consumatori di un prodotto (c.d. *focus group*), secondo i relativi profili psicologici (bisogni, atteggiamenti, valori). L'obiettivo è quello di verificare le motivazioni, più o meno consce, che stanno dietro alle scelte di consumo: si scopre che spesso si tratta di processi impulsivi ed emotivi, caratterizzati da una percezione cognitiva del prodotto e del *brand* tutt'altro che razionale. Da un punto di vista procedurale, invece, la tecnica utilizzata consiste nel cercare un desiderio o una paura diffusi e nel metterli in rapporto a un prodotto attraverso un ponte di simboli verbali e non verbali, mediante il quale il cliente passa dal fatto concreto all'illusione di appagare il bisogno sotteso con il prodotto⁸⁰.

⁷⁸ Queste si distinguono in soglie percettive assolute (quantità di stimolazione minima percepibile) e relative (quantità di cambiamento minimo percepibile di stimolazione).

⁷⁹ Un ruolo altrettanto determinante va attribuito anche a Louis Cheskin, direttore del *Color Research Institute of America*, a cui molte aziende, tra cui la Philip Morris e la Procter & Gamble, si sono rivolte per sfruttare i risultati delle ricerche sui colori delle confezioni dei prodotti. Da queste si evinceva come i colori più smorti e neutri fossero preferiti dalle classi agiate, mentre quelli più vivaci da quelle più basse.

⁸⁰ Con il termine *insight* si intende la prospettiva intima e segreta da cui il consumatore medio, appartenente al target di riferimento, percepisce il problema che il prodotto dovrebbe risolvere.

Tra le variabili intervenienti nell'atto di consumo possono individuarsi il carattere, l'intelligenza, gli atteggiamenti, le opinioni, l'attenzione e l'emozione: il prodotto viene dunque valutato dal consumatore solo dopo il passaggio attraverso filtri culturali, percettivi e mnemonici.

Se a determinare la decisione del consumatore contribuiscono principalmente tali fattori soggettivi, ne risulta che l'elaborazione del messaggio commerciale si concentra non più sulle informazioni del prodotto, ma su aspetti estranei a esso, dal carattere più prettamente psico-emotivo. Alcune strategie utilizzate attengono al contenuto del messaggio, strumentalizzando vecchi tabù e tendenze universali, altre invece puntano sulla forma della comunicazione, in modo da fuorviare la percezione del consumatore. Le prime puntano principalmente alla "psiche", le seconde si concentrano maggiormente sui sensi e sulla elaborazione cognitiva.

Se inizialmente si registra una principale, se non esclusiva, applicazione alla pubblicità delle teorie comportamentali, con il progredire della ricerca psicologica, l'attenzione degli uomini di marketing si estende anche alle scoperte della *Gestalt*, della psicoanalisi, della psicologia cognitiva (parte della psicologia della decisione, insieme al comportamentismo) e, più recentemente, del *neuromarketing*. Rispetto alle prime teorie, l'attuale ricerca psicologica dimostra un elevatissimo grado di approfondimento e di articolazione teorico-pratica, che si traduce in vantaggio per le aziende grazie alla collaborazione (al loro interno o all'interno delle agenzie di pubblicità) di esperti di psicologia.

1.3.1. Le teorie psicologiche e la loro applicazione a fini di persuasione commerciale

Numerose ricerche hanno ormai da tempo evidenziato la distanza esistente tra il modello del consumatore come agente razionale, proposto dalle concezioni classiche e neoclassiche di economia-politica, e il consumatore reale⁸¹. Il tramonto di tale paradigma teorico, che concepi-

⁸¹ Tra quanti hanno evidenziato questa contraddizione, vedi: A. CANDIDO, *La nudge regulation. Interpretazioni dottrinali e prime applicazioni pratiche*, in *Amministrazione in cammino*, 7, 2012, p. 1 ss.; M. FERRARESI (a cura di), *op. cit.*, p. 210 ss.; S. FRERICH, *False Promises? A Sociological Critique of the Behavioural Turn in Law and Econo-*

sce l'agente economico come colui che tende sempre a massimizzare il proprio profitto (comparando costi e benefici della scelta) e a valutare le informazioni in modo razionale, ha lasciato spazio a nuove prospettive che, ormai da circa mezzo secolo, hanno messo in luce le deviazioni da questo olimpico punto di riferimento.

Un ruolo di primo piano va riconosciuto a Herbert Simon⁸², il quale ha voluto contrapporre al modello classico un altro modello, ovvero quello della "razionalità limitata". Tale teoria evidenzia che, eliminate le condizioni di concorrenza perfetta e di piena informazione che stanno alla base della costruzione del modello di agente razionale, la sua definizione diviene incerta. In opposizione a esso, dunque, viene presentato un individuo che, influenzato dalla personalità e dall'ambiente, possiede una razionalità decisionale contraddistinta da taluni limiti: difficoltà e costi della ricerca e dell'elaborazione di informazioni, nonché limiti alla memoria e all'attenzione. L'uomo si concentrerebbe, per dirla in breve, solo su una parte dei dati a disposizione nell'ambiente e precisamente quella parte che sia legata agli scopi e ai valori che lo spingono ad agire, tralasciando, invece, le altre informazioni, seppur oggettivamente importanti.

Occorre quindi, da un lato dare conto della complessità dell'ambiente oggettivo e dall'altro distinguere tra questo e l'ambiente percepito dall'individuo, spesso differente dal reale.

mics, in *Journal of Consumer Policy*, 34, 2011, p. 289 ss.; J.D. HANSON, D.A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*, in *New York University Law Review*, 74:630, 1999, p. 633 ss.; D. KAHNEMAN, *Thinking fast and slow*, New York, 2011, ed. italiana *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2017, p. 16 ss.; L.A. REISCH, M. ZHAO, *Behavioural economics, consumer behaviour and consumer policy: state of the art*, in *Behavioural Public Policy*, 1 (2), 2017, p. 190 ss.; R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2009; D. TREVISANI, *op. cit.*, p. 11; J. TRZASKOWSKI, *Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practises Directive*, in *Journal of Consumer Policy*, 34:377, 2011, p. 387.

⁸² H. SIMON, *Theories of Decision-Making in Economics and Behavioural Science*, in *The American Economic Review*, 49, 3, 1959, p. 253 ss.; ID., *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985.

Un diverso modello teorico di agente economico è quello costruito da Petty e Cacioppo⁸³, denominato “Elaboration Likelihood Model” (ELM), il quale delinea due meccanismi attraverso cui l’uomo giungerebbe alla decisione: una via centrale, contraddistinta da razionalità e faticosa elaborazione di informazioni; una via periferica, caratterizzata da immediatezza, superficialità cognitiva e prevalenza delle emozioni. Mentre la *central route* riguarda le attitudini durevoli e implica comprensione e apprendimento delle informazioni di un prodotto, invece la *peripheral route*, legata a fattori temporanei e contestuali, coinvolge atteggiamenti di favore o sfavore anche irrazionali e imprevedibili.

Partendo da tale assunto, la persuasione commerciale dovrebbe scegliere la via più consona per la strutturazione del messaggio, a seconda della probabilità di elaborazione da parte del destinatario e delle motivazioni retrostanti alla decisione⁸⁴. Tale probabilità dipende dalla considerazione e dall’importanza attribuita alle caratteristiche del prodotto, per cui: se vi è un elevato interesse e, dunque, una probabilità di elaborazione elevata, allora il messaggio pubblicitario dovrebbe puntare su contenuti informativi ragionati e veritieri; viceversa, se vi è una probabilità di elaborazione bassa, allora il messaggio potrà incentrarsi su fattori più superficiali e contestuali, come la forma in cui è presentato, o una certa estetica del comunicante⁸⁵. Va rilevato che una simile distinzione non appare sempre netta, dato che taluni aspetti possono risultare spesso trasversali alle due vie considerate, come rilevato dagli stessi teorici.

⁸³ Per approfondimenti, M. FERRARESI (a cura di), *op. cit.*, p. 211; R.E. PETTY, J.T. CACIOPPO, D. SCHUMANN, *Central and Peripheral Routes to Advertising Effectiveness: The Moderating Role of Involvement*, in *Journal of Consumer Research*, 10, 1983, p. 135 ss.; R.E. PETTY, J.T. CACIOPPO, *Central and Peripheral Routes to Persuasion: Application to Advertising*, in L. PERCY, A. WOODSIDE, *Advertising and Consumer Psychology*, Lexington, 1983, p. 3 ss.

⁸⁴ Tra i fattori motivazionali, un ruolo rilevante possono assumerlo, per esempio, l’importanza e la conoscenza personale dell’argomento trattato, la distrazione e l’attenzione, l’urgenza, le esperienze passate e le aspettative.

⁸⁵ Cfr., su tale tema, anche R.E. PETTY, J.T. CACIOPPO, *Effects of Issue Involvement on Attitudes in an Advertising Context*, in G.G. GORN, M.E. GOLDBERG (a cura di), *Proceedings of the Division 23 Program*, Montreal, 1980, p. 75 ss.

Analogo a quello appena visto è il modello proposto dal Nobel Daniel Kahneman⁸⁶, noto per gli studi svolti, insieme al collega Amos Tversky, sugli *Heuristics and Biases* di cui parleremo più avanti quando tratteremo della psicologia della decisione.

Kahneman profila un tipo di agente in cui possono distinguersi due sistemi di pensiero: un pensiero lento (“sistema 2”), preposto ad attività impegnative, che richiedono concentrazione e sforzo (come i calcoli complessi); un pensiero veloce (“sistema 1”), che, costantemente attivo, agisce frettolosamente, in modo incontrollato, poco faticoso e più intuitivo (per esempio per il riconoscimento degli oggetti). Il pensiero lento, unico in grado di scegliere oculatamente dopo un adeguato confronto dei costi e dei benefici, è solitamente in una modalità di minimo sforzo in cui solo una piccola parte viene attivata. Esso si mobilita pienamente solo nel caso in cui, quale controllore “pigro” del sistema 1, si accorga che questo risulti insufficiente o fallisca nel compito da affrontare (c.d. “tensione cognitiva”). Quindi, il pensiero veloce elabora continuamente spunti per il pensiero lento (intuizioni, impressioni, sensazioni e intenzioni), i quali diventano credenze e azioni volontarie solo ove corroborate dal secondo.

Ciò premesso, senza alcuna intenzione di creare un modello per la trattazione seguente, qui ci si limiterà a esaminare le varie teorie psicologiche applicate alla comunicazione pubblicitaria. L’esposizione di alcuni modelli alternativi a quello classico dell’*homo oeconomicus* è servita esclusivamente a dimostrare l’assoluta mancanza di scientificità di quest’ultimo, trattandosi esclusivamente di una tra altre teorie.

Piuttosto, sembra ormai potersi sinteticamente affermare, come già evidenziato dalla sociologia dei consumi, che l’utilità razionale del prodotto assume un minimo ruolo all’interno dell’acquisto: esso, piuttosto, diventa un “fenomeno psicologico che risponde ad altre esigenze”⁸⁷. L’agente reale, dunque, si caratterizza per un insieme di credenze, pregiudizi e predisposizioni emotive che lo inducono spesso a scelte poco ragionate e tendenzialmente impulsive, o comunque dettate da fattori

⁸⁶ Un ottimo compendio divulgativo del suo pensiero è D. KAHNEMAN, *op. cit.*

⁸⁷ D. TREVISANI, *op. cit.*, p. 13.

tutt'altro che razionali e solo lontanamente legati alle caratteristiche del prodotto⁸⁸.

È interessante verificare in che modo le teorie di psicologia abbiano contribuito a rafforzare la portata della comunicazione commerciale; i risultati dell'analisi, infatti, troveranno una valorizzazione durante lo studio della pubblicità come fenomeno giuridico e in particolare ci permetteranno di verificare se sia possibile ipotizzare delle forme di scorrettezza pubblicitaria meno evidenti, ma al contempo più delicate.

1.3.1.1. *La psicoanalisi*

Tra le teorie di psicologia applicate alla pratica pubblicitaria, un ruolo centrale va certamente attribuito alla psicoanalisi, nata con Sigmund Freud⁸⁹ e diversamente articolata da altri studiosi in epoca più recente. Essa, per usare le parole del suo fondatore, consisterebbe nell'“esame della componente inconscia della vita psichica individuale”⁹⁰, la quale determina e influenza gran parte delle nostre azioni, seppur in apparenza coscienti.

Il suo impiego in massa per la persuasione del consumatore risulta, ormai da tempo, una pratica diffusa nel contesto dell'industria pubblicitaria. L'assunto di base è che vi siano tre livelli di coscienza, ciascuno dei quali presenta un determinato grado di consapevolezza delle proprie pulsioni⁹¹, spinte somatiche eccitanti che promuovono processi psichici i quali, traducendosi in comportamenti, permettono di scaricare la tensione pulsionale.

⁸⁸ Con un approccio più divulgativo, analizza i profili salienti dell'*homo oeconomicus* contemporaneo: E. FROMM, *Avere o essere?*, Milano, 2001; ID., *La disobbedienza e altri saggi*, Milano, 1988; ID., *Psicanalisi della società contemporanea*, Milano, 1977.

⁸⁹ Tra le tante opere del padre della psicoanalisi, cfr.: S. FREUD, *Totem e tabù* e, nello stesso volume, *Psicologia delle masse e analisi dell'io*, Torino, 2016; ID., *Introduzione al narcisismo* e, nello stesso volume, *Inibizione, sintomo e angoscia*, Torino, 2017.

⁹⁰ S. FREUD, *Totem e tabù*, cit., p. 52.

⁹¹ Per qualche spunto sul tema nell'ambito dei consumi, cfr.: M. FERRARESI (a cura di), *op. cit.*, p. 209 ss.; G. MORICI, *op. cit.*, pp. 52-70; D. TREVISANI, *op. cit.*, p. 13 ss. Tra i sociologi, vedi V. PACKARD, *op. cit.*, p. 23 ss.

Il primo livello è quello della “coscienza”, in cui, pienamente consapevoli delle nostre esigenze e azioni, sviluppiamo valutazioni razionali.

Il secondo livello è il “sub-conscio”, ove vi è l’associazione inconsapevole, o parzialmente inconsapevole, tra l’azione (nel nostro caso l’acquisto) e l’eliminazione di problemi reali o potenziali. In tale stadio, siamo spinti da pulsioni spesso inconsapevoli di natura culturale (es. esigenze di conformazione, religione) e ontogenetica (influenze derivanti dal contesto della crescita)⁹².

Il terzo livello, ancora più profondo, è rappresentato dall’“inconscio” (detto anche “es”, nucleo dell’“io”). In esso si manifestano dinamiche non percepite razionalmente dal soggetto, il quale viene spinto da pulsioni istintuali, ancestrali e genetiche: si tratta di quegli aspetti psico-biologici e filogenetici, tra cui gli impulsi sessuali, di autoconservazione, i sentimenti di paura e di possesso. Essi tendono spesso a essere rimossi, dunque a rimanere ignoti. A questo livello, da un punto di vista neuronale, corrisponde, come vedremo nel paragrafo successivo, la parte del cervello più antica (c.d. rettiliana).

Secondo la teoria della motivazione⁹³, il processo decisionale vede un iniziale “stato di tensione” (squilibrio psichico), da cui deriva un “impulso” mirante all’equilibrio, il quale si trasforma in movente che spinge all’azione finale risolutiva. Secondo il “principio di piacere” freudiano, quindi, obiettivo finale di tutti gli impulsi è la riduzione della tensione corporea, che viene dall’individuo sperimentata come piacere.

Tale procedimento può essere applicato all’atto del consumo, per cui l’impulso, determinato dalla tensione, che spinge il soggetto all’atto di acquisto, viene diretto verso oggetti esterni presentati e percepiti come utili al riequilibrio psicologico, dunque al piacere. Lo stesso Freud afferma che la “libido”, insieme di pulsioni orientate al piacere sessuale e all’amore, può essere indirizzata non solo verso l’amante o verso amici, ma anche verso oggetti sostitutivi o idee⁹⁴.

⁹² In esso ci si rende confusamente conto delle pulsioni e degli atteggiamenti, ancorché non si desidera spiegarli, dunque realizzarli.

⁹³ Cfr., a tal riguardo, J.R. GREENBERG, S.A. MITCHELL, *Le relazioni oggettuali nella teoria psicoanalitica*, Bologna, 1986, nonché D. TREVISANI, *op. cit.*, p. 27.

⁹⁴ S. FREUD, *Psicologia delle masse e analisi dell’io*, cit., p. 211.

Da ciò deriva che, accanto al prodotto reale, è possibile identificare un “prodotto psicologico”, definibile come “pura entità percettiva la cui natura fisica viene analizzata da innumerevoli filtri mentali”⁹⁵, tra cui fattori biologici, fisiologici e culturali. Esso, lungi dal soddisfare solo il bisogno tangibile e immediatamente identificato dalle caratteristiche funzionali del bene, si ricollega anche ai problemi psico-fisiologici sottostanti (c.d. “bisogno sottostante servito”)⁹⁶.

Allo stesso modo, tra i filtri in base a cui il consumatore valuterà un prodotto o servizio, accanto alle prestazioni oggettive, vi saranno quelle soggettive psico-culturali (c.d. *performance evaluation source*), soprattutto per quei prodotti che più sono legati alle pulsioni inconse o subconscie, spesso identificativi di stili di vita.

In altre parole, penetrando attraverso il subconscio e fino all'inconscio, il prodotto può divenire un mezzo per il soddisfacimento di desideri (per esempio il desiderio sessuale, di potere sociale, o altre forme di narcisismo)⁹⁷, che nulla hanno a che vedere con la sua funzione materiale e che vengono simbolicamente associati a esso attraverso il meccanismo psicologico della “proiezione”⁹⁸. Quest'ultimo è legato alla “sублиmazione”, ovvero la tendenza a rivolgere la pulsione sessuale verso una meta diversa dal soddisfacimento sessuale.

E questo perché, secondo la teoria psicoanalitica ortodossa, il desiderio pulsionale, che sta alla base dell'azione, si scontra, seppur inconsapevolmente, con il divieto derivante dal “super-io”, insieme di imperativi morali che la coscienza pone quale limite alla tendenza libidica. A seguito di tale scontro, si tende a sostituire l'originario desiderio libi-

⁹⁵ D. TREVISANI, *op. cit.*, p. 45.

⁹⁶ Correlativamente, accanto ai costi economici, vi saranno anche i “costi psicologici”, tanto personali (per esempio l'ansia derivante dal conflitto con i propri valori e credenze), quanto sociali (come i giudizi altrui).

⁹⁷ Il narcisismo è quel “comportamento di una persona che tratta il proprio corpo allo stesso modo in cui è solitamente trattato il corpo di un oggetto sessuale”, dunque contemplandolo e curandolo intensamente. Esso è una caratteristica fondamentale della psiche umana, tipica dell'età infantile (pienamente concentrata sull'io) ma che trova espressione anche in età adulta (patologicamente nei nevrotici e nei parafrenici). Cfr. S. FREUD, *Introduzione al narcisismo*, cit., p. 17 ss.

⁹⁸ Per cui, un sentimento di cui non si è consapevoli, perché inconscio, viene trasferito dalla percezione interna al mondo esterno. Cfr. S. FREUD, *Totem e tabù*, cit., p. 87.

dico con pratiche⁹⁹ od oggetti surrogati. In questi casi, l'acquisto non è più considerato per le sue caratteristiche oggettive, ma come fattore necessario per soddisfare esigenze nascoste; esso viene "idealizzato", ovvero psichicamente arricchito di benefici e caratteri risolutori ulteriori rispetto a quelli reali.

Un esempio di tale valorizzazione psicologica si ha quando prodotti con la medesima qualità vengono diversamente percepiti e valutati perché di marca (o con etichetta) differente¹⁰⁰, a conferma della funzione simbolica e sociologica assunta dal *brand* e dai valori dallo stesso veicolati.

L'applicazione alla pubblicità di forme di persuasione più subdola può riscontrarsi nella promozione di certi specifici prodotti, maggiormente connessi a forme di debolezza psico-emotiva. Non a caso, una strategia molto diffusa in tali ipotesi consiste nel presentare una minaccia futura, attraverso la creazione di un bisogno presente e facendo leva su pulsioni negative, come l'ansia e la paura.

È quello che avviene con una certa frequenza per prodotti cosmetici, dimagranti e farmaceutici, ove la pubblicità non di rado cerca di far leva, abusandone, sull'insicurezza, sulla frustrazione e sui timori dei consumatori. Ma lo stesso può dirsi per la pubblicità del gioco e della scommessa, incentrata sul senso di frustrazione personale e sul desiderio di possesso, nel quale vengono proiettate le proprie debolezze. Questi tipi di messaggi, non a caso, fanno leva sulla credulità del destinatario e sulla sua dipendenza patologica: presentando la vincita come facilmente raggiungibile, illudono il consumatore di poter risolvere i propri problemi attraverso l'acquisto.

Per non parlare della pubblicità degli alcolici, prodotti particolarmente pericolosi. Lungi dall'avvertire dei possibili effetti nocivi, il

⁹⁹ Si parla, più precisamente, di "sintomo", per indicare quella tendenza comportamentale che traduce, sostituendolo, un mancato soddisfacimento pulsionale, rimosso dall'io perché in contrasto con il super-io. Vedi S. FREUD, *Inibizione, sintomo e angoscia*, cit., p. 78.

¹⁰⁰ In un esperimento, poi confermato da altri successivi, si è dimostrato come il semplice fatto di apporre etichette diverse sullo stesso yogurt modificava la percezione del gusto del consumatore. Cfr. A. WESTCOMBE, J. WARDLE, *Influence of relative fat content information on responses to three foods*, in *Appetite*, 28 (1), 1997, p. 49 ss.

messaggio commerciale si basa su una suggestione emotiva tutt'altro che innocua. Presentando il consumo di alcol come mezzo per il raggiungimento del divertimento e di una maggiore capacità di approccio con nuovi partner, esso induce piuttosto a trascurare cautela e moderazione. Non può negarsi il ruolo determinante, nell'opera di persuasione, del lato libidico e narcisistico e delle insicurezze personali, terreno ideale per la creazione della dipendenza.

1.3.1.2. *La teoria comportamentale e il filone degli Heuristics and Biases*

Un secondo filone di ricerche spesso sfruttato in ambito pubblicitario è quello della psicologia comportamentale. Parte della psicologia della decisione, essa, come visto sopra, ha rappresentato un partner privilegiato della comunicazione commerciale, sin dalla sua nascita.

L'assunto della psicologia comportamentale è che le decisioni umane sono spesso frutto di stimoli esterni, a cui l'individuo reagirebbe in modo più o meno consapevole¹⁰¹. Nel caso del consumatore, dunque, l'agente viene considerato come un essere passivo e acritico, un soggetto da condizionare attraverso l'associazione tra bisogno e rinforzo¹⁰².

Un'applicazione basilare ma ancora molto comune è la ripetizione incessante del messaggio pubblicitario, la quale vi attribuirebbe maggiore efficacia esauendo la capacità di resistenza del consumatore.

Nell'ambito della più generale attività di marketing, anche l'ambiente commerciale (c.d. "atmospheric") possiede un ruolo non trascurabile¹⁰³. La prassi commerciale più recente, infatti, ha considerato l'importanza che il contesto sensoriale presenta nelle decisioni del consumatore, il cui comportamento economico può essere influenzato attraverso la stimolazione positiva di taluni sensi. Tra i fattori principali un ruolo centrale va sicuramente attribuito alla musica: diversi esperi-

¹⁰¹ La versione russa della teoria comportamentale, nata negli States, è rappresentata dalla *reflexology*, teoria di Ivan Pavlov basata su esperimenti applicati ai cani. Essa ha studiato lo "stimolo condizionato", associando a un input di per sé neutro una conseguenza positiva.

¹⁰² M. FERRARESI, *op. cit.*, p. 201 ss.

¹⁰³ Cfr. P. KOTLER, *Atmospherics as a Marketing Tool*, in *Journal of Retailing*, 49 (4), 1974, p. 48 ss.

menti hanno dimostrato come tanto il suo livello sonoro¹⁰⁴ quanto la tipologia¹⁰⁵ possano spesso condizionare il comportamento dei consumatori. Ma lo stesso può dirsi dei profumi, strategicamente utilizzati nei negozi, o anche al di fuori, per attivare uno stato psicologico particolare in grado di indurre alla maggiore permanenza o, addirittura, a decisioni di un certo tipo¹⁰⁶.

La teoria comportamentale ortodossa, pur diffusamente utilizzata in ambito pubblicitario, si è mostrata, nel corso del tempo, insufficiente nella considerazione delle variabili intervenienti nel processo decisionale.

Lo sviluppo delle ricerche nel campo della psicologia della decisione ha consentito di studiare con maggiore precisione le strutture cognitive¹⁰⁷, la dinamica selettiva del ricordo, i meccanismi attentivi e, più in generale, tutti quei fattori che inducono il consumatore a percepire il prodotto, o la sua presentazione, in modo distorto, alterando la razionalità della sua scelta.

Su tale scia, ha preso avvio negli ultimi trent'anni il filone di ricerca noto come *Heuristics and Biases*, il quale ha evidenziato il ruolo che diverse anomalie cognitive assumono nel processo decisionale¹⁰⁸. Co-

¹⁰⁴ Il volume alto della musica spesso determina una sorta di sovrattivazione fisiologica e psicologica. Cfr. N. GUÉGUEN, H. LE GUELLEC, C. JACOB, *Sound level of background music and consumer behavior: an empirical evaluation*, in *Perceptual and Motor Skills*, 99, 2004, p. 34 ss.

¹⁰⁵ Cfr. A.C. NORTH, A. SHILCOCK, D.J. HARGREAVES, *The effect of musical style on restaurant consumers' spending*, in *Environment and Behavior*, 35, 2003, p. 712 ss.

¹⁰⁶ Tra gli esperimenti, cfr. N. GUÉGUEN, C. PETR, *Odor and consumer behavior in a restaurant*, in *International Journal of Hospitality Management*, 25, 2006, p. 208 ss.; N. GUÉGUEN, C. JACOB, *Congruence d'une odeur culinaire et orientation du choix du consommateur: une évaluation en situation naturelle*, in N. GUÉGUEN, *op. cit.*

¹⁰⁷ Si parla anche di *psicologia cognitiva* per identificare quel filone che si occupa di analizzare il modo in cui gli stimoli esterni vengono elaborati, memorizzati e percepiti dall'individuo, e dunque il ruolo determinante del processo cognitivo soggettivo.

¹⁰⁸ I fondatori di questo ambito di ricerca sono A. Tversky e D. Kahneman, ai quali si deve certamente l'identificazione e l'analisi delle varie anomalie (o bias) cognitive. Tra i vari scritti, seppur più risalenti, cfr.: A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in *Science*, 211, 1981, p. 453 ss.; A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Judgement under uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 185/4157, 1974, p. 1124 ss.; A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Prospect Theory: an analysis of Decision under risk*, in *Econometrica*, 47, 1979, p. 263 ss.; A. TVERSKY, *Rational*

dimostrato da numerose ricerche anche sperimentali, la scelta avviene spesso in modo “euristico”, poco coinvolto e quasi automatico¹⁰⁹. Per questo motivo, il decisore incappa frequentemente in “biases”, cioè in errori cognitivi sistematici, che non gli permettono di percepire con adeguata attenzione le variabili della decisione, o le sue conseguenze.

I risultati ottenuti in tale ambito, progressivamente affinati e corroborati dalle numerose conferme empiriche, hanno iniziato a essere applicati diffusamente nel marketing. Tra i contesti in cui, infatti, si manifestano maggiormente errori cognitivi, vi è certamente quello del consumo, come evidenziato da diversi studiosi¹¹⁰.

Sembra ormai evidente che coloro che si occupano della formulazione e della presentazione del messaggio pubblicitario, oltre che degli altri elementi di marketing (es. il *packaging*), sfruttino nel modo più efficace possibile le tendenze non razionali del consumatore, per manipolarne la percezione, il comportamento e le preferenze.

In particolare, le pratiche commerciali sembrano strumentalizzare taluni *biases*, studiati dalla letteratura psicologica, per cercare di fuorviare la percezione del consumatore sulle caratteristiche del prodotto venduto. Vediamone qualcuno.

Uno dei principali è certamente il “priming” semantico, per il quale le informazioni e le stimolazioni iniziali (anche visive e sonore) influenzano cognitivamente la percezione delle informazioni successive, nonché i comportamenti conseguenti. Il consumatore, pur rimanendo inconsapevole dell’influenza, agirebbe dunque condizionato dalla pre-

Theory and Constructive Choice, in *The Rational Foundation of Economic Behaviour*, 1997, p. 185 ss.; per un approccio divulgativo, più di recente, vedi anche D. KAHNEMAN, *op. cit.*

¹⁰⁹ Si stima che circa i 2/3 degli acquisti non siano pianificati, cfr. M.R. SOLOMON, *Consumer Behaviour: Buying, Having & Being*, London, 1999, p. 317.

¹¹⁰ Per approfondimenti sul tema: J.D. HANSON, D.A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*, cit., p. 630 ss.; J.D. HANSON, D.A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation*, in *Harvard Law Review*, 112/7, 1999, p. 1420 ss. Tra i più recenti, invece, cfr.: S. FRIEDRICH, *op. cit.*; L.A. REISCH, M. ZHAO, *op. cit.*, p. 190 ss.; D. TREVISANI, *op. cit.*; J. TRZASKOWSKI, *Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practices Directive*, cit.

parazione cognitiva¹¹¹. Tra gli esempi, si pensi all'utilizzo, da parte di una pubblicità relativa a prodotti potenzialmente nocivi, di parole che richiamano la spensieratezza e la disattenzione, in questo modo predisponendo il destinatario a non percepire adeguatamente eventuali successive contro-informazioni sugli effetti dannosi.

Tra i *biases* maggiormente considerati nella presentazione di un prodotto, ritroviamo anche il c.d. *framing effect*, ovvero la differente percezione di una medesima informazione solo perché diversamente presentata e inquadrata¹¹². Risulta evidente il suo frequente sfruttamento da parte della comunicazione commerciale. Un esempio di questo tipo sarebbe la presentazione di un prodotto alimentare che indichi la percentuale di grassi posseduti (es. 25%), piuttosto che quella dei grassi mancanti (in tal caso 75%)¹¹³, o più in generale la quantità elevata di rischi assenti rispetto a quella, più bassa, dei rischi effettivamente collegati al prodotto.

Un altro *bias* analizzato dalla ricerca è quello della “disponibilità”, per cui si tende, pigramente, a considerare solo le informazioni più vivide e disponibili, rispetto a cui le altre informazioni, pur rilevanti per una decisione razionale (e ragionevole), vengono sottostimate, se non ignorate¹¹⁴. Tra gli esempi più comuni, basta rammentare quelle comunicazioni pubblicitarie che evidenziano solo alcune informazioni, riservando uno spazio irrilevante ad altre, di fatto nascoste all'attenzione del destinatario.

Altra categoria esaminata dagli studiosi è quella dei c.d. “confirmatory biases” (o *status quo biases*), processi cognitivi implicanti una par-

¹¹¹ Cfr. N. MANDEL, E. JOHNSON, *When web pages influence choice: Effects of visual primes on experts and novices*, in *Journal of Consumer Research*, 29/2, 2002, p. 235 ss.; N. GUÉGUEN, *op. cit.*, p. 37; D. KAHNEMAN, *op. cit.*, p. 67 ss.

¹¹² J.D. HANSON, D.A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*, cit., p. 684 ss.

¹¹³ J.D. HANSON, D.A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation*, cit., p. 1451 ss.

¹¹⁴ Si parla anche di “effetto alone”, ovvero la tendenza a valutare, positivamente o negativamente, il tutto solo per aver considerato una parte di esso. Per approfondimenti sulle possibili conseguenze comportamentali di tale *bias*, cfr. G. MENON, P. RAGHUBIR, *Ease-of-Retrieval as an Automatic Input in Judgments: A Mere-Accessibility Framework?*, in *Journal of Consumer Research*, 30, 2003, p. 230 ss.

ticolare resistenza rispetto al cambiamento di una credenza iniziale. Tra questi, centrale è il meccanismo dell'*anchoring*, che induce l'agente ad analizzare la convenienza di una decisione affidandosi in modo eccessivo alla prima informazione ricevuta, che condiziona la successiva percezione del valore reale definitivo. Nell'ambito della comunicazione commerciale, un esempio è dato dalla presentazione di un prezzo iniziale a cui segue un aumento a causa di costi aggiuntivi, sottostimati dal consumatore. Allo stesso modo può considerarsi l'indicazione di un prezzo possibile del prodotto, più alto rispetto al prezzo reale successivamente rivelato, il quale, seppur alto, verrà percepito diversamente. Più in generale, il professionista potrebbe "ancorare" il consumatore a informazioni iniziali favorevoli, distogliendolo da successive controinformazioni.

Altro gruppo di dinamiche euristiche è quello basato sulla "self-confidence", dunque sulla inclinazione a valutare il reale come proiezione di pregi che ci si autoattribuisce. A causa dell'*overconfidence*, si tende a sopravvalutare le proprie capacità e, di conseguenza, a sottostimare la probabilità di eventi negativi futuri. Si pensi alle conseguenze sulla razionalità decisionale del consumatore, soprattutto in ambiti in cui invece appare particolarmente opportuno soppesare oculatamente vantaggi e svantaggi di una scelta (assicurativo, bancario).

Un ultimo *bias* tipicamente considerato è la *loss aversion*, cioè la tendenza dell'individuo a percepire maggiormente un'avversione alla perdita piuttosto che una propensione al guadagno¹¹⁵. Da ciò deriva che il costo di privarsi di un bene posseduto diviene maggiore rispetto a quello che si pagherebbe per acquistarlo (c.d. *endowment effect*). Nell'ambito della comunicazione pubblicitaria, ciò potrebbe essere sfruttato evidenziando maggiormente l'assenza di perdite, piuttosto che la presenza di vantaggi.

In conclusione, di là dei diversi *biases* evidenziati dalla psicologia della decisione, questo filone di ricerca permette di sollecitare l'attenzione sul ruolo centrale dell'emozione e della memoria all'interno del

¹¹⁵ C.R. SUNSTEIN, *Endogenous Preferences, Environmental Law*, in *Journal of Legal Studies*, 22, 2, 1993, p. 230.

processo decisionale. Questi due fattori, come vedremo fra breve trattando il tema delle neuroscienze, sono fortemente interconnessi.

Si deve notare come la memorizzazione possa anche avvenire a un basso grado attentivo¹¹⁶, dunque come la pubblicità abbia la “possibilità di influenzare le future decisioni di acquisto, anche quando i soggetti (...) non elaborano l’annuncio con attenzione e (...) non ricordano di aver mai visto l’annuncio”¹¹⁷. Una simile capacità condizionante, rimanendo nascosta, appare certamente più pericolosa e subdola e sollecita ulteriori riflessioni in merito alla necessaria tutela del consumatore.

Le ricerche in materia di psicologia cognitiva, in particolare, torneranno utili quando tratteremo della pubblicità ingannevole.

1.3.1.3. *Il neuromarketing e la “fisiologia del consumo”*

Il progresso scientifico e tecnologico degli ultimi anni ha permesso ai professionisti della pubblicità di far ricorso a strumenti tecnologici per la misurazione della sua efficacia persuasiva. Il principale interlocutore del marketing è rappresentato, in tal senso, dalle neuroscienze¹¹⁸, attraverso le quali si è studiata la stretta connessione tra emozione e razionalità decisionale¹¹⁹.

¹¹⁶ H.E. KRUGMAN, E. HARTLEY, *Passive Learning from Television*, in *Public Opinion Quarterly*, 34, 2, 1970, p. 184 ss.; H.E. KRUGMAN, *Memory without Recall, Exposure without Perception*, in *Journal of Advertising Research*, 17/4, 1970, p. 7 ss. In forma riassuntiva, vedi anche M. FERRARESI (a cura di), *op. cit.*, p. 215.

¹¹⁷ Così S. SHAPIRO, D.J. MACINNIS, S.E. HECKLER, *The effect of incidental ad exposure on the formation of consideration set*, in *Journal of Consumer Research*, 24, 1997, p. 102.

¹¹⁸ Per approfondimenti sul tema, tra i tanti, vedi: A. DAMASIO, *L'errore di Cartesio*, Milano, 1995; M. FERRARESI (a cura di), *op. cit.*, p. 218 ss.; J. LE DOUX, *The Emotional Brain: The Mysterious Underpinnings of Emotional Life*, New York, 1996, ed. italiana *Il cervello emotivo. Alle origini delle emozioni*, Milano, 2014; V. RUSSO, *op. cit.*

¹¹⁹ Seppur in molti casi l’emozione pregiudichi la razionalità della scelta, la sua riduzione, o in generale l’alterazione del sistema cerebrale emotivo, può risultare altrettanto svantaggioso in termini di ragionevolezza comportamentale. Una corretta emozione (per esempio la paura di un pericolo, anche economico) è strumentale a una scelta razionale. Cfr. A. DAMASIO, *op. cit.*, p. 100.

In particolare, si è verificato come il cervello sia suddivisibile in parti che, seppur interconnesse, sono deputate a funzioni differenti, o quanto meno si attivano con intensità differente a seconda dell'attività psico-emotiva coinvolta. In termini molto generali, se nelle attività logico-razionali, che richiedono una certa attenzione, sono coinvolte maggiormente le regioni prefrontali della corteccia¹²⁰, in quelle più emotive e istintuali si registra una maggiore attivazione del sistema limbico (ipotalamo, ippocampo, amigdala, midollo allungato)¹²¹ e di quello rettiliano o antico¹²².

Le risposte comportamentali nate da queste ultime strutture cerebrali rimangono molto spesso nascoste alla coscienza dell'individuo, a differenza di quelle più impegnative derivanti dalla corteccia in situazioni complesse. Si tratterebbe, dunque, di reazioni adattive inconsapevoli di tipo emotivo.

A seguito di tali scoperte si sviluppa il *neuromarketing*, il quale può essere definito come quel

nuovo campo di studio, nato dalla convergenza delle teorie di marketing, delle scoperte neuroscientifiche sul funzionamento del cervello, dell'economia comportamentale, della psicologia dei consumi e della comunicazione, nonché dello sviluppo di sofisticate tecnologie di analisi di indici psicofisiologici e neurologici¹²³.

Tale filone di ricerca, attraverso lo studio delle attività biologiche del cervello, analizza i tre fattori ritenuti determinanti nel processo di consumo: il coinvolgimento emotivo (tipo, intensità e orientamento sul-

¹²⁰ Il cervello corticale è principalmente destinato alle attività più razionali, come la logica, la memoria, il linguaggio, il ragionamento induttivo o la concezione di giusto o sbagliato.

¹²¹ Oltre all'emotività e al comportamento immediato, tale sistema è anche deputato all'olfatto. Capita spesso, infatti, che un odore determini un'emozione pur rimanendo ancora sommerso il ricordo a cui è connessa.

¹²² Compreso nel diencefalo, mesencefalo e in parte del telencefalo, questa parte del cervello è la più antica e si attiva automaticamente per i riflessi, gli impulsi e altri stimoli irrefrenabili di ordine elementare legati alla sopravvivenza.

¹²³ V. RUSSO, *op. cit.*, p. 9.

l'azione), la focalizzazione attentiva (condizionata dalle aspettative e dall'ambiente) e la memorizzazione (in entrata e in uscita)¹²⁴.

Mediante l'utilizzo di strumenti tecnologici, i ricercatori sono in grado di misurare le più piccole alterazioni psico-fisiologiche e neurologiche che si manifestano durante la visualizzazione di uno spot o di un *brand*: ciascuna di queste, essendo direttamente collegata all'attivazione emotiva, viene considerata come sintomo di coinvolgimento e di efficacia pubblicitaria.

Tra i vari strumenti utilizzati, un ruolo di primo piano lo svolge l'elettroencefalogramma, in grado di misurare e localizzare l'attività elettrica del cervello e l'impegno cognitivo¹²⁵, oltre al *face reader*, per il riconoscimento di emozioni espresse attraverso micro-espressioni facciali automatiche, e all'*eye tracker*, che permette di verificare il percorso degli occhi durante ogni stimolo visivo (quindi i punti più guardati), la dilatazione pupillare e il *blinking*, connessi con l'attenzione¹²⁶.

Il carattere sofisticato degli strumenti utilizzati permette di verificare potenzialmente l'attivazione emotiva, l'intensità, la motivazione dell'emozione e la piacevolezza dell'esperienza. Quanto alla pubblicità, si può immaginare che sia possibile verificare in laboratorio gli effetti emotivi di ogni singolo fotogramma (o altro elemento) del messaggio pubblicitario e le varie attività neuronali coinvolte.

A prescindere dall'efficacia o meno che può assumere l'applicazione di simili strumenti per l'induzione a determinati comportamenti di consumo, ci si limita a evidenziare che la maggior parte delle pubblicità, come ormai evidente, mira quasi esclusivamente all'emozione, attribuendo all'aspetto informativo un ruolo marginale, o persino nullo. Talune, addirittura, totalmente prive di senso, sono palesemente volte a

¹²⁴ Ricordiamo anche qui che l'elaborazione degli stimoli, seppur non coscientemente, può essere in ogni caso registrata e influenzare le future decisioni del consumatore. Cfr., in tal senso, anche J. LE DOUX, *op. cit.*, p. 40.

¹²⁵ L'analisi dell'efficacia pubblicitaria spesso si concentra sulla frequenza dell'oscillazione neuronale delle onde "alpha", che indicano stati rilassati del cervello e, dunque, l'attenzione e la memorizzazione di un messaggio commerciale.

¹²⁶ Ma ancora, si fa ricorso ad altri strumenti altrettanto sofisticati, che permettono di misurare la respirazione, il battito cardiaco, la conduttanza cutanea o addirittura le immagini del cervello attraverso la risonanza magnetica computerizzata.

stimolare l'attenzione verso un determinato *brand*, senza alcuna spiegazione circa le caratteristiche del prodotto.

Da un punto di vista giuridico, non può negarsi l'opportunità di considerare adeguatamente le suddette circostanze nel momento in cui si giudica la legittimità e correttezza di una comunicazione commerciale. Qualche suggerimento al riguardo verrà dato nel corso della trattazione.

CAPITOLO II

LA REGOLAZIONE GIURIDICA DELLA PUBBLICITÀ

SOMMARIO: 2.1. Introduzione alla pubblicità come fenomeno giuridico. 2.2. La definizione giuridica della pubblicità. 2.3. L'inquadramento costituzionale della comunicazione commerciale. 2.4. La pubblicità dal punto di vista del codice civile. Segue. L'interazione tra la comunicazione commerciale e i diritti della personalità. 2.5. L'autodisciplina pubblicitaria nel quadro delle regole di mercato: nascita e struttura del sistema nel contesto nazionale e internazionale. 2.5.1. Gli interessi protetti nel contesto autodisciplinare. 2.5.2. Il valore giuridico delle regole e delle decisioni autodisciplinari.

2.1. Introduzione alla pubblicità come fenomeno giuridico

La complessità del fenomeno pubblicitario, suggerita dall'analisi storica e dalle riflessioni sociopsicologiche precedentemente esposte, si riflette anche sull'inquadramento di questo fenomeno nella dimensione del diritto. La regolamentazione della comunicazione commerciale si è mantenuta, per lungo tempo, su base prettamente nazionale; solo sul finire del secolo scorso si è dato vita a un processo di progressiva armonizzazione a livello europeo, in ragione anche della capacità del fenomeno regolato di operare trasversalmente in territori appartenenti a diverse sovranità nazionali.

Come vedremo più approfonditamente nel prosieguo, la pubblicità, dopo la seconda guerra mondiale, è divenuta oggetto di una particolare attenzione legislativa parallelamente all'emergere di una regolamentazione del mercato imperniata, in Europa come negli Stati Uniti, sull'idea che la concorrenza debba svolgersi in modo corretto. La correttezza, inizialmente intesa come rispetto della libertà concorrenziale altrui, è stata nel tempo declinata nel senso di includere la necessaria lealtà di ogni pratica commerciale, sia verso i consumatori sia verso i professionisti concorrenti.

Il quadro normativo che oggi si delinea con riguardo al fenomeno pubblicitario è piuttosto complesso. Lungi dal trovare una regolazione unica e sistematica, la comunicazione commerciale è disciplinata da fonti eterogenee e frammentarie, raramente in connessione.

Il cosiddetto “diritto della pubblicità”, dunque, risulta composto da un caleidoscopio di disposizioni, alcune delle quali specificamente dedicate alla comunicazione d’impresa e altre che, seppur regolanti materie differenti, in qualche modo interessano tale pratica commerciale. La sua lettura in chiave giuridica, pertanto, deve articolarsi in modo da chiarire sia le varie fonti normative coinvolte, sia il modo in cui il legislatore, tanto nazionale quanto comunitario, ha inteso regolare la comunicazione commerciale.

Un simile stato di cose si giustifica – oltre che in ragione delle diversità dei contesti storici in cui sono state emanate le disposizioni normative in materia – anche tenendo in considerazione il fatto che la pubblicità è un fenomeno in grado di ledere molteplici valori giuridicamente rilevanti: dalla libertà del consumatore alla salute collettiva, dagli aspetti più strettamente contrattuali ai diritti di terzi, di natura patrimoniale e non. Un messaggio commerciale ingannevole, per esempio, può pregiudicare e l’interesse del consumatore a una scelta consapevole e quello dell’impresa concorrente a una concorrenza leale.

Ne consegue che, a seconda che si consideri un profilo di illegittimità piuttosto che un altro, il medesimo comportamento commerciale potrà determinare l’attivazione di strumenti di tutela totalmente differenti di natura civile (per le lesioni di singoli diritti soggettivi), amministrativa (nel caso, per esempio, delle pratiche commerciali scorrette), penale (ove il messaggio commerciale integri anche un reato, per esempio di truffa), a cui si aggiungono quelli del contesto autodisciplinare.

Senza considerare, poi, il fatto che la pubblicità è, a prescindere dalla finalità prettamente economica, un messaggio destinato al pubblico, da cui la possibile rilevanza anche per valori ulteriori rispetto alla libertà consumeristica e imprenditoriale. Tra essi vi sono i diritti della personalità, come il diritto alla *privacy*, su cui torneremo più approfonditamente quando tratteremo dei *cookie* e delle nuove forme di pubblicità su Internet.

Ma ancora, si pensi al diritto al nome (tutelato dagli artt. 6 a 9 c.c.), al diritto all'immagine (artt. 10 c.c., 97 e 98 l. 22 aprile 1941, n. 633), al diritto all'onore, al decoro e alla reputazione (artt. 594 e 595 c.p., 10 c.c. e 97, co. 2, l. 633/1941), nonché al diritto all'identità personale.

Tra i valori collettivi, invece, si pensi alla pubblica decenza e al comune sentimento del pudore. La pubblicità, infatti, può ben concretizzarsi, come d'altronde è avvenuto spesso, in una comunicazione di messaggi contrari alla sensibilità collettiva e finanche integrare le ipotesi normative di comportamenti penalmente rilevanti, e in particolare: l'art. 528 c.p., che punisce la fabbricazione, detenzione e distribuzione di disegni, scritti, immagini o altri oggetti osceni, dunque lesivi del comune sentimento del pudore; l'art. 565 c.p., che punisce la comunicazione mediante stampa offensiva del comune sentimento del pudore; l'art. 725, che sanziona con ammenda l'esposizione, distribuzione e diffusione di disegni lesivi della pubblica decenza.

Pertanto, la comunicazione commerciale è attività idonea a determinare l'applicazione di norme sia di diritto pubblico (amministrative e penali) che di diritto privato.

Data la complessità dell'oggetto di analisi, è opportuno dare all'indagine un criterio metodologico che permetta di rendere meno dispersiva la natura frammentaria e disarmonica delle regole che compongono il diritto della pubblicità. In particolare, si procederà esaminando la comunicazione pubblicitaria in un'ottica di progressiva specificità dell'argomento trattato, seguendo la ramificazione delle materie coinvolte dal fenomeno e cercando di valorizzare i punti di connessione tra una disciplina settoriale e l'altra.

Lo schema che si seguirà è il seguente: pubblicità come condotta commerciale rilevante per consumatori e professionisti; mezzo di comunicazione adottato; particolare prodotto venduto.

In questa sede si procederà a ricostruire la definizione giuridica della pubblicità commerciale, successivamente inquadrata sia nella carta costituzionale sia attraverso le categorie civilistiche. Seguirà l'analisi della pubblicità come pratica commerciale, rientrando nella disciplina di cui alla direttiva n. 05/29/CE in materia di pratiche commerciali scorrette, confluita nel codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005) attraverso il d.lgs. n. 146/2007. Si tratta del *corpus* normativo più organico e ampio

tra quelli che toccano la comunicazione commerciale, idoneo a comprendere la pubblicità come generica attività commerciale nell'ottica della protezione dei consumatori e delle micro-imprese.

Quanto alla protezione dei professionisti, occorre far riferimento alle direttive 84/450/CE e 97/55/CE, le quali verranno analizzate anche tenendo conto della disciplina codicistica sulla concorrenza sleale (art. 2598 c.c.) e di quella in materia di diritto d'autore.

Le direttive suddette rappresentano la prima regolazione giuridica europea specificamente dedicata alla comunicazione pubblicitaria¹. In particolare, la direttiva 84/450/CE, di armonizzazione minima, è stata attuata in ambito nazionale attraverso il d.lgs. n. 74 del 1992, ed era espressamente dedicata alla pubblicità ingannevole, a tutela sia dei consumatori che delle imprese concorrenti. Invece, la dir. 97/55 (di armonizzazione massima), recepita in Italia con il d.lgs. n. 67 del 2000, limitava, a esclusiva tutela dei professionisti, la pubblicità comparativa, ovvero quella forma di pubblicità che confronta l'azienda o il prodotto con quelli di imprese concorrenti.

Le disposizioni introdotte dalle direttive sono state modificate dalla dir. n. 05/29/CE (artt. 14 e 15) e risultano oggi applicabili a esclusiva tutela dei professionisti.

Riassumendo, la disciplina generale sulla pratica pubblicitaria, in ambito nazionale, si trova ora distribuita in due fonti: il d.lgs. n. 145/2007, in cui sono state trasposte le disposizioni prima previste dal d.lgs. n. 74/92, a tutela dei professionisti concorrenti, contro la pubblicità ingannevole o comparativa illecita; il codice del consumo, agli artt. 18 ss., che invece si occupa della pubblicità come pratica commerciale a tutela dei consumatori.

Accanto a tali fonti di ordine generale, la regolazione della pubblicità trova spazio anche nelle discipline relative a particolari mezzi di comunicazione di massa: il Testo Unico sui servizi media audiovisivi (d.lgs. n. 208/2021), la legge sul cinema (d.lgs. n. 28/2004), la "legge

¹ Cfr., per una breve ricostruzione dell'evoluzione normativa: E. APA, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Napoli, 2011; G. DE CRISTOFARO, *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso*, Milano, 2020; M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, Milano, 2006; V. MELI, voce *Pubblicità ingannevole*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIX, 2006.

sulla stampa” (l. n. 47/1948) e il codice dell’E-commerce (d.lgs. n. 70/2003). Le stesse saranno oggetto di una specifica disamina nel capitolo IV.

Si procederà, poi, con l’analisi della pubblicità di particolari categorie merceologiche, le cui peculiarità rendono necessaria una regolazione *ad hoc* del messaggio commerciale, soprattutto per quanto riguarda i prodotti potenzialmente pericolosi per la salute. Specifiche disposizioni sono contenute già nel codice del consumo e nel Testo Unico in materia di radiotelevisione, ma altre sono dettate dalla disciplina settoriale relativa al prodotto in questione (si pensi, tra i vari esempi, al d.lgs. n. 219/06 per i prodotti medicinali, al reg. UE 655/2013 in materia di prodotti cosmetici, alla l. n. 125/01 sulle bevande alcoliche, al d.lgs. n. 385/1993 in materia bancaria e creditizia).

L’insieme delle norme dell’ordinamento giuridico in materia pubblicitaria si chiude con le disposizioni riguardanti gli strumenti processuali attivabili nel caso di messaggi commerciali illegittimi, le quali verranno analizzate in un capitolo a parte.

Accanto alle norme di diritto si pone, infine, il codice di autodisciplina della comunicazione commerciale del 1966, il quale riveste, nonostante la sua natura sostanzialmente convenzionale e facoltativa, un ruolo tutt’altro che marginale nella comprensione e regolazione del fenomeno pubblicitario, avendo trovato un’ampia diffusione tra gli operatori del settore. Per tale ragione, anche questa fonte para-giuridica troverà un proprio spazio di analisi nel corso della trattazione.

2.2. La definizione giuridica della pubblicità

Si può definire la pubblicità commerciale come una forma di comunicazione indirizzata al pubblico, solitamente per mezzo dei *mass media*, volta a ottenere dai destinatari un certo comportamento economico. Come già visto sopra, accanto alla pubblicità (c.d. “tabellare”) diffusa attraverso i mezzi di comunicazione tradizionali, occorre ricomprendere

nella nozione anche le nuove forme di pubblicità (c.d. *below the line*)², tra cui le *newsletter* inviate tramite e-mail e i *banner* digitali.

Il movente prettamente commerciale distingue la pubblicità da altre forme di comunicazione al pubblico, come la “propaganda”, che si propongono invece di indurre a credenze e comportamenti non economici (ma piuttosto politici, religiosi etc.). È pur vero che, in taluni casi, la distinzione suddetta tende a sfumarsi, non mancando esempi di pubblicità che combinano, accanto al proposito mercantile, un messaggio di altro genere.

La prima definizione della pubblicità nell’ordinamento giuridico nazionale risale all’art. 2 lett. a) del d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 che, in conformità alla dir. 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole, descriveva la 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 di servizi³.

Antecedentemente, occorre invece far riferimento alla definizione contenuta nel codice di autodisciplina pubblicitaria del 1966 e in particolare al punto e) delle Norme preliminari e generali, secondo cui la pubbli-

² L’espressione inglese contrappone tali forme di comunicazione commerciale a quelle classiche definite come “above the line”, corrispondenti alla pubblicità tabellare nei consueti *mass media*. Il termine trae origine dal gergo dell’amministrazione finanziaria, in particolare rifacendosi alle voci del conto economico relative alle entrate e spese, da cui si distingue il profitto lordo che è il risultato dell’attività operativa. Sotto la linea (*below the line*) solitamente vengono poste le spese di bassa entità che per imprevisto, o per via della scarsa incidenza sul conto economico, possono essere aggiunte in un secondo momento pur non essendo state messe in preventivo. Nel linguaggio dei pubblicitari, dunque, il marketing e la comunicazione *below the line* rientrano fra le attività a basso budget.

³ Per la ricostruzione della sua definizione, cfr., in dottrina: E. APA, *op. cit.*, p. 5 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso*, cit., p. 11 ss.; M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 33 ss.; V. MELI, voce *Pubblicità ingannevole*, cit., p. 3 ss.

cità «comprende ogni comunicazione, anche istituzionale, diretta a promuovere la vendita di beni o servizi quali che siano i mezzi utilizzati».

L'attuale nozione giuridica di pubblicità va, invece, ricostruita guardando al combinato disposto di cui agli artt. 18, lett. *d*) del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. “codice del consumo”) e 2, lett. *oo*) e *pp*) del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208 (c.d. “Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici”, che ha sostituito il Testo Unico in materia di radiotelevisione di cui al d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177).

La disposizione del codice del consumo definisce in generale ogni pratica commerciale tra professionista e consumatore, includendovi anche la pubblicità quale forma di “comunicazione commerciale” posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.

Rispetto all'ampia definizione di pratica commerciale di cui all'art. 18, lett. *d*) cod. cons., e in particolare rispetto alla figura della comunicazione commerciale (in cui rientra la pubblicità), il legislatore pare distinguere l'“invito all'acquisto”, definito dalla lett. *i*) della medesima disposizione come “una comunicazione commerciale indicante le caratteristiche e il prezzo del prodotto in forme appropriate rispetto al mezzo impiegato”.

Una lettura sistematica induce a ritenere l'invito all'acquisto come un'ipotesi particolare di comunicazione commerciale, nella quale può individuarsi un messaggio pubblicitario. Rispetto ad altre ipotesi di pubblicità utilizzate nella prassi imprenditoriale, tale fattispecie si caratterizzerebbe per una maggiore strumentalità rispetto alla decisione economica, dovendo indicare elementi fondamentali per la decisione del consumatore.

Quanto alla “pubblicità televisiva”, questa viene definita dall'art. 3, co. 1, lett. *pp*), t.u. servizi media audiovisivi, come

ogni forma di messaggio televisivo trasmesso dietro pagamento o altro compenso, ovvero a fini di autopromozione, da un'impresa pubblica o privata o da una persona fisica nell'ambito di un'attività commerciale, industriale, artigiana o di una libera professione, allo scopo di promuovere la fornitura, dietro pagamento, di beni o di servizi, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni.

A essa si aggiunge la definizione di “comunicazione commerciale audiovisiva”, intesa come (art. 3, co. 1, lett. *oo*) del d.lgs. 208/2021)

complesso di immagini, siano esse sonore o non, destinate a promuovere, direttamente o indirettamente, i beni, i servizi o l'immagine di una persona fisica o giuridica che esercita un'attività economica e comprendenti, tra l'altro, la pubblicità televisiva, la sponsorizzazione, la telepromozione, la televendita e l'inserimento di prodotti, inserite o di accompagnamento in un programma o in un video generato dall'utente dietro pagamento o altro compenso o a fini di autopromozione.

Le definizioni da ultimo viste arricchiscono quella del codice del consumo introducendo l'elemento della natura onerosa del messaggio pubblicitario, da un lato, e specificando le tipologie dei possibili soggetti attivi della comunicazione, dall'altro. Se il primo elemento non trova considerazione nel d.lgs. 206/2005, il secondo deve ritenersi assorbito dalla definizione di professionista di cui all'art. 3, lett. *c*) del codice, che vi fa rientrare «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario»⁴.

In modo sostanzialmente analogo alle disposizioni normative, la lettera *e*) delle Norme preliminari e generali dell'attuale codice di autodisciplina definisce la “comunicazione commerciale”, includendovi, accanto alla pubblicità, ogni altra forma di comunicazione, anche istituzionale, diretta a promuovere la vendita di beni o servizi, quali che siano le modalità utilizzate⁵. La definizione ricalca quella preesistente di

⁴ Si tratta, come può evincersi, di una definizione di portata più ampia rispetto a quella di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c., secondo cui «è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi».

⁵ Allo stesso modo, il “Code ICC consolidé sur les pratiques de publicité et de communication commerciale”, che rappresenta la fonte di autodisciplina internazionale del settore pubblicitario, prevede che «l'expression «communication commerciale» inclut la publicité et toute autre technique, telle que la promotion, le parrainage et le marketing direct, et doit être interprété dans un sens large en ce qu'il désigne toute forme de communication produite directement par un professionnel de la communication ou en son nom et destinée principalement à promouvoir un produit ou à influencer le comportement des consommateurs».

“pubblicità”, salvo che per il riferimento alle “modalità” piuttosto che ai “mezzi” di comunicazione e per l’espresa esclusione delle politiche commerciali e delle tecniche di marketing in sé considerate. Come evidenziato dalla dottrina, pare che questo mutamento definitorio rivesta più una funzione simbolica – legata al tentativo di ampliare l’applicazione del codice, di cui è stato modificato pure il nome – a cui non corrisponde una effettiva estensione applicativa⁶.

Dalla combinazione delle definizioni suddette possiamo, dunque, estrapolare i singoli elementi che compongono la pratica pubblicitaria.

Si tratta, innanzi tutto, di una *comunicazione*, con tale intendendosi qualsiasi messaggio, anche non verbale⁷, in grado di identificare un’impresa o un prodotto. Un’interpretazione estensiva di messaggio è stata accolta dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che ha ritenuto tale qualsiasi espressione volta a promuovere prodotti o servizi⁸; allo stesso modo, il codice di autodisciplina ricomprende nel “messaggio” ogni forma di presentazione di prodotti al pubblico (lett. *e*) delle Norme preliminari e generali).

Rientra nella nozione di pubblicità la comunicazione con cui si dà notizia al pubblico di una promozione commerciale⁹.

Quanto alle modalità di comunicazione del messaggio, esse non rilevano ai fini della identificazione di quest’ultimo in termini di pubblicità commerciale; come già ampiamente visto sopra, la pubblicità tende a raggiungere il consumatore finale attraverso molteplici canali, anche diversi rispetto a quelli tradizionali (TV, radio, stampa, cartelloni, volantini), come il mezzo telematico, la vendita porta a porta¹⁰, la pubbli-

⁶ Così E. APA, *op. cit.*, p. 12.

⁷ Vi rientra, per esempio, l’utilizzo di particolari colori identificativi, come suggerito dal Giuri di autodisciplina (n. 3/90), quando essi siano in grado di classificare una merce o individuare un’impresa.

⁸ Cfr. la Relazione annuale dell’Autorità antitrust del 2004 e, nella prassi, A.G.C.M., PI/6346, 6 marzo 2008, Provv. n. 18113, in *Boll.* 9/2008; A.G.C.M., PI/940, 21 novembre 1996, Provv. n. 4437, in *Boll.* 47/96.

⁹ Così, per una promozione 3x2, il Giuri n. 45/89, che ha evidenziato come, diversamente, la promozione in sé e per sé non rientri nella definizione di pubblicità.

¹⁰ Si parla, in questi casi, di “pubblicità diretta”, dunque non mediata dai mezzi di comunicazione di massa. Nella misura in cui presentino un prodotto ai destinatari, tali pratiche saranno certamente soggette alle regole in materia pubblicitaria. Per il resto, il

cià sul punto vendita¹¹ e le altre forme di pubblicità “below the line”. Ma ancora, si pensi alle telepromozioni e al *product placement*, di cui parleremo, insieme alle altre, più approfonditamente nel prosieguo.

Qualche dubbio permane nel caso delle confezioni dei prodotti, contenenti informazioni di natura commerciale. In particolare, mentre il codice di autodisciplina, alla lettera e) delle norme preliminari, include espressamente nella nozione di “messaggio” anche l’imballaggio, la confezione, l’etichetta e simili¹², nessuna disposizione di questo tipo si ritrova nell’ordinamento giuridico nazionale. Nonostante ciò, la definizione normativa di pubblicità indicata sopra consente ragionevolmente di farvi rientrare ogni comunicazione di informazioni del prodotto, sia essa inserita nel *packaging* o altrove, come sostenuto dall’Autorità anti-trust in numerose decisioni¹³.

D’altronde, ciò sembra trovare riscontro negli elementi che, secondo l’art. 21 cod. cons., possono formare oggetto di ingannevolezza della pratica commerciale, tra cui vi rientrano le caratteristiche principali del prodotto, la composizione, la data di fabbricazione, la quantità, la descrizione, l’origine geografica o commerciale: si tratta, per queste come per altre informazioni, di indicazioni normalmente contenute – ancor più che nella pubblicità ordinariamente diffusa – nelle etichette dei prodotti.

codice del consumo detta una serie di disposizioni specificamente rivolte alle vendite porta a porta (oltre che alle vendite a distanza), regolanti determinati obblighi di informazione minima (art. 49), i requisiti formali dei contratti (art. 50) e il diritto di recesso (art. 52 ss.).

¹¹ Tale forma di pubblicità, consistente nell’esposizione di materiale pubblicitario all’esterno o all’interno del punto vendita, non presenta una particolare disciplina. La stessa, dunque, sarà regolata dalle disposizioni generalmente previste per la comunicazione commerciale.

¹² A conferma di ciò, nella prassi vedi Giuri n. 26/83 e n. 164/91.

¹³ Vi è da dire che non si tratta di una soluzione pacifica, ma piuttosto dell’orientamento prevalente nella prassi dell’antitrust, in cui non mancano, tuttavia, decisioni di natura contraria. Riconoscono il carattere di pubblicità al *packaging*: A.G.C.M., PS/9526, 3 febbraio 2015, Provv. n. 25314, in *Boll.* 5/2015; A.G.C.M., PS/8692, 10 luglio 2013, Provv. n. 24447, in *Boll.* 29/2013; A.G.C.M., PS/8282, 31 ottobre 2012, Provv. n. 24031, in *Boll.* 45/2012, A.G.C.M., PI/5186, 31 maggio 2006, Provv. n. 15580, in *Boll.* 22/06. *Contra*, invece, A.G.C.M., PI/2981, 28 luglio 2000, Provv. n. 8567, in *Boll.* 30/2000.

Un'altra caratteristica essenziale della pubblicità consiste nella sua destinazione a una collettività di consumatori e ciò in modo tendenzialmente impersonale, dunque mediante l'uso di modalità e mezzi idonei a raggiungere un numero indeterminato di individui. È importante sottolineare già in questa sede – ma il tema verrà trattato più approfonditamente quando si analizzerà la pubblicità su Internet – che la natura impersonale della pubblicità tende oggi a sfumare in ragione della progressiva diffusione nell'ambiente digitale dei *cookie*, strumenti mediante i quali i professionisti sono in grado estrapolare dalle ricerche dei singoli consumatori una molteplicità di dati da valorizzare per la personalizzazione dei contenuti della pubblicità sul web. L'impersonalità, in queste ipotesi, si mantiene solo con riguardo alle modalità di strutturazione e diffusione della pubblicità, nel senso che lo strumento dei *cookie* è applicato indistintamente a tutti gli utenti che abbiano espresso il proprio consenso.

Pertanto, rientrano perfettamente nella definizione di pubblicità anche quei messaggi profilati che vengano comunicati ai singoli consumatori tramite *mailing*, *banner*, *spam* o messaggistica. È comunicazione commerciale anche una comunicazione telefonica finalizzata a ottenere il consenso al trattamento dei dati per fini di marketing¹⁴.

Il Giuri di autodisciplina ha escluso dalla nozione di pubblicità, invece, la comunicazione riservata ai lavoratori dell'organizzazione aziendale interna¹⁵, mancando il presupposto della diffusione a una pluralità di soggetti in vista di un loro agire economico. Diverso è il caso di una comunicazione che, pur destinata direttamente ai dipendenti dell'impresa, si traduca “in coerente informazione alla clientela”, cioè in indicazioni sulle modalità di vendita¹⁶.

Ancora, deve trattarsi di una comunicazione effettuata, o quanto meno promossa, da un'impresa, dunque da un “professionista” nel senso indicato dall'art. 18, lett. *b*) cod. cons.¹⁷, che, come già visto sopra,

¹⁴ Cass., 26 aprile 2021, n. 11019, in *Giust. civ. mass.*, 2021.

¹⁵ Così Giuri n. 79/87.

¹⁶ Giuri n. 45/84.

¹⁷ Vanno dunque escluse le forme di propaganda politica, religiosa, di associazioni con scopi solidali (A.G.C.M., PI/2139, 17 dicembre 1998, Provv. n. 6720, in *Boll.* 51/1998). Riconosce natura pubblicitaria agli annunci di un gruppo religioso o di un'associazione

comprende qualsiasi soggetto che agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale. Equiparato al professionista è anche “chiunque agisce in nome o per conto di un professionista”: nel caso della pubblicità, si tratta, solitamente, delle agenzie pubblicitarie, imprese altamente specializzate nello sviluppo di messaggi commerciali.

La giurisprudenza di legittimità ha esteso la definizione di pubblicità commerciale anche ai messaggi diffusi su iniziativa di enti pubblici, purché a carattere economico¹⁸. Ancora, l’Autorità antitrust ha considerato messaggi pubblicitari quelli formulati dalle associazioni di imprese nell’interesse di queste ultime¹⁹.

Rimangono quindi fuori dal perimetro della nozione legislativa le pubblicità di soggetti che non agiscono come operatori economici²⁰.

Infine, occorre che il messaggio abbia una finalità promozionale, cioè sia volto alla vendita di un bene o servizio. Tale finalità può anche essere “mediata”, dunque perseguita indirettamente. L’esempio più rilevante è quello della pubblicità “istituzionale”, cioè avente a oggetto esclusivo la descrizione dell’impresa²¹, solitamente attraverso la positiva presentazione delle politiche aziendali o l’associazione al *brand* di certi valori comunemente apprezzati.

con fini ideali, nella misura in cui rivolti a promuovere beni o servizi dietro corrispettivo, Giurì n. 241/98.

¹⁸ Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Giust. civ.*, I, 2002, p. 685.

¹⁹ A.G.C.M., PI/2476, 25 agosto 1999, Prov. n. 7494, in *Boll.* 33-34/1999. Allo stesso modo, Giurì n. 154/91.

²⁰ Sono state escluse dalla nozione di pubblicità le comunicazioni dell’Esercito per sollecitare l’arruolamento militare (Giurì n. 44/91) e le comunicazioni di sensibilizzazione degli enti *no profit* (A.G.C.M., PI/2139, 17 dicembre 1998, Prov. n. 6720, in *Boll.* 51/98). Quanto a queste ultime, proprio nel caso richiamato l’antitrust ha evidenziato che la chiara identificazione del soggetto da contattare non esclude automaticamente che il messaggio, anche solo in parte, possa essere funzionale a un “aggancio” dei destinatari allo scopo di pubblicizzare beni o servizi a pagamento presso le strutture dell’ente in questione, in tal caso potendosi identificare l’esistenza di una pubblicità (esclusa nel caso di specie).

²¹ Come condiviso sia dall’Autorità antitrust (A.G.C.M., PS/3653, 22 luglio 2009, Prov. n. 20137, in *Boll.* 30/2009; A.G.C.M., PI/660, 21 febbraio 1996, Prov. n. 3635, in *Boll.* 8/1996; A.G.C.M., PI/595, 25 gennaio 1995, Prov. n. 3554, in *Boll.* 4/1996), che dal Giurì di autodisciplina (*ex multis*, Giurì n. 23/2011, n. 49/92 e n. 81/86).

L'autorità antitrust ha affermato che

l'accreditamento dell'immagine di un operatore pubblicitario contribuisce indubbiamente a creare condizioni favorevoli all'accettazione da parte del pubblico dei prodotti o dei servizi da lui offerti e, quindi, indirettamente a promuoverne la domanda, integrando gli elementi costitutivi della fattispecie pubblicità²².

Come evidenziato dal TAR Lazio, l'attribuzione all'azienda della qualifica di *leader* nel settore ha una specifica e indubbia valenza pubblicitaria, trattandosi di informazione idonea ad aumentare la fiducia e l'interesse del consumatore verso il *brand* e i prodotti dalla medesima commerciati²³.

Accanto alla pubblicità istituzionale, possiamo rintracciare una finalità promozionale mediata anche nei casi di comunicazione d'impresa effettuata per mezzo di sponsorizzazione di persone ed eventi²⁴. La sponsorizzazione consiste nel contributo, da parte di un'impresa, al finanziamento di programmi, allo scopo di promuovere il suo nome, il suo marchio, la sua immagine, le sue attività o i suoi prodotti, senza un diretto e specifico riferimento di carattere promozionale a tali attività o prodotti.

L'attribuzione della natura pubblicitaria di una simile pratica, pur priva di messaggi strettamente pubblicitari, trova giustificazione nell'efficacia sostanzialmente promozionale che deriva dalla positiva associazione tra determinati valori ed elementi connessi al programma o al soggetto sponsorizzato e il *brand* dello *sponsor*. L'enfasi pubblicitaria che ne deriva a favore di quest'ultimo rende giustificabile l'applicazione di una serie di regole normative, le quali saranno oggetto di approfondita analisi nel prosieguo della trattazione.

²² Così A.G.C.M., PS/5921, 28 aprile 2011, Provv. n. 23346, in *Boll.* 18/2011, che richiama A.G.C.M., PI/1268, 27 marzo 1997, Provv. n. 4820, in *Boll.* 13/1997 e A.G.C.M., PI/456, 11 maggio 1995, Provv. n. 3027, in *Boll.* 19/95.

²³ TAR Lazio, sez. I, 28 novembre 2015, n. 13037, inedita.

²⁴ Così anche M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 42.

2.3. L'inquadramento costituzionale della comunicazione commerciale

La collocazione del fenomeno pubblicitario tra i valori costituzionali è faccenda tutt'altro che scontata. L'*aut-aut* si pone tra il diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero, previsto dall'art. 21 della Costituzione, e la libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41.

Per comprendere la portata della distinzione e delle relative conseguenze, è interessante muovere dal quadrante statunitense²⁵, in cui, mentre per diversi decenni si era ritenuto di escludere il *commercial speech* dalla categoria della manifestazione del pensiero, negli ultimi anni la Corte Suprema ha collocato l'*advertising* nel *First Amendment* della Costituzione Americana del 1789²⁶.

In particolare, nel corso di tale parabola interpretativa la Corte statunitense ha riconosciuto alla pubblicità una natura informativa e una struttura ideologica sua propria, ancorché come versione minore, dal punto di vista assiologico, rispetto alle altre forme di manifestazione del pensiero. La prima posizione, quella che negava la tutela del Primo Emendamento costituzionale, ha trovato fondamento nella storica sentenza *Valentine v. Chrestensen* del 1942²⁷, poi confermata da diverse pronunce successive.

È a partire dalla sentenza *Bigelow v. Virginia*²⁸ che la Corte Suprema inaugura l'orientamento per il quale la libera manifestazione del pensiero deve essere protetta secondo il Primo Emendamento anche se inserita in una comunicazione commerciale a pagamento. In questo modo, la comunicazione commerciale viene considerata come una libe-

²⁵ Per una ricostruzione della storia del *commercial speech* nella giurisprudenza statunitense si rinvia a E. APA, *op. cit.*, p. 45 ss.

²⁶ Il primo emendamento della Costituzione Americana così recita «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances» (trad. «Il Congresso non promulgherà leggi per il riconoscimento ufficiale di una religione, o che ne proibiscano la libera professione; o che limitino la libertà di parola, o della stampa; o il diritto delle persone di riunirsi pacificamente in assemblea e di fare petizioni al governo per la riparazione dei torti»).

²⁷ 358 U.S. 52 (1959).

²⁸ 421 U.S. 809 (1975).

ra espressione della propria opinione, non limitabile *ex se*, idonea a contribuire al *free marketplace of ideas*, attraverso cui si articola la ricerca della verità²⁹.

Sembra aderire a tale orientamento anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha ricollegato la comunicazione pubblicitaria all'art. 10 della CEDU³⁰, che riconosce la libertà di espressione³¹, subordinandola tuttavia al rispetto di eventuali "formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni" che risultino necessarie in una società democratica. Si evidenzia come la Corte abbia tradizionalmente riconosciuto agli Stati membri una notevole libertà nella scelta dei limiti alla comunicazione commerciale, a patto di non contraddire, in senso più restrittivo, principi già affermati da fonti comunitarie³².

Pur nella loro genericità, i limiti normativi della Convenzione europea risultano potenzialmente più stringenti rispetto a quelli previsti sul versante statunitense che, quantomeno nella sua formulazione letterale, non prevede limitazioni di sorta. In ogni caso, pur soggetta a vincoli, la comunicazione commerciale occupa nel contesto della CEDU una posizione di tutto rilievo, sostanzialmente parificata alle altre forme di manifestazione del pensiero, sulla quale la Corte interviene in misura direttamente proporzionale alla forza raggiunta dalla *communis opinio* degli

²⁹ Tra le altre pronunce, vedi: *Rubin v. Coors Brewing Co.*, 514 U.S. 47 (1995); *Ibanez v. Florida Department of Business & Professional Regulation*, 512 U.S. 136 (1994); *Linmark Associates Inc. v. Willingboro*, 431 U.S. 85, 92 (1977).

³⁰ Cfr., per esempio: Sent. 5 marzo 2009, *Hachette Filipacchi Presse Automobile e Depuy c. Francia*, n. 13353/05, sul sito della Corte; Sent. 17 ottobre 2002, *Stambuck c. Germania*, in *AIDA - Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2003, p. 875; Sent. 24 febbraio 1992, *Casado Coca c. Spagna*, n. 285-A, citata da E. APA, *op. cit.*, p. 77; Sent. 28 marzo 1990, *Groppera Radio AG et al. c. Svizzera*, n. 173-A, sul sito della Corte.

³¹ In particolare, l'art. 10 della CEDU garantisce "la libertà di ricevere o comunicare delle informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera".

³² Tra le pronunce, vedi: Sent. 11 marzo 2004, *Krone Verlag & CO KG c. Austria*; Sent. 23 giugno 1994, *Jacobowski c. Allemagne*; Sent. 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag GmbH c. Germania*, tutte consultabili sul sito della Corte.

Stati aderenti su un determinato tema, manifestando invece un atteggiamento di *self-restraint* nel caso di soluzioni non pacifiche³³.

Quanto al diritto dell'Unione europea, si è ritenuto³⁴ che una medesima portata debba riconoscersi alla libertà di espressione sancita dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la c.d. "Carta di Nizza"). E ciò in ragione del richiamo, da parte dell'art. 52, par. 3, della Carta di Nizza, alla Convenzione europea per la determinazione della portata e del significato dei diritti eventualmente sanciti da entrambe le fonti.

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha in più occasioni riconosciuto all'uso pubblicitario della libertà d'espressione le prerogative previste dall'art. 11 della Carta di Nizza³⁵, sottolineando tuttavia come anche la predetta libertà sia soggetta a limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale³⁶. In particolare, si è fatto riferimento a quanto previsto dall'art. 10, par. 2, della CEDU, secondo cui l'esercizio della libertà d'espressione

può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure 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, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario.

³³ Sul tema, vedi P. TESTA, *Libertà d'espressione e pubblicità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Gerhard Schricker*, Milano, 2005, p. 529 ss.

³⁴ V. RUBINO, *I limiti alla tutela del «Made in» fra integrazione europea e ordinamenti nazionali*, Torino, 2018, p. 192.

³⁵ *Ex multis*, vedi: CGUE, 17 settembre 2015, causa C-157/2014, *Neptune Distribution snc*, ECLI:EU:C:2015:823, punti 65-66; CGUE, 2 aprile 2009, causa C-421/07, *Damgaard*, in *Racc.*, 2009, p. I-02629 ss., punto 26; CGUE, 9 settembre 2004, cause riunite C-184/02 e C-223/02, *Regno di Spagna e Finlandia c. Parlamento europeo e Consiglio*, in *Racc.*, 2004, p. I-7789 ss., punti 65-66.

³⁶ Così in: CGUE, 25 marzo 2004, causa C-71/02, *Karner*, in *Racc.*, 2004, p. I-3025, punto 50; CGUE, 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*, in *Racc.*, 2002, p. I-6279, punto 42; CGUE, 26 giugno 1997, causa C-368/95, *Familiapress*, in *Racc.*, 1997, p. I-3689, punto 26.

Se ciò vale per la libertà d'espressione in generale, a maggior ragione varrebbe per la comunicazione determinata dal mero proposito commerciale, per cui anche la Corte di giustizia riconosce, come nel contesto della CEDU, un margine di discrezionalità agli Stati sulla scelta delle eventuali restrizioni³⁷.

Si evidenzia in questa sede come, analizzando il percorso evolutivo del diritto eurounitario, la comunicazione commerciale pare sempre più allontanarsi dalla sfera della libertà d'espressione, per essere attratta in quella della libertà d'impresa. Una conferma la si ritrova nella direttiva 05/29/CE, la quale, come vedremo nel prossimo capitolo, include la pubblicità tra le pratiche commerciali, subordinandola al rispetto dei divieti previsti dalla relativa disciplina, strumentali *in primis* alla tutela della libertà consumeristica.

Non risulta fuori luogo, pertanto, ipotizzare una riconduzione dell'attività pubblicitaria nella sfera di applicazione dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale prevede che la libertà d'impresa debba rispettare il diritto dell'Unione e la legislazione e prassi nazionali. In questo modo, sarebbe più agevole giustificare le limitazioni derivanti all'attività pubblicitaria dal diritto dei consumatori.

Questa è proprio la posizione assunta in ambito nazionale³⁸. Tanto la dottrina maggioritaria³⁹ quanto la giurisprudenza, sia costituzionale⁴⁰

³⁷ CGUE, 12 dicembre 2006, causa C-380/2003, *Germania c. Parlamento/Consiglio*, in *Racc.*, 2006, p. I-11753, punto 155.

³⁸ Per una ricostruzione della questione del collocamento costituzionale della comunicazione pubblicitaria, si rinvia a E. APA, *op. cit.*, p. 93 ss.

³⁹ Vedi, in questo senso: C. CHIOLA, voce *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 6; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, p. 11; M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 21; M. LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, in F. GALGANI (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2006, p. 532; U. RUFFOLO, *Manifestazione del pensiero e pubblicità redazionale: il percorso tortuoso di una libertà scomoda*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, p. 132 ss.; V. ZENOVICH, *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004, p. 85 ss.

⁴⁰ Sul tema, cfr. C. cost., 12 luglio 1965, n. 68, in *Giur. cost.*, 1965, p. 838 (in materia di autorizzazione preventiva della pubblicità del settore turistico), con nota di S. Fois, *Censura e pubblicità economica* e C. cost., 11 ottobre 1985, n. 231, in *Foro it.*, I, 1985, p. 2929 (in materia di limiti della pubblicità televisiva).

che di legittimità⁴¹, sembrano ormai orientarsi, non senza stimolare il dibattito tra gli studiosi, nel senso di configurare la pubblicità quale espressione della libertà di iniziativa economica privata ai sensi dell'art. 41 della Costituzione: essa dunque è libera, salvo il rispetto dell'utilità sociale, della dignità e della libertà dell'uomo. Il movente prettamente commerciale escluderebbe, infatti, l'ipotesi di ricondurla alla libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), più strettamente legata all'espressione "di cultura, di opinione e di informazione"⁴².

In altre parole, la pubblicità commerciale rappresenta un mero frammento, una fase dell'attività imprenditoriale ancillare rispetto alla vendita di beni e servizi ai consumatori, nella quale tenderebbe a risolversi⁴³. Alla stessa conclusione perviene il Giuri di autodisciplina, secondo cui, pur trattandosi di una libera manifestazione del pensiero, la pubblicità merita una considerazione a parte in ragione della sua strumentalità a fini di marketing⁴⁴.

Un orientamento minoritario⁴⁵, invece, riconduce la comunicazione pubblicitaria nel perimetro dell'art. 21 della Costituzione, con il conseguente assoggettamento della medesima al solo limite del buon costume, fatto salvo il necessario rispetto degli altri interessi costituzionalmente protetti che, nell'opera di bilanciamento assiologico, dovessero risultare di grado maggiore. Tra le ragioni addotte, vi sarebbe quella per cui l'art. 21 della Costituzione non distingue, ai fini della protezione,

⁴¹ In questo senso, vedi Cass., 14 settembre 2004, n. 18431, in *Giur. it.*, 2005, p. 1187; Cass., 23 marzo 2001, n. 4183, in *AIDA*, 2002, p. 819 (in materia di pubblicità di prodotti da fumo) e Cass., 23 novembre 1999, n. 12993, in *AIDA*, 2000, p. 656 (in materia di violazione dei diritti del produttore fonografico).

⁴² Così C. cost., 12 luglio 1965, n. 68, cit.

⁴³ In tal senso, vedi U. RUFFOLO, *Manifestazione del pensiero e pubblicità redazionale: il percorso tortuoso di una libertà scomoda*, cit., p. 132.

⁴⁴ Tra le decisioni più significative del Giuri vedi i provvedimenti n. 161/93, n. 21/91 e n. 1/80.

⁴⁵ Riconducono la pubblicità alla libera manifestazione del pensiero: E. APA, *op. cit.*; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 266; S. FOIS, *Informazione e diritti costituzionali*, in *Dir. inf.*, 2000, p. 263; V. ITALIA, *Considerazioni su propaganda e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, 1985, p. 353; A. VIGNUDELLI, *Aspetti giuspubblicistici della comunicazione pubblicitaria*, Rimini, 1983, p. 300.

tra le finalità del pensiero manifestato, per cui potrebbe ben rientrarvi anche la comunicazione giustificata da moventi commerciali⁴⁶.

Sempre in tale filone si colloca chi ricollega l'attività pubblicitaria alla libera manifestazione del pensiero in ragione dell'esistenza legislativa di un "diritto all'informazione" del consumatore (art. 2, lett. c) cod. cons.), escludendo che quest'ultimo possa inquadrarsi nell'"utilità sociale" di cui all'art. 41 Cost., limite all'attività imprenditoriale⁴⁷. A ben vedere, tuttavia, tra i limiti all'iniziativa economica, l'art. 41 indica anche la "dignità" e la "libertà"; non sembra difficile riconnettere a quest'ultima il diritto a un'adeguata informazione, strumentale (ancorché di per sé a volte non sufficiente) a una scelta consapevole e libera⁴⁸.

La possibile compresenza, accanto alla vocazione persuasiva, della funzione informativa nella comunicazione pubblicitaria, non pare argomento di per sé idoneo a giustificare una sua riconduzione alla manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 della Costituzione. E quand'anche si intenda la pubblicità secondo tale ultima disposizione, non può non darsi rilievo alla circostanza che si tratta pur sempre di una delle principali modalità con cui si manifesta la libertà d'iniziativa economica privata, come evidenziato dalla giurisprudenza.

Da tale conclusione, deriva la legittimità di eventuali provvedimenti volti a restringere o condizionare la pubblicità, nel caso in cui ciò sia giustificato dalla necessità di proteggere i valori della libertà e della dignità umana, o di raggiungere una qualche imprescindibile utilità sociale, come previsto dall'art. 41. Ciò trova conferma nella disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, che, come vedremo successivamente, impone alla comunicazione commerciale il necessario rispetto

⁴⁶ Cfr. E. APA, *op. cit.*, p. 169 ss.

⁴⁷ Cfr. G. CIANCI, *Comunicazione pubblicitaria e contratti del consumatore. Dal motivo allo status relazionale*, Milano, 2013, p. 6 ss.

⁴⁸ Lo stesso Cianci, nel tentativo di inquadrare l'attività pubblicitaria secondo lo schema di cui all'art. 21 della Costituzione, richiama una sentenza che, analizzando i limiti della disposizione, trattava della liceità di giudizi di valore sull'attività economica di terzi, contenuti in un periodico che avrebbe avuto, a livello editoriale, dei contatti con un imprenditore concorrente. Non sembra, tuttavia, potersi confrontare una simile circostanza con l'attività pubblicitaria, essendo quest'ultima totalmente assente.

della libertà del consumatore e della correttezza concorrenziale, la quale può intendersi come forma particolare di utilità sociale.

Quanto all'elemento artistico e/o creativo insito in buona parte dei messaggi pubblicitari – che da parte della dottrina⁴⁹ rappresenterebbe un ulteriore fattore in favore della collocazione della pubblicità nell'art. 21 Cost. – lo stesso, come si vedrà nel prosieguo, può godere della protezione di cui alla legge sul diritto d'autore (l. 22 aprile 1941, n. 633), non esclusa certamente dalla identificazione della comunicazione commerciale come particolare espressione della libertà di iniziativa economica privata.

2.4. La pubblicità dal punto di vista del codice civile

Analizzando la morfologia della pubblicità commerciale, è possibile arricchire il suo inquadramento giuridico facendo riferimento alle categorie più tradizionali del codice civile del 1942. In quest'ottica, vengono alla luce tre figure codicistiche: l'offerta al pubblico (art. 1336 c.c.), la promessa al pubblico (art. 1989 c.c.) e l'invito a proporre.

L'offerta al pubblico consiste in una proposta contrattuale rivolta indistintamente a una collettività di destinatari⁵⁰, ciascuno dei quali può accettarla. La natura di proposta, tuttavia, implica, a mente dell'art. 1336 c.c., la necessaria presenza degli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi.

La comunicazione commerciale può rientrare nella figura dell'offerta al pubblico, anche se è ben difficile che la stessa contenga gli estremi essenziali del contratto, spesso sostanziandosi in un messaggio meramente suggestivo, privo dei necessari, minimi, riferimenti informativi.

È stata interpretata come proposta di contratto *in incertam personam*, con effetti vincolanti e valore giuridico negoziale *ex art. 1336 c.c.*, la televendita, la quale possiede un contenuto tale da consentire l'indivi-

⁴⁹ E. APA, *op. cit.*, p. 149 ss.

⁵⁰ Cass., 11 maggio 1971, n. 1350, inedita.

duazione dell'oggetto negoziale⁵¹. Non può invece riconoscersi valore negoziale ed efficacia direttamente vincolante allo spot (televisivo o telematico), avendo lo stesso un puro valore di pratica commerciale comunicativa, un invito ad acquistare collocato più a monte rispetto alla fase strettamente negoziale.

Ancora, la semplice indicazione delle qualità di un prodotto sul *packaging* è stata considerata in giurisprudenza come una mera promessa di qualità, insufficiente a integrare un'offerta al pubblico da parte del produttore, mancando sia il profilo soggettivo, non esprimendo la volontà di concludere un contratto di un certo tipo, sia quello oggettivo, non potendosi individuare l'oggetto e la causa del relativo contratto⁵².

È pur vero che quanto affermato da un venditore in sede promozionale può divenire negozialmente vincolante in funzione del meccanismo di cui all'art. 129 del codice del consumo. Quest'ultima disposizione, a tutela delle aspettative del singolo consumatore acquirente, prevede infatti che la conformità al contratto del bene consegnato, obbligatoria per il professionista, si presume sussistente quando il bene è conforme «alla descrizione fatta dal venditore».

In questo modo, le affermazioni sulle caratteristiche del prodotto effettuate in ambito pubblicitario (escluse, chiaramente, quelle iperboliche) possono ben tradursi in volontà negoziale per il professionista, con le conseguenze derivanti *ex lege*⁵³.

Un simile meccanismo ben si sposa con il *trend* normativo, di derivazione europea, che attribuisce in sede civile una certa rilevanza anche alle dichiarazioni informative, seppur collocate a monte della fase propriamente negoziale, derivanti dalla parte forte del contratto: da ciò consegue un progressivo sfumarsi della differenza tra comunicazione pubblicitaria e trattative contrattuali, confermato dai richiami alla “correttezza” e alla “buona fede” di cui all'art. 2, co. 2, lett. *c-bis*), del codice del consumo, non senza assonanze con la responsabilità di cui all'art. 1337 del codice civile.

⁵¹ G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016, p. 415.

⁵² Cass., 11 gennaio 1982, n. 101, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 801.

⁵³ Sul punto, cfr. G. CIANCI, *op. cit.*, pp. 37-38.

Non solo: si pensi anche alla rilevanza giuridica che assume una corretta e trasparente presentazione del prodotto per la normativa in tema di “responsabilità del produttore” (art. 114 ss. cod. cons.). Va, infatti, notato che, tra gli elementi che possono determinare il carattere difettoso del prodotto, rientra anche “la sua presentazione” da parte del produttore (o di colui che, nel suo interesse, realizza il messaggio pubblicitario), ove idonea a rendere il prodotto inidoneo a offrire “la sicurezza che ci si può legittimamente attendere” (art. 117 cod. cons.).

Diversamente dall’offerta, la promessa al pubblico di cui all’art. 1989 c.c. rappresenta un vero e proprio impegno negoziale verso chi si trovi in una determinata situazione o compia una particolare azione, a partire dal momento in cui la stessa è resa pubblica.

È stata ricondotta a tale figura la c.d. “manifestazione a premio”, che pure contiene una componente pubblicitaria, consistendo, in parte, in una comunicazione commerciale volta a catturare l’attenzione della collettività su un prodotto o un’impresa. La sua struttura concorsuale – che implica la promessa di premi a coloro che adempiono a determinate prestazioni – la distingue dalla pubblicità ordinaria e rende applicabili le regole del codice civile di cui agli artt. 1989 ss.

In questo senso, il promotore sarà vincolato dalla sua promessa dal momento in cui questa viene resa pubblica e pertanto dovrà rispettare l’impegno dell’assegnazione e della consegna dei premi in concorso all’avverarsi della condizione prevista; inoltre, la revoca della manifestazione sarà efficace solo se, ai sensi dell’art. 1990 c.c., venga adottata prima della conclusione, per giusta causa e venga resa pubblica con le stesse modalità con le quali è stata diffusa la promessa.

I concorsi e le operazioni a premio sono regolati dal d.P.R. n. 430 del 26 ottobre 2001, salvo che appartenenti ad alcune categorie espressamente escluse dalla disciplina. La componente pubblicitaria di tali pratiche commerciali può desumersi dalla definizione normativa di cui all’art. 1, co. 1, del d.P.R., secondo cui le stesse sono dirette «a favorire nel territorio dello Stato la vendita di determinati prodotti o servizi o ad accreditarne la conoscenza, come pure ad accreditare la conoscenza di determinate imprese, del loro nome o dei loro marchi».

Dunque, la parte della manifestazione a premio che si concretizza in una comunicazione promozionale, consistendo in una pubblicità, va

assoggettata alle regole previste per quest'ultima, in aggiunta a quelle specificamente dettate dal d.P.R. alle operazioni in esame, tra cui *in primis* quella che dispone un obbligo di informazioni minime da fornire, in modo chiaro, completo e comprensibile, in merito al concorso, anche mediante rinvio al regolamento relativo (art. 11 d.P.R.). Una previsione analoga è rintracciabile nel codice di autodisciplina all'art. 21, che richiede che la comunicazione commerciale relativa alle manifestazioni a premio debba

mettere il pubblico in grado di conoscere chiaramente e agevolmente le condizioni di partecipazione, i termini di scadenza e i premi, nonché – nei concorsi – il loro numero e valore complessivo, le modalità di assegnazione e i mezzi con cui verranno resi noti i risultati.

A differenza delle manifestazioni a premio, la comunicazione pubblicitaria ordinaria non appare agevolmente identificabile come promessa al pubblico. Da un lato, mancherebbe una promessa vera e propria, se con questa si intende qualcosa di più della mera esaltazione delle caratteristiche del prodotto.

Dall'altro, non potrebbe nemmeno identificarsi un termine al messaggio pubblicitario, come invece richiesto dall'art. 1989, co. 2, c.c. Tantomeno, di conseguenza, può ammettersi l'applicabilità alla pratica pubblicitaria del primo comma dell'art. 1990 c.c., secondo cui la promessa può essere revocata, prima del termine, solo per giusta causa; non pare che il professionista possa ritenersi vincolato a mantenere ferme le affermazioni contenute in una campagna pubblicitaria per un certo tempo minimo, rientrando nella sua libertà imprenditoriale la facoltà di mutare il contenuto delle proprie promozioni.

Rimane salvo l'effetto vincolante che deriva dal meccanismo di cui agli articoli 129, 114 e 117 del codice del consumo, visto sopra con riguardo all'offerta al pubblico.

Rappresenta un *minus* rispetto all'offerta al pubblico in termini di vincolatività negoziale la figura dell'invito a offrire, priva di una espressa menzione nel codice civile, consistente in un'esortazione, rivolta a una generalità di persone, a formulare proposte contrattuali o a iniziare trattative per la conclusione di un determinato negozio. Mancando in buona parte degli *essentialia negotii*, l'invito a offrire non può

considerarsi una proposta contrattuale in senso stretto e pertanto non è sufficiente che intervenga una semplice accettazione per la conclusione dell'accordo. Si tratta, piuttosto, di un'offerta al pubblico priva degli elementi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta e in tal senso non appare difficile ricollegarvi la comunicazione pubblicitaria, la quale consiste proprio in un'offerta contenente un invito a presentare proposte contrattuali.

Segue. L'interazione tra la comunicazione commerciale e i diritti della personalità

Appare opportuno, in questa sede, riflettere brevemente sulle possibili interazioni che la comunicazione commerciale può avere nei confronti dei diritti della personalità. Con tale espressione, come ben noto, si identificano quegli attributi immateriali della persona, rispetto ai quali l'ordinamento giuridico manifesta una particolare sensibilità, valorizzando in particolare il loro contenuto non meramente patrimoniale.

Nonostante la giurisprudenza abbia aderito a una concezione monista dell'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione – fondamento giuridico dei diritti della persona umana, aperto all'evoluzione dell'ordinamento e, di conseguenza, idoneo a consentire l'ingresso di nuovi valori soggettivi⁵⁴ –, può individuarsi un catalogo attuale di diritti della personalità, rispetto a cui esaminare il fenomeno pubblicitario.

Tra i diritti espressamente contemplati nel codice civile vi è il diritto al nome (artt. 6 a 9), che può essere leso da una pubblicità che utilizzi il nome di una persona (in modo tale da identificarla) senza il previo consenso di quest'ultima, o comunque in modo pregiudizievole.

Uno dei casi certamente più noti è quello dell'oncologo Veronesi, il cui nome è stato abbinato alla pubblicità di una marca di sigarette attraverso l'uso distorto di una frase pronunciata dal medico⁵⁵. In particolare, durante un'intervista, Veronesi, dopo aver dichiarato apertamente la connessione tra fumo e cancro, ha accennato all'esistenza di “sigarette leggere meno nocive”, concludendo comunque col consiglio di non fu-

⁵⁴ Così Cass., 7 febbraio 1996, n. 978, in *Foro it.*, I, 1996, p. 1253.

⁵⁵ Cfr. Trib. Milano, 19 giugno 1980, in *Dir. aut.*, 1981, p. 397.

mare in assoluto. Ciononostante, la pubblicità ha utilizzato la frase su indicata, isolandola come affermazione di principio della non lesività delle sigarette, distorcendo del tutto il pensiero dell'oncologo. In tal senso, accanto alla lesione del nome, si è ipotizzata anche una lesione dell'identità personale, altro diritto della personalità di creazione giurisprudenziale⁵⁶.

Ancora, tra i casi più recenti si ricorda quello dell'utilizzo, nel corso di una sfilata di moda, di una maglia riportante il nome di Maradona, senza che quest'ultimo avesse espresso alcun consenso⁵⁷. A differenza dell'ipotesi precedente, in tal caso la lesione si è concretizzata nell'uso pubblicitario non autorizzato di un nome, la cui celebrità ha evidentemente rivestito un certo peso nel giudizio sul valore economico del consenso.

Ancora, la pubblicità, facendo uso di personaggi per la narrazione del prodotto o servizio promosso, può certamente interferire con il diritto all'immagine di cui agli artt. 10 c.c., 96 e 97 l. 22 aprile 1941, n. 633 (legge sul diritto d'autore). L'art. 10 del c.c. prevede che una persona possa chiedere all'autorità giudiziaria che venga disposta la cessazione dell'uso della propria immagine quando questo sia effettuato senza il suo consenso o, comunque, al di fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione di tale immagine è consentita dalla legge e, in particolare, dagli artt. 96 e 97 della legge sul diritto d'autore.

In linea generale, è illegittima una pubblicità che utilizzi l'immagine⁵⁸ di una persona fisica, sia essa famosa o meno, senza il consenso di quest'ultima o dei suoi congiunti (art. 96 l. aut.). Anche l'uso pubblici-

⁵⁶ L'identità personale è stata definita dalla Corte costituzionale come "diritto a essere se stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, e al tempo stesso qualificano, l'individuo" (C. cost., 3 febbraio 1994, n. 13, in *Foro it.*, I, 1994, p. 1668).

⁵⁷ Trib. Milano, 9 dicembre 2019, n. 11374, in *Redaz. Giuffrè*, 2019.

⁵⁸ Si evidenzia come con immagine si intende sia il ritratto in senso stretto di una persona – corrispondente alla riproduzione cinematografica, grafica, pittorica e fotografica – sia l'insieme dei connotati che permettono di individuare, nella percezione collettiva, un determinato personaggio (per un caso di questo tipo, cfr. Trib. Roma 12 maggio 1993, in *AIDA*, 1994, p. 233).

tario dell'immagine del sosia di un personaggio noto senza il consenso di quest'ultimo è stato ritenuto illecito⁵⁹.

Non ricorrono, nel caso della pubblicità, o nell'uso *latu sensu* commerciale dell'immagine, le esigenze di pubblica informazione che rendono giustificabile la deroga al principio del consenso prevista in taluni casi tassativi (art. 97 l. aut.), come pacificamente sostenuto in giurisprudenza⁶⁰.

Essendo il diritto all'immagine un diritto della personalità indisponibile, il consenso all'utilizzo può essere sempre revocato dal titolare, trattandosi di un atto unilaterale avente a oggetto non tanto la disposizione del diritto, quanto il suo esclusivo esercizio. In tal senso, come affermato dalla Cassazione, per quanto esso

possa essere occasionalmente inserito in un contratto, resta tuttavia distinto e autonomo dalla pattuizione che lo contiene, con la conseguenza che esso è sempre revocabile, quale che sia il termine eventualmente indicato per la pubblicazione consentita, e a prescindere dalla pattuizione del compenso, che non costituisce un elemento del negozio autorizzativo in questione, stante la natura di diritto inalienabile e, quindi, non suscettibile di valutazione in termini economici⁶¹.

Si è affermato che sussiste una violazione del diritto all'immagine nel caso in cui questa venga utilizzata in modo da creare l'impressione, contrariamente al vero, che il soggetto ritratto abbia un rapporto commerciale con l'impresa e dunque ne sia il testimonial⁶². Ciò, per esempio, è stato ravvisato nel caso di un filmato che riprendeva un noto calciatore durante un'intervista, all'interno della quale venivano sovrainposti dei *frame* commerciali di un operatore telefonico in modo tale da

⁵⁹ Trib. Milano, 26 ottobre 1992, in *Dir. aut.*, 1993, p. 160.

⁶⁰ Così, *ex multis*: Trib. di Tortona, 24 novembre 2003, in *Foro it.*, I, 2004, p. 1287; App. Milano, 4 ottobre 2002, in *AIDA*, 2002, p. 926; Cass., 6 febbraio 1993, n. 1503, in *Riv. dir. ind.*, II, 1993, p. 119; Cass., 15 marzo 1986, n. 1763, in *Dir. inf.*, 1986, p. 883.

⁶¹ Cass., 29 gennaio 2016, n. 1748, in *Dir. ind.*, I, 2017, p. 55; Cass., 17 febbraio 2004, n. 3014, in *Resp. civ.*, 2004, p. 112, con nota di A. Albanese, *Immagine: lesione del diritto e consenso tacito allo sfruttamento commerciale*.

⁶² Cass., 27 novembre 2015, n. 24221, in *Arch. giur. circ.*, 4/2016, relativa alla rappresentazione di parti di un telegiornale e della relativa giornalista per dimostrare, all'interno della pubblicità, che del prodotto si era parlato anche in quella sede.

creare l'impressione di un'associazione tra la figura del primo e la natura commerciale dei secondi⁶³.

Allo stesso modo, essendo il consenso limitato a un determinato trattamento e sfruttamento dell'immagine, esso non si estende automaticamente a trattamenti ulteriori e diversi. Pertanto, è da considerarsi illegittimo l'uso di immagini al di là dei limiti contrattuali, siano essi relativi alle modalità di sfruttamento o alla durata temporale dello stesso⁶⁴.

Tra i diritti della personalità non contemplati dal codice civile, e potenzialmente suscettibili di essere lesi da un messaggio commerciale, vi sono anche i diritti all'onore, al decoro e alla reputazione, ricavati dal combinato disposto di cui agli artt. 4 d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 7 (relativo all'illecito amministrativo dell'ingiuria), 595 c.p. (sul reato di diffamazione), 10 c.c. e 97, co. 2, l. aut. (i quali, nei casi di uso libero dell'immagine, fanno comunque salva la necessità di rispettare i diritti suddetti)⁶⁵. Nonostante si tratti di un'ipotesi tendenzialmente poco frequente, una pubblicità può ben integrare una diffamazione dell'altrui reputazione, anche attraverso accostamenti suggestivi o altre capziose modalità espositive.

Rientra tra i diritti della personalità anche il diritto al corretto trattamento dei propri dati personali (c.d. "diritto alla *privacy*", che ha assorbito il tradizionale diritto alla riservatezza). Dato il suo carattere tipicamente invasivo, la pubblicità si presta a incidere sulla sfera di riservatezza del consumatore; un chiaro esempio è rappresentato dalla pratica commerciale del *mailing* mediante invio di *newsletter* presso la casella di posta elettronica, o dalla più tradizionale telefonata da parte di *call center* con finalità promozionali⁶⁶. Si tratta di condotte oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore, come avremo modo di

⁶³ Trib. Milano, 29 giugno 2015, inedita.

⁶⁴ Tra i casi, cfr.: Trib. Milano, 6 giugno 2018; Trib. Bologna, 4 maggio 2015; Trib. Roma, 27 febbraio 2009; Trib. Roma, 22 novembre 2007. Cfr., per tutti, G. DE CRISTOFARO, *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso*, cit., p. 201.

⁶⁵ Tra gli esempi più noti di lesione della reputazione, si ricorda Trib. Roma 28 gennaio 1992, in *Foro it.*, I, 1992, p. 3127.

⁶⁶ Per un caso di pubblicità telefonica incidente sul diritto alla *privacy*, cfr. Cass., 26 aprile 2021, n. 11019, cit.

vedere più approfonditamente quando tratteremo delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità su Internet.

2.5. L'autodisciplina pubblicitaria nel quadro delle regole di mercato: nascita e struttura del sistema nel contesto nazionale e internazionale

Il settore pubblicitario vanta una delle più importanti ed efficaci forme di autoregolamentazione, frutto dell'iniziativa di alcuni suoi illuminati protagonisti⁶⁷. E ciò si giustifica per il fatto che, come evidenziato anche dal Libro Verde sulla "Tutela dei consumatori nell'U.E." del 2001 (punto 4.4), si tratta di uno di quei settori che riconoscono di avere un elevato interesse a preservare la fiducia dei consumatori, visto anche il forte rischio che operatori commerciali disonesti minino tale fiducia.

Si è evidenziato che l'assunzione di responsabilità del mondo pubblicitario, da cui è scaturito il sistema autodisciplinare, ha disvelato – diversamente da molte realtà deontologiche, spesso volte più a creare un'immagine di correttezza che a intervenire efficacemente contro comportamenti indebiti – una ricchezza di implicazioni giuridiche che ne hanno fatto un modello tra i fenomeni di autoregolamentazione⁶⁸.

L'autodisciplina della comunicazione commerciale è nata storicamente come reazione alle critiche ideologiche degli anni Sessanta contro le forme estreme di capitalismo e di induzione al consumismo, trapiantate in Italia secondo il modello statunitense. Un peso certamente decisivo, in tal senso, lo ebbe la guerra pubblicitaria tra due giganti dell'industria italiana, la Motta e l'Alemagna, che portò alla sentenza con cui la Corte di Cassazione, nell'aprile 1962, pose fine al lungo processo giudiziario, teorizzando per la prima volta il fenomeno della concorrenza parassitaria.

⁶⁷ Per approfondimenti sul tema dell'autodisciplina pubblicitaria, si rinvia a C. ALVISI, V. GUGGINO (a cura di), *Autodisciplina pubblicitaria. La soft law della pubblicità italiana*, Torino, 2020.

⁶⁸ Così V. GUGGINO, M. DAVÒ, S. PASTORELLO, *La natura, l'organizzazione dello IAP e il procedimento autodisciplinare*, in C. ALVISI, V. GUGGINO (a cura di), *op. cit.*, p. 59.

L'esigenza diffusamente avvertita di regolare in modo organico e completo la comunicazione commerciale, fino a quel momento caratterizzata da un ampio *laissez faire* nel contesto mercantile oltre che da una regolazione statale inefficiente e frammentaria, ha portato all'emanazione del "codice della lealtà pubblicitaria", formalizzato a Roma il 12 maggio 1966, a tutela dei consumatori, degli utenti e della stessa pubblicità. Il codice rappresenta una parte fondamentale del sistema dell'autodisciplina pubblicitaria, facente capo all'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria (c.d. IAP)⁶⁹, insieme alle due autorità principali: il Giuri di autodisciplina, l'organo decisorio e il Comitato di controllo (prima noto come Comitato di accertamento), con funzioni istruttorie e inquirenti.

Il codice – che nel 1975 ha preso il nome di "codice di autodisciplina pubblicitaria" e, dal 1998, di "codice di autodisciplina della comunicazione commerciale"⁷⁰ – è il frutto dell'autonomia contrattuale degli operatori del settore, espressione della volontà del ceto imprenditoriale di dettarsi regole migliorative delle pratiche commerciali. Si evidenzia che proprio l'origine imprenditoriale dell'autodisciplina ha reso più difficoltosa l'accettazione di taluni divieti che avevano invece già trovato spazio nel contesto normativo nazionale: per esempio, il divieto di pubblicità comparativa è stato imposto *ex lege* sul sistema autodisciplinare, come pure taluni specifici obblighi informativi in capo alle imprese, assimilati dalle normative settoriali di fonte statale. Per converso, si può ragionevolmente sostenere che la medesima derivazione di settore ha fatto sì che il codice presentasse disposizioni più incisive e consapevoli delle possibili scorrettezze della comunicazione commerciale.

Quella dell'Istituto di autodisciplina pubblicitaria non è l'unica forma di autoregolamentazione della comunicazione commerciale. Prima dello stesso possono menzionarsi il "codice morale della Pubblicità"

⁶⁹ L'IAP è la struttura organizzativa del sistema autodisciplinare, la quale possiede la veste giuridica di associazione riconosciuta ai sensi dell'art. 14 del codice civile.

⁷⁰ Il riferimento alla "comunicazione commerciale" risponde all'esigenza di estendere il perimetro applicativo alle nuove forme di comunicazione diverse dalla pubblicità tabellare e *in primis* a quella digitale.

elaborato dall'UPA (Utenti pubblicitari associati)⁷¹ nel 1951, a cui è seguita la "Raccolta di usi e consuetudini in materia pubblicitaria", pubblicata l'anno successivo dalla Federazione Italiana della Pubblicità (FIP)⁷². Ancora oggi possono annoverarsi, accanto all'IAP, i codici normativi emanati dalla RAI Trade per le pubblicità da trasmettere sui canali RAI, nonché le varie raccolte di regole stabilite da diverse associazioni settoriali, tra cui l'ADI (Associazione per il Disegno Industriale) e l'ANVED (Associazione Nazionale Vendite a Distanza e per corrispondenza).

Ad ogni modo, la forma più importante di autoregolazione nazionale è stata e rimane quella sintetizzata nel codice di autodisciplina del 1966, a oggi giunto alla 68ª edizione in vigore dal 9 febbraio 2021, l'unica con un impatto concreto e decisivo sulle consuetudini commerciali, grazie anche all'ampia adesione da parte di associazioni ed enti del settore⁷³. La stessa rappresenta un completamento essenziale della normativa nazionale sulla comunicazione commerciale, per certi versi più efficace e rapida rispetto agli ordinari mezzi di tutela, come si vedrà nell'ultimo capitolo.

L'importanza dell'autodisciplina si apprezza anche in ambito sovranazionale, per cui va ricordata l'emanazione già nel 1936, su iniziativa della Camera di commercio internazionale (C.C.I.), del *Code de pratiques loyales en matière de publicité*, che ha ispirato i vari sistemi autodisciplinari nazionali⁷⁴, oltre che le normative sovranazionali a tutela del consumatore; allo stesso è seguito, su impulso del medesimo istituto, il codice UPA del 1951, avente lo scopo di introdurre una regolazione morale per gli attori del settore.

⁷¹ Si tratta dell'associazione che ancora oggi riunisce le più rilevanti imprese ed enti che investono in pubblicità.

⁷² Devono menzionarsi anche le norme della Società per Azioni Commerciale Iniziative Spettacolo (SACIS), emanate dall'organo di controllo della RAI, riguardanti la pratica commerciale veicolata dai canali della rete pubblica nazionale.

⁷³ Rimangono escluse dall'applicazione delle regole autodisciplinari le numerose pubblicità diffuse tramite i *social network*, non avendo i relativi gestori aderito al codice.

⁷⁴ L'Olanda è stato il primo Paese ad adottare un codice di autodisciplina nel 1948. A essa sono seguite la Francia nel 1950 (prima ad avere, nel 1935, un organismo di autodisciplina), il Regno Unito nel 1962 e successivamente le altre nazioni europee.

Un ruolo centrale per il coordinamento della regolazione pubblicitaria in più Stati va, altresì, riconosciuto alla *European Advertising Standards Alliance* (E.A.S.A.), organizzazione fondata nel 1992 a cui aderiscono le istituzioni autodisciplinari di vari paesi, anche extraeuropei (es. U.S.A., Canada, Nuova Zelanda). Si tratta di un organismo rappresentativo con sede a Bruxelles, il quale riunisce attualmente 40 organizzazioni, portatrici delle istanze dei sistemi di autoregolamentazione (per la maggior parte) e del mondo che compone la *industry* pubblicitaria, espressione quest'ultimo degli interessi degli inserzionisti (*World Federation of Advertisers*), delle agenzie (*European Advertising Communication Agencies*) e dei diversi *mass media*.

La *communis opinio* degli attori dell'E.A.S.A. in materia pubblicitaria è stata sintetizzata nello *Statement of Common Principles and Operating Standards of Best Practice* del maggio 2002, indicante i valori fondamentali che devono essere posti alla base di ogni sistema di autodisciplina. Una particolare attenzione è rivolta all'importanza del sostegno, anche finanziario, dell'autodisciplina da parte degli attori del settore pubblicitario, in modo da garantire effettività e credibilità dei diversi sistemi nazionali.

Nel contesto dell'E.A.S.A. si è introdotto il meccanismo del c.d. "Cross-border Complaints System". Basato sul mutuo riconoscimento tra i sistemi autodisciplinari e sul criterio della giurisdizione del Paese d'origine del mezzo di comunicazione utilizzato, esso ha l'obiettivo di agevolare la risoluzione di controversie aventi a oggetto i messaggi commerciali che superano i confini statali. Attraverso tale sistema, chiunque si ritenga leso da una pubblicità derivante da altra nazione può ricorrere, mediante il proprio istituto nazionale, all'autodisciplina del Paese da cui proviene il messaggio⁷⁵.

Il ruolo dell'E.A.S.A. è quello di coordinare e supportare la gestione del caso, informando altresì il pubblico delle decisioni prese attraverso la pubblicazione trimestrale dei *cross border* sul proprio sito e la redazione di un *report* annuale.

⁷⁵ Si evidenzia che l'E.A.S.A., data la propria efficienza e rapidità, si caratterizza per una diffusa applicazione.

Nel contesto sovranazionale devono infine menzionarsi altre due istituzioni: l'*International Council of Advertising Self-Regulation* (I.C.A.S.), di cui l'E.A.S.A. è membro fondatore, che promuove a livello mondiale la pubblicità corretta e responsabile, attraverso lo sviluppo dei sistemi di autoregolazione e lo stimolo del confronto costante tra partner collocati nei diversi continenti; e l'*European Interactive Digital Advertising Alliance* (E.D.A.A.), che si occupa di pubblicità comportamentale *online* eseguita attraverso la profilazione dell'utente di Internet e promuove una maggiore trasparenza, suggerendo l'uso di strumenti grafici e interattivi di tutela (per esempio di un'icona di riconoscimento della pubblicità profilata).

2.5.1. *Gli interessi protetti nel contesto autodisciplinare*

Il codice di autodisciplina rappresenta il frutto della volontà di definire, mediante una stabile organizzazione, gli *standards* di comportamento che gli operatori dell'ambito pubblicitario devono rispettare, non solo a tutela dei destinatari della pratica pubblicitaria, ma anche nell'interesse collettivo degli aderenti al sistema, oltre che a salvaguardia della stessa dignità della comunicazione commerciale. A conferma di ciò, l'art. 1 del codice di autodisciplina prevede non solo che «la comunicazione commerciale deve essere onesta, veritiera e corretta», ma anche che «essa deve evitare tutto ciò che possa screditarla».

Il “principio di lealtà”, riassunto nella prima parte della disposizione, assume un'importanza centrale per la comunicazione commerciale, intesa come servizio al pubblico la cui rilevanza sociale richiede la necessaria conformità ai canoni suddetti⁷⁶. Lo stesso deve dirsi per il divieto di discredito di cui all'art. 1, co. 2, rispetto al quale il Giurì ha coniato l'espressione “cinismo pubblicitario” per identificare quella comunicazione commerciale che tratti, con toni irridenti, compiaciuti o grotteschi, temi delicati di grande rilievo sociale, in modo da suscitare nel pubblico una sensazione di disprezzo verso la stessa pubblicità.

⁷⁶ Così L.C. UBERTAZZI, P.G. MARCHETTI, *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2016, p. 1817 ss.

La prima regola dell'autodisciplina si presenta come una clausola aperta⁷⁷, il cui contenuto deontologico va ricostruito secondo i principi fondamentali dell'ordinamento e della coscienza etico-sociale, guardando altresì ai valori specificamente tutelati dal codice, non senza considerare il formante giurisprudenziale degli organi dell'autodisciplina⁷⁸. Attenzione: il riferimento ai principi fondamentali dell'ordinamento non esclude l'autonomia del *corpus* autodisciplinare rispetto al primo, per cui la violazione di una norma di legge (per esempio relativa a un'autorizzazione amministrativa per talune categorie merceologiche) non implica automaticamente la violazione del codice; viceversa, vi sono valori tipicamente autodisciplinari che non trovano corrispondente protezione nell'ordinamento giuridico, tra cui il divieto di strumentalizzazione competitiva della giurisprudenza autodisciplinare di cui all'art. 40 del codice.

Il richiamo ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico deve essere letto piuttosto come riconoscimento di limiti inderogabili all'autonomia della regolazione autodisciplinare, ordinamento privato riconosciuto valido dallo Stato, come meglio specificato nel prosieguo.

La regola di cui all'art. 1 è stata ritenuta dal Giuri di autodisciplina come disposizione di applicazione residuale, destinata a soccombere rispetto ad altre che dettino con maggiore precisione i criteri della correttezza professionale⁷⁹. La stessa è stata altresì applicata in caso di recidiva e di reiterazione dell'illiceità autodisciplinare⁸⁰, o con funzione supplementare rispetto ad altre disposizioni, ritenendola violata solo nei casi di pubblicità che contestualmente si pongano in contrasto con altre regole autodisciplinari⁸¹.

⁷⁷ C. ALVISI, F. BOLDRIN, *La tutela del cittadino*, in C. ALVISI, V. GUGGINO (a cura di), *op. cit.*, p. 91 ss.

⁷⁸ Giurì n. 125/90 e n. 132/89, in relazione alla pubblicità per sigarette, espressamente vietata solo dalla l. 165/1962. Ancora, cfr. Giurì n. 91/2009 e n. 51/85.

⁷⁹ *Ex multis*, Giurì n. 12/2015, n. 104/2010, n. 112/2008, n. 38/2008, n. 305/2001 e n. 79/2000.

⁸⁰ Giurì n. 55/2006, n. 204/2005 e 56/1990.

⁸¹ Così Giurì n. 70/2009, n. 17/2008, n. 64/2006, n. 15/2004, n. 79/74, n. 10/72.

Si è giustamente evidenziato⁸² che

l'imporre alla comunicazione d'impresa i citati doveri giuridici non solamente implica il riconoscimento di un diritto dei consociati a essere informati in modo onesto e corretto, ma correlativamente assegna alla pubblicità il valore di dichiarazione suscettibile di godere di un particolare credito nei rapporti della vita sociale in quanto svolgente una funzione informativa.

In tal senso, la protezione degli individui e della collettività è obiettivo e valore intrinsecamente e reciprocamente connesso con l'autoconservazione del settore pubblicitario.

Il Giurì, in una pubblicità che sfruttava il tema delle malattie sessualmente trasmissibili, è giunto alla conclusione per cui l'utilizzo di temi delicati, idonei a provocare una forte reazione psicologica nel pubblico, ove non finalizzato a indurre a una riflessione innovativa, è inevitabilmente destinato, in quanto gratuito e inopportuno, a suscitare reazioni negative verso la pubblicità, soprattutto per quella fetta di pubblico direttamente interessata alla tematica trattata⁸³.

Per fare qualche esempio, il Giurì ha ritenuto scorretta e screditante la pubblicità che sfruttava indebitamente temi come la malattia⁸⁴, la disabilità⁸⁵, la morte⁸⁶, il suicidio⁸⁷ o la sessualità infantile⁸⁸, che utilizzava spregiudicatamente allusioni sessuali e raffigurazioni volgari⁸⁹, che rappresentava una mercificazione del corpo femminile⁹⁰, o un'ec-

⁸² M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 47.

⁸³ Giurì n. 161/93.

⁸⁴ Giurì n. 121/2007.

⁸⁵ Giurì n. 107/96.

⁸⁶ Giurì n. 134/2002 e n. 171/2000. Venne invece assolto dall'accusa di violare gli artt. 1 e 11 del codice un messaggio pubblicitario, relativo a una merendina di una nota azienda italiana, in cui la morte veniva rappresentata in modo talmente surreale e grottesco da non suscitare alcun danno nei confronti dei minorenni ai sensi dell'art. 11 del codice.

⁸⁷ Giurì n. 165/99.

⁸⁸ Comitato n. 134/2011.

⁸⁹ Comitato n. 15/2019 e Giurì n. 106/2011, n. 82/2010, n. 133/89 e n. 81/88.

⁹⁰ Comitato n. 94/2018.

cessiva aggressività verso i destinatari⁹¹. Si tratta, in tali casi, dello sfruttamento di tematiche di forte rilevanza sociale e psicologica, spesso attraverso rappresentazioni estreme e idonee a impressionare il pubblico dei destinatari (c.d. *shock advertising*).

Il Giurì ha stigmatizzato altresì l'utilizzo di temi che, per la loro intimità, dovrebbero essere confinati alla sfera della riservatezza privata, tra cui la raffigurazione di un feto appena nato⁹² o lo sfruttamento del tema della dipendenza da droghe⁹³ o da alcol⁹⁴.

Ancora, sono state ritenute in contrasto con il credito pubblicitario talune pubblicità lesive di valori radicati nel sentimento collettivo della società civile, tra cui lo sfruttamento del tema della liberazione nazionale dal fascismo in una pubblicità di un lassativo⁹⁵, o della violenza sulle donne nella pubblicità di un prodotto per la pulizia della casa⁹⁶. Più in generale, il Giurì ha ritenuto inammissibili i messaggi in contrasto con il “comune modo di sentire” e idonei a suscitare nel pubblico reazioni di ostilità e disgusto verso la pubblicità come tale⁹⁷.

Il suddetto principio a tutela del credito pubblicitario è stato ribadito dall'IAP nella “Guida alla tutela della persona nella comunicazione commerciale” del 25 novembre 2019, nella quale sono individuate talune ipotesi di pubblicità lesiva dei principi del codice, desunte dalla prassi autodisciplinare.

Tra gli esempi di condotte contrastanti con i principi dell'ordinamento giuridico, si ricordano invece: la pubblicità nazionalista, in quanto idonea a ledere il principio fondamentale della libertà di circolazione di cui al Trattato fondativo della (allora) Comunità europea, recepito dall'art. 1⁹⁸; la proposta di condotte trasgressive e criminose⁹⁹; l'uso di frasi e immagini volte a suggerire una sessualità deviata e distorta¹⁰⁰; la

⁹¹ Giurì n. 28/2012, n. 162/93 e n. 30/82.

⁹² Giurì n. 147/91.

⁹³ Giurì n. 2/87 e n. 14/84.

⁹⁴ Giurì n. 197/2004.

⁹⁵ Giurì n. 147/2005.

⁹⁶ Comitato n. 45/2013.

⁹⁷ Giurì n. 94/2018, n. 69/2015, n. 352/2000 e n. 49/87.

⁹⁸ Giurì n. 32/78.

⁹⁹ Giurì n. 170/98.

¹⁰⁰ Giurì n. 66/91.

pubblicizzazione di apparecchi presentati come idonei a condizionare la volontà altrui¹⁰¹.

In quanto lesivi di valori esclusivamente autodisciplinari, sono stati vietati i messaggi aventi un contenuto ampiamente diseducativo, come il gioco d'azzardo in forma irresponsabile¹⁰² o la rappresentazione realistica di situazioni di guida spericolata nella pubblicità di un prodotto alimentare¹⁰³. Diversamente, l'uso del tema della trasgressione che non si traduca in un invito alla emulazione è stato ritenuto lecito dal Giurì di autodisciplina¹⁰⁴. Ancora, è stata ricollegata alla violazione dell'art. 1 l'indebita associazione della figura di un medico-veterinario con il consumo di un superalcolico in grandi quantità, in quanto idonea a determinare discredito verso la categoria professionale e, di riflesso, una forma di scorrettezza pubblicitaria¹⁰⁵.

Accanto alla protezione della dignità pubblicitaria, il codice tutela gli interessi degli individui da un lato e delle imprese dall'altro: all'interno della prima categoria possono distinguersi le regole poste a tutela dell'individuo come essere umano e quelle a protezione dell'individuo come consumatore.

Tra le regole a tutela dell'individuo *in interiore hominis*, deve menzionarsi l'art. 8 del codice, che vieta la comunicazione che faccia ricorso alla superstizione, alla credulità e, salvo ragioni giustificate, alla paura. A parere del Giurì, la disposizione verrebbe violata ogni qualvolta una comunicazione faccia leva su debolezze legate a istinti, bisogni elementari o credenze irrazionali, per poi presentare il prodotto come la soluzione a tali suggestioni negative¹⁰⁶. L'autorità ha avuto modo di precisare che andrebbero repressi quei messaggi che utilizzano una coercizione psicologica verso soggetti facili alle emozioni, con persona-

¹⁰¹ Giurì n. 183/91. Per altri esempi, si rinvia a M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 50.

¹⁰² Giurì n. 60/2010.

¹⁰³ Giurì n. 125/90.

¹⁰⁴ Giurì n. 68/91.

¹⁰⁵ Giurì n. 58/88.

¹⁰⁶ In tal senso, vedi Giurì n. 89/90.

lità debole, tendenti all'irrazionalità o culturalmente meno preparati, dunque più vulnerabili alla comunicazione pubblicitaria¹⁰⁷.

Per fare qualche esempio: si è ritenuto idoneo ad abusare della credulità un messaggio che promuova sistemi per vincere più facilmente alla lotteria¹⁰⁸, o quello che attribuisca risultati eccezionali a trattamenti estetici¹⁰⁹, facenti entrambi leva sulla debolezza psicologica e sull'infelicità dei destinatari; per quanto riguarda la paura, il suo sfruttamento è stato escluso nei casi di indicazione non suggestiva dei rischi reali¹¹⁰, mentre è stato riconosciuto con riguardo a un cosmetico che faceva leva sui tumori della pelle¹¹¹.

Vi è da dire che la paura viene interpretata in modo estensivo, così da ricomprendervi lo stato d'ansia, riconosciuto per esempio come tipico delle madri verso la salute dei figli¹¹².

Un'altra regola a presidio dell'integrità psico-fisica dell'essere umano è l'art. 9 del codice, che vieta ogni forma di pubblicità contenente affermazioni o rappresentazioni di violenza fisica o morale, o comunque tali che, secondo il gusto e la sensibilità dei consumatori, debbano ritenersi indecenti, volgari o ripugnanti. Si tratta di una disposizione evidentemente rivolta alla tutela della pubblica decenza e del pudore collettivo, a cui si ricollega anche l'autotutela del settore pubblicitario da eventuali reazioni di disprezzo¹¹³.

La violenza, volgarità o indecenza debbono riguardare non tanto il prodotto o servizio pubblicizzato, ma piuttosto la relativa comunicazione commerciale, ancorché non relativa alle caratteristiche del bene venduto¹¹⁴. Nel caso in cui si tratti di un prodotto intrinsecamente legato alla violenza (si pensi alla lotta sportiva), la pubblicità che evidenzia positivamente le caratteristiche dello stesso non viola la disposizione in esame nella misura in cui non esorbita dalla necessità di informare il

¹⁰⁷ Giurì n. 193/98.

¹⁰⁸ Giurì n. 55/85.

¹⁰⁹ Giurì n. 106/90.

¹¹⁰ Giurì n. 11/84.

¹¹¹ Giurì n. 66/89.

¹¹² Giurì n. 20/79.

¹¹³ Così Giurì n. 77/2002 e n. 357/2000.

¹¹⁴ Giurì n. 55/2004 e n. 32/81.

consumatore e di indurlo all'acquisto¹¹⁵. Il messaggio commerciale diviene illegittimo nel diverso caso in cui utilizzi rappresentazioni grafiche e verbali particolarmente violente, non motivate dall'esigenza informativa.

Una pubblicità può essere considerata illegittima ai sensi dell'art. 9 del codice anche nel caso in cui la stessa appaia volgare o indecente solo a una minoranza di consumatori¹¹⁶, salvo che si tratti di una cerchia ristretta o del tutto irrilevante¹¹⁷.

Tra i numerosi esempi, sono stati ritenuti contrari all'art. 9: la rappresentazione della scena di una donna che uccideva un'amica con una pietra per ottenere le sue scarpe¹¹⁸; la presentazione, nella pubblicità di un jeans, di un ragazzino che impugnava una pistola puntandola sul destinatario¹¹⁹; la raffigurazione di bambini nudi in fuga dalle frustate di una verga¹²⁰; la rappresentazione di una donna che si abbassava le mutande all'altezza del volto di un uomo¹²¹; l'uso di un'espressione sessualmente ambigua per la pubblicizzazione di un preservativo¹²²; l'uso di espressioni estremamente scabrose ed esplicite per la descrizione di un film horror¹²³; la comunicazione "hai mai visto la devastazione di un tumore?", accompagnata da immagini di un corpo umano aperto, nella pubblicità di una mostra sul corpo¹²⁴; la rappresentazione dell'immagine, ritenuta ripugnante, di una donna il cui labbro superiore era agganciato a un amo da pesca¹²⁵, o di un gruppo di signore in una scena del crimine con una donna uccisa in una pozza di sangue¹²⁶.

¹¹⁵ Giurì n. 11/98.

¹¹⁶ Giurì n. 142/2010.

¹¹⁷ Giurì n. 401/99.

¹¹⁸ Giurì n. 26/80.

¹¹⁹ Giurì n. 162/93.

¹²⁰ Giurì n. 224/2002.

¹²¹ Giurì n. 37/2003.

¹²² Giurì n. 133/89.

¹²³ Giurì n. 32/81.

¹²⁴ Comitato n. 88/2016.

¹²⁵ Giurì n. 25/2017.

¹²⁶ Comitato n. 54/2018.

Diversamente, sono stati considerati in linea con l'art. 9 i messaggi in cui la violenza è rappresentata con una chiara valenza ironica¹²⁷ o comunque in modo non particolarmente impressionante o deviante¹²⁸. Evidentemente, il giudizio sul carattere violento o meno di un messaggio, e dunque dell'effetto impressionante sulla collettività, dipende dal rapporto tra il tema trattato e la cultura di una determinata epoca: in tal senso si è ritenuta inidonea a provocare un'influenza negativa la rappresentazione di *zombies*, i quali a parere del Giurì hanno perduto col tempo la loro caratteristica ansiogena¹²⁹; diversamente, è stata ritenuta violenta e illegittima l'immagine di un uomo e una donna con i volti sfigurati e insanguinati, in quanto si trattava di immagini ancora impressionanti per la sensibilità comune¹³⁰.

Il grado di rigore con cui deve essere valutata la decenza e la violenza di una pubblicità cresce con l'aumentare della sua diffusività¹³¹.

Per quanto riguarda, in particolare, la volgarità e l'indecenza, il giudizio di illegittimità della pubblicità non deve estendersi fino a sindacare il buon gusto o l'accettabilità dei valori morali della società, rimanendo tali tematiche al di fuori delle competenze degli organi autodisciplinari¹³². Appare beninteso evidente che il discrimine tra il cattivo gusto e la decenza tutelata non risulta sempre netto, considerando anche che la linea di demarcazione tra il permesso e il vietato, tra il volgare e il pudico, dipende dalla cultura e dalla sensibilità del pubblico. È stata così ritenuta indecente l'immagine di una donna sul water che tentava di provocarsi un conato di vomito, accompagnata dal *claim* "liberati da peso delle scelte"¹³³, o di una donna in vestiti succinti con il *claim* "l'Italia va a puttane? Fateci pagare le tasse"¹³⁴.

¹²⁷ Giurì n. 28/2012.

¹²⁸ Giurì n. 78/2010.

¹²⁹ Giurì n. 26/85.

¹³⁰ Giurì n. 72/2014.

¹³¹ Come può evincersi da Comitato n. 88/2016.

¹³² Giurì n. 33/2009, n. 38/2006 e n. 186/92.

¹³³ Comitato n. 106/2012.

¹³⁴ Comitato n. 8/2013.

Non è di per sé indecente la rappresentazione del nudo¹³⁵, né la tematica sessuale¹³⁶, ove rimanga raffinata o comunque non scada nella volgarità¹³⁷. Diversamente, la raffigurazione di un gesto palesemente volgare o l'affermazione con doppio senso sessuale sono state ritenute idonee a gettare discredito sulla pubblicità, in violazione dell'articolo 1 del codice. Tra i vari esempi, sono stati oggetto di censura: l'uso di un *claim* evidentemente allusivo della penetrazione di una donna¹³⁸; un messaggio che illustrava un enorme cactus identificandolo inequivocabilmente come un simbolo fallico¹³⁹; un'immagine in cui la lettera "o" di *hole* era volutamente posizionata all'altezza della vagina¹⁴⁰; l'immagine di una ragazza inginocchiata davanti a un uomo, con fare estremamente allusivo¹⁴¹; l'uso di riferimenti sessuali in relazione a rapporti devianti o trasgressivi¹⁴²; la rappresentazione di atteggiamenti evocanti comportamenti sessuali in modo esplicito¹⁴³; l'uso enfatizzato di termini scurrili combinato ad atteggiamenti erotici¹⁴⁴.

Infine, è posto a tutela della persona umana l'art. 10 del codice di autodisciplina, che stabilisce che «la comunicazione commerciale non deve offendere le convinzioni morali, civili e religiose» e «deve rispettare la dignità della persona in tutte le sue forme ed espressioni e deve evitare ogni forma di discriminazione, compresa quella di genere». La disposizione in esame mira a salvaguardare la libertà morale, civile e religiosa degli individui e la loro dignità; la tutela si estende ai valori

¹³⁵ Giurì n. 27/2016, n. 98/2011 e n. 147/2003.

¹³⁶ Comitato n. 90/2018, Giurì n. 69/2015, n. 37/2003 e n. 181/2003.

¹³⁷ Così, rispettivamente, Giurì n. 209/98 e n. 62/89. Tra gli esempi, si è escluso il carattere volgare di una pubblicità radiofonica che presentava la tematica sessuale in tono goliardico (Giurì n. 118/2005), o l'utilizzo, in una pubblicità di succhi di frutta con immagini di corpi maschili e femminili, di termini come "muscoli di mela" o "pelle di pesca" (Giurì n. 31/85).

¹³⁸ Giurì n. 106/2011.

¹³⁹ Giurì n. 67/92.

¹⁴⁰ Comitato n. 105/2015.

¹⁴¹ Comitato n. 90/2018.

¹⁴² Giurì n. 69/2015 e n. 94/2000.

¹⁴³ Giurì n. 33/2009.

¹⁴⁴ Giurì n. 27/2016.

propri di minoranze, purché non si tratti di gruppi estremamente marginali o irrilevanti¹⁴⁵.

Allo stesso modo dell'art. 9 del codice di autodisciplina, non viola l'art. 10 la pubblicità che si limiti a descrivere le caratteristiche di un prodotto intrinsecamente idoneo a urtare la sensibilità dei destinatari, senza sfociare in un messaggio offensivo.

Quanto alle convinzioni morali, esse si identificano nei convincimenti etici della società su alcune tematiche sensibili, come la morte, il suicidio e la sepoltura¹⁴⁶. Tra i numerosi esempi di pubblicità in contrasto con le convinzioni morali si ricordano: la rappresentazione di una donna che annega all'interno di una vasca da bagno¹⁴⁷; la rappresentazione di zainetti come tombe di un cimitero¹⁴⁸; la strumentalizzazione della donna come "oggetto"¹⁴⁹ o la sua rappresentazione svilente¹⁵⁰.

Diversamente, è stata ritenuta lecita la rappresentazione di una ragazza che beve la sua urina, in quanto non idonea a incidere sui valori protetti dall'art. 10¹⁵¹, come pure la rappresentazione di un uomo con le unghie della mano dipinte e la lingua di fuori¹⁵².

È stato ritenuto in contrasto con le convinzioni civili l'utilizzo indebito, all'interno di una pubblicità commerciale, di simboli dello Stato italiano¹⁵³.

Lesive della dignità umana sono state ritenute talune pubblicità con allusioni palesemente razziste¹⁵⁴, salvo che idonee a sollecitare una riflessione polemica su taluni atteggiamenti discriminatori¹⁵⁵.

Quanto alle convinzioni religiose, oggetto di protezione dell'art. 10 sono la libertà e il sentimento religioso come valori individuali di ogni

¹⁴⁵ Giurì n. 142/2010 e n. 39/2001.

¹⁴⁶ Giurì n. 134/2002.

¹⁴⁷ Giurì n. 304/2000.

¹⁴⁸ Giurì n. 195/2000.

¹⁴⁹ Giurì n. 40/2001.

¹⁵⁰ Comitato n. 26/2018.

¹⁵¹ Giurì n. 236/2001.

¹⁵² Giurì n. 17/85.

¹⁵³ Giurì n. 29/2010 e n. 91/2009.

¹⁵⁴ Giurì n. 398/98 e n. 39/94.

¹⁵⁵ Giurì n. 68/2017.

individuo¹⁵⁶. Il Giurì ha precisato che a essere vietato ai sensi dell'art. 10 non è l'uso profano dei simboli religiosi, ma il loro sfruttamento offensivo¹⁵⁷, che oltrepassi i limiti posti a una sana e costruttiva libertà di espressione¹⁵⁸. Tra i vari esempi, sono stati stigmatizzati l'utilizzo distorto di espressioni liturgiche in forma parodistica¹⁵⁹ e di immagini rappresentanti scene profane e trasgressive rispetto ai valori istituzionali di una religione¹⁶⁰.

Tra le regole a tutela del consumatore, e in particolare della sua libertà di autodeterminazione e consapevolezza nella scelta, possono menzionarsi gli articoli 2 (sulla pubblicità ingannevole), 3 (sull'uso di terminologia, citazioni, prove tecniche e scientifiche, dati statistici), 4 (sull'uso di testimonianze), 5 (sulle espressioni che evocano garanzie) e 6, il quale enuncia il principio di verità. Di tali disposizioni ci occuperemo quando tratteremo, nel prossimo capitolo, della pubblicità come pratica commerciale.

Il codice introduce, infine, una serie di regole a tutela delle aziende: l'art. 13 sull'imitazione servile e la comunicazione che sfrutti indebitamente valori aziendali altrui, l'art. 14 sulla denigrazione e l'art. 15 sulla comparazione. Quest'ultimo insieme di prescrizioni, volte a salvaguardare la libera e leale competizione economica tra le imprese, saranno analizzate quando esamineremo il fenomeno pubblicitario come possibile forma di scorrettezza concorrenziale.

2.5.2. *Il valore giuridico delle regole e delle decisioni autodisciplinari*

Il limite principale dell'efficacia vincolante del codice di autodisciplina deriva dalla sua natura contrattuale. Lo stesso è il frutto dell'autonomia negoziale degli attori del settore, per cui tanto l'applicazione delle relative disposizioni quanto la vincolatività delle decisioni delle autorità autodisciplinari sono subordinate alla libera accettazione al codice.

¹⁵⁶ L.C. UBERTAZZI, P.G. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 2493.

¹⁵⁷ Giurì n. 4/2011.

¹⁵⁸ Giurì n. 20/2012.

¹⁵⁹ Giurì n. 5/89.

¹⁶⁰ Giurì n. 148/91.

L'adesione può avvenire mediante accettazione diretta dello stesso da parte del singolo operatore economico o dell'associazione di appartenenza¹⁶¹, oppure mediante l'inserimento di un'apposita "clausola di accettazione" all'interno dei contratti finalizzati alla comunicazione commerciale (lett. *b*) e *d*) delle norme preliminari cod. aut.). Si distinguono, pertanto: una forma di adesione per via associativa – come quella degli enti che hanno creato lo IAP o vi hanno aderito successivamente ex art. 6, co. 3, dello Statuto – mediante l'iscrizione agli organismi del sistema autodisciplinare; una per via contrattuale, attraverso la clausola di accettazione del codice a cura di soggetti estranei al sistema, che entrino in contatto con un mezzo di diffusione o con un'agenzia di pubblicità parte dell'IAP. Quest'ultima, a differenza della forma di adesione associativa, vincola l'operatore solo per il singolo contratto pubblicitario¹⁶².

I mezzi aderenti al sistema sono obbligati a inserire nei contratti la clausola di accettazione, in questo modo stimolando la diffusione delle regole autodisciplinari. Dal punto di vista civilistico, il Giurì ha considerato tale clausola alla stregua sia dell'art. 1341, co. 1, c.c., quale condizione accettata espressamente dalla parte non predisponente¹⁶³, sia dell'art. 1340 c.c., quale clausola d'uso inserita nel contratto¹⁶⁴, sia infine dell'art. 1374 c.c., qualificandola come norma contrattuale consuetudinaria¹⁶⁵. L'orientamento maggioritario pare abbia aderito alla ricostruzione che fa della clausola di accettazione una clausola d'uso costantemente ed esplicitamente riprodotta nella generalità dei contratti d'inserzione; ne deriva che, ai sensi dell'art. 1340 c.c., la clausola deve ritenersi inserita salvo che espressamente esclusa dalle parti¹⁶⁶.

¹⁶¹ In questo caso l'IAP assume la veste di associazione di secondo livello, un'associazione di associazioni ed enti.

¹⁶² Giurì n. 56/2008.

¹⁶³ Giurì n. 50/88 e n. 124/87.

¹⁶⁴ Giurì n. 91/2011.

¹⁶⁵ Giurì n. 124/87.

¹⁶⁶ Così V. DI CATALDO, *Natura giuridica dell'autodisciplina pubblicitaria e ambito soggettivo di applicazione del codice di autodisciplina*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 121. Ad analoghe conclusioni perviene V.B. GRAZZINI, *Norme preliminari e generali*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Commentario al codice dell'autodisciplina pubblicitaria*, Milano, 2003, p. 27.

Sull'efficacia vincolante delle regole autodisciplinari verso soggetti non aderenti all'IAP, è intervenuta la Cassazione in un noto caso riguardante una campagna pubblicitaria fotografica, affermando il principio per cui, seppur il sistema dell'autodisciplina vincoli solo i soggetti aderenti,

è inevitabile che le regole del codice suddetto e le decisioni del giuri estendano indirettamente i propri effetti anche nei confronti di coloro che per svolgere la propria attività pubblicitaria entrano in rapporti con soggetti associati.

Si tratta, come evidenzia la Corte, “di una libera scelta dello stesso soggetto non associato, che avrebbe potuto liberamente evitare di entrare in rapporto con i soggetti associati”¹⁶⁷.

Secondo il Giurì di autodisciplina, la semplice sottoscrizione di un contratto commerciale con un soggetto che aderisce allo IAP determina l'applicazione automatica, in capo al contraente non associato, delle regole autodisciplinari, salvo che quest'ultimo non dimostri di averla specificamente esclusa¹⁶⁸. In mancanza di una deroga espressa, la clausola di accettazione si applica anche ove il messaggio commerciale sia veicolato attraverso gli spazi acquistati da un concessionario aderente all'autodisciplina¹⁶⁹.

Pur dovendo rispettare, al pari di ogni regolazione contrattuale, i principi generali dell'ordinamento giuridico e le norme imperative, il codice si presenta come *corpus* normativo autonomo; potrebbe infatti considerarsi contraria al codice una pubblicità che, viceversa, risulti legittima secondo le leggi ordinarie, come confermato dalla lett. a) delle regole preliminari, oltre che dal Giurì di autodisciplina¹⁷⁰. L'autonomia si estende alle pronunce del Giurì, non sindacabili dall'autorità giudiziaria – salvo che per il superamento dei suddetti limiti – né tan-

¹⁶⁷ Cass., 20 agosto 2009, n. 18522, reperibile nel testo integrale all'interno del CED della Cassazione.

¹⁶⁸ Giurì n. 26/2011 e n. 121/2007.

¹⁶⁹ Giurì n. 52/2014 e n. 112/2012.

¹⁷⁰ Vedi, per esempio, Giurì n. 37/90.

tomeno dai soggetti che hanno preso parte al codice di autodisciplina e al procedimento autodisciplinare¹⁷¹.

La giurisprudenza di legittimità¹⁷² ha riconosciuto alle regole autodisciplinari, in quanto espressione dell'etica professionale e commerciale, la natura di parametro di valutazione della correttezza professionale ai sensi dell'art. 2598, n. 3, c.c.: in questo senso, una pubblicità contraria ai principi del codice di autodisciplina può integrare, in un giudizio civile, un atto di concorrenza sleale.

Il principio enunciato dalla Cassazione rappresenta l'esito finale di un percorso sviluppatosi nel contesto della giurisprudenza di merito, a partire da due casi noti nel settore, transitati prima davanti al Giurì di autodisciplina¹⁷³. In sintesi, partendo dalla teoria giuspubblicistica della "pluralità degli ordinamenti giuridici", è stato riconosciuto all'IAP la natura di "ordinamento derivato"¹⁷⁴, espressione dell'autonomia privata riconosciuta e garantita dallo Stato: ne consegue che la violazione delle regole autodisciplinari rappresenta una violazione del contratto, da cui la legittimità della sanzione del Giurì, fatto salvo il controllo, da parte della giurisdizione, del rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume, inderogabili dall'autonomia contrattuale¹⁷⁵.

Si evidenzia l'importanza innovatrice del principio sul rapporto tra norme di legge e regole autodisciplinari, di cui non vi erano precedenti

¹⁷¹ Trib. Roma, 30 gennaio 2001, per cui cfr. L.C. UBERTAZZI, *Codice della pubblicità*, reperibile sul sito *ubertazzi.it*.

¹⁷² Cfr. Cass., 15 febbraio 1999, n. 1259, in *AIDA*, 1999, p. 586. Nella giurisprudenza di merito, ad analoga conclusione sono giunte successivamente App. Milano, 30 luglio 1999, in *Gius.*, 1999, p. 2698 e App. Milano, 2 febbraio 2001, in *AIDA*, 2001, p. 806.

¹⁷³ Il primo caso, un vero *leading case*, riguardava una pubblicità capillare per la diffusione nelle edicole di pubblicazioni a dispense settimanali (Trib. Milano, 22 gennaio 1976, in *Riv. dir. ind.*, II, 1977, p. 91). Il secondo riguardava la diffusione di una pubblicità televisiva che riproduceva, in sostanza, l'idea già rappresentata da una pubblicità concorrente (Trib. Torino, 27 novembre 1998, in *Riv. dir. ind.*, II, 1999, p. 61).

¹⁷⁴ Il principio viene affermato anche dalla dottrina successiva agli anni Settanta, per cui cfr. l'efficace ricostruzione di L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Giurisprudenza pubblicitaria*, Milano, 1996, p. 15 ss.

¹⁷⁵ Per una ricostruzione del percorso giurisprudenziale, cfr. C. ALVISI, V. GUGGINO (a cura di), *op. cit.*, p. 20 ss.

nella giurisprudenza di legittimità. Lo stesso è stato successivamente seguito dalla giurisprudenza di merito, che ha confermato il carattere determinante delle decisioni autodisciplinari per la valutazione della scorrettezza concorrenziale¹⁷⁶.

Oggi l'autodisciplina trova un espresso riconoscimento anche nel contesto normativo e *in primis* all'interno della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette di cui alla dir. 05/29/CE, trasposta agli articoli 18 e seguenti del codice del consumo, oggetto di trattazione nel prossimo capitolo. Il primo riferimento è rintracciabile già nella definizione di "codice di condotta" di cui alla lettera *f*) dell'art. 18 cod. cons., che lo descrive come

un accordo o una normativa che non sia imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o a uno o più settori imprenditoriali specifici¹⁷⁷.

Circa il ruolo dei codici di condotta, occorre far riferimento al considerando 20 della direttiva del 2005, secondo cui gli stessi dovrebbero consentire «ai professionisti di applicare in modo efficace i principi della (...) direttiva in specifici settori economici»; la previsione sottolinea altresì che il controllo esercitato dai titolari dei codici a livello nazionale o comunitario contro le pratiche commerciali sleali può evitare la necessità di esperire azioni giudiziarie o amministrative e «dovrebbe pertanto essere incoraggiato», riconoscendo al codice un'importante funzione deflattiva. L'art. 10 della direttiva, però, dopo aver ribadito la possibilità di "filtrare" le pratiche secondo il sistema autodisciplinare, precisa che il ricorso allo stesso non equivale alla rinuncia agli ordinari strumenti amministrativi e giudiziari.

¹⁷⁶ Tra i vari casi, vedi per esempio: Trib. Torino, 10 marzo 2017, inedita; Trib. Torino, 24 gennaio 2006, in *Sez. Spec. P.I.*, 1, 2008, p. 333.

¹⁷⁷ La lettera *g*) del codice definisce, invece, il "responsabile del codice", come «qualsiasi soggetto, compresi un professionista o un gruppo di professionisti, responsabile della formulazione e della revisione di un codice di condotta e/o del controllo del rispetto del codice da parte di coloro che si sono impegnati a rispettarlo».

L'art. 21, co. 2, del codice del consumo, dal canto suo, dà rilievo alla violazione delle disposizioni deontologiche ai fini del giudizio sull'ingannevolezza di una pratica commerciale, come vedremo meglio nel prosieguo. I riferimenti normativi al sistema autodisciplinare di carattere più operativo sono invece contenuti negli artt. 27-*bis*, *ter* e *quater* del codice del consumo, oltre che nell'art. 9 del d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, per i rapporti tra professionisti: di essi parleremo nell'ultimo capitolo, quanto quando saranno esaminati gli strumenti procedurali di tutela contro la pubblicità illegittima.

CAPITOLO III

LA PUBBLICITÀ COME “PRATICA COMMERCIALE” E LA TUTELA DELLA LIBERTÀ CONSUMERISTICA

SOMMARIO: 3.1. *Nascita e ratio della disciplina a tutela del consumatore.* 3.2. *La disciplina delle pratiche commerciali scorrette.* 3.3. *Consumatore “medio” e consumatore “particolarmente vulnerabile”.* 3.4. *La libertà del consumatore.* 3.5. *La pubblicità ingannevole. Segue. L’ingannevolezza nel sistema autodisciplinare.* 3.5.1. *Qualche esempio di pubblicità ingannevole nella prassi dell’antitrust e del Giurì di autodisciplina.* 3.5.2. *Le esagerazioni palesemente iperboliche.* 3.5.3. *La pubblicità occulta come forma particolare di pubblicità ingannevole.* 3.5.3.1. *La pubblicità redazionale.* 3.5.3.2. *Il product placement.* 3.5.3.3. *L’accertamento della pubblicità occulta.* 3.5.3.4. *L’influencer marketing.* 3.5.4. *Le forme di ingannevolezza alla luce delle ricerche di psicologia cognitivo-comportamentale.* 3.6. *La pubblicità aggressiva.*

3.1. *Nascita e ratio della disciplina a tutela del consumatore*

La tutela del consumatore, oggi principio generale del diritto eurounitario, è il frutto di un travagliato percorso giuridico che, lungi dall’essersi concluso, sembra ancora percepire le esigenze di un continuo rinnovamento¹. La necessità di proteggere il destinatario di attività commerciali inizia a essere avvertita intorno alla fine del secolo scorso, quando ormai diversi anni di esperienza mercantile avevano chiaramente dimostrato l’asimmetria, non solo informativa, caratterizzante il rapporto tra il professionista e il cliente. Rimangono del tutto eccezionali

¹ Per una panoramica sulla tutela del consumatore, cfr.: G. ALPA, *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, II, 6, 2009, p. 241 ss.; G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*; G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *La responsabilità d’impresa*, Milano, 2015; V. MELI, voce *Pubblicità ingannevole*, cit., p. 1 ss.; L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010; E. PIRO, *Tutela del consumatore e terzo contratto*, Roma, 2013; L. ROSSI CARLEO, *Diritto comunitario, «legislazione speciale» e «codici di settore»*, in *Riv. not.*, 2009, p. 13 ss.

le ipotesi in cui tale squilibrio di potere si riduce (si pensi a un consumatore esperto, o a un professionista poco preparato).

La tutela della libertà consumeristica, insieme alla correttezza delle relazioni commerciali, hanno così fondato, oltre che giustificato, un intero sistema normativo la cui ampia e articolata fisio-nomia impone al giurista non solo una sua analisi accurata, ma anche una rivisitazione delle tradizionali categorie codicistiche.

Vi è chi², sinteticamente, parla del passaggio da un diritto “mimetico” rispetto alle regole del mercato, quello tipicamente liberale del codice civile, a un diritto “ortopedico” degli anni Settanta, che inizia a conformare le regole contrattuali agli obiettivi dell’economia sociale di mercato, a, infine, un diritto “omeopatico”, che aggiunge, a un intervento a tutela del contraente debole, l’obiettivo del miglior funzionamento del mercato. In quest’ultima fase, che corrisponde a quella attuale, la tutela del contraente debole si affianca, quale valore centrale del sistema normativo europeo e nazionale, alla salvaguardia dell’efficienza e correttezza del mercato.

La posizione giuridica del professionista si carica, di conseguenza, di una serie di oneri, progressivamente ampliati e compendiabili nell’espressione “responsabilità d’impresa”³. Si assiste a un progressivo intervento pubblico sull’economia al fine, da un lato, di eliminare, o quanto meno comprimere, i fallimenti di mercato e le scorrettezze anti-concorrenziali, e, dall’altro, di proteggere quelle categorie di soggetti che più risentono del libero gioco economico⁴.

Il percorso giuridico sembra caratterizzarsi per lo sviluppo di due direttrici: una quantitativa, relativa agli ambiti e alle attività considerate via via dal legislatore per la tutela del consumatore; una qualitativa, attinente piuttosto all’intensità della protezione a esso riconosciuta.

Mentre in principio la normativa europea considerava la posizione del consumatore solo di riflesso rispetto alla tutela della concorrenza,

² L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, cit., pp. 22-37.

³ Cfr., in tal senso, G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *op. cit.*, p. 3 ss.

⁴ Per approfondimenti sull’evoluzione del rapporto tra diritto ed economia di mercato, vedi L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, cit.

unico valore del diritto comunitario⁵, a partire dagli anni Settanta (e in alcuni Paesi, tra cui l’Inghilterra, anche prima), la tutela consumeristica inizia a essere avvertita come esigenza imprescindibile. La “Carta europea di protezione dei consumatori” del 1973, approvata dal Consiglio d’Europa, inserisce, all’interno del diritto comunitario, la prima definizione di consumatore⁶, sostanzialmente analoga a quella attuale. Tra i diritti fondamentali elencati dalla Carta viene incluso il diritto al risarcimento del danno per la diffusione di messaggi menzogneri, erronei o ingannevoli, nonché il diritto all’informazione e all’educazione.

L’attenzione legislativa inizia a rivolgersi progressivamente verso il bene della libertà del consumatore, rispetto a cui il diritto all’informazione pare assumere una funzione strumentale. Un richiamo normativo al tema si ritrova nel “Programma preliminare della CEE per una politica di tutela e informazione dei consumatori”, emanato nel 1975 tramite risoluzione del Consiglio. A questo seguono, nell’ottica di una crescente protezione, due altri programmi nel 1982 e nel 1985.

Espressione dello stesso *trend* normativo è il riconoscimento, all’interno dei Trattati di Maastricht del 1992 e di Amsterdam del 1997, dell’interesse all’educazione dei consumatori. In altre parole, il potere di fatto sul controllo delle informazioni da parte dei professionisti diviene il presupposto per l’attribuzione di un loro preciso dovere giuridico⁷.

Con il Libro Verde sulla tutela del consumatore del 2001 (COM. 531) prende avvio l’indagine sugli ostacoli alla protezione derivanti dalle differenze normative nazionali nella disciplina delle pratiche commerciali, sia con riguardo agli aspetti contrattuali che a quelli precontrattuali ed extracontrattuali. Alla luce di ciò, la soluzione a cui si orienta la Commissione, in vista del rafforzamento della protezione consumeristica, è la semplificazione e l’eventuale «armonizzazione della normativa comunitaria vigente in tale settore».

Un ruolo di spicco, nel contesto di tale percorso normativo, deve riconoscersi alla direttiva 05/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette, che ha rafforzato notevolmente la protezione giuridica della libertà con-

⁵ Si rinvia agli artt. 85 e 86 del Trattato sulla comunità europea.

⁶ Esso era definito come «ogni persona fisica o morale alla quale sono venduti beni o forniti servizi per uso privato».

⁷ Cfr. G. CIANCI, *op. cit.*

sumeristica. Se prima, infatti, la protezione era rivolta esclusivamente contro pratiche antitrust, pubblicità ingannevoli e particolari forme di contratti, la direttiva consente di sindacare le più varie attività poste in essere dal professionista, grazie all'ampia definizione di pratica commerciale contenuta nell'art. 3, su cui torneremo più avanti.

In ragione della sua intrinseca strumentalità alla salvaguardia del mercato⁸ – a tal punto da diventare un parametro applicativo della disciplina antitrust (art. 4 l. 10 ottobre 1990, n. 287)⁹ –, il principio della tutela elevata del consumatore trova spazio anche nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea il quale, all'art. 12, ne rende opportuna la considerazione per la definizione e attuazione «di altre politiche o attività dell'Unione», aggiungendo all'art. 169 che

al fine di promuovere gli interessi dei consumatori e assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi.

Anche la Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) prevede all'art. 38 che «nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori», con ciò riconoscendo alla tutela del consumatore il carattere di diritto fondamentale.

Nel contesto della *soft law*, vanno menzionati i Principi di diritto europeo dei contratti (P.D.E.C.) e il *Draft Common Frame of Reference* (D.C.F.R.) del 2009, i quali hanno introdotto un insieme di regole comuni in materia contrattuale e precontrattuale, con particolare riguardo agli obblighi informativi che le parti sono tenute a rispettare reciprocamente¹⁰.

⁸ La saldatura degli obiettivi non solo è espressamente prevista dai trattati europei, ma è stata confermata dalla giurisprudenza della Corte dell'UE: tra le tante, vedi la nota sentenza CGUE, 20 febbraio 1979, C-120/78, *Cassis de Dijon*.

⁹ A conferma del legame tra protezione consumeristica e tutela della concorrenza, l'art. 33, co. 2, della l. 287/90 riconosce al consumatore leso il diritto al risarcimento del danno (c.d. "private enforcement") derivante da condotte anticoncorrenziali.

¹⁰ Tra le regole del Draft di maggior interesse per la materia esaminata in questa sede, vanno menzionate quelle che prevedono gli obblighi precontrattuali di informazione

In ambito nazionale, il valore della protezione consumeristica può fondarsi sugli articoli 2 e 41 della Costituzione: da un lato il consumatore è parte di un’ampia formazione sociale meritevole di protezione secondo l’art. 2; dall’altro, la sua libertà individuale prevale su quella imprenditoriale, ai sensi dell’art. 41, co. 2.

Il codice del consumo (d.lgs. n. 206/05), in cui si è operato il riassetto normativo della materia, rappresenta la principale fonte nazionale per la tutela del consumatore, espressamente indicata dall’art. 1 quale obiettivo dell’intera disciplina¹¹, caratterizzata da una chiara impronta protezionistica¹². L’articolo 2 del codice, dal canto suo, indica i diritti “fondamentali” riconosciuti al consumatore, inserendovi, *inter alia*, il diritto «alla tutela della salute» (lett. *a*), «a una adeguata informazione e a una corretta pubblicità» (lett. *c*), «all’esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà» (lett. *c-bis*), nonché «alla correttezza, trasparenza e all’equità nei rapporti contrattuali» (lett. *e*).

Come può evincersi, il legislatore ha inteso sin da subito identificare la correttezza pubblicitaria quale oggetto di un vero e proprio diritto soggettivo “fondamentale” dei consumatori, con il conseguente riconoscimento delle prerogative spettanti in termini di protezione. A essa risulta complementare l’adeguata informazione, elemento ulteriore in base al quale valutare la comunicazione commerciale.

Tra i diritti riconosciuti ai consumatori vi è altresì quello all’educazione (art. 2, lett. *d*), la quale risulta “orientata a favorire la consapevolezza dei loro diritti e interessi”, ed è diretta a “esplicitare le caratteristiche di beni e servizi e a rendere chiaramente percepibili benefici e costi conseguenti” alla scelta di consumo (art. 4 cod. cons.). Quest’ultima disposizione, tuttavia, non precisa come andrebbe attuato tale diritto, né indica le sanzioni di una sua ipotetica violazione. Si tratta, come evidenziato¹³, di norma programmatica e meramente enunciativa, anche

in favore del consumatore medio (II, 3:102) e di quello particolarmente svantaggiato (II, 3: 103), nonché le regole sulle informazioni trasmesse in tempo reale o mediante mezzi elettronici (II, 3: 104 - 3: 105).

¹¹ Cfr. Relazione illustrativa al codice del consumo, p. 10.

¹² Relazione illustrativa al codice del consumo, p. 9. Analogamente, cfr. G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 139.

¹³ G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 180.

se rappresenta un importante monito per l'avvio di programmi di educazione e informazione, sia nella dimensione pubblica che in quella privata.

Ancora, merita di essere menzionato l'art. 5, co. 3, del codice del consumo, secondo cui

le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore.

La disposizione conferma l'evidente attenzione normativa alla consapevolezza della scelta di consumo, rispetto alla quale l'informazione diviene strumentale ed essenziale.

Vi è chi ha dedotto, dalla qualifica normativa come "fondamentali", la natura costituzionale dei diritti elencati nel codice, i quali si porrebbero in evidente tensione con la libertà d'impresa riconosciuta dall'art. 41 della Costituzione¹⁴. Diversamente, l'espressione potrebbe intendersi, in modo meno aulico, come "diritti essenziali", oggetto di una protezione e di un'attenzione particolare da parte del legislatore.

I diritti riconosciuti dalla normativa sono irrinunciabili, come previsto dall'art. 143 cod. cons. che, quindi, rende imperative le disposizioni codicistiche.

Sul piano strutturale, dopo la prima parte dedicata alle disposizioni generali e alle finalità, il codice presenta diverse altre parti, ciascuna delle quali abbraccia materie più o meno interconnesse (contratti a distanza e fuori dai locali commerciali, clausole vessatorie, prodotti difettosi etc.). Tra esse, l'attenzione si concentrerà sulla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, in cui oggi rientra a pieno titolo l'attività pubblicitaria, prima oggetto di una disciplina separata.

¹⁴ G. CIANCI, *op. cit.*, p. 3.

3.2. La disciplina delle pratiche commerciali scorrette

L’attribuzione di una rilevanza giuridica a momenti antecedenti alla conclusione del contratto, già *in nuce*, seppur limitatamente, nella disciplina sugli obblighi informativi durante le trattative in talune tipologie di contratti con il consumatore, trova la sua più completa manifestazione grazie alla direttiva 05/29/CE sulle pratiche commerciali sleali. Quest’ultima può essere ragionevolmente considerata la più ampia disciplina normativa rilevante per la materia pubblicitaria¹⁵.

Con la direttiva, che attua un’armonizzazione massima della materia¹⁶ (*considerando* nn. 1 e 5), il legislatore europeo ha inteso, infatti, intervenire sull’attività imprenditoriale più a monte rispetto alla fase propriamente contrattuale. Consapevole del fatto che la sofisticazione delle tecniche di marketing e di comunicazione permette di condizionare la volontà del consumatore ben prima della conclusione di un accordo e che quindi il *virus* della scorrettezza può annidarsi in momenti embrionali rispetto a quello contrattuale, il legislatore ha ritenuto necessario regolare l’attività commerciale vietando ogni forma di prevaricazione, più o meno evidente, sui destinatari della stessa.

La tutela si sposta dall’atto all’attività degli attori del mercato, indipendentemente da ogni rapporto contrattuale¹⁷. A essere disciplinate sono, dunque, le interazioni tra professionista e consumatore a partire dal primo contatto commerciale, equilibrando razionalità del mercato e

¹⁵ Prima di questa, la più ampia disciplina in materia pubblicitaria era quella dettata dal d.lgs. n. 74 del 25 gennaio 1992, che reprimeva la pubblicità ingannevole indipendentemente dal settore merceologico di appartenenza del prodotto.

¹⁶ Tale intervento normativo si è reso opportuno anche in ragione delle difficoltà derivanti dalle differenze tra le discipline nazionali in materia, a fronte di un mercato che invece mira a essere “unico”, come evidenziato dal *considerando* n. 3 della direttiva.

¹⁷ Cfr. in tal senso: M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, Torino, 2008, p. 4, nota 17; L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 699 ss.; A.P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, in *I Contratti*, 6, 2018, p. 689 ss.; D. VALENTINO, *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2013, p. 1157 ss.

tutela elevata del contraente debole¹⁸. Ciò risulta evidente dall'art. 1 della direttiva, secondo il quale

la presente direttiva intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori mediante l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori¹⁹.

I due principali beni giuridici sono, dunque, la correttezza del mercato e un elevato livello di tutela del consumatore²⁰: essi, nell'ottica del legislatore, devono ritenersi complementari e strumentali l'uno rispetto all'altro. Per quanto riguarda il secondo bene giuridico, questo si traduce, come ormai condiviso in dottrina, nella tutela della piena libertà del consumatore nelle scelte di consumo (dunque anche di quella negativa di non consumo): nonostante il riferimento al termine libertà sia contenuto esclusivamente nella disposizione sulle pratiche aggressive (art. 8 dir.), la sua configurazione come valore fondamentale dell'intero sistema consumeristico può ricostruirsi sia attraverso un'interpretazione

¹⁸ Per approfondimenti sul tema, vedi: G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 195 ss.; G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *op. cit.*, p. 253 ss.; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. e contr.*, 6, 2010, p. 408 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in ID., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008, p. 143 ss.; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 1, 2009, p. 73 ss.; A. NOBILE, *Le tutele civilistiche avverso le pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr./Eur.*, 2014, p. 180 ss.; R. PENNISI, *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, in *Giur. comm.*, 5, 2012, p. 653 ss.; C. WILLET, *Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive*, in *Journal of Consumer Policy*, 33, 2010, p. 247 ss.

¹⁹ Va precisato che la scelta, operata dal legislatore europeo, dell'armonizzazione massima può tradursi anche in una limitazione della protezione consumeristica, non potendo gli Stati diversificare la propria disciplina neanche in termini di *favor consumatoris*.

²⁰ Vi è da dire che, su impulso della stessa dir. 05/29/CE (considerando 18) e del Libro Verde sull'*acquis* nella disciplina del consumatore del 2007, il legislatore italiano, attraverso il d.l. n. 1/2012, convertito in l. 27/2012, ha esteso l'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette anche alla tutela delle "micro-imprese", la cui definizione è ora contenuta nella lettera *d-bis*) dell'art. 18 del codice del consumo.

logico-sistematica dei divieti normativi, sia guardando ai *considerando* della direttiva 05/29/CE.

In particolare, il *considerando* n. 7, dopo aver escluso dall’ambito di applicazione della direttiva le questioni relative al buon gusto di una pratica in quanto strettamente legate alla cultura nazionale, aggiunge che, ad ogni modo,

gli Stati membri dovrebbero di conseguenza poter continuare a vietare le pratiche commerciali nei loro territori per ragioni di buon gusto e decenza conformemente alle normative comunitarie, anche se tali pratiche non limitano la libertà di scelta dei consumatori.

Una simile espressione sembra implicare, di conseguenza, la centralità della libertà del consumatore per la stessa applicazione delle disposizioni sulle pratiche commerciali sleali. Esse, d’altronde, fanno costante riferimento all’induzione a una scelta che il consumatore “altrimenti non avrebbe preso”, sostanzialmente stigmatizzando l’alterazione del suo libero percorso decisionale.

L’importanza della libertà consumeristica è, altresì, confermata dal *considerando* n. 14 della direttiva, il quale prevede che

è auspicabile che nella definizione di pratiche commerciali ingannevoli rientrino quelle pratiche, tra cui la pubblicità ingannevole, che inducendo in errore il consumatore gli impediscono di scegliere in modo consapevole e, di conseguenza, efficiente.

La consapevolezza della propria scelta, come si avrà modo di argomentare nel prosieguo, è un correlato imprescindibile della libertà, come il legislatore sembra voler suggerire.

Non pare potersi condividere l’opinione secondo cui a essere tutelata è la convenienza economica della scelta²¹: il riferimento normativo all’efficienza non ha in alcun modo identificato la “consapevolezza” con la “convenienza economica”, ma parte semplicemente dall’assunto che a una decisione consapevole dovrebbe, ragionevolmente, conseguire un vantaggio, in termini anche economici, per il consumatore. Come

²¹ M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2016, p. 14.

vedremo meglio successivamente, una lettura sistematica della normativa suggerisce, con evidenza, che il legislatore ha attribuito importanza, accanto alla correttezza del mercato, solo alla libertà del consumatore come valore in sé, a prescindere da qualsiasi valutazione sull'opportunità economica della scelta²². Basti considerare, in tal senso, la definizione di «falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore» (art. 2, lett. e), in cui il riferimento all'efficienza della decisione scompare.

Quanto alla prassi nazionale, la configurazione della libertà del consumatore come valore centrale della disciplina è stata confermata anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato²³.

Pertanto, la regolazione delle attività commerciali secondo correttezza e buona fede mira a garantire che le stesse non pregiudichino la consapevolezza e libertà del consumatore nelle sue decisioni economiche e che queste siano frutto di un comportamento razionalmente deliberato; viceversa, la tutela della libertà dei consumatori diviene strumentale al miglior funzionamento del mercato e alla sua regolarità, evitando che scorrettezze commerciali possano arrecare un ingiusto vantaggio ai professionisti coinvolti nel gioco della concorrenza.

L'attuazione della normativa europea è avvenuta attraverso tre decreti legislativi: il d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, con cui si è modificata la disciplina della pubblicità ingannevole e scorretta comparativa, a tutela dei professionisti concorrenti, prima contenuta nel d.lgs. n. 74 del 1992 (sulla pubblicità ingannevole), confluito nel codice del consumo; il d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, che ha introdotto nel codice del consumo (art. 18 ss.) l'intera disciplina delle pratiche commerciali scorrette a tutela del consumatore (e delle "microimprese")²⁴; il d.lgs. 23 ottobre

²² Lo stesso Bertani, consapevole della centralità della libertà nella normativa europea, si spinge ad affermare che a essere tutelata è la "libertà di scegliere secondo la propria convenienza" e che "l'insufficienza di consapevolezza equivale a inefficienza". Una tale interpretazione appare un po' forzata, non essendovi alcuna equivalenza tra efficienza e consapevolezza: si può essere, infatti, consapevoli di fare una scelta inefficiente e, viceversa, inconsapevoli di prendere una decisione efficiente.

²³ Cons. St., sez. VI, 24 marzo 2011, n. 1813, in *Banca dati Dejure*.

²⁴ L'estensione alle microimprese è avvenuta grazie all'art. 7, co. 2, d.lgs. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27. In questo modo, rimangono esclusi dalla disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette solo i rapporti tra pro-

2007, n. 221, con cui, infine, sono state introdotte ulteriori particolari modifiche, per esempio in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (art. 67-*bis* ss. cod. cons.).

In sostanza, l’attuazione della direttiva europea in materia di pratiche commerciali scorrette ha preso la forma di un sistema binario²⁵, a tutela dei consumatori da un lato e a tutela dei professionisti dall’altro²⁶. Dunque, a fianco del decreto n. 145/2007 che si occupa dei rapporti tra professionisti in materia di pubblicità, la disciplina delle pratiche commerciali sleali è stata attuata nel codice del consumo agli articoli 18 e seguenti: a parte l’utilizzo nazionale del diverso termine “scorrette”²⁷, piuttosto che dell’europeo “sleali”, non sembra potersi intravedere una sostanziale diversificazione della disciplina interna rispetto a quella europea.

La struttura del *corpus* normativo assume una forma piramidale, in cui al vertice vi è una disposizione di carattere generale che vieta le pratiche commerciali scorrette, mentre, scendendo verso la base, troviamo le due principali categorie di pratiche commerciali, ingannevoli e aggressive, e, infine, due liste di particolari pratiche (c.d. *black lists*), ciascuna per categoria, che devono ritenersi vietate in ogni caso.

fessionisti che non rientrino nella nozione di microimpresa, da intendersi come entità, società o associazione che, a prescindere dalla forma giuridica, esercita «un’attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro» (art. 18, lett. *d-bis*), cod. cons.). È pur vero che la figura della microimpresa sparisce nelle disposizioni successive, le quali fanno esclusivo riferimento al consumatore. Inoltre, l’art. 19 precisa che, per le microimprese, la tutela in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal d.lgs. n. 145/2007.

²⁵ La dottrina ha segnalato la mancanza di organicità della disciplina italiana e i problemi di coordinamento tra le normative che possono nascere da tale frammentazione. Si veda, per esempio, G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il d.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007*, in *Studium iuris*, 2007, p. 1181 ss.

²⁶ E ciò diversamente dalla disciplina previgente sulla pubblicità ingannevole, introdotta dal d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, che tutelava il destinatario del messaggio commerciale decettivo a prescindere dalla sua qualità di imprenditore o di consumatore.

²⁷ Probabilmente l’utilizzo della parola “scorrette” piuttosto che “sleali” si deve alla presenza, già da tempo, della categoria degli atti di concorrenza sleale di cui all’art. 2598 c.c., rispetto a cui non si è voluto creare alcun fraintendimento linguistico.

Innanzitutto, per avere un'idea chiara del sistema normativo in esame, occorre partire dalle definizioni, le quali suggeriscono anche l'ampia portata delle attività prese in considerazione dal legislatore. In particolare, ai sensi dell'art. 18, lett. *d*), cod. cons. (a cui corrisponde l'art. 2, lett. *d*), della direttiva) per “pratica commerciale tra professionista e consumatore” deve intendersi

qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.

Come confermato dalla giurisprudenza²⁸, vi rientra ogni comportamento, attivo od omissivo, posto in essere dal professionista, purché sia direttamente legato alla commercializzazione di un prodotto, a partire dalla sua promozione pubblicitaria. In altre parole, ogni “forma di contatto, effettivo o potenziale, collettivo o individuale, tra il professionista e i consumatori”²⁹, dunque ogni atto di marketing.

Dal canto suo, l'art. 19 del codice prevede che la disciplina si applichi alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori «poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale». In questo modo, la protezione è riconosciuta a prescindere dalla sussistenza di un rapporto negoziale, in ogni fase del processo di consumo³⁰.

Definita in tal modo la pratica commerciale, l'art. 20 del codice del consumo, analogamente all'art. 5 della direttiva, dichiara che

le pratiche commerciali scorrette sono vietate. Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori.

²⁸ Cons. St., sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3896, in *Guida al diritto*, 38, 2014, p. 50.

²⁹ Così D. LAMANNA DI SALVO, *La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicitari*, in *Giur. merito*, 12, 2013, p. 2658B ss.

³⁰ E. MINERVINI, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007, pp. 76-77.

Questa disposizione rappresenta la clausola generale dell’intera disciplina, il divieto più ampio, rispetto a cui vanno considerate le altre disposizioni in materia di pratiche commerciali. La relazione intercorrente tra queste e la prima è stata diversamente interpretata: appare preferibile quella tesi che la configura come norma fondamentale rispetto a cui le altre rappresentano norme particolari di specificazione³¹. L’interpretazione e l’applicazione non devono seguire il criterio escludente di specialità, ma il canone della coerenza sistematica: le disposizioni sono parte di un sistema organico coerente e volto a uno scopo unitario, cioè la tutela elevata del consumatore rispetto a comportamenti scorretti del professionista.

Altra tesi è quella che intende la clausola generale come norma residuale, applicabile quando un caso non è regolato da una norma più di dettaglio³²; a ben vedere, non si comprende quali altre forme di scorrettezza, idonee a pregiudicare il comportamento economico del consumatore, possano individuarsi oltre a quelle dell’ingannevolezza e dell’aggressività, che vedremo più avanti.

È bene, dunque, ricostruire il rapporto tra clausola generale e categorie particolari della normativa come un rapporto fra principio generale e disposizioni applicative/esemplificative.

I requisiti della generale scorrettezza di una pratica sono, dunque, trasversali e vanno considerati come necessari per ogni categoria di condotta, sia attiva che omissiva: se per le *black lists* di pratiche scorrette non è necessario acclararli, è per il semplice fatto che tale accertamento è stato già fatto *ex ante* dal legislatore europeo il quale, dunque, presume nei casi elencati la sussistenza dei requisiti previsti dalla clausola generale.

Gli elementi intorno a cui è costruita la disposizione generale di cui agli artt. 20 cod. cons. e 5 dir. 05/29/CE sono la contrarietà alla diligen-

³¹ Così: G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 199; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 80 ss.

³² Aderiscono a questa tesi R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contr. impr./Eur.*, 2007, p. 78, nonché G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Torino, 2007.

za professionale e la falsità o l' idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio. Per quanto riguarda la "diligenza professionale", questa è definita dall' art. 2 lett. *h*) della direttiva (analoga- mente dalla lett. *h*) dell' art. 18 cod. cons.)³³ «rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista», come «il normale grado della speciale compe- tenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori».

La definizione legislativa richiama criteri di tipicità sociale desunti dalla prassi del mercato e in particolare del settore di attività, concen- trandosi sugli *standards* di affidabilità che un consumatore può atten- dersi dal professionista³⁴. La valutazione della professionalità presuppone anche l' onestà e/o la buona fede dell' imprenditore, la cui portata varia a seconda del mercato del prodotto in questione: mentre l' onestà si riferisce alle *best practices* del settore, la buona fede assume un si- gnificato più ampio, come conformità a un generale dovere di solidarietà verso il cliente; per quest' ultimo, l' interesse all' esercizio di pratiche com- merciali secondo buona fede, correttezza e lealtà assume la forma di un vero e proprio diritto fondamentale (art. 2, co. 2, lett. *c-bis*) cod. cons.).

Come precisato dall' Autorità antitrust – principale autorità compe- tente in materia – la mancanza di "diligenza professionale" può inte- grarsi anche per violazione di regole diverse rispetto alla disciplina sul- le pratiche commerciali scorrette, anche prive di carattere normativo (come quelle autodisciplinari)³⁵. Nel caso di contrasto tra le regole deontologiche e le regole legali in materia di concorrenza (tra cui quelle

³³ Il legislatore interno ha parzialmente modificato la definizione, sostituendo il ri- ferimento all' onestà con «il rispetto dei principi generali di correttezza e buona fede», così escludendo, almeno apparentemente, la rilevanza delle consuetudini mercantili del settore.

³⁴ Sono comprese anche le regole di fonte autodisciplinare, tenute in considerazione dall' Autorità nella valutazione della diligenza professionale e richiamate anche dal codice del consumo agli artt. 19, 21, 23 e 27-*bis*.

³⁵ Cfr., per esempio, A.G.C.M., PB/24, Provv. n. 18739, 7 agosto 2008, in *Boll.* 19/2008, nonché A.G.C.M., PS/9812, Provv. n. 23313, 3 gennaio 2015, in *Boll.* 11/2015.

sulla pubblicità comparativa), prevalgono queste ultime, come evidenziato dalla giurisprudenza comunitaria³⁶.

Sembra opportuno ritenere che lo standard di diligenza professionale richiesto aumenti con il crescere dell’asimmetria informativa e della complessità tecnica del prodotto. Esso, in altre parole, rappresenta un parametro relazionale inversamente proporzionale rispetto al grado di diligenza esigibile dal consumatore medio³⁷.

Nella valutazione della conformità a diligenza della condotta, si tiene conto anche delle caratteristiche dell’attività esercitata dal professionista e dalla sua posizione all’interno del mercato di riferimento.

Per le ipotesi tipiche previste dagli artt. 21 e seguenti, la scorrettezza professionale e la violazione della mala fede sono oggetto di presunzione³⁸, che diventa assoluta per le pratiche “in ogni caso” ingannevoli o aggressive, previste dagli articoli 23 e 26.

Quanto, invece, al parametro dell’“idoneità a falsare il comportamento economico”, esso rende la scorrettezza un illecito di pericolo, che prescinde da una concreta, attuale, lesione³⁹. A definirla espressamente è l’art. 2 lett. e) della direttiva (come l’art. 18 lett. e) del codice) che la configura come idoneità «ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso». Un ruolo non trascurabile per la comprensione del concetto va riconosciuto alla definizione di “indebito condizionamento”, prevista dalla lettera l) delle medesime disposizioni e di cui parleremo più avanti a proposito della pubblicità aggressiva.

³⁶ Trib. CE 28 marzo 2001, T-144/99, *Istituto dei mandatari abilitati presso l’Ufficio europeo dei brevetti c. Commissione*, in *Racc.*, 2001, p. II-1087.

³⁷ M. BERTANI, *op. cit.*, p. 59.

³⁸ La Corte di giustizia UE non ritiene rilevante considerare l’elemento della diligenza professionale nell’accertamento delle ipotesi tipicamente previste dagli artt. 6 ss. della direttiva. Vedi, per esempio, CGUE, 19 settembre 2013, C-435/11, *CHS Tour Services GmbH c. Team4 Travel GmbH*, ECLI:EU:C:2013:574.

³⁹ Ciò è confermato da Cons. St., 22 luglio 2014, n. 3896, in *Guida al diritto*, 38, 2014, p. 50, che ha evidenziato come rilevi esclusivamente la potenzialità lesiva della pratica, indipendentemente da una concreta lesione patrimoniale al comportamento del consumatore. Allo stesso modo, cfr., per esempio, TAR Lazio, sez. I, 17 gennaio 2011, n. 348, in *Foro amm.*, 1, 2011, p. 92.

La definizione legislativa sembra comprendere ogni forma di alterazione sensibile della consapevolezza del consumatore e della sua libertà nella “decisione commerciale”. Quest’ultima è ampiamente descritta dall’art. 2, lett. *k*) della direttiva (art. 18, lett. *k*) del codice), che vi comprende ogni

decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto. Tale decisione può portare il consumatore a compiere un’azione o all’astenersi dal compierla.

È dunque vietata la pratica commerciale che condizioni la libertà del consumatore con riguardo a ogni scelta di consumo, in relazione all’*an*, al *quomodo* e ai diritti contrattuali successivi all’acquisto. Ancora una volta, l’ampiezza della definizione legislativa tradisce l’intento, coerente con la *ratio* che performa l’intero sistema consumeristico, di garantire un’adeguata protezione della condizione individuale del consumatore rispetto a ogni attività commerciale che lo possa condizionare per il futuro⁴⁰.

Mentre della concezione di consumatore medio e della sua libertà parleremo nel prosieguo della trattazione, occorre evidenziare sin da subito come il legislatore richieda il superamento di un certo standard minimo di apprezzabilità della scorrettezza (c.d. *de minimis*). Dalle espressioni utilizzate, infatti, si può ricavare la necessità di un’“alterazione sensibile” (art. 18, comma 1, lett. *e*), di un condizionamento “in misura apprezzabile” (art. 20, comma 2), del comportamento del consumatore. Ciò significa che non ogni falsificazione e condizionamento della libertà del consumatore deve ritenersi vietato, ma solo quelli in

⁴⁰ Vi è chi afferma che, a una lettura combinata degli artt. 129 e 18 ss. del codice del consumo, ha assunto (dopo la fase della “forma” ex artt. 1341 e 1342 c.c. e quella della “sostanza” ex artt. 33 ss. cod. cons.) una chiara centralità nella disciplina di settore il “motivo” a contrarre del consumatore, di cui l’atto di consumo è oggettivazione (cfr. G. CIANCI, *op. cit.*, pp. 220-222). Attraverso la disciplina comunitaria, si è introdotto nel nostro ordinamento un procedimento di ricostruzione e valutazione della volontà del contraente sconosciuto alla sistematica generale classica, il quale spinge verso nuove frontiere di analisi e valutazione (*ibidem*, pp. 282-285).

grado di spingerlo a una decisione che non avrebbe altrimenti preso. Un’interpretazione estensiva di tale espressione, certamente vaga, richiede che essa sia intesa nel senso di escludere solo i casi in cui le scorrettezze siano assolutamente irrilevanti (o comunque di natura bagatellare)⁴¹, mentre comprenderebbe ogni incidenza, seppur parziale, sull’*iter* decisionale del consumatore.

Si potrebbe immaginare la disapplicazione del divieto nel caso in cui la scorrettezza sia inidonea ad attirare l’attenzione del destinatario e pertanto a incidere sulla sua libertà decisionale.

Nel caso delle pratiche contenute nelle *black list* di cui agli articoli 23 e 26 cod. cons. – le quali contengono un insieme vario di attività scorrette, la maggior parte delle quali consistenti in comunicazioni che possono trovare spazio all’interno della pubblicità – l’idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore, allo stesso modo della scorrettezza professionale, diventa oggetto di presunzione legislativa. Deve evidenziarsi, tuttavia, che l’utilizzo di locuzioni non sempre particolarmente precise potrebbe richiedere un’opera interpretativa che ne permetta di verificare l’applicabilità al caso concreto. Si pensi, per esempio, alle espressioni “generare comunque l’impressione”, “fuorviare deliberatamente”, “lasciar intendere”, (lett. *i*), *o*), *aa*) dell’art. 23), o ancora all’espressione “creare l’impressione”, di cui alla lett. *a*) dell’art. 26 del codice.

In sostanza, anche per tali ipotesi potrebbe risultare necessario, talvolta, il c.d. *materiality test* e dunque la verifica della capacità, anche solo potenziale, di condizionare sensibilmente il comportamento economico del consumatore⁴².

⁴¹ L’unico caso di scorrettezza bagatellare irrilevante espressamente previsto dal legislatore è quello del messaggio pubblicitario esagerato o destinato a non essere preso alla lettera (artt. 5, co. 3, dir. 05/29/CE e 20, co. 3, cod. cons.). Di esso parleremo più approfonditamente nel prosieguo.

⁴² Cfr., in tal senso, oltre a M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 117, anche R. PENNISI, *op. cit.*, p. 655.

3.3. Consumatore “medio” e consumatore “particolarmente vulnerabile”

Per valutare la correttezza di un messaggio pubblicitario occorre preliminarmente definire il *target* soggettivo di riferimento dei destinatari. È importante, quindi, riflettere sul contenuto del concetto di “consumatore” e in particolare di “consumatore medio”, espressione utilizzata dalla disciplina sulle pratiche commerciali, ma largamente adottata anche in altri settori, ivi compreso quello autodisciplinare.

Il concetto di “consumatore”, contenuto sia nella disciplina consumeristica europea sia nel codice del consumo nazionale, non presenta alcun profilo critico rilevante ai fini della presente trattazione. Di esso l’art. 2, lett. *a*), della direttiva 05/29/CE (e analogamente l’art. 18, lett. *a*) cod. cons.) dà una definizione “relativa”, in antitesi rispetto alla definizione di professionista: è consumatore «qualsiasi persona fisica che (...) agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale». La definizione è sostanzialmente identica a quella prevista dall’art. 3, lett. *a*) del codice del consumo, applicabile in generale per tutte le materie regolate dalla fonte normativa nazionale.

Una definizione più estesa è contenuta nell’art. 5 lett. *a*), cod. cons. che, con riguardo alle informazioni ai consumatori, lo identifica con «la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali». Dunque, per l’applicazione delle regole previste in materia di informazioni ai consumatori (Titolo II, artt. 5-17), il consumatore è considerato semplicemente come il destinatario passivo delle informazioni commerciali, con ciò estendendosi la protezione normativa anche alla fase prodromica al compimento dell’atto di consumo. Lo stesso, come abbiamo visto, può dirsi per l’intera disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, applicabile in generale ai consumatori destinatari di un’altrui iniziativa commerciale⁴³.

Dal canto suo, il codice di autodisciplina identifica il consumatore come «ogni soggetto – persona fisica o giuridica come pure ente collettivo – a cui è indirizzato il messaggio pubblicitario o che sia suscettibile di riceverlo» (lett. *e*) delle Disposizioni preliminari e generali). La re-

⁴³ Così G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 147.

la autodisciplinare, che per tenore è sostanzialmente analoga all’art. 5 cod. cons., non essendo esclusivamente posta a tutela dei consumatori, include tra i destinatari della pubblicità anche gli enti giuridici, tendenzialmente esclusi nella giurisprudenza dalla nozione di consumatore⁴⁴. Una parziale apertura rispetto alla prassi interpretativa ordinaria si rinviene nelle decisioni che hanno identificato come consumatore il condominio, in quanto ente di gestione di una pluralità di persone fisiche⁴⁵; allo stesso modo, per le pratiche commerciali scorrette, come visto sopra, l’art. 7, co. 2, d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 ha esteso la disciplina anche ai rapporti tra professionisti e “microimprese”.

Ciò che rileva per la definizione di consumatore, in sostanza, è la destinazione oggettiva finale del bene⁴⁶; di conseguenza, anche un professionista che agisca per esigenze di vita personali è consumatore⁴⁷. Nel caso di fini promiscui, la Corte europea ha manifestato un orientamento restrittivo, per cui va esclusa la qualifica di consumatore ogni qualvolta si agisca per scopi non totalmente estranei alla professione, salvo che il nesso con quest’ultima rivesta un carattere marginale e trascurabile⁴⁸.

⁴⁴ Cfr., in tal senso: Cass., sez. VI, 22 maggio 2015, n. 10679, in *Giust. civ. mass.*, 2015; Cass., sez. III, 12 gennaio 2005, n. 452, in *Il civilista*, 3, 2009, p. 72.

⁴⁵ CGUE, 2 aprile 2020, C-329/19, *Condominio di Milano, via Meda c. Eurothermo S.p.A.*, ECLI:EU:C:2020:263. In ambito nazionale: Trib. Trani, 10 febbraio 2021, n. 299, in *Redaz. Giuffrè*, 2021; Trib. Milano, 21 luglio 2016, in *Arch. Locazioni*, 3, 2017, p. 334.

⁴⁶ CGUE, 20 gennaio 2005, C-464/01, *Gruber c. Bay Wa AG*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1381, con nota di R. Conti, *La nozione di consumatore nella convenzione di Bruxelles I. Un nuovo intervento della Corte di giustizia*. Non rilevano, invece, i motivi soggettivi, come affermato da CGUE, 22 novembre 2001, C-541 e 542/99 (cause riunite), *Cape Snc c. Idealservice Srl e Idealservice MN RE Sas c. OMAI S.r.l.* ECLI:EU:C:2001:625. In ambito nazionale, analogamente Cass., sez. III, 11 ottobre 2002, n. 14561, in *Nuov. giur. civ. comm.*, I, 2003, p. 174.

⁴⁷ Cass., sez. III, 8 giugno 2007, n. 13377, in *Giust. civ. mass.*, 2007, p. 6.

⁴⁸ CGUE, Sent. 20 gennaio 2005, C-464/01, cit. Analogamente Cass., sez. I, 25 luglio 2001, n. 10127, in *Giust. civ.*, I, 2002, p. 685.

Secondo un orientamento giurisprudenziale, non è consumatore neppure chi agisca stipulando contratti in vista del futuro esercizio di attività imprenditoriali, avendo rilievo anche l'aspetto teleologico⁴⁹.

Più problematico è il concetto di “consumatore medio”, previsto in tema di pratiche commerciali scorrette ma non definito dal codice del consumo⁵⁰. Esso, come sopra visto, rientra tra i criteri di valutazione della scorrettezza di una pratica commerciale, tanto nella clausola generale quanto, come vedremo, nelle due categorie dell'ingannevolezza e dell'aggressività. Tutte fanno, infatti, riferimento alla idoneità della pratica a falsare in misura rilevante il comportamento del “consumatore medio”, o del “membro medio” del gruppo a cui essa è diretta, inducendolo a una scelta che altrimenti non avrebbe preso.

A differenza della disciplina civilistica tradizionale, concentrata sulle concrete esigenze di tutela di una singola persona individuata, la disciplina consumeristica delle pratiche commerciali fa uso di tale canone oggettivo, la cui diversa ricostruzione permette di parametrare la condotta professionale⁵¹. Il riferimento allo standard del “consumatore medio” implica il carattere ipotetico della valutazione, tanto della diligen-

⁴⁹ Cass., sez. III, 10 agosto 2004, n. 15475, in *Nuovo dir.*, 2005, p. 392. In senso sostanzialmente analogo CGUE, 17 marzo 1998, C-45/96, *Bayerische Hypotheken und Wechselbank AG c. Dietzinger*, in *Foro it.*, IV, 1998, p. 129.

⁵⁰ Per approfondimenti sul tema, cfr.: G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 141 ss.; M. BERTANI, *op. cit.*; R. CATERINA, *Pratiche commerciali scorrette e psicologia della decisione*, in *Studi in onore di Aldo Frignani - Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011; B.B. DUIVENVOORDE, *The consumer benchmark in the Unfair Commercial Practices Directive*, Overijssel, 2014; ID., *The Protection of Vulnerable Consumers under the Unfair Commercial Practices Directive*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2, 2013, p. 69 ss.; M. FUSI, *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, in *Riv. dir. ind.*, 1, 2009, p. 5 ss.; M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 65 ss.; R.A. HEINER, *Imperfect Decision and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules*, in *Journal of Legal Studies*, 15/2, 1986, p. 227 ss.; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 96 ss.; R. PENNISI, *op. cit.*, p. 653 ss.; N. ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. impr./Eur.*, 2010, p. 549 ss.; EAD., *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. 62, Padova, 2012.

⁵¹ M. BERTANI, *op. cit.*, p. 4 s.

za professionale, quanto dell’astratta idoneità della pratica a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del destinatario.

La Corte di giustizia, tuttavia, ha avuto modo di precisare, in un precedente relativo alla pubblicità di automobili immatricolate presentate come “nuove”, che nel caso in cui la valutazione dell’ingannevolezza di un messaggio commerciale presenti talune difficoltà, il giudice nazionale potrebbe accertare nel caso concreto, anche attraverso perizie, l’idoneità della condotta a falsare quel determinato comportamento, secondo le caratteristiche specifiche della fattispecie e il tipo di consumatori destinatari⁵².

Salvo casi come quello analizzato dalla Corte europea, però, l’accertamento concreto della scorrettezza di una pratica commerciale deve parametrarsi al criterio astratto del consumatore medio, rispetto a cui andrà confrontato, ove vi sia, il consumatore del caso di specie, secondo i fattori sociali, culturali e linguistici. Un ruolo importante in sede applicativa, evidentemente, andrà riconosciuto alle “circostanze del singolo caso in questione”, come riconosciuto dall’ultima parte del considerando n. 7.

La questione teorica da risolvere risiede, ad ogni modo, nel contenuto semantico dell’espressione. Cosa s’intende, infatti, per “consumatore medio”?

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette, pur facendovi riferimento, non ne dà una definizione. Questa si trova esclusivamente nel considerando n. 18 della dir. 05/29, il quale prevede che

è opportuno proteggere tutti i consumatori dalle pratiche commerciali sleali. Tuttavia, la Corte di giustizia ha ritenuto necessario, nel deliberare in cause relative alla pubblicità dopo l’entrata in vigore della direttiva 84/450/CEE, esaminare l’effetto su un virtuale consumatore tipico. Conformemente al principio di proporzionalità, e per consentire l’efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l’interpretazione della Corte di giustizia, ma contiene altresì disposizioni volte a evitare lo

⁵² CGCE, 16 gennaio 1992, C-373/90, *Domanda di pronuncia pregiudiziale: Tribunal de grande instance de Bergerac - Francia*, ECLI: ECLI:EU:C:1992:17.

sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali. Ove una pratica commerciale sia specificatamente diretta a un determinato gruppo di consumatori, come ad esempio i bambini, è auspicabile che l'impatto della pratica commerciale venga valutato nell'ottica del membro medio di quel gruppo. È quindi opportuno includere nell'elenco di pratiche considerate in ogni caso sleali una disposizione che, senza imporre uno specifico divieto alla pubblicità destinata ai bambini, tuteli questi ultimi da esortazioni dirette all'acquisto. La nozione di consumatore medio non è statistica. Gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali dovranno esercitare la loro facoltà di giudizio tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, per determinare la reazione tipica del consumatore medio nella fattispecie.

Il considerando dà atto della ricostruzione giurisprudenziale della nozione ideal-tipica di consumatore medio a cura della Corte di giustizia UE, sviluppata in ambiti diversi dalle pratiche commerciali (principalmente in tema di imballaggio ed etichette ingannevoli) a partire dagli anni Novanta⁵³. A essa si è conformato, nel corso del tempo, anche l'orientamento della Corte di Cassazione italiana.

Il giudice europeo lo ha definito un concetto "oggettivo, giuridicamente determinato" e qualitativo, senza tuttavia precisarne le modalità di applicazione. In tal modo, la Corte ha consentito alle autorità nazionali di esercitare la propria facoltà di giudizio, riconosciuta dalla parte conclusiva del considerando 18⁵⁴; se la maggior parte si è generalmente

⁵³ Cfr., per esempio: CGUE, 16 luglio 1998, C-210/96, *Gut Springenheide GmbH e Rudolf Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, in *Racc.*, 1998, p. I-4657; CGUE, 6 luglio 1995, C-470/93, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV c. Mars GmbH*, in *Racc.*, 1995, p. I-1923; CGUE, 7 marzo 1990, C-362/99, *Rush Portuguesa Lda contro Office national d'immigration*, in *Racc.*, 1990, p. I-1417; CGUE, 10 novembre 1982, C-261/81, *Walter Rau Lebensmittelwerke c. De Smedt P.v.b.A.*, in *Racc.*, 1982, p. 3961.

⁵⁴ Nonostante la facoltà concessa dalla normativa europea e l'importanza di un'adeguata profilazione delle caratteristiche del consumatore medio, parte della dottrina ha evidenziato la tendenziale povertà dell'attività interpretativa da parte delle autorità nazionali (compresa la giurisdizione amministrativa nazionale), a cui si accompagna una penuria argomentativa in merito alla scelta del *target audience* da parte dell'A.G.C.M. Cfr., in tal senso, M. BERTANI, *op. cit.*, p. 16 e V. MELI, "Diligenza professionale", "Consumatore medio" e regola di "de minimis" nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in V. MELI, P. MARANO (a cura di), *La tutela del consuma-*

adattata al parametro europeo, alcune autorità hanno manifestato una maggiore sensibilità verso il comportamento reale dei consumatori. Per esempio, la prassi tedesca, pur essendosi di recente avvicinata alle aspettative europee, ha definito il consumatore medio come “osservatore casuale e privo di capacità critica”⁵⁵.

Anche l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha in alcuni casi dimostrato, pur senza esprimersi direttamente, una concezione non propriamente olimpica di consumatore medio⁵⁶, in particolare per quei settori con maggiori asimmetrie informative, come quello delle telecomunicazioni o del credito. Lo stesso può dirsi per talune pronunce della giurisprudenza amministrativa, che – pur configurando, in linea di principio, un destinatario mediamente accorto e informato, in grado di orientare il proprio comportamento economico⁵⁷ –, soprattutto in settori relativi all’offerta di prodotti complessi (come il credito al consumo) ha tratteggiato il profilo di un “consumatore meno smalzato”⁵⁸.

tore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni, Torino, 2011, p. 1 ss.

⁵⁵ Vedi, per esempio, BGH, 23 gennaio 1959, I ZR 14/58, GRUR, 1959, p. 365. In particolare, per un’analisi approfondita del profilo di consumatore medio anche in un’ottica comparatistica, cfr. B.B. DUIVENVOORDE, *The consumer benchmark in the Unfair Commercial Practices Directive*, cit.

⁵⁶ Cfr. V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova, 2008, p. 102. Tra le pronunce che sembrano assumere un carattere *behavioral* più marcatamente paternalistico cfr.: A.G.C.M., PS/9082, 3 febbraio 2015, Provv. n. 25311, in *Boll.* 5/2015; PS/4926, 30 marzo 2010, Provv. n. 20960, in *Boll.* 13/2010; PS/3417, 10 febbraio 2010, Provv. n. 20772, in *Boll.* 6/2010.

⁵⁷ Vedi, *ex multis*, TAR Lazio, sez. I, 8 aprile 2009, n. 3722 e TAR Lazio, sez. I, 8 novembre 2006, n. 12120, entrambe inedite.

⁵⁸ Cfr., in particolare: Cons. St., sez. VI, 17 febbraio 2012, n. 853, in *Foro amm. CdS*, 2, 2012, p. 410; TAR Lazio, sez. I, 29 marzo 2010, n. 4931, in *Foro amm. TAR*, VII/VIII, 2010, p. 2448, con nota di A. Tricarico, *Il problema del riparto di competenze dell’Autorità garante della Concorrenza e del Mercato e dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in punto di tutela del consumatore*.

La giurisprudenza è giunta a escludere la rilevanza giuridica della sprovvedutezza nel caso in cui il messaggio commerciale presenti un'oggettiva attitudine ingannevole⁵⁹.

Ad ogni modo, il consumatore medio, secondo il modello costruito dalla giurisprudenza europea, è quello che, pur non dotato di specifiche esperienze nel settore, risulta in possesso delle ordinarie informazioni necessarie alla scelta e si caratterizza per una ragionevole avvedutezza e attenzione nell'atto di consumo. Non può non notarsi, come già è stato evidenziato, una certa assonanza con la figura dell'agente razionale adottata, quale strumento di costruzione teorica, dal pensiero economico classico come modello tipico di operatore economico (c.d. "homo oeconomicus").

Se ne ricava, in sostanza, una visione ottimistica di consumatore, dotato di un buon livello di istruzione, di esperienza e di capacità critica⁶⁰, in grado di avvedersi di particolari anche non evidenti, privo di distrazioni e capace di selezionare le informazioni⁶¹. Essa si traduce, di fatto, in una concezione deontologica, dietro alla quale vi è una scelta normativa che pone a carico del consumatore un onere di diligenza nel suo rapportarsi alle pratiche commerciali. In altre parole, il consumatore medio rappresenta la metafora dietro alla quale il legislatore ricerca uno stato efficiente e virtuoso della competizione tra imprese.

Da quanto detto, consegue che il giudizio sulla scorrettezza di una pratica dovrà essere eseguito alla stregua di una valutazione prognosti-

⁵⁹ TAR Lazio, sez. I, 23 maggio 2011, n. 4532, inedita. Vedi, inoltre, V. MELI, voce *Pubblicità ingannevole*, cit., p. 8.

⁶⁰ Ciò è stato confermato dall'Avvocato Generale della Corte dell'UE Trstenjak, il quale ha presentato una concezione di consumatore consapevole anche delle proprie emozioni e dello scopo delle promozioni (in CGUE, 9 novembre 2010, C-540/08, *Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG c. "Österreich"-Zeitungsverlag GmbH*, in *Racc.*, 2010, p. I-10909).

⁶¹ Simili caratteristiche andrebbero, logicamente, misurate in base alla tipologia di prodotto oggetto della pratica, dovendosi distinguere tra quelli ricercati e costosi, per cui si presumerebbe una maggiore riflessione (non sempre esistente) e quelli, acquistati ordinariamente, con prezzo contenuto. Ma ancora, sarebbe opportuno valutare il bagaglio informativo del consumatore a seconda della tecnicità e complessità di un prodotto e conseguentemente la sua avvedutezza.

ca, considerando l’*id quod plerumque accidit* di un agente economico mediamente informato, attento e avveduto.

In taluni casi, come quello dei beni di largo consumo, la giurisprudenza europea ha parlato di “consumatore medio non specializzato”, caratterizzato da minore attenzione e ponderazione nell’atto di acquisto, così riducendo il livello del parametro di riferimento⁶²: questo è diventato, in tali casi, un soggetto dotato di minore capacità di valutazione e cognizione, che tende a limitare la propria ponderazione sulla scelta d’acquisto. Da ciò si ricava che il livello di attenzione e ponderazione attribuiti al consumatore medio dipendono anche dalla categoria di prodotto venduto⁶³.

Anche il mezzo di comunicazione di un messaggio può rilevare ai fini dell’individuazione del target di riferimento. Per esempio, un messaggio che sia indirizzato a un gruppo di consumatori più esperti sulle caratteristiche del prodotto, può essere valutato considerando un profilo soggettivo meno avveduto ove veicolato tramite mezzi accessibili a un’ampia ed eterogenea platea di destinatari⁶⁴. In ambito autodisciplinare, è stata riconosciuta una maggiore avvedutezza nel consumatore medio destinatario di un messaggio pubblicizzato esclusivamente tramite un sito web, raggiungibile solo dopo un’articolata navigazione, a dimostrazione della possibilità (e dunque della capacità) del consumatore di acquisire informazioni utili sul servizio promosso⁶⁵.

La costruzione europea e nazionale del modello di “consumatore medio” si spiega considerando che tale figura ideal-tipica rappresenta “il punto di equilibrio tra massima tutela ed esigenza di non gravare le imprese di costi eccessivi”⁶⁶ e vuole evitare che una concezione paternalistica del consumatore determini una valutazione eccessivamente

⁶² Cfr., per esempio, CGUE, 29 aprile 2004, C-468/01, *Procter & Gamble Company contro Ufficio per l’armonizzazione nel mercato interno*, in *Racc.*, 2004, p. I-5141, relativa a prodotti di lavabiancheria.

⁶³ Ciò trova conferma anche nella giurisprudenza del Tribunale dell’UE, 06 ottobre 2004, T-117/03, *New Look Ltd contro Ufficio dell’Unione europea per la proprietà intellettuale*, ECLI:EU:T:2004:293. Cfr., anche, N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 25.

⁶⁴ Così in A.G.C.M., Prov. 31 luglio 2013, n. 24472, in *Boll.* 33-34/2013.

⁶⁵ Giurì n. 67-bis/2015.

⁶⁶ Così D. LAMANNA DI SALVO, *op. cit.*, p. 2664.

rigida del marketing imprenditoriale. D'altro canto, ormai da tempo si evidenzia l'eccessiva distanza esistente tra la suddetta ricostruzione e una concezione realistica dell'agire umano. Come visto nel primo capitolo, il comportamento del consumatore risulta spesso motivato da ragioni diverse dalla massimizzazione dell'utilità e si manifesta frequentemente privo di consapevolezza, caratterizzandosi per irrazionalità, instabilità delle preferenze, perseguimento di regole euristiche e condizionamento psicologico ambientale⁶⁷.

Inoltre, come giustamente sottolineato⁶⁸, i caratteri attribuiti dalla giurisprudenza europea al consumatore medio, se possono logicamente configurarsi in relazione alle pratiche ingannevoli, risultano meno appropriati per le pratiche aggressive. Può, infatti, darsi il caso di una persona informata e avveduta, ma che, per debolezza psicologica, risenta facilmente di condotte persuasive.

⁶⁷ Analogamente, tra gli studiosi che hanno evidenziato la distanza tra l'*homo oeconomicus* della concezione europea e i risultati della *behavioural economics* e delle neuroscienze, sottolineandone anche i riflessi in termini di protezione del consumatore, cfr.: M. BERTANI, *op. cit.*, p. 20 ss.; W.H. VAN BOOM, *Price Intransparensy, Consumer Decision Making and European Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 34-3, 2011, p. 359 ss.; R. CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2012, p. 67 ss.; ID., *Psicologia della decisione e tutela del consumatore: il problema delle «pratiche ingannevoli»*, in *Sistemi Intelligenti*, XXII, 2010, p. 221 ss.; M.G. FAURE, H.L. LUTH, *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms*, in *Journal of Consumer Policy*, 34 (3), 2011, p. 337 ss.; K. GIDLÖF, A. WALLIN, K. HOLMQVIST, P. MØGELVANG-HANSEN, *Material Distortion of Economic Behaviour and Everyday Decision Quality*, in *Journal of Consumer Policy*, 36, 2013, p. 389 ss.; R. INCARDONA, C. PONCIBÒ, *The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution*, in *Journal of Consumer Policy*, 30, 2007, p. 21 ss.; L.A. REISCH, M. ZHAO, *op. cit.*, p. 190 ss.; A.P. SEMINARA, *Libertà del consumatore e psicologia della pubblicità*, in *Contr. impr.*, 1, 2020, p. 493 ss.; J. TRZASKOWSKI, *Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practises Directive*, *cit.*, p. 377 ss. Per un'analisi articolata della questione della razionalità limitata nel diritto privato, vedi R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto*, Milano, 2008 e G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014.

⁶⁸ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, p. 108.

Probabilmente, una concezione normativa del consumatore che ambisca a essere ragionevolmente realistica dovrebbe tenere in considerazione anche i fattori psico-emotivi coinvolti nella decisione di consumo, in qualche modo valorizzando i risultati raggiunti nell’ambito della psicologia cognitivo-comportamentale. Vi è da dire che recenti provvedimenti del Parlamento europeo⁶⁹ e della Commissione⁷⁰ hanno evidenziato la distanza empirica tra la costruzione normativa del consumatore medio e la realtà dei fatti, manifestando altresì una certa consapevolezza sulla necessità, ai fini della stessa protezione giuridica, di tener conto anche delle scienze che si occupano del *consumer behaviour*.

Occorrerebbe dunque verificare la possibilità di un’interpretazione più estesa, rispetto a quella finora adottata, delle disposizioni normative, stante l’importanza di un’adeguata profilazione del destinatario delle pratiche commerciali. Come evidenziato, essere “ragionevolmente” attenti e avveduti non significa esserlo “infinitamente”⁷¹. D’altro canto, già il riferimento del considerando n. 18 ai fattori sociali, culturali e linguistici sembra implicare una certa flessibilità nella valutazione dell’espressione “consumatore medio”, che assume una natura qualitativa, non statistica, la cui ricostruzione potrebbe tener conto sia del mutare delle condizioni sociali, sia dei risultati delle ricerche socio-psicologiche.

Contribuisce a diversificare il *benchmark* soggettivo di riferimento l’individuazione di un particolare gruppo a cui la pratica sia eventualmente rivolta in modo diretto e specifico (c.d. “target group”). In tal caso, come previsto sia dal considerando n. 18 che dalla clausola generale di cui all’art. 5 dir. 05/29/CE (art. 20 cod. cons.), l’impatto della pratica commerciale deve essere valutato nell’ottica del membro medio di quel gruppo. Dunque, nell’ipotesi in cui questo gruppo sia meno in-

⁶⁹ Risoluzione del Parlamento europeo sulla strategia per rafforzare i diritti dei consumatori vulnerabili, n. 2011/2272, del 22 maggio 2012.

⁷⁰ Documento di lavoro della Commissione europea sull’empowerment del consumatore nell’Unione europea, SEC (2011) n. 0469, paragrafo 4, del 22 maggio 2012. Analoghe conclusioni possono riscontrarsi in SEC (2009) 1666, p. 25.

⁷¹ Così R. CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit., p. 7.

formato, attento e avveduto, il criterio applicativo dovrà moderare, di conseguenza, le proprie pretese⁷².

Al consumatore medio, la normativa europea affianca la categoria del “consumatore particolarmente vulnerabile”, la cui definizione è contenuta nel considerando n. 19 della direttiva, il quale prevede che

qualora talune caratteristiche, quali età, infermità fisica o mentale o ingenuità, rendano un gruppo di consumatori particolarmente vulnerabile a una pratica commerciale o al prodotto a cui essa si riferisce, e il comportamento economico soltanto di siffatti consumatori sia suscettibile di essere distorto da tale pratica, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere, occorre far sì che essi siano adeguatamente tutelati valutando la pratica nell’ottica del membro medio di detto gruppo.

Analogamente, l’art. 5, par. 3, dir. 05/29 (e così l’art. 20, co. 3, cod. cons.)⁷³, dispone che

le pratiche commerciali che possono falsare in misura rilevante il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere sono valutate nell’ottica del membro medio di tale gruppo.

Le disposizioni fanno, dunque, riferimento alle ipotesi in cui, a causa di particolari condizioni soggettive, i destinatari di una determinata pratica commerciale risultano particolarmente deboli in termini di capacità di autodeterminazione. Si tratta di casi che, già prima della disciplina in esame, erano presi in considerazione nella valutazione della pubblicità ingannevole da parte delle autorità nazionali.

⁷² B.B. DUIVENVOORDE, *The consumer benchmark in the Unfair Commercial Practices Directive*, cit., p. 24.

⁷³ La disposizione codicistica, forse più precisa al riguardo, prevede che rientrano in tale categoria di pratiche anche quelle che, «pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori», sono comunque idonee a falsare il comportamento solo di un gruppo più vulnerabile, chiaramente individuabile. Da ciò deriva l’irrelevanza del sostanziale raggiungimento di una massa più grande di consumatori, essendo decisivo esclusivamente l’impatto sul gruppo particolarmente vulnerabile alla pratica o al prodotto.

Va precisato che la lista delle vulnerabilità indicate dalla normativa ha carattere non tassativo, come suggerito dalla parola “quali” utilizzata dal considerando 19 e altresì confermato dalla Commissione europea⁷⁴. La stessa Corte di giustizia ha dimostrato, in un caso (rimasto isolato) relativo alla vendita porta a porta di materiale educativo, la possibilità di identificare forme di vulnerabilità nuove, connesse a certi prodotti⁷⁵.

In particolare, la Corte ha ritenuto che l’utente potenziale di materiale didattico o il fruitore di servizi di insegnamento risulta particolarmente vulnerabile a pratiche di questo tipo, in quanto mirerebbe a colmare una lacuna o un ritardo nella propria formazione. Ciò lo renderebbe più incline ad accettare promesse, potenzialmente ingannevoli o aggressive, di un miglioramento dell’avvenire professionale. Analogamente, il Consiglio di Stato ha ritenuto che nel contesto della vendita porta a porta, o di altre simili strategie, il consumatore medio può manifestare un’inferiore capacità critica e, dunque, una maggiore vulnerabilità, soprattutto ove l’intento commerciale non risulti palese sin dall’inizio⁷⁶.

A conferma del carattere esemplificativo dell’elenco delle possibili vulnerabilità, l’Autorità antitrust, dal canto suo, ha riconosciuto, in un caso relativo alla promozione a domicilio di servizi formativi, la particolare vulnerabilità delle persone disoccupate e degli stranieri con scarsa comprensione linguistica⁷⁷.

La dottrina ha sottolineato l’importanza, più in generale, di un’adeguata profilazione del parametro soggettivo da adottare in sede applicativa, considerando la complessità del modello di consumatore derivante da una lettura sistematica della direttiva⁷⁸. Si è suggerito che le autorità competenti dovrebbero di volta in volta spiegare e motivare il tipo di consumatore a cui abbiano fatto riferimento nella valutazione della pratica commerciale, seguendo il principio di proporzionalità sancito dal

⁷⁴ Cfr. il documento di lavoro dei servizi della Commissione del 3 dicembre 2009 intitolato *Orientamenti per l’attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali* (SEC (2009) 1666), p. 29.

⁷⁵ CGUE, 16 maggio 1989, C-382/87, *R. Buet e Educational Business Services (EBS) SARL c. Pubblico ministero*, in *Racc.*, 1989, p. 1235.

⁷⁶ Cons. St., sez. VI, 8 marzo 2006, n. 1263, in *Foro amm. CdS*, 3, 2006, p. 920.

⁷⁷ A.G.C.M., PS/7258, 26 novembre 2014, Provv. n. 25212, in *Boll.* 48/2014.

⁷⁸ In tal senso, vedi M. BERTANI, *op. cit.*, p. 42.

considerando 18; si è, altresì, evidenziato⁷⁹ che l'intensità della profilazione dovrà essere inversamente proporzionale al grado di scorrettezza insito nella pratica considerata, con la possibilità di far ricorso alla presunzione *ex art. 2729 c.c.*, che diviene assoluta nelle ipotesi indicate dalle *black lists*.

Tornando ai consumatori vulnerabili, il riferimento dell'art. 5, par. 3, della direttiva alla *ragionevole prevedibilità del pregiudizio* al comportamento economico di particolari categorie di soggetti non appare limitativo, trattandosi di un rinvio al generale senso comune, rispetto a cui, come ormai noto, le articolate operazioni di marketing e le strategie comunicative deliberatamente adottate dal professionista sembrano manifestare una maggiore consapevolezza⁸⁰.

Tra gli esempi di consumatori vulnerabili in ragione dell'età, vi sono certamente i minori, bambini o adolescenti⁸¹, tutelati altresì dalla disciplina in materia di radiotelevisione per quanto riguarda la relativa pubblicità, come vedremo più avanti. La loro protezione mirata trova conferma nell'art. 21, comma 4, cod. cons. e nell'art. 31 in relazione alle televendite. Allo stesso modo, l'art. 11 del codice di autodisciplina stigmatizza ogni messaggio commerciale che, rivolto ai bambini o agli adolescenti, ne pregiudichi la psiche o abusi della loro credulità e mancanza di esperienza.

Oltre ai minori, potrebbe attribuirsi una certa debolezza psicologica (oltre che fisica) alla categoria degli anziani. Si è detto che essa mancherebbe di una sufficiente omogeneità, date le differenze tra le varie situazioni individuali, in termini di condizioni psico-fisiche, da cui dipenderebbe l'impatto di una pratica commerciale⁸². A ben vedere, "individuare chiaramente"⁸³ una categoria non significa fissare rigidamen-

⁷⁹ M. BERTANI, *op. cit.*, p. 63.

⁸⁰ In termini procedurali, tale previsione si traduce nell'onere del professionista di provare che non avrebbe potuto ragionevolmente prevedere l'impatto sul consumatore vulnerabile (art. 27, comma 5, cod. cons.).

⁸¹ Tra i provvedimenti dell'A.G.C.M., vedi per esempio PI/4115, 7 agosto 2003, Provv. n. 12355, in *Boll.* 32/03 e PI/4363, 10 giugno 2004, Provv. n. 1328, in *Boll.* 21/2004.

⁸² Cfr. in tal senso N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 47.

⁸³ Cfr. l'art. 5, par. 3, della dir. 05/29/CE e, analogamente, l'art. 20, comma 3, cod. cons.

te delle caratteristiche personali, ma piuttosto tracciare dei tratti salienti che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, contraddistinguerebbero un gruppo di persone rispetto alla generalità dei consociati.

In tal senso, non sembrano esservi particolari difficoltà nel configurare la categoria degli “anziani”, come soggetti tendenzialmente inclini, date le frequenti condizioni di isolamento familiare e sociale, a essere persuasi da particolari pratiche commerciali per ragioni di natura emotiva⁸⁴. Come per le altre, la vulnerabilità di tale categoria potrebbe più facilmente individuarsi considerando la tipologia di prodotti e pratiche a cui si espone maggiormente.

Per quanto riguarda, invece, l'ingenuità, sono stati ritenuti particolarmente vulnerabili i consumatori di prodotti per la cura del corpo⁸⁵, data la loro situazione di disagio psico-fisico a causa delle proprie condizioni. Allo stesso modo, vengono considerati tendenzialmente ingenui gli utilizzatori di prodotti magici, di servizi di ipnosi o di cartomanzia, inclini alla persuasione in ragione delle proprie condizioni culturali o di fragilità psichica⁸⁶.

Quanto al settore autodisciplinare, oltre alle categorie già prese in considerazione dalla disciplina normativa tra le c.d. “sensitive audiences”, il Giurì ha manifestato una certa attenzione verso la generale debolezza psicologica, pronunciandosi a tutela, per esempio, di quelle persone prive “delle difese intellettuali di fronte a promesse irrazionali, ma ad alta carica emotiva”⁸⁷.

Più in generale, si registrano decisioni che delineano un consumatore tendente alla sprovvedutezza e alla distrazione, piuttosto che all'accortezza e all'attenzione⁸⁸, anche se più recentemente l'autorità autodi-

⁸⁴ B.B. DUIVENVOORDE, *The Protection of Vulnerable Consumers under the Unfair Commercial Practices Directive*, cit., p. 76.

⁸⁵ Cfr., per esempio, A.G.C.M., PI/33/23, 6 settembre 2001, Provv. n. 9924, in *Boll.* 35-36/01, o ancora PI/3972, 27 marzo 2003, Provv. n. 11854, in *Boll.* 13/2003.

⁸⁶ Cfr., per esempio, A.G.C.M., PI/170, 23 giugno 1993, Provv. n. 1242, in *Boll.* 14/1993, o, più recentemente, PS/717, 26 maggio 2010, Provv. n. 21178, in *Boll.* 22/2010.

⁸⁷ Giurì n. 36/78.

⁸⁸ *Ex multis*, vedi: Giurì n. 206-221/2004, n. 110/2014, n. 121/03, n. 275/0129/76, n. 302/01, n. 64-56/2017, n. 65bis/2018. Una ricostruzione analoga può essere rinvenuta

sciplinare si è avvicinata alla prassi giurisprudenziale e amministrativa, adottando il parametro del consumatore medio⁸⁹. Seppur tale passaggio sia stato accolto con timore dalle associazioni consumeristiche, in ragione del possibile rischio di una diffusione di pratiche deliberatamente ingannevoli verso i consumatori, lo stesso va interpretato come doverosa conclusione del bilanciamento tra interesse commerciale alla libera iniziativa privata e interesse del consumatore a non veder pregiudicato il proprio libero comportamento.

Come le altre autorità, il Giuri ha precisato che l'identificazione dei caratteri del consumatore medio implica una necessaria indagine della tipologia e dei connotati del consumatore tipico del prodotto o servizio venduto⁹⁰. Pertanto, se in alcuni settori, come quello della telefonia⁹¹, è stato individuato un parametro soggettivo mediamente ben informato e avveduto, in altri si è fatto riferimento a un destinatario tendenzialmente vulnerabile e manipolabile.

3.4. *La libertà del consumatore*

La libertà del consumatore rappresenta, insieme alla correttezza del mercato, il valore attorno al quale ruota il sistema normativo in materia di pratiche commerciali scorrette. Essa, infatti, è il vero e proprio oggetto di quella “tutela elevata” a cui la disciplina consumeristica europea e nazionale fanno costante riferimento.

Da un punto di vista costituzionale, e in particolare guardando all'art. 41 Cost., la libertà figura tra i limiti all'esercizio dell'iniziativa economica privata, insieme alla dignità umana e alla sicurezza: in tal modo, essa si presenta come valore fondamentale superiore, rispetto a

ta, per quanto riguarda per esempio l'inganno, in Cass. pen., sez. II, 19 aprile 1991, in *Giust. pen.*, II, 1992, p. 173.

⁸⁹ Giuri n. 64/2018, n. 19/2018 e n. 53/2016.

⁹⁰ Giuri n. 24/2016.

⁹¹ Cfr. Giuri n. 24/2016 e n. 97/2015. Diversamente, nel medesimo settore l'anti-trust ha ricostruito il *benchmark* soggettivo in termini meno olimpici, identificandolo nel consumatore con un bagaglio informativo tendenzialmente esiguo, data la complessità di taluni servizi telefonici (A.G.C.M., PS/2690, 6 agosto 2009, Provv. n. 20192, in *Boll.* 33/2009).

cui l’attività di impresa deve bilanciarsi e limitarsi. Cosa s’intende per libertà?

La ricostruzione del concetto di libertà nella disciplina sulle pratiche commerciali scorrette si interseca con l’identificazione del *benchmark* soggettivo di riferimento, che a sua volta si riflette inevitabilmente sugli strumenti predisposti alla protezione consumeristica⁹². Per questo motivo, l’interpretazione comune della disciplina vigente, basandosi sul parametro del consumatore medio, sembra ritenere sufficiente stabilire un insieme di obblighi di informazione e di chiarezza precontrattuale e contrattuale, nella convinzione che l’unica asimmetria da riequilibrare sia quella informativa (c.d. “paradigma informativo”)⁹³. Ciò si traduce, a livello normativo, nella previsione dei diritti a un’adeguata informazione e all’educazione (art. 2 cod. cons.) e nella indicazione di un contenuto minimo di informazioni che il professionista è tenuto a fornire; esemplari sono gli obblighi di informazione in materia di contratti stipulati fuori dai locali commerciali o a distanza, come pure quelli previsti nel settore bancario e finanziario.

In questi termini, la libertà del consumatore coinciderebbe con il possesso sufficiente di informazioni. Ora, è pur vero che il ruolo delle informazioni va considerato tutt’altro che marginale per prendere una decisione libera e consapevole; in tal senso un pluralismo informativo sull’attività commerciale dei professionisti e sui loro prodotti avrebbe certamente degli effetti positivi nella “democrazia” del mercato. Un arricchimento informativo della comunicazione commerciale rappre-

⁹² Un contributo importante per la sensibilizzazione del tema, all’interno della dottrina italiana, va certamente riconosciuto a Libertini, il quale ha proposto, nonostante ancora una certa aridità giurisprudenziale, la categoria degli atti lesivi della libertà del consumatore. Cfr. M. LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale*, Camerino, 2016.

⁹³ Sul tema si consiglia lo studio di I. DOMURATH, *The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law - An Inquiry into the Paradigms of Consumer Law*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 3, 2013, p. 124 ss.; B.B. DUIVENVOORDE, *The consumer benchmark in the Unfair Commercial Practices Directive*, cit., p. 30 ss.; M.G. FAURE, H.L. LUTH, *op. cit.*, p. 340 ss.; U. MORERA, *Irrazionalità del contraente investitore e regole di tutela*, in G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *op. cit.*, p. 202 ss.; G. STRAETMANS, *Misleading practices, the consumer information model and consumer protection*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 5, 2016, p. 199 ss.

senterebbe evidentemente un ottimo punto di partenza per la valorizzazione della libertà consumeristica, considerando la tendenziale povertà dei dati forniti dalla pubblicità.

Auspicabile sarebbe dunque un percorso volto a ripensare l'importanza sociale della pubblicità e in particolare la sua rilevanza quale strumento di informazione collettiva, di miglioramento della condizione dei consumatori e di sviluppo del mercato.

Nonostante ciò, deve rilevarsi che il possesso di un insieme di informazioni completo, pur importante per la decisione economica, non può ritenersi sufficiente ad assicurare una piena libertà del consumatore. Oltre al fatto, ormai evidente, che in circostanze frequenti (come la navigazione su Internet) il consumatore manifesta una certa avversione rispetto alla lettura delle informazioni, la cui enorme quantità può persino risultare controproducente in termini di "informazione" (per il c.d. "overload informativo"), va evidenziato come anche un insieme di informazioni completo può fuorviare la consapevolezza del consumatore: si pensi, per esempio, a una presentazione di informazioni che, seppur formalmente veritiera, sfrutti taluni *bias* cognitivi, come il *framing effect* o l'*anchoring effect*, distorcendo la loro percezione da parte del consumatore. Di questo, d'altronde, il legislatore sembra manifestare una certa consapevolezza, nella misura in cui, come vedremo nel prosieguo, stigmatizza forme di ingannevolezza dovute più alle modalità di presentazione dell'informazione che al contenuto della stessa.

La ricostruzione del concetto di libertà dovrebbe prendere in considerazione i diversi fattori che sono in grado di condizionarla, partendo dal presupposto – ormai pacifico nella letteratura psicologica e sociologica – che il consumatore, lungi dall'essere un attore razionale, attento e avveduto, risulta invece spesso caratterizzato da impulsività, irrazionalità e debolezza cognitiva.

Abbiamo visto come il marketing contemporaneo, e in particolare la pubblicità, ricorra alla psicologia e alla sociologia per attuare una persuasione al consumo quanto più efficace possibile. Occorrerebbe evitare che l'abilità di attori del mercato nella costruzione del messaggio e nella sua presentazione si traduca nello sfruttamento delle tendenze non

razionali del consumatore al fine di condizionarne il comportamento, le preferenze e la percezione dell'utilità delle proprie scelte⁹⁴.

Sarebbe opportuno, pertanto, tenere in adeguata considerazione, nel giudizio sulla scorrettezza della pratica pubblicitaria, anche le forme meno evidenti e più insidiose di condizionamento cognitivo/emotivo della scelta consumeristica, in modo da attribuirvi un ruolo importante (almeno quanto ai fattori più evidenti) nell'attività di protezione del decisore e della sua libertà.

Negli ultimi anni vari studiosi hanno analizzato il tema della manipolazione del consumatore e della sua piena tutela, concentrandosi, in particolare, sui *bias* cognitivi relativi alla percezione delle informazioni sui rischi, o sui costi, dei prodotti. In tal senso, si è cercato di valorizzare il nesso – di aristotelica memoria⁹⁵ – esistente tra libertà e razionalità del processo decisionale, che, dal canto suo, implicherebbe una certa consapevolezza della scelta.

D'altronde, anche la regolazione delle pratiche commerciali scorrette non nasconde l'inclinazione a collegare libertà e razionalità, nei suoi sparsi riferimenti alla “decisione consapevole”. La stessa espressione «indurre a una scelta che altrimenti non avrebbe preso» traduce, in sostanza, il concetto di “rovesciamento delle preferenze”, tanto familiare alla psicologia della decisione⁹⁶; in merito alla «scelta che altrimenti non avrebbe preso», dobbiamo ritenere che il legislatore abbia a mente una scelta consapevole e incondizionata del consumatore.

Lo stesso può dirsi, come si vedrà nel prosieguo, per la prassi applicativa, nella quale si registrano decisioni che, anche solo *en passant*, hanno attribuito una certa rilevanza al condizionamento psico-emotivo del destinatario della pratica commerciale, in tal senso riconoscendo, nella valutazione della distorsione del comportamento economico del consumatore, un valore fondamentale alla sua consapevolezza. E ciò

⁹⁴ Cfr., in tal senso, J.D. HANSON, D.A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*, cit.

⁹⁵ Cfr., in particolare, ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Bari, ed. 2005. Allo stesso modo, la connessione tra libertà e ragione si rintraccia nelle filosofie illuministiche, come quella kantiana, e nella successiva filosofia della dialettica hegeliana.

⁹⁶ N. BONINI, C. HADJICHRISTIDIS, *Il sesto senso. Emozione e ragione nella decisione*, Milano, 2009, pp. 34-35.

vale, in particolar modo, con riguardo alla comunicazione commerciale, la quale spesso si caratterizza per il ricorso a forme di suggestione, distorsione informativa e condizionamento indebito che poco o nulla hanno a che vedere con una scelta di consumo realmente ponderata.

3.5. *La pubblicità ingannevole*

Considerata l'attitudine suggestiva e il ricorso frequente all'esagerazione, la pubblicità si caratterizza per una intrinseca e funzionale portata ingannatoria, in alcuni casi idonea a indurre il consumatore a percepire erroneamente il bene o il servizio venduto.

Da qui l'opportunità, e anzi la necessità, di strumenti normativi efficaci per tutelare i destinatari da quelle forme di inganno lesive del diritto degli stessi a un'adeguata informazione e a una corretta pubblicità. L'induzione in errore della collettività, oltre a rappresentare un possibile pregiudizio per la libera scelta dei consumatori, può diventare un comportamento dannoso anche per le imprese concorrenti in termini di sviamento scorretto della clientela e discredito dei prodotti o dell'azienda altrui. Di quest'ultimo aspetto ci occuperemo nel prossimo capitolo, dedicato alla pubblicità lesiva degli interessi dei professionisti.

Appare significativo che, prima della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette del 2005, la fonte normativa principale in materia di pubblicità fosse il d.lgs. 25 gennaio 1992 n. 74 in materia di pubblicità ingannevole, attuativo della dir. 84/450/CEE. Ed è altrettanto significativo che il codice di autodisciplina del 1966 già all'articolo 2 introducesse un divieto analogo a quello normativo. Precedentemente, occorre far riferimento all'epoca fascista, in cui possono menzionarsi talune disposizioni aventi a oggetto prodotti specifici (agrari e farmaceutici) e le regole del Codice penale riguardanti la censura preventiva verso i messaggi destinati alla collettività⁹⁷.

Le disposizioni europee e i principi contenuti nel decreto del 1992 sono stati successivamente trasposti negli articoli 19 e seguenti del co-

⁹⁷ M. CONTARTESE, *Evoluzione della disciplina in materia di pubblicità ingannevole*, in *Dir. merc. tecn.*, 2012.

dice del consumo⁹⁸. Con l’attuazione della direttiva n. 05/29/CE in materia di pratiche commerciali scorrette, nel codice è scomparsa la definizione di pubblicità ingannevole, la quale deve ritenersi assorbita da quella di pratica commerciale ingannevole, essendo la pubblicità, come visto sopra, confluita nella categoria normativa più generale delle pratiche commerciali.

Secondo la definizione di cui all’art. 21 cod. cons. (sostanzialmente identico all’art. 6 della direttiva n. 05/29), è ingannevole quella

pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l’informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più dei seguenti elementi e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

La disposizione elenca successivamente un’ampia serie di elementi su cui può ricadere l’inganno, ovvero: a) l’esistenza o la natura del prodotto; b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l’esecuzione, la composizione, gli accessori, l’assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l’idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l’origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto; c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all’approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto; d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l’esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo; e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione; f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l’identità, il patrimonio, le capacità, lo *status*,

⁹⁸ La definizione di pubblicità ingannevole precedentemente contenuta nel codice del consumo all’art. 20, lett. b) corrispondeva a quella di cui al decreto n. 74/1992 e aveva un contenuto sostanzialmente analogo a quello della definizione attuale di pratica commerciale ingannevole.

il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti; g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso.

Il secondo comma della disposizione prosegue disponendo che

è altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induca o sia idonea a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporti: a) una qualsivoglia attività di marketing del prodotto, compresa la pubblicità comparativa, che ingeneri confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente; b) il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare, ove: i) non si tratti di una semplice aspirazione ma di un impegno fermo e verificabile; e ii) il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice.

Dalla lettura della norma risulta come il legislatore comunitario, e conseguentemente quello nazionale, abbia inteso stigmatizzare sia quelle forme di ingannevolezza palese, consistente nella indicazione di informazioni inesatte o nella loro presentazione fuorviante, purché relative alla lista di elementi indicati dalla disposizione, sia quelle forme non specificate di comportamenti che concretamente, nei più svariati modi, siano in grado di indurre il consumatore a una decisione che altrimenti non avrebbe preso. Con riguardo a tale ultimo punto, occorre evidenziare che il giudizio sull'influenza potenziale nella sfera decisionale non richiede, per la scorrettezza, che vi sia un pregiudizio della posizione patrimoniale del consumatore: in altre parole, a essere giudicata non è tanto l'opportunità, o la convenienza, di una scelta, ma esclusivamente la sua libertà. Ciò trova conferma, oltre che nella formulazione delle disposizioni sulle pratiche ingannevoli e aggressive, anche nella definizione di "falsare in misura rilevante il comportamento economico" (art. 18, lett. *e*) cod. cons.) e in quella di "decisione commerciale" (lett. *k*), già viste sopra.

L'A.G.C.M. ha precisato che "la nozione di pregiudizio non deve necessariamente coincidere con quella di danno, ma deve piuttosto estendersi fino a ricomprendere la mera influenza sul comportamento

del consumatore”. Ciò perché “risulterebbe estremamente difficile distinguere tra il danno inteso come lesione patrimoniale e la perdita di opportunità economiche alternative alla scelta cui l’errore può indurre”. Includere il solo danno economico limiterebbe, infatti, la portata della norma sull’ingannevolezza, per cui sarebbe ingannevole solo la pubblicità che vantasse qualità inesistenti di un prodotto o di un servizio, o che promettesse *aliud pro alio*, mentre non lo sarebbe quella che, comunque, attraverso l’induzione in errore è idonea ad alterare il normale processo di formazione delle scelte economiche dei consumatori⁹⁹.

A una prima impressione sembrerebbe che, per il caso di ingannevolezza di cui al primo comma dell’art. 21 del codice, non debba essere valutata in concreto l’idoneità all’inganno; tuttavia, una lettura sistematica, oltre che logica, induce a ritenere che, in ogni caso, occorrerebbe una valutazione della capacità reale di ogni falsità (o di una presentazione fuorviante del messaggio) di compromettere la consapevolezza della scelta del consumatore¹⁰⁰. Valutazione che andrebbe fatta anche per una serie di ipotesi previste nella *black list* di cui all’art. 23 cod. cons., la cui ingannevolezza non risulta *ictu oculi* così evidente, ma presenta dei profili di dubbia rilevanza.

Si pensi, tra i vari esempi, al caso di cui alla lettera g) dell’art. 23 (analogamente il punto 7 dell’allegato I della dir. 05/29), che stigmatizza la pratica consistente nel

dichiarare, contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità o del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole.

⁹⁹ Così A.G.C.M., PI/437, 9 marzo 1995, Prov. n. 2872, in *Boll.* 10/95 e A.G.C.M., PI/394, 22 dicembre 1994, Prov. n. 2631, in *Boll.* 51-52/94, citata in M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 62.

¹⁰⁰ Ciò è stato evidenziato da Libertini, il quale ha sollecitato l’interpretazione di ogni disposizione in combinato con la clausola generale di cui all’art. 20 del codice del consumo. Su tale presupposto, può desumersi il carattere esemplificativo della lista contenuta nell’art. 21, i cui esempi andrebbero, di volta in volta, valutati concretamente nella loro idoneità a fuorviare. Cfr. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 117.

La disposizione, parlando di una disponibilità del prodotto per un periodo di tempo *molto* limitato, utilizza un superlativo privo di alcuna specificazione e passibile di diverse interpretazioni. Lo stesso vale per la fattispecie vietata dalla lettera *aa*) riguardante la comunicazione con cui il professionista dichiara o lascia intendere, contrariamente al vero, di non agire in veste professionale, presentandosi quale consumatore. Anche in questo caso, l'uso dell'espressione "lasciare intendere" rende la disposizione non immediatamente applicabile senza il ricorso a criteri generali.

Quanto all'ipotesi prevista dal secondo comma dell'art. 21 del codice, se da un lato la disposizione si caratterizza per una maggiore ampiezza, rispetto al primo comma, nella formulazione delle modalità dell'inganno (parlando genericamente di idoneità "nella fattispecie concreta" a "indurre il consumatore a prendere una decisione che altrimenti non avrebbe preso"), essa richiede, diversamente dalla prima ipotesi, che si tratti o di un atto di marketing comparativo ingannevole, o quanto meno di un'attività che non rispetti i codici di condotta a cui il professionista abbia seriamente aderito, indicati nella pratica stessa.

Dunque, l'ipotesi più ampia di pratica ingannevole attiva rimane quella prevista dalla seconda parte del primo comma, come qualsiasi pratica che, anche per la sola modalità di presentazione, "in ogni caso" sia idonea a indurre il consumatore a una scelta diversa da quella che avrebbe preso, ove reso chiaramente edotto di tutte le caratteristiche dell'atto di acquisto.

Pertanto, una pubblicità può essere ingannevole sia nel caso in cui utilizzi delle informazioni false, sia nel caso in cui, pur utilizzando informazioni vere, la stessa sia idonea a ingannare il consumatore per altri motivi, per esempio la sua fuorviante presentazione¹⁰¹. L'Autorità antitrust ha applicato il divieto di cui all'art. 21 cod. cons. anche ai casi di ambiguità, incompletezza e contraddittorietà del messaggio commerciale¹⁰².

¹⁰¹ Così: TAR Lazio, sez. I, 8 marzo 2013, n. 2481, inedita; A.G.C.M., PS/11727, 9 settembre 2020, Provv. n. 28348, in *Boll.* 38/2020; A.G.C.M., PS/8674, 29 marzo 2016, in *Boll.* 9/2016.

¹⁰² Tra i casi, vedi: A.G.C.M., PS/8333, 28 novembre 2012, Provv. n. 24080, in *Boll.* 48/2012.

Evidentemente, la valutazione giuridica della pubblicità deve passare attraverso l'accertamento della sua struttura comunicativa, tanto nei contenuti quanto nella forma, così verificando, attraverso il “test di apprezzabilità”, se la stessa sia idonea a ingannare il consumatore inducendolo a una scelta che altrimenti non avrebbe preso. Va quindi esclusa la rilevanza di tutte quelle forme di inesattezza informativa o di fuorviante presentazione del messaggio con contenuti assolutamente irrilevanti, o che non raggiungano la soglia di percepibilità del consumatore medio; tuttavia, con riguardo a tale seconda ipotesi, si è evidenziato che, nel caso in cui il messaggio rappresenti un chiaro tentativo di inganno, dunque dimostri esclusivamente tale finalità, esso andrebbe vietato a prescindere dalla capacità del consumatore di decodificarlo¹⁰³.

L'A.G.C.M. ha puntualizzato che l'effetto negativo può derivare non solo dal singolo messaggio, ma anche dall'intera campagna pubblicitaria¹⁰⁴. Ancora, si è ritenuto che l'ingannevolezza possa rintracciarsi anche in casi di pubblicità istituzionale (o d'immagine), che accrescano la reputazione di un'impresa indebitamente, cioè fuorviando la percezione che di essa abbia il consumatore¹⁰⁵.

La valutazione del carattere decettivo del messaggio dovrà svolgersi nel momento del primo aggancio del consumatore¹⁰⁶, come evidenziato nei più svariati settori merceologici, tra cui: il credito al consumo, in relazione alla necessaria, corretta, indicazione del tasso annuo effettivo globale (TAEG) o della qualifica di mediatore del soggetto proponente¹⁰⁷; il settore energia, per quanto riguarda l'indicazione delle tariffe

¹⁰³ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 107. Egli prende per esempio il caso del prezzo indicato nella formula “XXX + iva”, la quale, non avendo alcun minimo vantaggio informativo, mira solo a distorcere la percezione del prezzo reale.

¹⁰⁴ A.G.C.M., PI/3675, Provv. 11 agosto 2002, n. 11064, in *Boll.* 21/2002. Cfr. V. MELI, voce *Pubblicità ingannevole*, cit., p. 4.

¹⁰⁵ Cfr., per esempio, A.G.C.M., PI/1268, 27 marzo 1997, Provv. n. 4820, in *Boll.* 13/97, nonché A.G.C.M., PI/456, 11 maggio 1995, Provv. n. 3027, in *Boll.* 19/95. In giurisprudenza, TAR Lazio, sez. I, 30 maggio 1997, n. 848. Ad analoga soluzione è giunto il Giuri di autodisciplina (vedi Giuri n. 27/94).

¹⁰⁶ Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050, in *Foro amm.*, 12, 2014, p. 3112.

¹⁰⁷ Cfr. rispettivamente: TAR Lazio, sez. I, 31 gennaio 2018, in *Foro amm.*, 1, 2018, p. 91; TAR Lazio, sez. I, 20 giugno 2014, n. 6762, inedita.

fe¹⁰⁸; i trasporti, con particolare attenzione alla corretta informazione sul prezzo dei biglietti¹⁰⁹.

I commi 3 e 4 dell'art. 21 del codice indicano due ipotesi specifiche di pratiche ingannevoli, più delicate in quanto riguardanti casi di prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza, con particolare attenzione ai prodotti rivolti, anche indirettamente, ai minorenni. In queste ipotesi l'ingannevolezza consisterebbe nell'omettere l'informazione sui pericoli così da indurre i consumatori a trascurare le regole di prudenza e vigilanza¹¹⁰. Una previsione analoga è contenuta nell'art. 43, co. 1, n. 3, del Testo Unico in materia di Servizi Audiovisivi (d.lgs. n. 208/2021).

Per tali casi, l'art. 27, comma 9, prevede una sanzione pecuniaria minima più elevata.

Un'altra ipotesi rilevante di pratica ingannevole è rappresentata dalle omissioni ingannevoli, previste dall'art. 22 cod. cons., che riproduce l'art. 7 dir. 05/29/CE. Essa consiste in quella pratica che

nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea a indurre in tal modo il consumatore

¹⁰⁸ Si è sostenuto, con riguardo alla corretta e trasparente indicazione delle componenti dell'offerta, che occorre individuare un punto di equilibrio tra sintesi e completezza del messaggio, evitando sia comunicazioni parziali sia comunicazioni eccessivamente abbondanti (TAR Lazio, sez. I, 16 giugno 2014, n. 6341, inedita).

¹⁰⁹ Il prezzo deve essere integralmente indicato in modo da rendere immediatamente percepibile al consumatore il costo finale dell'acquisto (TAR Lazio, sez. I, 27 marzo 2014, n. 3378, in *Il nuovo dir. amm.*, 2014, con nota di V. Dardano, *Il TAR riduce la sanzione comminata dall'Agem a Ryanair in relazione alla pratica commerciale scorretta consistente nel richiedere, senza pubblicizzarlo, un supplemento per il pagamento con carta di credito al termine del processo di prenotazione*), evitando la mancata indicazione *ab initio* degli eventuali oneri aggiuntivi (TAR Lazio, sez. I, 8 ottobre 2014, n. 10236, in *Il nuovo dir. amm.*, 2014, con nota di V. Finazzo, *Il TAR Lazio avalla l'approccio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato rispetto alle legittime modalità di rappresentazione del prezzo di un servizio/prodotto in materia di prestazione dei servizi aerei*).

¹¹⁰ Trattandosi di un caso di omissione ingannevole, non si spiega per quale motivo il legislatore abbia inserito tale disposizione nell'art. 21 piuttosto che nell'art. 22.

medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Dunque, consapevole che un inganno deriva molto spesso dall’omissione strategica di informazioni determinanti, il legislatore ha vietato, nell’ottica di una tutela piena ed effettiva della libertà consumeristica, anche tutte quelle omissioni che abbiano come risultato di compromettere la consapevolezza della decisione economica¹¹¹. Si nota che, rispetto alla previsione di cui all’art. 21 del codice, nel caso di omissione ingannevole il legislatore ha espressamente previsto che occorre tener conto delle caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato. Ciò è ulteriormente confermato dal terzo comma dell’art. 22, che prevede che

qualora il mezzo di comunicazione impiegato per la pratica commerciale imponga restrizioni in termini di spazio o di tempo, nel decidere se vi sia stata un’omissione di informazioni, si tiene conto di dette restrizioni e di qualunque misura adottata dal professionista per rendere disponibili le informazioni ai consumatori con altri mezzi.

Dunque, nella valutazione dell’illegittimità di un’omissione informativa occorre tenere in considerazione le caratteristiche dei mezzi di comunicazione utilizzati, che a volte impongono limitazioni di tempo e di spazio. Evidentemente, non può richiedersi a uno spot di 30 secondi di indicare tutte le informazioni riguardanti il prodotto o servizio veicolato, anche se rimane ingiustificabile l’omessa indicazione di informazioni essenziali¹¹².

Nonostante il riferimento al mezzo di comunicazione sia contenuto espressamente solo nell’ipotesi di cui all’art. 22 del codice, la sua rilevanza deve riconoscersi anche per il caso dell’azione ingannevole, la cui disposizione, tra l’altro, indica la “presentazione complessiva” della pratica come possibile fonte dell’inganno. L’importanza delle modalità

¹¹¹ Il TAR parla di “occultamento di elementi cruciali nella scelta di acquisto dei consumatori”. Cfr. TAR Lazio, sez. I, 4 luglio 2013, n. 6596, in *Dir. giur. agr.*, 2013, con nota di F. Leonardi, *Claims nutrizionali: profili di azione e omissione ingannevoli e buona fede del comportamento imprenditoriale*.

¹¹² A.G.C.M., PS/4471, 8 aprile 2010, Provv. n. 20988, in *Boll.* 15/2010.

di presentazione e del contesto comunicativo è stata confermata dalla giurisprudenza amministrativa¹¹³, a volte per giustificare l'omissione, altre volte per giudicarla più severamente.

In linea generale, la prassi dell'Autorità antitrust e della giurisprudenza amministrativa denota un certo rigore nella valutazione delle carenze informative, non compensabili, per le informazioni essenziali, dal rinvio ad altre fonti. È principio pacifico, infatti, che il messaggio commerciale debba valutarsi nella sua singolarità: ciò è stato affermato, per esempio, per quanto riguarda i siti Internet dei professionisti, ove le informazioni ulteriori erano date all'interno di link specifici o con finestre *pop-up* presenti nel sito¹¹⁴.

La Corte di giustizia UE, giudicando una pubblicità inserita in una piattaforma *online*, ha precisato che spetta al giudice del rinvio esaminare caso per caso, da un lato se le restrizioni in termini di spazio giustificano che le informazioni sul fornitore siano messe a disposizione soltanto nella piattaforma di vendita e, dall'altro, se le informazioni richieste dall'art. 7 della dir. 05/29/CE riguardanti la piattaforma di vendita *online* siano comunicate con semplicità e tempestività¹¹⁵.

L'Autorità antitrust ha più volte ribadito che l'ingannevolezza di un messaggio non potesse essere sanata dalla possibilità, per l'utente di Internet, di reperire altre informazioni utili sulle modalità e condizioni economiche di fruizione dei servizi accedendo ad altre finestre, dal momento che ciò implicava un'operazione ulteriore di ricerca da parte dell'utente, non scontata nell'ottica della completezza informativa che dovrebbe caratterizzare la comunicazione commerciale¹¹⁶. Nella valutazione della condotta, devono considerarsi anche la diversità del mezzo che trasmette le informazioni aggiuntive e la possibile oggettiva diffi-

¹¹³ Cfr.: TAR Lazio, sez. I, 8 marzo 2013, n. 2481, inedita; Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050, cit.

¹¹⁴ A.G.C.M., PS/7196, 16 novembre 2011, Prov. n. 22990, in *Boll.* 47/2011; A.G.C.M., PS/5094, 26 agosto 2010, Prov. n. 21501, in *Boll.* 34/2010.

¹¹⁵ CGUE, 30 marzo 2017, C-, in *Foro amm.*, 3, 2017, p. 524.

¹¹⁶ A.G.C.M., PI/5961, 23 marzo 2008, Prov. n. 18194, in *Boll.* 12/2008; A.G.C.M., PI/6254, 21 gennaio 2008, Prov. n. 17856, in *Boll.* 1/2008.

coltà di reperirle¹¹⁷, per la semplice ragione che non è detto che il consumatore vi acceda (o possa accedervi).

Si evidenzia come a volte una medesima fattispecie possa rilevare sia come azione ingannevole *ex art. 21* che come omissione ingannevole *ex art. 22* del codice. Ciò, per esempio, avviene nel caso della pratica di scomposizione del prezzo finale, spesso consistente nell’indicazione poco evidente, a volte impercettibile, di componenti del costo totale, o più semplicemente nell’indicazione di un prezzo parziale con rinvio a fonti esterne per le restanti componenti¹¹⁸.

Sulla fattispecie si è pronunciata la Corte di giustizia, precisando la generale legittimità del rinvio a fonti esterne per conoscere il prezzo totale, fatto salvo il potere del giudice di valutare se, nel caso concreto, le informazioni indicate nel messaggio fossero sufficienti per prendere una decisione consapevole, considerando i limiti del mezzo di comunicazione¹¹⁹. Più recentemente, tuttavia, la scomposizione del prezzo è stata considerata *tout court* ingannevole in due pronunce della Corte di giustizia, anche se non sulla base della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette.

In particolare, nel primo caso¹²⁰ la Corte ha stigmatizzato, per la vendita di prodotti aerei *online*, il frazionamento del prezzo con l’indicazione separata di taluni oneri connessi al servizio, sulla base del reg. CE 1008/2008 (norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità europea) che, all’art. 23, stabilisce l’obbligo del vettore di indicare il prezzo comprensivo di tutti i costi. Nel secondo caso¹²¹ la Corte ha dichiarato illegittima, questa volta ai sensi della dir. 98/6/CE (relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori), la presentazione del prezzo di un’autovettura all’interno di una pubblicità senza l’indicazione delle

¹¹⁷ A.G.C.M., PS/4916, 3 novembre 2010, Provv. n. 21771, in *Boll.* 43/2010.

¹¹⁸ Sul tema, cfr. C. PAPPALARDO, *L’inganno sul prezzo nella prassi dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e nella giurisprudenza del Giurì di autodisciplina pubblicitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 6, 2017, p. 625 ss.

¹¹⁹ CGUE, 12 maggio 2011, C-122/2010, *Ving Sverige*, in *Foro it.*, 7-8, IV, 2011, p. 336.

¹²⁰ CGUE, 15 gennaio 2015, C-573/2013, *Air Berlin plc & Co*, in *curia.eu*.

¹²¹ CGUE, 7 luglio 2016, C-476/2014, *Citroën Commerce GmbH*, in *curia.eu*.

spese supplementari di consegna, certamente dovute, le quali erano poste esclusivamente in sovraimpressione (c.d. *super*), diversamente dal prezzo parziale in evidenza.

L'Autorità antitrust, dal canto suo, ha vietato la scomposizione del prezzo richiamando contestualmente l'art. 21 e l'art. 22 cod. cons.¹²². In altri casi, invece, l'A.G.C.M. ha giudicato la pratica esclusivamente in termini di omissione ingannevole¹²³, o di azione ingannevole¹²⁴.

In tali circostanze, l'Autorità ha ritenuto insufficienti a sanare l'ingannevolezza del messaggio le ulteriori informazioni fornite in *super*, in quanto di fatto illeggibili per le dimensioni dei caratteri e la velocità di esposizione, o sul sito Internet a cui rinvia la comunicazione.

Il rinvio ad altre fonti è illegittimo se riguarda dati essenziali dell'offerta e pertanto è idoneo a distorcere considerevolmente la percezione del consumatore¹²⁵, rimanendo invece ritenere lecito se le informazioni determinanti sono mantenute nel messaggio principale¹²⁶. Allo stesso modo l'utilizzo di scritte in *super* nel corso di un messaggio pubblicitario è ammissibile solo ove le stesse indichino dati integrativi e non anche quando veicolino informazioni correttive rispetto al messaggio principale¹²⁷.

Si evidenzia che la pratica di aggiungere un sovrapprezzo nel caso di una transazione elettronica è considerata ingannevole direttamente dal comma 4-*bis* dell'art. 21 del codice del consumo.

¹²² Cfr., *ex multis*: A.G.C.M., PS/10279, 13 aprile 2016, Provv. n. 25979, in *Boll.* 15/2016; A.G.C.M., PS/9960, 21 ottobre 2015, n. 25688, in *Boll.* 40/2015; A.G.C.M., IP/116B, 28 maggio 2014, Provv. n. 24947, in *Boll.* 40/2015; A.G.C.M., PS/8943, 28 novembre 2013, Provv. n. 24645, in *Boll.* 10/2014; A.G.C.M., PS/6576, 18 luglio 2012, Provv. n. 23744, in *Boll.* 29/2012.

¹²³ Come nel caso di una pubblicità televisiva che ometteva informazioni importanti sui costi del servizio, indicandole in *super* e rinviano a un sito Internet (A.G.C.M., PS/5652, 21 luglio 2010, Provv. n. 21384, in *Boll.* 29/2010).

¹²⁴ A.G.C.M., PS/8779, 9 settembre 2014, Provv. n. 25086 in *Boll.* 37/2014.

¹²⁵ A.G.C.M., PS/6975, 25 agosto 2011, Provv. n. 22714, in *Boll.* 35/2011.

¹²⁶ A.G.C.M., PS/2456, 29 aprile 2009, Provv. n. 19825, in *Boll.* 17/2009.

¹²⁷ A.G.C.M., PS/7235, 8 febbraio 2012, Provv. n. 23278, in *Boll.* 6/2012.

Il secondo comma dell’art. 22 prosegue, aggiungendo che

una pratica commerciale è altresì considerata un’omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprendibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al comma 1, tenendo conto degli aspetti di cui al detto comma, o non indica l’intento commerciale della pratica stessa qualora questi non risultino già evidenti dal contesto nonché quando, nell’uno o nell’altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

La completezza dell’informazione finisce per corrispondere al concetto di trasparenza, per cui devono essere fornite in modo chiaro e non fuorviante quelle informazioni la cui mancanza o ambigua indicazione sia idonea a determinare una scelta non effettivamente voluta o consapevole.

La disposizione codicistica prosegue indicando, al quarto comma, una serie di informazioni che devono essere considerate rilevanti per la valutazione di una eventuale omissione ingannevole all’interno di un “invito all’acquisto” (analogamente l’art. 7, par. 4, della dir. 05/29/CE). Quest’ultimo viene definito come comunicazione che contiene informazioni sul prodotto e sul prezzo sufficienti a consentire al consumatore di assumere la decisione commerciale (art. 18, lett. *i*), cod. cons.). Si tratta, dunque, di una particolare forma di comunicazione commerciale che, indicando le informazioni necessarie alla scelta di acquisto, risulta possedere una più vicina strumentalità eziologica rispetto alla decisione consumeristica. Probabilmente il legislatore ha in mente quelle forme di pubblicità che i professionisti sono soliti fornire all’interno dei propri locali commerciali, attraverso *depliant* informativi o anche sui siti Internet, caratterizzate da un contenuto più ricco rispetto ad altre tipologie (si pensi agli spot televisivi).

Come precisato dalla Corte di giustizia UE,

sussiste un invito all’acquisto quando le informazioni sul prodotto commercializzato e sul relativo prezzo sono sufficienti per consentire al consumatore di prendere una decisione di natura commerciale, senza che sia necessario che la comunicazione commerciale comporti anche

un mezzo concreto di acquistare il prodotto oppure che avvenga in prossimità o in occasione di un tale mezzo¹²⁸.

In tutti i casi in cui la pratica commerciale integri un invito all'acquisto, essa andrà valutata con maggior rigore, dovendo considerarsi sempre e comunque rilevanti le informazioni relative: alle caratteristiche principali del prodotto in misura adeguata al mezzo di comunicazione e al prodotto stesso; all'indirizzo geografico e all'identità del professionista, come la sua denominazione sociale e, ove questa informazione sia pertinente, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale egli agisce; al prezzo comprensivo delle imposte o, se la natura del prodotto comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, alle modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, a tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, con l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore; alle modalità di pagamento, consegna, esecuzione e trattamento dei reclami, qualora esse siano difformi dagli obblighi imposti dalla diligenza professionale; all'esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto per i prodotti e le operazioni commerciali che comportino tale diritto (art. 22, co. 4, cod. cons.)¹²⁹.

La Corte di giustizia ha stabilito che l'art. 7, par. 4, lett. a), della direttiva sulle pratiche commerciali sleali dev'essere interpretato nel senso che può essere sufficiente che il professionista indichi solamente alcune delle caratteristiche principali di un prodotto, rinviando per il resto al proprio sito Internet, a condizione che tale sito fornisca le informazioni rilevanti elencate sopra¹³⁰. Spetta al giudice del rinvio valutare caso per caso – prendendo in considerazione il contesto dell'invito all'acquisto, il mezzo di comunicazione impiegato nonché la natura e le caratteristiche del prodotto – se la sola indicazione di alcune caratteristiche principali del prodotto permetta al consumatore di prendere una decisione consapevole.

¹²⁸ CGUE, 12 maggio 2011, C-122/2010, cit.

¹²⁹ Cons. St., sez. VI, 19 settembre 2017, n. 4378, in *Foro amm.*, 9, 2017, p. 1840.

¹³⁰ CGUE, 12 maggio 2011, C-122/2010, cit.

Segue. L’ingannevolezza nel sistema autodisciplinare

Diversamente dal codice del consumo, il sistema autodisciplinare non prevede la dicotomia tra azioni e omissioni ingannevoli¹³¹. L’art. 2 del codice di autodisciplina della comunicazione commerciale dispone che

la comunicazione commerciale deve evitare ogni dichiarazione o rappresentazione che sia tale da indurre in errore i consumatori, anche per mezzo di omissioni, ambiguità o esagerazioni non palesemente iperboliche, specie per quanto riguarda le caratteristiche e gli effetti del prodotto, il prezzo, la gratuità, le condizioni di vendita, la diffusione, l’identità delle persone rappresentate, i premi o riconoscimenti.

In tal senso, la regola accomuna tutte le forme di pubblicità decettive, purché idonee a indurre in errore il consumatore (“medio”, come previsto dal secondo comma)¹³².

Il Giurì ha affermato che una comunicazione commerciale non può essere considerata ingannevole per il semplice fatto di presentare il prodotto in modo allettante e idoneo a stimolare l’interesse del consumatore¹³³. Anzi, è stato considerato tipico del linguaggio pubblicitario il “mirare a colpire l’immaginario, a sollecitare la fantasia” del destinatario, stimolando l’insorgere delle emozioni che inducono il “desiderio di possedere un determinato prodotto”¹³⁴.

Secondo l’interpretazione attuale del Giurì, pertanto, non può ritenersi sintomo di ingannevolezza il ricorso alla suggestione, all’irrazionalità o all’enfasi¹³⁵, a meno che ciò non si traduca nell’affermazione di caratteristiche inesistenti¹³⁶.

¹³¹ Per approfondimenti sulla tutela consumeristica del codice di autodisciplina, si rinvia a C. ALVISI, F. COSTA, M.C. REALE, *La tutela del consumatore*, in C. ALVISI, V. GUGGINO (a cura di), *op. cit.*, p. 137 ss.

¹³² Il parametro del consumatore medio è stato introdotto, in sostituzione del precedente “consumatore marginale”, nel 2007, a seguito dell’attuazione della dir. 09/25/CE sulle pratiche commerciali scorrette.

¹³³ Giurì n. 40/2018 e n. 78/2011.

¹³⁴ Giurì n. 154/93.

¹³⁵ Giurì n. 66/2017, n. 89/2012, n. 33/2013, n. 39/2017 e n. 152/96.

¹³⁶ Giurì n. 58/88.

Il Giurì ha sottolineato che la valutazione di un messaggio pubblicitario deve essere effettuata

secondo il significato palese, che è l'unico su cui si può focalizzare l'attenzione del Giurì, la cui funzione istituzionale è di evitare che, ai fini della censura, vengano presi in considerazione significati solo possibili del messaggio contestato¹³⁷.

Una simile pronuncia potrebbe porsi in contrasto rispetto alla tendenza della comunicazione pubblicitaria a far ricorso ad ambiguità, elementi emozionali, irrazionali e simbolici¹³⁸. Tra l'altro, quando ha riconosciuto tali elementi come caratteristici del messaggio pubblicitario, l'autorità autodisciplinare ha dichiarato di far riferimento all'"elementare criterio semiotico" che prevede la considerazione, accanto al livello denotativo, anche del livello connotativo della comunicazione, "in relazione al contesto, alle intenzioni comunicative e ad altre circostanze che possono influire sulla sua decodifica"¹³⁹.

L'art. 2 del codice di autodisciplina, oltre ai messaggi decettivi, vieta l'omissione di informazioni rilevanti per la scelta economica del consumatore. Per omissione rilevante si è intesa quella che incide sulla veridicità del messaggio e che sia idonea a incidere negativamente sulla consapevolezza del consumatore¹⁴⁰, determinandone una percezione errata dell'acquisto¹⁴¹.

La regola non fa, invece, riferimento alcuno al mezzo di comunicazione utilizzato, che però può assumere rilevanza – sia per le azioni che per le omissioni ingannevoli – grazie all'art. 16 del codice di autodisciplina, secondo cui

una comunicazione commerciale accettabile per un determinato mezzo o per un determinato prodotto non necessariamente è accettabile per altri, in considerazione delle differenti caratteristiche dei vari mezzi e dei vari prodotti.

¹³⁷ Giurì n. 6/01.

¹³⁸ Come evidenziato da A. ZANACCHI, *op. cit.*, p. 223.

¹³⁹ Così Giurì n. 32/94.

¹⁴⁰ Giurì n. 12/2016.

¹⁴¹ Giurì n. 57/2013.

La disposizione riconosce che le caratteristiche del mezzo di comunicazione possono condizionare il giudizio sul messaggio; tendenzialmente, la prassi autodisciplinare le prende in considerazione come circostanza aggravante.

In taluni casi, tra cui quelli indicati dal secondo comma dell'art. 16 (relativi ai messaggi di alcuni prodotti o servizi, come le vendite a credito o le manifestazioni a premio), il particolare mezzo utilizzato rappresenta invece una scriminante per messaggi commerciali di per sé omissivi. In realtà, quest'ultima disposizione non guarda alle caratteristiche del mezzo, ma piuttosto al tipo di comunicazione, ammettendo l'omissione di informazioni tipicamente presenti nei messaggi di prodotti complessi¹⁴², ove la comunicazione non reclamizzi direttamente il prodotto o il servizio ma si limiti a enunciazioni generiche.

Analogamente all'Autorità antitrust per l'art. 21 cod. cons., il Giurì di autodisciplina ha applicato l'art. 2 del codice anche a casi di messaggi pubblicitari dal contenuto ambiguo, contraddittorio e incompleto¹⁴³; il divieto non può ritenersi attenuato nel caso di rettifiche successive del messaggio pubblicitario, insufficienti a eliminare la portata decettiva¹⁴⁴.

Il Giurì ha esteso il sindacato ai messaggi che compongono il primo stadio della comunicazione¹⁴⁵, ancorché da integrare successivamente, purché in grado di raggiungere il consumatore¹⁴⁶. Secondo il principio di autosufficienza informativa del messaggio pubblicitario, le informazioni fondamentali sulle caratteristiche del bene, come quelle relative alle sue limitazioni essenziali, devono essere indicate¹⁴⁷; pertanto, l'ingannevolezza di un'informazione incompleta o ambigua, di per sé idonea a carpire l'attenzione del consumatore, non può essere sanata da integrazioni, rettifiche o chiarimenti forniti in un secondo momento¹⁴⁸.

¹⁴² La disposizione indica le vendite a credito (art. 17), le vendite a distanza (art. 18), le manifestazioni a premio (art. 21), le operazioni finanziarie e immobiliari (art. 27), i viaggi organizzati (art. 28) e gli appelli al pubblico (art. 46).

¹⁴³ Giurì n. 80/01 e n. 203/00.

¹⁴⁴ Giurì n. 178/00.

¹⁴⁵ Giurì n. 26/2016.

¹⁴⁶ Giurì n. 126/2002.

¹⁴⁷ Giurì n. 134/92.

¹⁴⁸ Giurì n. 6/2019, n. 19/2018, n. 295/96, n. 134/92, n. 10/83 e n. 21/82.

Sulla scorta di tali presupposti, si è affermato che l'indicazione del prezzo diviene obbligatoria solo nel caso in cui il prodotto sia presentato come economico o conveniente, in questo modo facendo sorgere il dovere, in capo al professionista, di mostrare il costo effettivo, esatto e completo, della propria offerta¹⁴⁹. Il Giurì di autodisciplina, analogamente all'Autorità antitrust, ha ritenuto insufficiente il rinvio *aliunde* di informazioni essenziali sul reale costo del servizio venduto, a fronte di un *claim* suggestivo e idoneo a indurre il consumatore a ritenere esistenti condizioni del tutto diverse sia sul prezzo che sulla durata del vincolo contrattuale¹⁵⁰.

Quanto alle scritte in sovraimpressione, anche il Giurì ha sposato la tesi per cui il loro uso può ammettersi solo per informazioni integrative¹⁵¹. In particolare, la legittimità del *super* va valutata secondo parametri quali: la durata di permanenza sullo schermo, che non deve essere estremamente breve¹⁵²; l'estetica dell'indicazione, quindi le dimensioni, il carattere, il colore utilizzato, i quali devono consentire una percezione chiara e comprensibile delle informazioni¹⁵³; la compresenza di voci o altri elementi audio o l'ammontare delle informazioni nelle note¹⁵⁴; la sincronizzazione rispetto al messaggio principale. Le informazioni veicolate attraverso *super* illeggibili devono considerarsi omesse¹⁵⁵.

Con riguardo agli spot, il Giurì ha evidenziato che la comunicazione tende ordinariamente ad attrarre l'attenzione del destinatario principalmente attraverso l'elemento della suggestione drammaturgica, confinandolo in ombra le informazioni indicate in *super*¹⁵⁶. In questo caso,

¹⁴⁹ Giurì n. 42/2016.

¹⁵⁰ Giurì n. 35/2010.

¹⁵¹ Giurì n. 69/2011.

¹⁵² Giurì n. 12/2012 e Comitato n. 18/2019. Allo stesso modo, A.G.C.M., PS/5916, 3 novembre 2010, Provv. n. 21772, in *Boll.* 43/2010.

¹⁵³ Cfr., in tal senso, Giurì n. 74/2016 e n. 80/2003. Oltre al provvedimento dell'antitrust di cui alla nota precedente, applicano i medesimi criteri A.G.C.M., PS/6863, 24 maggio 2011, Provv. n. 22465, in *Boll.* 21/2011 e TAR Lazio, 17 dicembre 2014, n. 994, in *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁵⁴ Giurì n. 74/2016.

¹⁵⁵ Giurì n. 53-*bis*/2013 e n. 121/2011.

¹⁵⁶ Giurì n. 108/2012.

il delicato rapporto tra una istanza di fascinazione e una esplicitiva delle condizioni che ineriscono l’acquisto o l’adesione al prodotto o al servizio viene sbilanciato a favore della prima, con effetti tali da investire la comunicazione, nei suoi aspetti commerciali, di una sostanziale reticenza¹⁵⁷.

Per esempio, si è considerata non percepibile l’informazione data in *super* nel momento centrale, più coinvolgente, dello spot¹⁵⁸.

Nel caso di messaggio diffuso sul Web, è ammissibile che un’indicazione principale venga poi temperata da avvertenze particolari che ne precisino e circoscrivano l’ambito di applicazione, purché l’informazione supplementare sia contestuale a quella principale e l’accesso alla stessa non implichi una specifica attività dell’utente¹⁵⁹.

Quanto alla concreta applicazione della disposizione di cui all’art. 2 del codice di autodisciplina, essa deve coordinarsi con quanto previsto dall’art. 6 del medesimo, per cui

chiunque si vale della comunicazione commerciale deve essere in grado di dimostrare, a richiesta del Giurì o del Comitato di controllo, la veridicità dei dati, delle descrizioni, affermazioni, illustrazioni e la consistenza delle testimonianze usate.

In altre parole, la decisione dell’autorità autodisciplinare potrebbe dar vita a una presunzione di ingannevolezza ove l’utente di pubblicità non riesca a fornire la prova contraria¹⁶⁰, anche mediante presunzioni¹⁶¹. La veridicità del messaggio pubblicitario deve essere provata in modo tanto più rigoroso e preciso, quanto più il *claim* risulti perentorio e collegato alla salute del pubblico¹⁶².

Come evidenziato, la “regola di verità” indicata da tale ultima disposizione varrebbe non solo per gli elementi di cui all’art. 2, che hanno una portata solamente esemplificativa, ma per ogni fattore pubblici-

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ Giurì n. 31/2010.

¹⁵⁹ Giurì n. 88/2018.

¹⁶⁰ Come confermato da Giurì n. 156/00.

¹⁶¹ Per esempio, nel caso in cui l’elemento da provare risulti un dato acquisito dalla comunità scientifica (Giurì n. 28/2011 e n. 10/2007).

¹⁶² Giurì n. 79/2016 e n. 16/2016.

tario in grado di influenzare la decisione del consumatore¹⁶³. La regola deve ritenersi applicabile anche in assenza di un'esplicita richiesta da parte delle autorità autodisciplinari¹⁶⁴.

3.5.1. *Qualche esempio di pubblicità ingannevole nella prassi dell'anti-trust e del Giurì di autodisciplina*

Dall'analisi della prassi delle diverse autorità giudicanti, si evince come vi sia una sostanziale convergenza interpretativa nella valutazione del carattere fuorviante del messaggio pubblicitario.

È opportuno, innanzi tutto, che la comunicazione commerciale rappresenti fedelmente la natura del bene o del servizio venduto. In questo senso, una possibile ingannevolezza può derivare dalla indicazione fuorviante della qualificazione merceologica del prodotto venduto, da cui può derivare una erronea percezione della sua natura.

Tra le ipotesi più frequenti di inganno, vi è quella consistente nell'attribuzione ai prodotti pubblicizzati di caratteristiche positive diverse da quelle effettivamente possedute: la rappresentazione come "originale" di un prodotto contraffatto¹⁶⁵; l'indicazione di "ecologico" per vernici o di "verde" per una benzina senza piombo¹⁶⁶, o più in generale l'attribuzione di pregi ecologici non suffragati da evidenze scientifiche¹⁶⁷ o con modalità ambigue¹⁶⁸; la qualifica di "fresco" per un latte

¹⁶³ M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 64. Tra le decisioni del Giurì che confermano tale interpretazione, vedi Giurì n. 92/2016, n. 366/98, n. 9/80 e n. 3/81.

¹⁶⁴ Giurì n. 19/2020, n. 16/2019, n. 10/2017 e n. 65/2016.

¹⁶⁵ A.G.C.M., PS/8757, 20 febbraio 2013, Provv. n. 24234, in *Boll.* 9/2013.

¹⁶⁶ In ambito amministrativo, vedi: A.G.C.M., PS/10571, 2 agosto 2017, Provv. n. 26714, in *Boll.* 31/2017; A.G.C.M., PI/7256, 4 novembre 1999, Provv. n. 7688, in *Boll.* 44/99; A.G.C.M., PI/2423, 16 luglio 1999, Provv. n. 7411, in *Boll.* 28/99. Tra i casi analoghi nell'autodisciplina, vedi Giurì n. 39/2018 (relativo al *claim* "completamente biodegradabile"), n. 17/2013 e n. 54/89 (entrambi relativi all'uso del termine "ecologico" per prodotti non privi di effetti negativi sull'ambiente), n. 44/2011 (per il *claim* "prodotto a impatto zero", riferito a una bottiglia di plastica di cui si vantavano eccessivamente gli effetti filo-ambientali di un'iniziativa assunta dall'impresa produttrice).

¹⁶⁷ Tale condizione è espressamente prevista dall'art. 12 del codice di autodisciplina, secondo cui «la comunicazione commerciale che dichiari o evochi benefici di carat-

sterilizzato o per una merendina industriale, salvo che effettivamente conservino sufficienti caratteristiche del prodotto originario¹⁶⁹; l'utilizzo del termine “naturale”¹⁷⁰ o “artigianale”¹⁷¹ per un prodotto industriale; l'utilizzo dell'espressione “l'alcool non sussiste” per una birra che, invece, possedeva un residuo alcolico basso¹⁷²; l'indicazione “100% latte d'Italia” per prodotti che derivavano anche da altri Paesi dell'Unione europea¹⁷³; l'uso del termine “stracchino” per un prodotto privo delle caratteristiche tipiche di tale formaggio¹⁷⁴; l'indicazione “a base di aspartame” sull'etichetta di un prodotto in cui era presente in misura del tutto marginale¹⁷⁵.

Lo stesso vale nel caso di indicazione fuorviante delle caratteristiche di un “servizio” pubblicizzato¹⁷⁶, per esempio relative alle condizioni vincolanti di accesso allo stesso¹⁷⁷.

Ancora, tra gli altri casi di ingannevolezza, si possono ricordare: l'attribuzione di origini geografiche non veritiere¹⁷⁸ sia per prodotti alimentari¹⁷⁹ sia per prodotti di altra tipologia¹⁸⁰; l'uso indebito di mar-

tere ambientale o ecologico deve basarsi su dati veritieri, pertinenti e scientificamente verificabili. Tale comunicazione deve consentire di comprendere chiaramente a quale aspetto del prodotto o dell'attività pubblicizzata i benefici vantati si riferiscono». È stata esclusa l'illegittimità del vanto ecologico in un caso in cui il professionista aveva dimostrato la veridicità delle rivendicazioni di sostenibilità ambientale (Giuri n. 15/2014).

¹⁶⁸ A.G.C.M., PS/6302, 14 novembre 2012, Provv. n. 24046, in *Boll.* 46/2012.

¹⁶⁹ Rispettivamente Giuri n. 13/80 e n. 34/80. Anche la Cassazione penale ha individuato un'ingannevolezza nel caso dell'indicazione “fresco” ove il prodotto non lo sia (Cass. pen., 18 maggio 1984, n. 4662, inedita).

¹⁷⁰ Giuri n. 69/2017.

¹⁷¹ Giuri n. 56/2019. Analogamente, per le modalità di produzione non artigianali, Giuri n. 60/2016.

¹⁷² A.G.C.M., PI/883, 27 settembre 1996, Provv. n. 4271, in *Boll.* 39-40/96.

¹⁷³ Giuri n. 29/2018.

¹⁷⁴ Giuri n. 62/2015.

¹⁷⁵ A.G.C.M., PS/11074, 11 luglio 2018, Provv. n. 27262, in *Boll.* 28/2018.

¹⁷⁶ A.G.C.M., PS/6903, 5 dicembre 2012, Provv. n. 24095, in *Boll.* 49/2012.

¹⁷⁷ A.G.C.M., PS/8285, 6 settembre 2012, Provv. n. 23870, in *Boll.* 36/2012.

¹⁷⁸ A.G.C.M., PI/4970, 25 agosto 2005, Provv. n. 14674, in *Boll.* 32-33-34/2005. Nel contesto autodisciplinare, cfr. Giuri n. 64/2003, n. 90/95 e n. 108/93.

¹⁷⁹ Tra i molti esempi, cfr. A.G.C.M., PS/5582, 13 luglio 2011, Provv. n. 22585, in *Boll.* 28/2011 e nel contesto autodisciplinare Giuri n. 29/2018. Si rinvia, per un appro-

chi (a prescindere dal profilo della mancata autorizzazione del titolare)¹⁸¹; le affermazioni fuorvianti circa l'affidabilità e le dimensioni dell'impresa¹⁸²; il riconoscimento di qualità alimentari mediante comparazione non chiara anche per le dimensioni del carattere utilizzato¹⁸³; le false affermazioni di unicità¹⁸⁴ o di primato del prodotto¹⁸⁵, o le affermazioni di primato corrette ma fuorvianti in quanto parzialmente omisive¹⁸⁶; le rivendicazioni inventarie di novità¹⁸⁷. Si sottraggono invece al giudizio di decettività le affermazioni pubblicitarie che, senza descrivere qualità oggettive del prodotto, si limitino a esprimere opinioni, gusti o preferenze¹⁸⁸.

Come si è potuto evincere sopra, l'ingannevolezza spesso riguarda il prezzo, elemento fondamentale per la decisione di consumo: per tale ragione, esso deve essere chiaro sin dal primo contatto col consumatore, onde evitare che la sua rappresentazione fuorviante determini un aggancio indebito del destinatario¹⁸⁹. Tanto l'Autorità antitrust quanto il

fondamento sulla comunicazione commerciale relativa ai prodotti alimentari, al paragrafo 6.3.

¹⁸⁰ Giurì n. 25/81 (su una località turistica) e n. 100/87 (per un paio di scarpe).

¹⁸¹ Cfr. A.G.C.M., PB/585, 26 gennaio 2011, Provv. n. 22067, in *Boll.* 4/2011, che ha evidenziato come l'apposizione dei loghi di altre marche in una sede tipicamente pubblicitaria e promozionale dei propri servizi, quale il proprio sito web, assume valenza di comunicazione pubblicitaria, i cui destinatari possono essere ragionevolmente indotti a ritenere che la qualità dei servizi offerti sia in qualche modo garantita dai controlli effettuati dai produttori connessi ai marchi esposti, in virtù di rapporti contrattuali in essere con il professionista.

¹⁸² Giurì n. 20/82.

¹⁸³ A.G.C.M., PS/9082, 3 febbraio 2015, Provv. n. 25311, cit. e A.G.C.M., PS/8283, 31 ottobre 2012, Provv. n. 24032, in *Boll.* 45/2012.

¹⁸⁴ Giurì n. 16/2019 e n. 18/2014.

¹⁸⁵ Cfr., *ex multis*, A.G.C.M., PI/136, 4 novembre 1993, Provv. n. 1556, in *Boll.* 33/1993 e, analogamente, Giurì n. 19/2020, n. 52/2017, n. 96/2016, n. 71/2015 n. 84/94.

¹⁸⁶ A.G.C.M., PI/5369, 30 novembre 2006, Provv. n. 16214, in *Boll.* 48/2006, relativamente a un caso di affermazione di primato di un prodotto per la cura delle piante, senza specificare però che lo stesso era limitato a uno specifico canale distributivo.

¹⁸⁷ Giurì n. 16bis/2020, n. 71/2017 e n. 102/2015.

¹⁸⁸ Come il claim "sapore vero" per un amaro (Giurì n. 58/88) o una valutazione estremamente soggettiva, non legata a parametri oggettivi (Giurì n. 71/85).

¹⁸⁹ A.G.C.M., PI/146, 14 novembre 2012, Provv. n. 14044, in *Boll.* 47/2012.

Giurì di autodisciplina hanno evidenziato l’importanza di indicare sin da subito tutti gli elementi che compongono il prezzo o influiscano su di esso, in quanto determinanti per consentire al consumatore una decisione consapevole¹⁹⁰.

Tra i numerosi esempi di comunicazioni ingannevoli relative ai costi di un prodotto o servizio venduto¹⁹¹, si ricordano: l’indicazione di un prezzo diverso rispetto a quello da pagare effettivamente alla conclusione del contratto¹⁹², o ambiguo per le modalità in cui lo stesso era presentato¹⁹³; l’indicazione di un prezzo vantaggioso senza la specificazione che lo stesso sarebbe aumentato allo scadere del primo anno di abbonamento¹⁹⁴, od omettendo l’indicazione di altri costi fisiologicamente connessi¹⁹⁵; l’affermazione di qualità prestazionali elevate senza la precisazione che l’eventuale superamento dei limiti geografici e tecnologici stabiliti avrebbe determinato un aumento del prezzo¹⁹⁶; la mancata indicazione di oneri aggiuntivi fissi all’interno di un’offerta di trasporto aereo¹⁹⁷, o la mancata indicazione dei costi di spedizione¹⁹⁸; l’indicazione non sufficientemente chiara delle condizioni di accesso a un’offerta, secondo il principio dell’autosufficienza informativa¹⁹⁹, tra

¹⁹⁰ A.G.C.M., PS/11012, 19 luglio 2018, Provv. n. 27237, in *Boll.* 26/2018; Giurì n. 86-92/2018.

¹⁹¹ Sul tema dell’ingannevolezza sul prezzo cfr. C. PAPPALARDO, *op. cit.*, p. 625.

¹⁹² A.G.C.M., PS/680, 16 febbraio 2011, Provv. n. 22119, in *Boll.* 8/2011.

¹⁹³ A.G.C.M., PS/10850, 11 ottobre 2017, Provv. n. 26805, in *Boll.* 41/2017. Nel caso di specie la pubblicità non indicava il prezzo di vendita, quanto piuttosto l’importo scontato su cui applicare gli oneri per il pagamento rateale, così non consentendo al consumatore di comprendere il reale prezzo finale dell’acquisto. Ciò permetteva al professionista di poter agganciare il consumatore sulla base di un falso prezzo che risultava allettante per il destinatario, che viene fuorviato nelle proprie valutazioni rispetto agli altri prezzi presenti sul mercato, rendendoli non comparabili.

¹⁹⁴ A.G.C.M., PS/10696, 10 febbraio 2018, Provv. n. 27062, in *Boll.* 10/2018; Giurì n. 6/2018.

¹⁹⁵ Giurì n. 9/2018.

¹⁹⁶ A.G.C.M., PS/11012, 19 giugno 2018, Provv. n. 27237, in *Boll.* 26/2018.

¹⁹⁷ A.G.C.M., PS/11237, 20 febbraio 2019, Provv. n. 27558, in *Boll.* 8/2019; Giurì n. 12/2016 e n. 66/05.

¹⁹⁸ A.G.C.M., PS/8600, 9 maggio 2013, Provv. n. 24337, in *Boll.* 20/2013.

¹⁹⁹ Giurì n. 19/2018.

cui l'omissione della necessità di effettuare un ordine minimo²⁰⁰; l'affermazione non veritiera dell'esistenza di improrogabili limiti di tempo di un'offerta promozionale²⁰¹; la mancata indicazione della necessità di pagare un prezzo aggiuntivo per usufruire di prestazioni ulteriori del bene acquistato²⁰².

Un'attenzione particolare è stata rivolta all'utilizzo indebito del termine "gratuito", ammissibile esclusivamente nel caso di totale assenza di oneri a carico del consumatore²⁰³. Rientra tra le pratiche in ogni caso ingannevoli la descrizione di un prodotto come gratuito o senza alcun onere, se il consumatore deve pagare un supplemento di prezzo rispetto al normale costo necessario per rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare il prodotto (art. 23, lett. v) cod. cons.).

È stata ritenuta ingannevole la condotta consistente nell'iniziale affermazione di gratuità di un corso di formazione, salvo poi richiedere il pagamento di costi in momenti successivi all'aggancio del consumatore²⁰⁴. Anche sul fronte autodisciplinare si è sostenuta l'incompatibilità tra affermazione di gratuità e richiesta, iniziale o successiva, di costi da sostenere²⁰⁵.

L'ingannevolezza può riguardare il *claim* sugli effetti attribuiti al prodotto o servizio, tra cui: l'iscrizione a un integratore alimentare di un'efficacia colorante sui cuoio capelluto, senza alcun riscontro probatorio²⁰⁶; l'attribuzione di capacità terapeutiche a un prodotto meramente igienico²⁰⁷; il riconoscimento della idoneità del prodotto a liberare, attraverso determinati utilizzi, dalla dipendenza dall'alcool o dal fumo²⁰⁸; l'affermazione della capacità miracolose di certi beni, come pietre o

²⁰⁰ Comitato n. 80/2018.

²⁰¹ A.G.C.M., PS/9489, 28 ottobre 2014, Provv. n. 25166, in *Boll.* 22/2014; Giurì n. 78/2018.

²⁰² A.G.C.M., PS/11114, 25 settembre 2018, Provv. n. 27366, in *Boll.* 38/2018.

²⁰³ Così Cons. St., sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3896, in *Guida al diritto*, 38, 2014, p. 50.

²⁰⁴ A.G.C.M., PS/5703, 23 settembre 2010, Provv. n. 21600, in *Boll.* 37/2010.

²⁰⁵ Giurì n. 18/2018, n. 12/2017, n. 38/2013 e n. 121/2010.

²⁰⁶ A.G.C.M., PS/11572, 27 maggio 2020, Provv. n. 28253, in *Boll.* 24/2020.

²⁰⁷ Giurì n. 7/77.

²⁰⁸ Giurì n. 36/82.

bracciali, o della veridicità delle previsioni di asseriti indovini²⁰⁹. In ragione delle particolari categorie merceologiche, in taluni dei casi appena visti il destinatario della comunicazione non è stato individuato nel consumatore medio, bensì in quello “particolarmente vulnerabile” a causa della propria condizione di debolezza fisica o psichica.

In un provvedimento riguardante una fattispecie analoga alle precedenti, il Giurì ha dichiarato che il carattere omissivo e fuorviante del messaggio risiedeva nel fatto che non offrisse al consumatore “parametri oggettivi o informazioni più esaurienti che gli consentano di comprendere la reale efficacia del prodotto”²¹⁰. In alcune ipotesi l’attribuzione di effetti inesistenti è stata stigmatizzata anche quale omissione di informazioni rilevanti per la tutela della salute dei consumatori, ritenendo altresì integrata l’ipotesi di cui all’art. 21, co. 3, del codice del consumo²¹¹.

Ancora, sono considerate particolarmente insidiose, perché potenzialmente ingannevoli, le pubblicità nelle quali si fa utilizzo di termini come “garanzia” o “garantito” e analoghi, in quanto suscettibili di creare sui destinatari un legittimo e ragionevole affidamento sulle qualità paventate. A differenza del codice del consumo – nel quale si fa generico riferimento, tra gli elementi di possibile inganno *ex art. 21 lett. b)*, alle caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto –, il codice di autodisciplina prevede una disposizione specificamente dedicata all’ipotesi in esame, sancendo all’art. 5 che

le garanzie obbligatorie non possono essere comunicate con modalità tali da fare ritenere che il loro contenuto sia maggiore o diverso. Qualora vengano comunicate garanzie maggiori o diverse rispetto a quelle obbligatorie, la comunicazione commerciale deve precisare il contenuto e le modalità della garanzia offerta, oppure riportarne una sintetica ma significativa indicazione insieme al contestuale rinvio a fonti di informazione scritta disponibili presso il punto vendita o unite al prodotto.

²⁰⁹ A.G.C.M., PI/170, 23 giugno 1993, Provv. n. 1242, in *Boll.* 14/1993, o, più recentemente, A.G.C.M., PS/717, 26 maggio 2010, Provv. n. 21178, in *Boll.* 22/2010. Nell’ambito autodisciplinare, cfr. invece Giurì n. 15/88 e n. 14/86.

²¹⁰ Giurì n. 19816/09.

²¹¹ A.G.C.M., PS/7433, 30 novembre 2011, Provv. n. 23046, in *Boll.* 48/2011.

L'indicazione pubblicitaria di una garanzia, dunque, è ammissibile nel caso in cui questa si limiti al contenuto prescritto dalla legge o, nel caso in cui non si tratti di garanzia imposta, quando all'interno del messaggio si precisino il contenuto e le modalità operative.

Nonostante la mancanza di una previsione legislativa analoga, la prassi applicativa registra una sostanziale uniformità nella valutazione, da parte dell'Autorità antitrust e del Giurì, di simili *claims*. La prima, per esempio, ha ritenuto illegittima la generica indicazione di una garanzia e della relativa durata, senza alcuna precisazione del contenuto della stessa²¹²; allo stesso modo, il Giurì di autodisciplina ha giudicato in contrasto con l'art. 5 un'affermazione come “garanzia: soddisfatti o rimborsati”²¹³, o come “riparazioni garantite a vita”²¹⁴.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha considerato “gravemente lacunose e ingannevoli” le modalità di indicazione della garanzia convenzionale che enfatizzavano le prestazioni aggiuntive, senza chiarire la portata della garanzia legale, inducendo il consumatore ad acquistare servizi opzionali corrispondenti, in tutto o in parte, a un diritto *ex lege* previsto. Si è ritenuta insufficiente, in tal caso, la mera indicazione della natura convenzionale della garanzia, in quanto la stessa presupporrebbe la conoscenza della normativa vigente, non posseduta dai consumatori, aggravando l'asimmetria informativa²¹⁵.

Allo stesso modo, anche l'utilizzo di testimonianze per suffragare le qualità del prodotto è fattore suscettibile di indurre in errore il consumatore. Il codice di autodisciplina prevede che, perché siano legittime «le testimonianze e le altre forme di accreditamento di un prodotto, con finalità promozionali, devono rendere palese la loro natura ed essere autentiche e responsabili» (art. 4 cod. aut.).

Dalle testimonianze vere e proprie vanno chiaramente distinte le comparse e gli attori che operano nello spot in quanto mere finzioni sceniche. Le prime, infatti, devono consistere in “attestazioni di verità

²¹² A.G.C.M., PI/2753, 8 giugno 2000, Provv. n. 8369, in *Boll.* 23/2000.

²¹³ Giurì n. 27/83.

²¹⁴ Giurì n. 142/87.

²¹⁵ Così, cfr.: Cons. St., sez. VI, 17 novembre 2015, n. 5250, in *Foro amm. - C.d.S.*, 11, 2015, p. 2800; Cons. St., sez. VI, 5 agosto 2013, n. 4085, in *Foro amm. - C.d.S.*, 7-8, 2013, p. 2166.

di fatti accaduti da parte di chi è in grado di conoscerli perché vi ha partecipato oppure perché ne è venuto a conoscenza” personalmente o professionalmente²¹⁶. La raccomandazione di un esperto diventa rilevante come testimonianza nel caso in cui il dichiarante goda di un certo credito presso il pubblico in qualità di professionista autorevole e obiettivo del settore²¹⁷.

Come per il caso delle garanzie, anche per le testimonianze l’Autorità antitrust ha sopperito alla mancanza di una espressa previsione legislativa (salvo che per i medicinali) operando in modo analogo al Giuri²¹⁸.

Tra i casi di omissione ingannevole, oltre a quelli già visti sopra con riguardo al prezzo, possono menzionarsi: il caso di un messaggio che omette di indicare l’ambito di copertura territoriale di un servizio di telefonia mobile²¹⁹ o di un servizio streaming²²⁰; lo spot di un operatore telefonico che offriva la possibilità di ottenere a credito uno smartphone di un noto produttore per chi avesse aderito a una delle sue offerte, omettendo di indicare che non tutti i modelli di smartphone di quel produttore erano inclusi nell’offerta²²¹; l’espressione “per sempre”, non accompagnata dall’indicazione della possibilità per il professionista di modificare le condizioni contrattuali²²²; l’indicazione dell’idoneità di un dentifricio a rimuovere le macchie in profondità e a rendere i denti più bianchi, senza precisare la necessità di particolari modalità di utilizzo del prodotto²²³; l’esaltazione delle caratteristiche di un servizio di investimento di somme modeste, senza indicare l’obbligatorietà di stipulare un contratto di finanziamento²²⁴.

Allo stesso modo, con riguardo alle manifestazioni a premio, sono stati ritenuti ingannevoli taluni manifesti pubblicitari che rappresentavano in evidenza il prodotto in premio con accanto la dicitura “in rega-

²¹⁶ Così Giuri n. 75/1986 e n. 209/95.

²¹⁷ Giuri n. 146/92.

²¹⁸ A.G.C.M., PI/258, 25 luglio 1994, Provv. n. 2172, in *Boll.* 30-31/1994.

²¹⁹ Giuri n. 86-92/2012.

²²⁰ A.G.C.M., PS/1233, 20 marzo 2019, Provv. n. 27593, in *Boll.* 12/2019.

²²¹ Giuri n. 62-bis/2019.

²²² A.G.C.M., PS/10967, 20 giugno 2018, Provv. n. 27239 in *Boll.* 26/2018.

²²³ A.G.C.M., PS/11022, 25 settembre 2018, Provv. n. 27364, in *Boll.* 38/2018.

²²⁴ A.G.C.M., PI/3999, 6 marzo 2003, Provv. n. 11792, in *Boll.* 10/03.

lo”, mentre venivano indicate in posizione marginale e con caratteri impercettibili le informazioni riguardanti le condizioni del concorso²²⁵. In tal senso, all’omissione ingannevole possono equipararsi quelle forme surrettizie di rappresentazione di dati in forme tali da renderli sostanzialmente invisibili al consumatore; sul punto può risultare interessante valorizzare in chiave giuridica i risultati delle ricerche in materia di psicologia della percezione, come vedremo nel prosieguo.

3.5.2. *Le esagerazioni palesemente iperboliche*

L’iperbole pubblicitaria sussiste quando il messaggio commerciale rappresenta i pregi di un prodotto in modo talmente esagerato e irrealistico da non poter essere preso alla lettera. Affiora alla mente la figura classica del “*dolus bonus*”, inteso dalla dottrina tradizionale come quella prassi dell’imprenditore consistente nell’arricchire la propria comunicazione commerciale di piccoli inganni, accorgimenti ed esaltazioni, la cui innocenza (legata alla tendenziale identificabilità) li mantiene entro i confini della legittimità²²⁶.

L’art. 20, co. 3, cod. cons. (analogamente all’art. 5, par. 3, dir. 05/29/CE), dopo aver indicato la clausola generale di scorrettezza, dispone che la stessa «lascia impregiudicata la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate a essere prese alla lettera». Il legislatore, con tale precisazione, esclude quindi dal divieto generale di pratiche commerciali scorrette i *claim* che, palesemente inverosimili, risultino inidonei a incidere sulla decisione economica. Le esagerazioni iperboliche sono considerate legittime anche dall’art. 2 del codice di autodisciplina della comunicazione commerciale.

²²⁵ A.G.C.M., PS/10207, 25 gennaio 2017, Provv. n. 26387, in *Boll.* 5/2017. In ambito autodisciplinare, un caso analogo è stato giudicato in contrasto con l’art. 21 cod. aut. da Giuri n. 80/1995.

²²⁶ Cfr., sul tema, A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937. Critica la tradizionale impostazione sul *dolus bonus*, R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, in R. SACCO, G. DE NOVA (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, p. 441.

In termini più generali, il considerando n. 6 della dir. 05/29/CE – che non ha trovato alcun recepimento in ambito nazionale – prevede espressamente che

la presente direttiva lascia altresì impregiudicate pratiche pubblicitarie e di marketing generalmente ammesse, quali il product placement consentito, la differenziazione del marchio o l’offerta di incentivi in grado di incidere legittimamente sulla percezione dei prodotti da parte dei consumatori e di influenzarne il comportamento senza però limitarne la capacità di prendere una decisione consapevole.

L’esagerazione iperbolica rientra certamente tra le pratiche pubblicitarie e di marketing generalmente ammesse nella prassi, di cui il legislatore mostra una certa consapevolezza. Attenzione: non tutte le esagerazioni sono innocue; occorre comprendere, nell’ottica di un’adeguata tutela consumeristica, quale sia la linea di confine tra un’iperbole legittima e un’affermazione idonea a ingannare il destinatario della pubblicità²²⁷. Infatti, seppur in modo vago e poco chiaro, la normativa ammette esclusivamente quelle pratiche che, pur intervenendo sul processo decisionale del consumatore, non ne pregiudicano la consapevolezza.

Proprio in ragione della sua portata indefinita – e quindi del rischio che la stessa legittimi pratiche indebite, avvantaggiando i professionisti – la disposizione di cui all’art. 20, co. 3, cod. cons. è stata da alcuni considerata superflua²²⁸ e da altri poco opportuna²²⁹. Vi è chi ha interpretato la previsione legislativa relativa all’iperbole come riferita esclusivamente alle categorie di consumatori particolari di cui alla prima parte del terzo comma²³⁰. Il suggerimento sarebbe dato dall’aggettivo “comune”, presuntivamente in contrapposizione alla natura più specifi-

²²⁷ Evidenzia come anche le esagerazioni iperboliche possano incidere sull’autodeterminazione consumeristica A. HOFFMAN, *The best puffery article ever*, in *Iowa Law Review*, 91, 2006, p. 1395 ss.

²²⁸ V. MELL, *Le pratiche sleali ingannevoli*, cit., p. 110.

²²⁹ G.B. ABBAMONTE, *The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition*, in S. WEATHERILL, U. BERNITZ (a cura di), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, Oregon, 2007, p. 24.

²³⁰ R. PENNISI, *op. cit.*, pp. 668-669.

ca del giudizio di scorrettezza nelle ipotesi prese in considerazione dal legislatore.

Pertanto, secondo questa lettura, a essere attenzionata è in particolare la pratica che, pur rivolgendosi a un gruppo di consumatori ampio, è idonea a condizionare esclusivamente il comportamento di un sottogruppo più ristretto: in tali casi sono fatte salve le pratiche comuni, fermo restando che ove il parametro di riferimento sia il consumatore medio, allora sarà sufficiente il parametro della legittimità.

A ben vedere, sembra ragionevole ritenere che la norma debba pur sempre essere raccordata con la prima parte del terzo comma, in modo da fornirne un'interpretazione sensibile all'esigenza di tutela dei gruppi di consumatori che siano destinatari della pratica commerciale. In considerazione di ciò, ove la pubblicità sia rivolta a un *target* di consumatori meno avveduto, più sensibile, o anche particolarmente vulnerabile, l'esagerazione dovrà essere valutata in modo più severo e pertanto dovrebbe ammettersi solo se di uso ampiamente diffuso, oltre che legittima secondo le altre disposizioni.

Rimane chiaro che la pratica pubblicitaria iperbolica, dovendo essere anche legittima, troverà sempre, tra i limiti giuridicamente invalicabili, i principi dell'ordinamento giuridico, sia costituzionali (art. 41, comma 2, Cost.) sia relativi alla disciplina consumeristica. In altre parole, la libertà del consumatore non potrà mai essere pregiudicata, perciò tanto l'esagerazione quanto le dichiarazioni non letterali andranno comunque valutate alla luce del contesto comunicativo, delle formule espressive adottate e della vulnerabilità del consumatore destinatario.

L'Autorità antitrust ha considerato l'iperbole come inidonea a indurre in errore il consumatore, con la precisazione che ciò vale solo ove l'enfaticizzazione sia evidente e riconoscibile²³¹. L'iperbole viene identificata quando il *claim*, seppur oggettivamente inveritiero, non è in grado di indurre in errore neanche il consumatore meno avveduto in ragione della sua evidente enfaticizzazione e della genericità delle affermazioni²³².

Allo stesso modo, richiedendo il codice di autodisciplina che l'esagerazione sia "palesamente" iperbolica, il Giurì ha ritenuto che ciò im-

²³¹ Così A.G.C.M., PI/5889, 21 agosto 2007, Provv. n. 17277, in *Boll.* 32/2007.

²³² A.G.C.M., PI/4182, 16 ottobre 2003, Provv. n. 12537, in *Boll.* 42/0203.

plici l'immediata riconoscibilità al consumatore medio della natura iperbolica del messaggio commerciale²³³, connessa all'evidente irrealizzabilità del risultato prospettato²³⁴. L'esagerazione, oltre che verbale, può derivare da una rappresentazione di immagini e scene irrealistiche²³⁵.

Tra i numerosi esempi di iperbole, sono stati giudicati tali: il *claim* “come in una favola” per descrivere la raffinatezza di certi materiali edili²³⁶; l'espressione “performance eccezionali”²³⁷; il *claim* “brillantezza irraggiungibile”²³⁸ o l'affermazione “elimina più di cento macchie”, non idonea a essere considerata identificativa dell'efficacia del prodotto²³⁹; la rappresentazione di un risultato di pulizia estremo a seguito del singolo utilizzo di un prodotto²⁴⁰; vantì di primato generici del tipo “primo prodotto veramente interattivo”²⁴¹ o “il miglior prezzo”²⁴²; rappresentazioni del tutto surreali e fantasiose²⁴³.

Se la natura iperbolica implica la totale inidoneità del messaggio a convincere del possesso di certe caratteristiche del prodotto o del servizio, ripetere “zero euro”²⁴⁴, affermare “a costo zero”²⁴⁵ o parlare di “un centesimo di euro, per sempre”²⁴⁶ in un *claim* relativo a un'offerta commerciale, non possono ritenersi un'iperbole. In questi casi, infatti, il messaggio presenta dei connotati di ingannevolezza e scorrettezza in

²³³ Giurì n. 9/81 e n. 33/79.

²³⁴ Giurì n. 43/91.

²³⁵ Per esempio, è stata considerata tale la rappresentazione di una scena in cui veniva spruzzato un deodorante per ambienti a cui seguiva, dopo pochi secondi, uno stravolgimento del *look* della protagonista (Giurì n. 71/2017).

²³⁶ A.G.C.M., PI/4423, 24 giugno 2004, Provv. n. 13320, in *Boll.* 26/2004.

²³⁷ Giurì n. 20/2010.

²³⁸ Giurì n. 20/2009.

²³⁹ Giurì n. 96/2016.

²⁴⁰ Giurì n. 111/2005.

²⁴¹ A.G.C.M., PI/1532, 23 ottobre 1997, Provv. n. 5407, in *Boll.* 43/97.

²⁴² A.G.C.M., PI/517, 14 settembre 1995, Provv. n. 3265, in *Boll.* 37/95.

²⁴³ A.G.C.M., PI/6006, 22 novembre 2007, Provv. n. 17643, in *Boll.* 44/07.

²⁴⁴ A.G.C.M., PI/5889, 21 agosto 2007, Provv. n. 17277, in *Boll.* 32/2007.

²⁴⁵ A.G.C.M., PS/10148, 1° marzo 2017, Provv. n. 26439, in *Boll.* 11/2017.

²⁴⁶ A.G.C.M., PI/5025, 26 aprile 2006, Provv. n. 15417, in *Boll.* 17/2006.

quanto crea nei consumatori delle legittime aspettative sulla possibile gratuità dell'acquisto, enfatizzandone la particolare convenienza.

Lo stesso si è affermato, data la connotazione informativa e prestazionale, per le affermazioni quali attivo “per tutto il giorno”, relativo a un detergente liquido²⁴⁷, o “tutto in una notte” per un servizio di spedizione²⁴⁸. Diversamente, sono state ritenute palesemente iperboliche dichiarazioni come: “con Fiuggi dieci anni di meno”, in relazione a un'acqua minerale²⁴⁹; “liquida lo sporco impossibile” per un detersivo²⁵⁰; “SNAI è l'ormone della felicità” relativo a un centro scommesse²⁵¹.

È stata invece esclusa la natura iperbolica di affermazioni quali: “più alto che mai”, riferita a un materasso non particolarmente spesso²⁵²; “il cocktail più richiesto dell'estate”, abbinato a scene irreali²⁵³; “Internet ultraveloce”, riferita a un servizio di connessione dati di velocità ordinaria²⁵⁴; “record”, relativo ai valori nutrizionali e alla digeribilità di un'acqua minerale, presentati con tono di oggettiva scientificità²⁵⁵; “pelle trasformata in 60 secondi”, “più luminosa e visibilmente più bella”, per una crema detergente²⁵⁶; “tutti i mondiali FIFA 2006 solo su SKY”²⁵⁷; quella di possibili ritorni economici costanti fino a un certo valore²⁵⁸; quella di unicità idonea a far ritenere che un determinato prodotto sia l'unico a possedere certe specifiche caratteristiche²⁵⁹.

Come può evincersi dalla prassi, l'iperbole deve essere esclusa ogni qualvolta l'esagerazione contenuta nel messaggio commerciale abbia un potenziale contenuto informativo che induca il consumatore a ritenere che il prodotto o servizio venduto presenti certe caratteristiche o pe-

²⁴⁷ Giurì n. 391/99.

²⁴⁸ Giurì n. 1/94.

²⁴⁹ Giurì n. 9/1977.

²⁵⁰ Giurì n. 9/1981.

²⁵¹ A.G.C.M., PS/5921, 28 aprile 2011, Provv. n. 22346, in *Boll.* 18/2011.

²⁵² A.G.C.M., PS/11409, 29 ottobre 2019, Provv. n. 27976, in *Boll.* 47/2019.

²⁵³ Giurì n. 134/2007.

²⁵⁴ Giurì n. 74/2016.

²⁵⁵ Giurì n. 48/2002.

²⁵⁶ A.G.C.M., PS/9455, 15 ottobre 2014, Provv. n. 25151, in *Boll.* 42/2014.

²⁵⁷ A.G.C.M., PI/5295, 27 settembre 2006, Provv. n. 16008, in *Boll.* 39/2006.

²⁵⁸ A.G.C.M., PB778, 9 luglio 2014, Provv. n. 25022, in *Boll.* 32/2014.

²⁵⁹ A.G.C.M., PB/551, 1° giugno 2011, Provv. n. 22479, in *Boll.* 22/1011.

culiarità idonee a distinguerlo da quelli concorrenti. In presenza, invece, di un vanto generico o palesemente inverosimile, l'esagerazione rimane innocua, quindi la pubblicità legittima.

3.5.3. *La pubblicità occulta come forma particolare di pubblicità ingannevole*

Una peculiare forma di ingannevolezza pubblicitaria consiste nell'occultamento della natura commerciale del messaggio. Si parla, in tali casi, di pubblicità “non trasparente” o “occulta”, pratica ingannevole per le modalità di presentazione del messaggio. Una definizione di comunicazione commerciale occulta può ricavarsi dal settore audiovisivo e in particolare dall'art. 3, co. 1, lett. *rr*), del Testo unico sui servizi di media audiovisivi e radiofonici (d.lgs. 208/2021), secondo cui è tale

la presentazione orale o visiva di beni, di servizi, del nome, del marchio o delle attività di un produttore di beni o di un fornitore di servizi in un programma, quando tale presentazione è compiuta dal fornitore di servizi di media per scopi pubblicitari e può ingannare il pubblico circa la sua natura, con presunzione del suo carattere intenzionale, in particolare nei casi di svolgimento a pagamento o dietro altro compenso.

Analogamente a quanto previsto dall'art. 1, par. 1, lett. *j*), dir. 10/13/UE, secondo il legislatore un messaggio deve considerarsi pubblicità occulta se è fatto per scopi commerciali e ha una potenziale idoneità ingannatoria; il fine pubblicitario è implicito se l'inserimento del messaggio avviene dietro compenso al fornitore del *medium* di comunicazione.

L'art. 22, co. 2, del codice del consumo include tra le omissioni ingannevoli la pratica che non indichi l'intento commerciale, ove ciò non risulti in modo evidente già dal contesto. Più precisamente, l'art. 5 del d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, in materia di pubblicità ingannevole – e analogamente l'art. 7 del codice di autodisciplina – dispone che la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale²⁶⁰. Ne consegue il divieto di ogni camuffamento del messaggio pubblicitario sotto le

²⁶⁰ *Ex multis*, cfr. Cons. St., sez. VI, 11 aprile 2003, n. 1929, in *Cons. St.*, II, 2003, p. 1419.

sembianze di una comunicazione priva di finalità commerciale. Si tratta di un principio che, già precedentemente enunciato dagli artt. 1 e 4 d.lgs. 25 gennaio 1992 n. 74, è stato condiviso dalla giurisprudenza amministrativa²⁶¹.

La stigmatizzazione della pubblicità non trasparente si giustifica per il fatto che è idonea a eludere “le naturali difese rappresentate dalle risorse critiche alle quali il pubblico è solito ricorrere dinanzi a una pressione pubblicitaria scoperta”²⁶² (c.d. *advertising consciousness*), abusando della maggiore fiducia del consumatore “nei confronti di quella che ritiene essere una fonte neutrale”²⁶³. Sia per l’Autorità Garante che per il Giurì, in tale ipotesi l’inganno risiederebbe nella funzione del messaggio, fatta apparire come estranea all’ambito commerciale. Addirittura, secondo la giurisprudenza amministrativa, l’occultamento della natura promozionale sarebbe di per sé idoneo a falsare il comportamento del consumatore²⁶⁴.

Secondo l’Autorità antitrust, la pubblicità occulta è “particolarmente insidiosa poiché è in grado di condizionare impropriamente il destinatario in quanto capace di aggirare o annullare molte delle difese che l’utente di una pubblicità riconoscibile pone in essere”. Per tale motivo il legislatore ha “inteso garantire ai consumatori quel livello critico necessario allorché si apprestano a decodificare un comportamento commerciale teso alla promozione e all’invito all’acquisto”²⁶⁵.

Con riguardo all’art. 7 cod. aut., il Giurì ha evidenziato l’ampia portata della sua tutela: la stessa, infatti, separando informazione giornalistica e comunicazione aziendale, espressione di “un punto di vista pro parte”, protegge gli interessi dei consumatori

che debbono restare il più possibile liberi nelle proprie scelte, e possono esserlo solo se il messaggio pubblicitario sia chiaramente riconoscibile come tale e solo se i consumatori possono valutarlo con un senso critico

²⁶¹ TAR Lazio, sez. I, 2 luglio 2003, n. 5827, inedita.

²⁶² Così TAR Lazio, sez. I, 21 ottobre 2003, n. 8919, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 2971.

²⁶³ Cons. St., sez. VI, 11 aprile 2003, n. 1929, cit.

²⁶⁴ TAR Lazio, sez. I, 13 gennaio 2014, nn. 356 e 358, inedita.

²⁶⁵ A.G.C.M., PS/2861, 11 giugno 2009, Provv. n. 19955, in *Boll.* 24/2009.

più vigile e maggiore di quello altrimenti consueto di fronte alle informazioni giornalistiche.

Da ciò consegue, secondo il Giurì, che, come principio cardine dell'autodisciplina pubblicitaria, l'art. 7

costituisce perciò una norma che deve avere interpretazione ampia e applicazione rigorosa. E un'applicazione che assume necessariamente come parametro di giudizio il criterio del consumatore più sprovveduto: conducendo il Giurì a qualificare come illecita (...) tutta la pubblicità che questo consumatore non percepisca chiaramente e nettamente come tale²⁶⁶.

Deve comunque evidenziarsi che l'atteggiamento normativo europeo e nazionale verso la pubblicità clandestina si è progressivamente alleggerito nel corso del tempo; a un precedente divieto assoluto si è sostituito – a partire dalla Comunicazione interpretativa della Commissione relativa a taluni aspetti della direttiva “tv senza frontiere” (dir. 89/552/CEE) riguardanti la pubblicità televisiva del 2004²⁶⁷ – un divieto relativo, con cui si è consentito il riferimento a prodotti o a marchi, sempre che non si traduca in un'esaltazione non giustificata dalle esigenze editoriali della trasmissione²⁶⁸.

3.5.3.1. *La pubblicità redazionale*

Una forma particolare di pubblicità occulta è la pubblicità redazionale, consistente nella promozione commerciale di prodotti o servizi attraverso l'inserimento strategico degli stessi all'interno di un servizio giornalistico, sia esso un testo di stampa periodica o un servizio radio-televisivo, apparentemente predisposto per finalità esclusivamente informative²⁶⁹. La stessa è stata definita dalla giurisprudenza amministra-

²⁶⁶ Giurì n. 150/89.

²⁶⁷ 2004/C 102/2.

²⁶⁸ Lo stesso trattamento è riservato alla pubblicità occulta nel *Code de pratiques loyales en matière de publicité* della Camera di Commercio internazionale all'art. 11.

²⁶⁹ Per approfondimenti sul tema, vedi: E. APA, *op. cit.*, p. 268 ss.; M. FUSI, *Pubblicità occulta e globalizzazione della comunicazione*, in *Studi di diritto industriale in onore di A. Vanzetti*, Milano, 2004, p. 646; M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit.,

tiva come forma di comunicazione “con le ingannevoli sembianze di un normale servizio giornalistico, apparentemente riconducibile a una disinteressata scelta della redazione”²⁷⁰.

La pubblicità redazionale trova spazio anche su Internet (c.d. *digital advertising*), in particolare sui siti informativi e sulle piattaforme *social*. Si parla di “native advertising”, da intendersi come inserimento di messaggi commerciali in modo coerente con il contenuto e l’estetica della pagina ospitante.

Il legislatore nazionale menziona tale pratica tra quelle ritenute in ogni caso ingannevoli. L’art. 23, lett. *m*), cod. cons. (coerentemente con l’allegato I, n. 11, della dir. 05/29/CE) vieta, infatti, la pratica consistente nell’impiegare

contenuti redazionali nei media per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista, senza che ciò emerga chiaramente dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore

aggiungendo poi che tale disposizione non pregiudica quanto previsto dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208 (Testo unico sui servizi media audiovisivi). Allo stesso modo, l’art. 5 del d.lgs. 145/2007 stabilisce che «la pubblicità a mezzo stampa deve essere distinguibile dalle altre forme di comunicazione al pubblico, con modalità grafiche di evidente percezione».

Dato il carattere meno palese e più occulto della pubblicità redazionale, idonea a persuadere il consumatore senza informarlo della finalità promozionale, il legislatore ha ritenuto tale pratica più insidiosa, da assoggettare a due particolari obblighi di forma: l’uso di idonei accorgimenti e, per la pubblicità stampa, di modalità grafiche di evidente percezione per mantenere distinto il fattore commerciale dal contesto redazionale. Analogamente, il codice di autodisciplina prevede, più genericamente, che ogni comunicazione commerciale deve essere nettamente

p. 85 ss.; S. MAGELLI, *La pubblicità redazionale*, in *Dir. ind.*, 8, 1999, p. 702 ss.; U. RUFFOLO, *Commentario al codice dell’autodisciplina pubblicitaria*, cit., p. 133 ss. Con un taglio più divulgativo, interessanti considerazioni sulla pubblicità occulta possono ritrovarsi in A. ZANACCHI, *op. cit.*, pp. 91-100.

²⁷⁰ TAR Lazio Roma, 8 febbraio 2005, n. 1128, in *Conc. merc.*, 15, 2007, p. 129.

distinta dal contesto comunicativo di altro genere «per mezzo di idonei accorgimenti» (art. 7).

L’Autorità antitrust ha stigmatizzato l’inserimento, all’interno di un articolo di un settimanale, di un messaggio promozionale di un prodotto per bambini, in quanto la natura commerciale risultava dissimulata nella neutralità del contesto editoriale. Ciò, a parere dell’Autorità, rendeva la pratica scorretta in quanto idonea a privare il destinatario delle naturali difese e del normale grado di attenzione che lo stesso avrebbe avuto dinanzi a un messaggio pubblicitario palese²⁷¹; per tali ragioni, l’A.G.C.M. considera la pubblicità redazionale una condotta particolarmente insidiosa²⁷².

In tal senso, come visto prima, un ruolo importante va riconosciuto ai segni grafici di evidente percezione, i quali dovrebbero consentire ai consumatori di attivare le normali reazioni verso il fenomeno pubblicitario²⁷³. Nella prassi, è stata ritenuta sufficiente la semplice indicazione dell’espressione “informazione commerciale” o simili, altre volte considerata inadeguata, a seconda del contesto redazionale²⁷⁴. Inoltre, sono stati giudicati adatti a rendere identificabile la natura del messaggio l’utilizzo di caratteri tipografici e di un *format* differente rispetto a quello dell’articolo principale²⁷⁵, l’inserimento in un riquadro perimetrato da una filettatura²⁷⁶, la mancanza del numero della pagina²⁷⁷.

Tra le pubblicità non trasparenti, poco importante nella pratica si è rivelata l’ipotesi della pubblicità subliminale, espressamente vietata sia dall’art. 5, co. 3, del d.lgs. 145/07 a tutela dei professionisti, sia dalla disciplina in materia di servizi audiovisivi (art. 43, lett. *b*), d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208).

Si tratterebbe della ipotesi più estrema di pubblicità occulta, in quanto consistente nella comunicazione non palese di un messaggio,

²⁷¹ A.G.C.M., PS/8962, 29 gennaio 2015, Provv. n. 24778, in *Boll.* 8/2014.

²⁷² A.G.C.M., PS/11131, 19 dicembre 2018, Provv. n. 27494, in *Boll.* 2/2019.

²⁷³ A.G.C.M., PI/5710, 3 agosto 2007, Provv. n. 17208, in *Boll.* 31/2007.

²⁷⁴ Così A.G.C.M., PI/2171, 14 gennaio 1999, Provv. n. 6808, in *Boll.* 2/99 e Giuri n. 24/76 e n. 130/89.

²⁷⁵ A.G.C.M., PI/2225, 25 gennaio 1999, Provv. n. 6937, in *Boll.* 8/1999.

²⁷⁶ A.G.C.M., PI/2665, 2 dicembre 1999, Provv. n. 7797, in *Boll.* 48/1999.

²⁷⁷ A.G.C.M., PI/1302, 15 maggio 1997, n. 4998, in *Boll.* 20/1997.

effettuata attraverso *microframes* di poche frazioni di secondo che, non percepiti coscientemente dall'individuo ("sub-limine"), verrebbero ipoteticamente memorizzati in modo inconscio. Dalla pubblicità subliminale rimarrebbe distinta la pubblicità che faccia ricorso a tecniche psicologiche di persuasione del consumatore²⁷⁸.

In ogni caso, si tratta di una pratica caduta in disuso, di cui non sono stati dimostrati con certezza gli effetti di persuasione psicologica sui destinatari.

3.5.3.2. *Il product placement*

Può integrare una forma di pubblicità occulta il *product placement*²⁷⁹. Esso consiste nell'inserimento, all'interno di uno spettacolo (televisivo, cinematografico, documentaristico, anche in forma cartacea come un fumetto o un dipinto), di un prodotto o un riferimento aziendale con finalità promozionale.

Il Testo unico in materia di servizi di Media Audiovisivi (d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208) definisce all'art. 2, co. 1, lett. *uu*), l'"inserimento di prodotti" come

ogni forma di comunicazione commerciale audiovisiva che consiste nell'inserire o nel fare riferimento a un prodotto, a un servizio o al relativo marchio così che appaia all'interno di un programma o di un video generato dall'utente dietro pagamento o altro compenso.

²⁷⁸ Cfr. A.G.C.M., PI/685, 8 febbraio 1996, Provv. n. 3600, in *Boll.* 6/96 e A.G.C.M., PI/955, 5 dicembre 1996, Provv. n. 4477b, in *Boll.* 49/96.

²⁷⁹ Sul tema, cfr.: M. AMMENDOLA, *Product placement e direttiva sull'esercizio delle attività televisive*, in *AIDA*, 2008, p. 233 ss.; E. BERTI ARNOLDI, *Product placement*, in *Riv. dir. ind.*, 1994, p. 62 ss.; P. CARBALLO-CALERO FERNANDEZ, *Pubblicità occulta e product placement*, Padova, 2004; G. DE CRISTOFARO, *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso*, cit., p. 85 ss.; G. FLORIDIA, *Il divieto della pubblicità camuffata*, in *AIDA*, 1994, p. 5 ss.; M. FUSI, *Il Product Placement fra divieto di pubblicità non trasparente e nuova disciplina del Cinesponsoring*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, p. 10 ss.; M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 91 ss.; E. MINA, *La nuova regolamentazione del "product placement" nelle opere cinematografiche*, in *Dir. ind.*, 2004, p. 589 ss.; S. SALVETTI, *Il product placement cinematografico nel nuovo branded entertainment*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, p. 52 ss.

La pratica comprende, dunque, ogni riferimento, diretto o indiretto, a prodotti, servizi o marchi.

Il riferimento può essere visivo (c.d. *product placement visuale*), orale (c.d. *product placement verbale*), o rappresentare la base su cui viene costruito l'intero film (c.d. *product placement integrato*)²⁸⁰. Se un tempo si trattava di una pratica occasionale, tale forma di pubblicità rappresenta oggi uno strumento di marketing ampiamente diffuso, soprattutto nelle opere cinematografiche, per le quali si parla di *cinesponsoring*.

Pur non concretizzandosi in un diretto messaggio elogiativo, il *product placement* cerca di persuadere lo spettatore attraverso strategie di carattere socio-psicologico, permettendo un apprezzamento del *brand* o del prodotto mediato dall'immagine suggestiva²⁸¹. La pratica non può dirsi integrata nel caso in cui l'esibizione di un marchio o di un prodotto derivi dalla libera valutazione dei produttori dell'opera, o comunque sia privo di un intento promozionale in quanto per esempio la riconoscibilità sia notoria e non sollecitata.

L'efficacia del *product placement* è ampliata dalla sua capacità di inserirsi armoniosamente nel contesto della narrazione e pertanto di influenzare il consumatore pur rimanendo l'attenzione di quest'ultimo concentrata esclusivamente sulla storia rappresentata. In questo modo, dietro all'apparente neutralità artistica, si cela una valenza commerciale che, in quanto non percepita direttamente dai destinatari, potrebbe risultare più idonea a condizionarne il comportamento.

Pur oggetto di attenzione, già da tempo, delle autorità del settore²⁸², la pratica ha trovato un'espressa regolazione con il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 28 (c.d. decreto Urbani), in materia di attività cinematografi-

²⁸⁰ Si pensi all'esempio del film “Il maggiolino matto”, interamente costruito in modo da attribuire al famoso modello automobilistico un ruolo centrale evidente.

²⁸¹ TAR Lazio, sez. I, 14 ottobre 2008, n. 8900, inedita.

²⁸² Tra i casi più emblematici, si ricorda quello della serie televisiva “Un commissario a Roma”, per la quale tanto l'A.G.C.M. quanto il Giuri di autodisciplina hanno attribuito natura commerciale alla rappresentazione continua del quotidiano “La Repubblica” all'interno del contesto narrativo, disponendo la cessazione ove non fossero stati adottati idonei accorgimenti per renderla riconoscibile come messaggio pubblicitario (A.G.C.M., PI/87, 12 luglio 1993, n. 1291, in *Boll.* 17/93; Giuri n. 62/93).

che, il quale tuttavia non si applicava ai film stranieri, né ai film trasmessi in televisione (art. 2, co. 1). Al decreto è stata data esecuzione con il d.m. 30 luglio 2004 del Ministro per i beni e le attività culturali, che ha precisato le condizioni affinché il *product placement* cinematografico possa considerarsi legittimo: quest'ultima rimane a oggi l'unica fonte normativa dedicata al *product placement* al cinema, essendo stato il decreto Urbani nel frattempo sostituito dalla l. 14 novembre 2016, n. 220, in cui è scomparso qualsiasi riferimento alla comunicazione commerciale.

L'attuale disciplina normativa del *product placement* trova spazio nel Testo Unico in materia di servizi di media audiovisivi e radiofonici (d.lgs. 208/2021), che ha abrogato il precedente d.lgs. 177/2005, contenente la prima regolazione autonoma di tale forma pubblicitaria nel settore radiotelevisivo grazie alla riforma della dir. 89/552/CEE a opera della dir. 07/65/CE, successivamente sostituite dalla dir. 10/13/UE sui servizi di media audiovisivi.

L'analisi delle diverse discipline dimostra che il legislatore ha escluso una stigmatizzazione *tout court* del *product placement*, liberamente praticabile con l'adozione di apposite misure. Tale approccio trova una definitiva consacrazione nell'attuale disciplina, la quale ha recepito l'impostazione del legislatore eurounitario di cui alla dir. 18/1808/UE, traspunta nel nuovo Testo Unico del 2021, con un sostanziale capovolgimento di quella previgente: a un divieto generale di *product placement* salve eccezionali condizioni, si è sostituito il riconoscimento della sua generale legittimità, purché nel rispetto di determinati requisiti.

La nuova disciplina dei servizi di media audiovisivi risulta invece coerente rispetto alla regolamentazione precedente quanto al perimetro applicativo, ammettendo il *product placement* «in tutti i servizi di media audiovisivi, fatta eccezione per i notiziari e i programmi di attualità, i programmi per i consumatori, i programmi religiosi e i programmi per bambini» (art. 48 d.lgs. 208/2021). La disposizione precisa che l'inserimento può avvenire sia dietro corrispettivo monetario ovvero dietro fornitura gratuita di beni e servizi, quali aiuti alla produzione e premi, in vista della loro inclusione all'interno di un programma.

In linea con l'impianto normativo previgente in materia, sono stabilite le condizioni affinché il *product placement* non si traduca in una

forma di pubblicità occulta. In particolare, l’art. 48, co. 3, prevede che i programmi nei quali sono inseriti i prodotti devono essere conformi ai seguenti requisiti: a) il loro contenuto e l’organizzazione all’interno di un palinsesto, nel caso di trasmissioni televisive, o all’interno di un catalogo, nel caso di servizi di media audiovisivi a richiesta, non sono in alcun caso influenzati in modo da compromettere la responsabilità e l’indipendenza editoriale del fornitore di servizi di media; b) non incoraggiano direttamente l’acquisto o la locazione di beni o servizi, in particolare facendo specifici riferimenti promozionali a tali beni o servizi; c) non danno indebito rilievo ai prodotti in questione; d) i telespettatori sono chiaramente informati dell’inserimento di prodotti tramite apposita identificazione all’inizio e alla fine della trasmissione e quando il programma riprende dopo un’interruzione pubblicitaria, per evitare ogni possibile confusione da parte del telespettatore. È fatto salvo il divieto assoluto e inderogabile di *product placement* all’interno dei programmi per bambini, o per prodotti quali tabacco, medicinali e trattamenti sanitari soggetti a prescrizione medica obbligatoria.

La nuova disciplina ha il pregio di aver fornito, in un’ottica di progressiva liberalizzazione del *product placement*, un insieme di indicazioni univoche in merito agli accorgimenti da adottare per rendere edotto il destinatario della natura pubblicitaria dell’inserimento. La previsione di un avviso anche all’inizio di una trasmissione e dopo ogni *break* pubblicitario rende la regolazione più idonea a informare il consumatore, rispetto a quella precedentemente contenuta nel d.lgs. 28/2004 sul *cinesponsoring*.

Quanto alla prassi, sono state considerate pubblicità televisive occulte la menzione costante di un prodotto da parte di un protagonista della trasmissione, accompagnata da inquadrature prive di nessi funzionali con il programma²⁸³, come pure la costante ripresa di un prodotto indossato da un partecipante con il marchio pienamente riconoscibile²⁸⁴.

²⁸³ A.G.C.M., PI/1855, 25 giugno 1998, Provv. n. 6145, in *Boll.* 26/98.

²⁸⁴ A.G.C.M., PS/2862, 11 giugno 2009, Provv. n. 19956, in *Boll.* 24/2009.

3.5.3.3. *L'accertamento della pubblicità occulta*

La valutazione dei casi di pubblicità occulta può risultare spesso difficile, soprattutto quando la commistione tra il messaggio principale (l'opera, l'articolo di giornale etc.) e quello commerciale è tale da renderli indistinguibili. In pratica, andrebbe verificato – rimane dubbio in che modo – se la presenza di un elemento promozionale sia o meno identificabile da parte dei destinatari della comunicazione.

Occorrerebbe poi accertare se l'eventuale riferimento a un prodotto o azienda sia intenzionalmente diretto a una finalità promozionale o se esso sia giustificato da altre ragioni, tra cui le esigenze pratiche, la fedeltà della rappresentazione a un modello storico, la necessità di una rappresentazione dell'evento in un determinato contesto. Dunque, a rilevare non è l'effetto promozionale derivante da una determinata manifestazione, bensì la finalità che con questa viene perseguita²⁸⁵ e ciò quand'anche l'effetto finale sul prodotto o sull'immagine dell'azienda sia negativo (per esempio, a causa di un collegamento con una rappresentazione che suscita disprezzo).

Data l'incertezza della materia, non è un caso che, nella prassi applicativa, l'Antitrust ha fatto spesso ricorso a un insieme di presunzioni circa il carattere commerciale di un messaggio: ove nel contesto comunicativo vi siano indizi gravi, precisi e concordanti, idonei a far presumere ragionevolmente l'intento promozionale, si verserebbe in un'ipotesi di pubblicità²⁸⁶.

La rilevazione della natura promozionale di uno o più inserti giornalistici può essere desunta dagli elementi grafici e dalle modalità di inserimento della menzione commerciale all'interno dell'informazione, anche prescindendo dall'oggettivo, non sempre verificabile, accertamento di un eventuale rapporto di committenza tra singole imprese e proprietario del mezzo di diffusione²⁸⁷. L'Autorità (e analogamente il Giurì di

²⁸⁵ Così TAR Lazio, 21 ottobre 2003, n. 8919, cit.

²⁸⁶ A.G.C.M., PS/3011, 25 giugno 2009, Provv. n. 20010, in *Boll.* 26/09.

²⁸⁷ A.G.C.M., PI/1191, 20 marzo 1997, Provv. n. 4806, in *Boll.* 12/97. Appare chiaro che, ove si provasse l'assenza di un rapporto di committenza, andrebbe esclusa la presenza di una forma di pubblicità occulta (Così TAR Lazio, sez. I, 16 ottobre 2006, n. 10212, inedita).

autodisciplina) ha preso in considerazione, tra gli indizi sulla natura commerciale del messaggio, il tipo di giornale²⁸⁸, il pubblico di riferimento e l’esistenza di investimenti pubblicitari in altre riviste dell’editore²⁸⁹, nonché la compatibilità del riferimento commerciale con l’esercizio obiettivo della cronaca e dell’informazione, facendo attenzione alla strumentalità del primo rispetto al secondo²⁹⁰.

La presenza della firma del giornalista autore dell’articolo è stata interpretata come indizio di una natura meramente informativa, anche se non di per sé sufficiente a dimostrarla²⁹¹.

La medesima operazione è stata compiuta nel caso del *product placement*, prendendo in considerazione le inquadrature, le esigenze narrative e il contesto cinematografico. Tra gli indizi di pubblicità occulta all’interno di film o programmi, vanno considerati l’esibizione artificiosa e non giustificata di marchi e segni distintivi al di fuori delle esigenze comunicative²⁹²; o ancora, il carattere esageratamente laudativo, ripetitivo o comunque tale da evidenziare eccessivamente un prodotto, rispetto al contesto narrativo²⁹³. Il Giuri di autodisciplina, con un atteggiamento più garantista, ha precisato che nel caso in cui residui un certo margine d’incertezza nella valutazione, dovrebbero essere preferite le soluzioni più clementi²⁹⁴.

Gli stessi criteri di giudizio devono essere applicati alla pubblicità occulta inserita nei video e nei film visibili su Internet²⁹⁵.

In alternativa, potrebbe provarsi un rapporto di commissione tra impresa e mezzo di comunicazione. Tuttavia, come evidenziato dall’Autorità antitrust,

²⁸⁸ A.G.C.M., PI/2491, 10 agosto 1999, Provv. n. 7466, in *Boll.* 31-32/99.

²⁸⁹ A.G.C.M., PI/2674, 10 febbraio 2000, Provv. n. 8026, in *Boll.* 6/2000.

²⁹⁰ A.G.C.M., PI/3531, 24 gennaio 2002, Provv. n. 10379, in *Boll.* 4/2002.

²⁹¹ A.G.C.M., PI/1496, 8 gennaio 1998, Provv. n. 5607, in *Boll.* 1-2/98. Analogamente, Giurì n. 393/99 e n. 101/95.

²⁹² A.G.C.M., PI/87, 12 luglio 1993, Provv. n. 1291, in *Boll.* 17/93.

²⁹³ A.G.C.M., PI/121, 23 agosto 1993, Provv. n. 1387, in *Boll.* 22-23/93. In ambito autodisciplinare, vedi Giurì n. 378/99 e n. 102/89.

²⁹⁴ Così Giurì n. 90/96. In dottrina, cfr. G. FLORIDIA, *op. cit.*, p. 5 ss.

²⁹⁵ Per un caso di pubblicità occulta in un videoclip musicale, cfr. A.G.C.M., PS11603, 13 ottobre 2020, Provv. n. 28385, in *Boll.* 43/2020.

nella generalità dei casi la dissimulazione dell'effettivo intento pubblicitario non può conciliarsi con la formalizzazione di un rapporto di committenza che renderebbe palese e trasparente la nascosta finalità reclamistica e quindi vanificherebbe il raggiungimento degli scopi dell'operazione pubblicitaria rivolta appunto all'aggiramento e all'elusione del divieto di pubblicità ingannevole²⁹⁶.

Accanto al committente del messaggio, tra i soggetti passivi dei provvedimenti sulla pubblicità occulta viene generalmente individuato anche il proprietario del mezzo di diffusione, dunque la società editoriale o l'emittente radiotelevisiva che ha diffuso il messaggio²⁹⁷. Queste ultime, fatta salva l'assenza di colpa²⁹⁸, sono considerate coautrici della condotta illecita, dato il loro potere/dovere di controllo sui rispettivi mezzi di comunicazione di massa. L'autore, in altre parole, corrisponde a colui che diffonde il messaggio presso il pubblico²⁹⁹.

3.5.3.4. L'influencer marketing

Una forma di pubblicità commerciale di recente comparsa è il c.d. marketing d'influenza, o "influencer marketing". Lo stesso consiste nella comunicazione di messaggi commerciali da parte di un personaggio (c.d. *influencer*) che gode di un certo seguito nella collettività degli utenti di Internet (c.d. *follower*), solitamente raggiunti tramite l'utilizzo dei *social network*.

In particolare, l'*influencer*, tramite la pubblicazione di un *post* sulle proprie pagine *social*, manifesta al pubblico la propria approvazione di beni o servizi, o il proprio *endorcement* verso un *brand*, su incarico, evidentemente retribuito, di un'impresa commerciale.

La collocazione in questa parte della trattazione si giustifica per il fatto che, nel caso in cui l'*influencer* non renda noto il carattere promozionale del proprio messaggio, quest'ultimo potrebbe integrare una

²⁹⁶ Così A.G.C.M., PS/2861, 11 giugno 2009, Provv. n. 19955, in *Boll.* 24/2009.

²⁹⁷ A.G.C.M., PI/5088, 21 giugno 2006, Provv. n. 4776, in *Boll.* 25/2006. In giurisprudenza, cfr. TAR Lazio, sez. I, 27 giugno 2001, n. 5724, in *Trib. amm. reg.*, I, 2001, p. 2208.

²⁹⁸ TAR Lazio, sez. I, 3 aprile 2000, n. 2667, in *Trib. amm. reg.*, I, 2000, p. 1051.

²⁹⁹ TAR Lazio, sez. I, 3 marzo 2004, n. 1997, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2006, p. 980.

forma di pubblicità occulta, idonea a indurre il consumatore a ritenere che si tratti di meri apprezzamenti personali disinteressati e pertanto più autentici. Ciò ha spinto le autorità a vagliare il fenomeno e a renderlo coerente con il principio di trasparenza della pubblicità³⁰⁰.

Il primo provvedimento sul tema dell'*influencer marketing* (e più in generale sull'*online advertising*), chiamato “Digital Chart”, è stato emanato in ambito autodisciplinare nel luglio 2016 ed era formato da una serie di suggerimenti non vincolanti per l'applicazione, a tali forme di comunicazione commerciale, del principio di trasparenza. A distanza di un anno, l'IAP ha introdotto una seconda versione, nella quale sono indicate le condizioni per rendere riconoscibile la natura pubblicitaria dei messaggi pubblicati tramite *post* sui *social network*: l'indicazione, nella parte iniziale del post e/o entro i primi tre hashtag (#) di un'espressione, in italiano o in inglese, che faccia riferimento alla funzione pubblicitaria o alla collaborazione con un certo *brand*; nel caso di video, ripresa del *disclaimer* all'inizio o alla fine del *post*, o ancora espressa dichiarazione da parte del protagonista della natura pubblicitaria di talune sue dichiarazioni.

Sempre nel luglio 2017 l'Autorità antitrust ha inviato a sette *influencer* e a undici celebri società delle lettere di *moral suasion* nelle quali invitava ad adottare tutte le precauzioni necessarie per eliminare i profili di ingannevolezza e ad adeguare al principio di trasparenza pubblicitaria le comunicazioni commerciali trasmesse attraverso le *piattaforme social*. Le misure suggerite, analoghe a quelle indicate nella “Digital Chart” del 2017, mirano a evitare che la natura pubblicitaria dei messaggi rimanga occulta.

L'A.G.C.M. ha esteso, nell'agosto 2018, tali suggerimenti anche ai *microinfluencer*, ovvero agli *influencer* che, pur non essendo identificabili come “VIP”, sono dotati di un seguito significativo nella platea degli utenti di Internet.

Tornando all'autodisciplina, a partire dall'aprile 2019 l'art. 7 del codice contiene un espresso rinvio a un nuovo “regolamento Digital Chart sulla riconoscibilità della comunicazione commerciale diffusa

³⁰⁰ Sul tema, cfr. G. DE CRISTOFARO, *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso*, cit., p. 92 ss.

attraverso Internet”, che pertanto, diversamente dalle versioni precedenti, diviene vincolante per coloro che aderiscano al sistema autodisciplinare. Le misure suggerite sono sostanzialmente identiche a quelle indicate nella versione del 2017. Sono ammesse anche misure diverse, purché sostanzialmente idonee a consentire ai destinatari di conoscere la natura pubblicitaria e commerciale delle affermazioni dell’autore del *post*. Le stesse regole si applicano anche quando tra l’impresa e l’*influencer* non vi sia un rapporto di committenza, ma la prima si limiti a cedere al secondo propri prodotti gratuitamente o a prezzo scontato.

Quanto alla prassi applicativa, sono stati censurati messaggi-post sui *social* che non indicavano in modo sufficientemente chiaro e riconoscibile la natura pubblicitaria della comunicazione. In un recente caso, veniva in particolare stigmatizzata una strategia promozionale definita “call to action”, volta a creare una interazione con i *follower* che, nell’aspettativa di ricevere in cambio una maggiore visibilità del proprio profilo, sono stati indotti dall’*influencer* a rispondere all’invito diffondendo su un noto *social network* contenuti collegati a un marchio di sigarette elettroniche, generando così un effetto pubblicitario in favore di quest’ultimo³⁰¹.

In tale occasione, l’Autorità garante ha evidenziato come, proprio per il fatto che *post*, *tweet*, foto e video pubblicati sui *social media* costituiscono gli strumenti abituali degli utenti per comunicare con l’esterno e indurre nei destinatari un coinvolgimento emotivo al proprio racconto, è di fondamentale importanza rendere i consumatori consapevoli di trovarsi al cospetto di un vero e proprio messaggio pubblicitario e non di fronte a un racconto disinteressato del vissuto quotidiano del personaggio. Si porrebbero, in altre parole, le medesime esigenze di trasparenza e chiarezza comunicativa che sorgono in tutti i casi di occultamento pubblicitario.

A parere dell’Autorità, le modalità di identificazione di una comunicazione commerciale su Internet, tramite per esempio l’utilizzo di *hashtag* quali *#adv* o *#sponsored by*, rappresentano un utile mezzo di riconoscimento del messaggio pubblicitario. In ambito autodisciplinare è stato invece stigmatizzato il semplice rinvio alla pagina *social*

³⁰¹ A.G.C.M., PS/12009, 30 settembre 2021, Provv. n. 29837, in *Boll.* 41/2021.

(c.d. “profilo”) dell’inserzionista tramite *link* (contenuto in un tag “@”) o la mera indicazione di un *hashtag* con il nome del *brand*. Ciò, a parere del Comitato di controllo, richiedeva uno sforzo interpretativo da parte del pubblico in contraddizione con la necessità di una facile e diretta riconoscibilità della natura promozionale del messaggio³⁰².

Tra gli esempi eloquenti, il Giurì ha giudicato negativamente un *post* video di un noto rapper che, apparentemente neutrale e disinteressato, mostrava, con tono elogiativo, il marchio e l’ultimo modello di auto di una importante azienda³⁰³. Essendosi successivamente scoperta la presenza di un contratto pubblicitario tra l’azienda e il noto personaggio, il Giurì ha censurato il *post* suddetto in quanto lesivo dell’art. 7 del codice di autodisciplina.

Nonostante il contratto di sponsorizzazione prevedesse l’obbligo di un *disclaimer* sulla natura promozionale dei futuri messaggi dell’*influencer* (oltre che una preventiva autorizzazione da parte della committente), il Giurì ha ritenuto imputabile oggettivamente alla casa automobilistica la condotta tenuta dal *rapper*, in ragione del rapporto commerciale esistente e dei vantaggi concreti per la società. Quest’ultima, inoltre, aveva previsto nel contratto la visita del *rapper* all’evento organizzato e la partecipazione del proprio personale (in quanto *sponsor* dell’evento) allo *stand* in cui è stato girato il video.

La condotta dell’inserzionista è stata stigmatizzata in quanto, pur avendone la possibilità, la società non è intervenuta per evitare la pubblicazione (o chiedere la cancellazione) del video da parte del *rapper*: pertanto la committente è stata considerata responsabile sia per fatto omissivo proprio, sia indirettamente per fatto dei propri ausiliari.

Alcuni casi di *influencer marketing* che non informavano sulle partnership commerciali sono stati giudicati anche dall’Autorità antitrust. Taluni dei procedimenti si sono conclusi con l’assunzione, da parte dei soggetti coinvolti, dell’impegno a rimuovere, anche *pro futuro*, i profili di illegittimità delle condotte adottate³⁰⁴.

³⁰² Cfr. Comitato n. 21/2019, n. 26/2019, n. 60/2018, n. 61/2018, n. 79/2018 e n. 85/2018.

³⁰³ Giurì n. 45/2018.

³⁰⁴ Così: A.G.C.M., PS/11435, 25 febbraio 2020, Provv. n. 28167, in *Boll.* 11/2020; A.G.C.M., PS/11270, 22 maggio 2019., n. 27787, in *Boll.* 23/2019.

In particolare, si è previsto che le società committenti si assumessero l'obbligo di implementare, nelle attività di *influencer marketing*, tutte le misure necessarie per rendere trasparente la pubblicità, sia attraverso linee guida da inviare al proprio personale e ai propri collaboratori, sia attraverso l'inserimento di vere e proprie clausole contrattuali nei contratti di collaborazione professionale.

3.5.4. *Le forme di ingannevolezza alla luce delle ricerche di psicologia cognitivo-comportamentale*

Dall'analisi fin qui svolta, si è messo in luce come l'ingannevolezza possa assumere diverse sfaccettature, dalla indicazione di informazioni palesemente scorrette, all'omissione di informazioni rilevanti, fino alla più surrettizia indicazione di informazioni con modalità idonee a indurre in errore il consumatore. Abbiamo visto che la prassi applicativa sembra ancora limitarsi alla repressione di quelle forme di ingannevolezza più palesi, anche se non mancano, tanto nella normativa quanto nelle decisioni delle autorità, taluni indizi di un interessamento a condizionamenti più sottili della libertà e della razionalità del consumatore.

Vi è chi ha già evidenziato che, nonostante la disciplina sulla pubblicità non contenesse espressamente un diritto a “non essere manipolati”, comunque ha da sempre manifestato un certo interesse verso forme di inganno che agissero al di sotto del livello della consapevolezza³⁰⁵. Dal sistema di protezione introdotto dalla dir. n. 05/29/CE emerge che “essa appresta tutela anche contro forme di manipolazione della libertà di scelta che dipendono (...) dal mero sfruttamento di limitazioni cognitive che il legislatore ha ritenuto essere patite tipicamente” dal consumatore, secondo il modello che di esso si presuppone³⁰⁶.

Pur non essendovi, tra le disposizioni sull'ingannevolezza, un divieto generale di sfruttamento dei *biases* cognitivi, si può rintracciare tuttavia una episodica previsione di divieti che tradiscono una valorizzazione giuridica delle manipolazioni cognitive. Si pensi all'ipotesi tipica

³⁰⁵ Cfr. M. FUSI, *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, cit., p. 5.

³⁰⁶ M. BERTANI, *op. cit.*, pp. 44-45.

del *bait advertising*, indicato dal legislatore tra le pratiche in ogni caso ingannevoli e consistente (art. 23, lett. e) cod. cons.) nell’invitare

all’acquisto di prodotti a un determinato prezzo senza rivelare l’esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all’entità della pubblicità fatta del prodotto e al prezzo offerti.

Dalla disposizione emerge l’esigenza di non sottovalutare gli effetti emotivi derivanti dall’induzione del consumatore a entrare nel locale commerciale, ingannato dalla presenza di una certa promozione, per poi essere sviato inaspettatamente verso acquisti differenti.

Un passo ulteriore potrebbe consistere nell’attribuire all’espressione «falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore», una portata idonea a comprendere le strategie di manipolazione psicologica e cognitiva utilizzate dai professionisti del mercato, soprattutto nell’ambito della comunicazione commerciale. Manipolare, infatti, significa incidere sul processo di libera formazione della volontà attraverso la provocazione di reazioni inconsce, per cui non sembra difficile ricondurre tale fattispecie al divieto legislativo di pratiche scorrette.

Già dal tenore delle disposizioni consumeristiche, d’altronde, sembra doversi attribuire un significato ampio alla formula normativa, riconducendovi ogni forma di condizionamento, tanto ingannevole quanto aggressivo. Come suggerito dalla sua collocazione all’interno della clausola generale di cui all’art. 20 cod. cons. (5 dir. 05/29/CE), il termine “falsare” significa tanto fuorviare rispetto alle reali caratteristiche del prodotto, quanto comprimere la libertà e la razionalità della scelta del consumatore.

Per quanto riguarda, in particolare, la pratica ingannevole attiva, assume rilievo il riferimento legislativo alla possibilità di ingannare il consumatore con un messaggio che, seppur corretto, «in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva» (artt. 21 cod. cons.) risulti idoneo a fuorviare il comportamento economico. Con l’inserimento di una simile previsione, il legislatore sembra manifestare una certa consapevolezza delle ipotesi, ormai ampiamente diffuse, di ingan-

no perpetrato non tanto attraverso l'indicazione di informazioni false, quanto attraverso la loro strategica presentazione.

Lo stesso può dirsi per l'ipotesi legislativa dell'omissione ingannevole, prevista dall'art. 22 del codice del consumo. Oltre a vietare la concreta omissione di informazioni rilevanti, la disposizione si preoccupa di stigmatizzare la presentazione di informazioni oscura, incomprendibile, ambigua o intempestiva. La sua attenzione al contesto comunicativo è ulteriormente confermata dall'importanza riconosciuta alle restrizioni di spazio e di tempo della comunicazione commerciale (art. 22, co. 3).

Ma ancora, con particolare riguardo al contesto televisivo, deve menzionarsi il secondo comma dell'art. 30 cod. cons., che stigmatizza le televendite e gli spot idonei a indurre in errore il consumatore, mediante dichiarazioni o rappresentazioni, anche per mezzo di omissioni, ambiguità o esagerazioni, in particolare per ciò che riguarda le caratteristiche e gli effetti del servizio, il prezzo, le condizioni di vendita o di pagamento, le modalità della fornitura, gli eventuali premi, l'identità delle persone rappresentate.

Tali indizi normativi suggeriscono una certa apertura verso forme meno evidenti di ingannevolezza della comunicazione commerciale, legate a particolari modalità espressive e all'estetica complessiva della presentazione. Appare una soluzione coerente con le recenti ricerche di psicologia cognitivo-decisionale, analizzate più ampiamente sopra.

Il possesso di un insieme di informazioni completo, pur importante per la decisione economica, non può ritenersi sufficiente ad assicurare una piena libertà del consumatore, essendo questa dipendente da fattori quali la capacità percettiva, l'attenzione e il ricordo di quanto percepito. In altre parole, "l'inefficienza non risulta soltanto da una informazione subottimale, ma da una capacità subottimale di processare l'informazione"³⁰⁷.

Se calibrata e studiata in un certo modo, la presentazione di tutte le informazioni può fuorviare il consumatore allo stesso modo di una presentazione parziale delle stesse: essa, nondimeno, potrebbe impedirgli di percepire chiaramente le caratteristiche di una scelta economica, o

³⁰⁷ Così R. CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit., p. 3.

comunque orientarne l’attenzione solo verso quegli aspetti favorevoli all’acquisto.

Come visto sopra, le ricerche di psicologia della decisione, partendo dalla teoria simoniana della razionalità limitata, hanno dimostrato, attraverso lo studio delle strutture cognitive, della selezione dei ricordi e dell’attenzione, come l’uso intuitivo e automatico di strategie decisionali semplificate, che forniscono spesso la risposta giusta e riducono i costi cognitivi delle decisioni, provochi una serie di distorsioni sistematiche e prevedibili³⁰⁸. Nella prassi, gli attori del marketing non hanno perso l’occasione per affinare le tecniche di presentazione del prodotto, sfruttando tali prevedibili deviazioni cognitive e decisionali del consumatore, anzi incentivandole attraverso nuove strategie commerciali³⁰⁹.

Tali fattori devono essere tenuti in considerazione per verificare se, in base ai pochi riferimenti normativi e alla prassi applicativa, sia possibile dare un’interpretazione dell’ingannevolezza pubblicitaria che tenga conto anche del deliberato sfruttamento delle fallacie cognitive del consumatore da parte delle imprese. Si tratta di un’operazione ermeneutica già suggerita dalla ricerca accademica³¹⁰, la quale si è sostanzialmente interrogata sulla possibilità di utilizzare i risultati dell’economia comportamentale e delle neuroscienze per interpretare le disposizioni consumeristiche e, eventualmente, integrarne il contenuto. Tra gli studiosi vi è chi ha, altresì, incluso tra gli elementi attraverso cui valutare l’“idoneità a ingannare” di una pratica anche valutazioni di

³⁰⁸ Si rinvia al paragrafo 1.3.1.2.

³⁰⁹ Come giustamente sottolineato “la pratica commerciale ha in taluni casi preceduto la ricerca di laboratorio, e l’ha poi seguita con interesse” (R. CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit., p. 6).

³¹⁰ Cfr., in particolare: J.D. HANSON, D.A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*, cit.; J.D. HANSON, D.A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation*, cit. Tra i più recenti, invece, cfr.: M. BERTANI, *op. cit.*, p. 20 ss.; R. CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore: il problema delle «pratiche ingannevoli»*, cit.; ID., *Pratiche commerciali scorrette e psicologia della decisione*, cit.; G. CIANCI, *op. cit.*; S. FRERICHS, *op. cit.*; M. LISSOWSKA, *Overview of BE elements in the OECD Consumer policy toolkit*, in *Journal of Consumer Policy*, 34, 2011, p. 393 ss.; L.A. REISCH, M. ZHAO, *op. cit.*; G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *op. cit.*; J. TRZASKOWSKI, *Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practises Directive*, cit.

ordine socio-psicologico, evidenziando però lo scarso ricorso a esse da parte dell’Autorità antitrust³¹¹.

Se, a parere dell’Autorità antitrust, il messaggio commerciale non deve tendere, “considerata la sua assertività e il contesto in cui si inserisce (...) a ingenerare nel consumatore medio una percezione degli elementi essenziali dell’offerta sensibilmente difforme dalle sue effettive caratteristiche”³¹², ne consegue giocoforza l’opportunità di attenzionare la manipolazione dell’elemento percettivo. In tal senso, occorre partire da due riferimenti principali: quello, contenuto nella normativa, dell’induzione in errore da parte della pratica commerciale “in qualunque modo, compresa la sua presentazione”; e quello, avallato nella prassi applicativa, per cui l’ingannevolezza può derivare dalle modalità di comunicazione promozionale³¹³, e la completezza e veridicità del messaggio devono essere valutate tenendo conto del contesto comunicativo, sin dal primo contatto con il consumatore³¹⁴.

Dal canto suo, la Corte di giustizia dell’Unione europea ha ribadito il principio per cui la valutazione dell’ingannevolezza di una comunicazione commerciale (anche di un marchio) andrebbe commisurata alla sua percezione significativa da parte del consumatore medio del prodotto in questione³¹⁵. In tal senso, una comunicazione i cui effetti fuorvianti sfuggano alla percezione del destinatario andrà valutata partendo dalla considerazione che la stessa, di per sé, tenderebbe ad aggirare l’attenzione del consumatore, per cui l’inganno rimarrebbe inconsapevole.

Ciò premesso, nel prosieguo si tenterà di riprendere talune tecniche già viste di sfruttamento dei *biases* cognitivi, suggerendo una loro possibile valorizzazione giuridica secondo le categorie normative dell’ingannevolezza, anche alla luce della prassi applicativa.

³¹¹ V. MELI, voce *Pubblicità ingannevole*, cit., p. 10.

³¹² Così A.G.C.M., PS/4471, 8 aprile 2010, Provv. n. 20988, in *Boll.* 15/2010.

³¹³ Oltre a quelle già viste sopra, cfr.: TAR Lazio, 1° agosto 2019, n. 10193, in *Foro amm.*, 7, 2019, p. 1329; A.G.C.M., PS/8333, 28 novembre 2012, Provv. n. 24080, in *Boll.* 48/2012; Giurì n. 32/94.

³¹⁴ Cons. St., sez. IV, 10 dicembre 2014, n. 6050 cit.

³¹⁵ CGUE, 8 febbraio 2017, C-562/2015, *Carrefour Hypermarchés c. ITM Alimentaire International SASU*, ECLI:EU:C:2017:95.

Uno dei principali *bias* analizzati è il “priming” semantico, per il quale le informazioni e le stimolazioni iniziali, compreso il contesto visivo e sonoro, influenzano cognitivamente la percezione delle informazioni successive e dunque le conseguenti decisioni. E ciò anche se si tratta di informazioni periferiche, irrilevanti ove si adottasse il modello della teoria razionale della scelta.

Seppur con le dovute differenze, il *priming* può confrontarsi con il *bias* dell’*anchoring*, riguardante l’effetto determinante dei punti di riferimento (“ancore cognitive”) sulla scelta individuale. Il consumatore, in sostanza, pur rimanendo inconsapevole dell’influenza, agirebbe condizionato dalla preparazione cognitiva³¹⁶.

Un caso molto diffuso nel marketing consiste nell’indicazione, anche in messaggi pubblicitari, di un prezzo iniziale rispetto a cui, successivamente, si indica un prezzo finale diverso. Ove questo sia più basso di quello iniziale, esso, pur di per sé alto, verrà percepito, a causa dell’*anchoring*, più favorevolmente dal consumatore; ove, invece, il prezzo finale sia più alto in ragione di costi aggiuntivi, questi ultimi saranno percepiti meno negativamente a causa della buona impressione inizialmente arrecata dalla prima informazione. Tale seconda ipotesi, più vicina al *priming effect*, non si verifica raramente, soprattutto in determinati settori come quello della pubblicità *online* di servizi turistici³¹⁷.

Non è un caso che, come visto sopra, la prassi applicativa sottolinea l’esigenza che la comunicazione commerciale debba valutarsi sin dal primo contatto con il consumatore.

Un altro tra i *biases* più sfruttati dalla pratica pubblicitaria è il c.d. *framing effect*, che si sostanzia nella differente percezione di un medesimo oggetto solo perché presentato diversamente per la forma o per il contesto³¹⁸. Non appare difficoltoso individuare esempi di comunicazione commerciale che promuova il prodotto, se non escludendo

³¹⁶ Cfr., in particolare: N. GUÉGUEN, *op. cit.*, pp. 37-38; D. KAHNEMAN, *op. cit.*, p. 67 ss.; J. LE DOUX, *op. cit.*, p. 40; N. MANDEL, E. JOHNSON, *op. cit.*; L.A. REISCH, M. ZHAO, *op. cit.*, p. 198.

³¹⁷ Cfr., tra i casi, A.G.C.M., PS/3773, 28 aprile 2011, Prov. n. 22341, in *Boll.* 17/2011.

³¹⁸ J.D. HANSON, D.A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*, cit., p. 684 ss.

informazioni determinanti, comunicandole in modo spesso distorto³¹⁹; prima si è fatto l'esempio della presentazione di un prodotto alimentare malsano come benefico, attraverso l'indicazione della quantità relativa minore di grassi piuttosto che della quantità assoluta³²⁰.

Tra gli elementi spesso presentati in modo fuorviante vi è il prezzo. Aspetto decisivo nella scelta del consumatore, la sua trasparenza nei messaggi pubblicitari diviene di fondamentale importanza per valutare la scorrettezza della pratica³²¹. Un esempio diffuso di "prezzo psicologico" è quello fissato in modo cumulativo per due prodotti, diverso dalla somma dei loro prezzi individuali, la percezione dei quali risulta in tal modo fuorviata. Allo stesso modo, presentare il prezzo (c.d. *partitioned pricing*) suddividendolo in più parti (nella formula per esempio + IVA), piuttosto che in modo unitario, determina spesso il medesimo effetto distortivo, in quanto il consumatore non si soffermerebbe sulla somma aritmetica, ma solo sulla parte più grande del prezzo complessivo³²².

Simili circostanze potrebbero essere tenute in considerazione dalle autorità giudicanti ai fini della valutazione dell'ingannevolezza del messaggio per le sue modalità di presentazione.

Un altro comportamento euristico consiste nel meccanismo dell'*anchoring*, prima collegato al *priming effect* e rientrante tra *confirmatory biases* (o *status quo bias*). Attraverso esso l'agente tende a valutare costi e benefici di una decisione in base a un valore iniziale, che condizionerà la successiva percezione del valore reale definitivo. E ciò anche

³¹⁹ Vi è chi, inoltre, ha sottolineato l'influenza che il *framing effect*, insieme all'*anchoring effect*, determina sulla percezione delle clausole contrattuali, la cui vessatorietà viene spesso resa meno palese dalla strategica indicazione delle informazioni. Vedi M.G. FAURE, H.L. LUTH, *op. cit.*

³²⁰ J.D. HANSON, D.A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation*, cit.

³²¹ Ciò è ribadito dalla disciplina sulla pubblicità dei prezzi dei beni esposti, di cui all'art. 14 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114, che impone un'adeguata e chiara informazione al consumatore.

³²² Vedi R. CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit., p. 12.

nel caso in cui l’informazione inizialmente fornita risulti totalmente irrilevante o arbitraria rispetto al valore finale³²³.

Questo meccanismo può indurre a giustificare o considerare coerenti con il dato iniziale altre informazioni diverse successivamente ricevute. Non è un caso che, spesso, il professionista “ancori” il consumatore a informazioni iniziali favorevoli, rendendolo meno sensibile alle successive contro-informazioni: nell’ambito della comunicazione commerciale, esempio tipico è quello dell’uso della parola “gratis”, efficiente *input* emotivo; anche se il consumatore successivamente scoprisse l’onerosità della prestazione, faticherebbe a discostarsi dall’impressione positiva dovuta al valore iniziale³²⁴.

Tra l’altro, si evidenzia la connessione tra il meccanismo psicologico appena visto e l’ipotesi di pratica ingannevole enunciata dalla lett. v) dell’art. 23 cod. cons., consistente nel descrivere un prodotto come gratuito, senza oneri o simili se il consumatore deve pagare un sovrappiù rispetto all’inevitabile costo di rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare l’articolo.

L’A.G.C.M. e la giurisprudenza amministrativa, come più volte ribadito, attribuiscono al primo contatto col consumatore un ruolo di rilievo nella determinazione del suo comportamento. Si ritiene infatti sufficiente, nel sindacato dell’ingannevolezza, l’effetto di aggancio del consumatore, rimanendo irrilevanti le informazioni date dal professionista successivamente al primo contatto³²⁵.

Tra gli ultimi *biases* analizzati nel secondo capitolo abbiamo visto anche la *loss aversion*, cioè la tendenza dell’individuo a percepire maggiormente un’avversione alla perdita piuttosto che una propensione al guadagno³²⁶. Tale euristica è strettamente connessa allo *status quo bias*, ovvero l’ancoraggio a una situazione iniziale rispetto a cui ogni deviazione, ancorché economicamente favorevole, viene percepita come una perdita. Da ciò deriva che una comunicazione pubblicitaria può essere diversamente elaborata dal consumatore, a seconda che evidenzi l’as-

³²³ Evidenziano l’impatto sulla libertà del consumatore di tale pratica L.A. REISCH, M. ZHAO, *op. cit.*, p. 197.

³²⁴ In tal senso, vedi W.H. VAN BOOM, *op. cit.*, pp. 362-363.

³²⁵ Si rinvia al paragrafo 3.5.1.

³²⁶ C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 230.

senza di perdite piuttosto che la presenza di particolari vantaggi: si pensi all'ipotesi di un messaggio commerciale relativo a investimenti bancari che evidenzia i fattori che escludono una possibile perdita del denaro, piuttosto che le possibilità di guadagno del risparmiatore.

Al di fuori dei casi tipici di *biases* finora individuati dalla ricerca psicologica, deve altresì considerarsi la rilevanza di particolari stratagemmi di tipo audio-visivo costantemente impiegati nell'ambito della comunicazione commerciale. Si pensi a tutte quelle ipotesi in cui, all'interno della comunicazione commerciale, determinate informazioni rilevanti siano mascherate attraverso indicazioni che, per la dimensione dei caratteri e per la tempistica della comunicazione, sfuggono alla vista del consumatore. Ciò risulta particolarmente diffuso, per esempio, nelle pubblicità dei prodotti finanziari e assicurativi, dei medicinali, del gioco scommessa.

Sembra potersi ricondurre simili ipotesi al caso dell'omissione ingannevole di cui all'art. 22 cod. cons., o dell'azione ingannevole ex art. 21 per le modalità di presentazione del messaggio. La stessa prassi applicativa, come visto sopra, si è dimostrata particolarmente attenta alle forme poco chiare di presentazione delle informazioni, stigmatizzando ipotesi di ambiguità descrittiva³²⁷ e di comparazione non chiara anche a causa delle dimensioni del carattere³²⁸.

In conclusione, non appare irragionevole riflettere sull'opportunità di tenere in considerazione, nell'applicazione delle disposizioni consumeristiche, talune forme di condizionamento psicologico e cognitivo del comportamento del consumatore. In tal senso, accanto alle ipotesi più palesi di ingannevolezza, le autorità giudicanti potrebbero valutare come rilevanti anche quelle forme di ambiguità, tendenziosità e oscurità del messaggio meno evidenti, ma non per questo meno efficaci.

Evidentemente, in ipotesi simili rimarrebbe di difficile applicazione il "test di apprezzabilità", che rende rilevante la pratica ingannevole solo ove questa sia in grado di indurre il consumatore a una scelta che altrimenti non avrebbe preso. Ciononostante, anche se di per sé la manipolazione cognitiva non possa rappresentare un'autonoma causa di

³²⁷ A.G.C.M., PS/6302, 14 novembre 2012, Provv. n. 24046, cit.

³²⁸ A.G.C.M., PS/9082, 3 febbraio 2015, Provv. n. 25311, cit. e PS/8283, 31 ottobre 2012, Provv. n. 24032, cit.

scorrettezza pubblicitaria giuridicamente rilevante, potrebbe purtuttavia essere tenuta in considerazione nella valutazione di una pratica più articolata, quale indizio ulteriore di una sua particolare tendenziosità.

3.6. *La pubblicità aggressiva*

L’art. 24 cod. cons., in analogia con l’art. 8 dir. 05/29/CE, disciplina la pratica commerciale aggressiva, seconda categoria di pratiche scorrette. Mentre la fattispecie della condotta decettiva era già regolata dalle direttive sulla pubblicità ingannevole, recepite in Italia dal d.lgs. n. 74/92, solo con la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette la pratica aggressiva trova un suo autonomo riconoscimento³²⁹.

Secondo l’art. 24 del codice,

è considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, limiti o sia idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Si tratta, in altre parole, di un’attività commerciale che, attraverso varie modalità, più o meno coattive, limiti o sia in grado di limitare la libertà del consumatore in modo determinante (elemento “funzionale” della fattispecie). Deve trattarsi di modalità, diverse dall’inganno sulle caratteristiche del prodotto, idonee a determinare un effetto distorsivo

³²⁹ Una conferma può riscontrarsi nel considerando n. 11, che dispone che «la presente direttiva introduce un unico divieto generale di quelle pratiche commerciali sleali che falsano il comportamento economico dei consumatori. Essa stabilisce inoltre norme riguardanti le pratiche commerciali aggressive, che attualmente non sono disciplinate a livello comunitario». Cfr., sul tema, M.A. CARUSO, *Il telemarketing come pratica aggressiva e come atto di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 4-5, 2010, p. 365.

del comportamento del consumatore, legato alla limitazione della sua autodeterminazione³³⁰.

Ancora una volta, la *ratio* di una tutela elevata del consumatore ha indotto a una formulazione ampia e articolata della regola di divieto. Accanto alla “forza fisica”, tra le possibili modalità di aggressione il legislatore ha altresì indicato, forse peccando di ridondanza, le “molestie”, la “coercizione” e la categoria, dai contorni più sfuggenti, dell’“indebito condizionamento”. Le molestie – come d’altronde la coercizione, che semmai pare assumere una caratterizzazione più “violenta” – ricomprendono quelle forme di disturbo “fisico” perpetrate attraverso visite insistenti al domicilio, telefonate continue o realizzate in orari improbabili, o ancora intercettando il consumatore al di fuori dei locali commerciali.

Dal canto suo, l’indebito condizionamento è definito dall’art. 18, lett. *l*), del codice del consumo (e analogamente dall’art. 2 lett. *j*) della direttiva) come

sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole.

Da notarsi che, oltre alla libertà di scelta, la disposizione protegge la libertà “di comportamento” in modo autonomo³³¹. La decisione normativa potrebbe leggersi nel senso di attribuire una rilevanza giuridica al condizionamento aggressivo non solo dell’atto finale di acquisto, ma anche dell’insieme di comportamenti e decisioni antecedenti che hanno composto l’iter decisionale, o successivi rispetto allo stesso (si pensi al diritto di recesso).

³³⁰ Un’attenzione giuridica verso la pubblicità aggressiva poteva riscontrarsi già da tempo nel diritto tedesco, che interpretava tale fattispecie come atto di concorrenza sleale (§ 1 UWG), mentre in altri Paesi era stigmatizzata solo se rivolta in pregiudizio di specifici concorrenti. Sul punto, cfr. E. ULMER, F.K. BEIER, *La repressione della concorrenza sleale negli Stati membri della Comunità Economica Europea*, Milano, 1968, p. 197 ss.

³³¹ L’art. 24, infatti, utilizza la congiunzione “o”, separando chiaramente le due ipotesi.

In breve, è aggressiva quella pratica che abbia quale effetto, anche potenziale, di determinare un’indebita pressione sul consumatore, limitandone la libertà. È chiaro che il test di apprezzabilità di una pratica aggressiva che non consista (o non consista solo) in una palese costrizione fisica richiede un’attenta e difficile valutazione dell’idoneità a suscitare una reazione del consumatore, escludendo quelle molestie bagatellari assolutamente prive di efficacia condizionante.

Proseguendo, la disposizione successiva (art. 25 cod. cons. e art. 9 dir. 05/29/CE) indica i criteri in base ai quali valutare l’aggressività della pratica commerciale, i quali comprendono:

- a) i tempi, il luogo, la natura o la persistenza;
- b) il ricorso alla minaccia fisica o verbale;
- c) lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto;
- d) qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi a un altro professionista;
- e) qualsiasi minaccia di promuovere un’azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata.

L’ampia formulazione del primo criterio, di cui gli altri potrebbero rappresentare particolari specificazioni, consente un sindacato esteso e discrezionale della pratica, rivolto a tutti i fattori, anche di contesto. Inoltre, occorre rilevare la natura esemplificativa dell’elenco, come evidenziato in dottrina³³².

Per quanto riguarda la pubblicità, non può negarsi, per esempio, il ruolo determinante del luogo di trasmissione del messaggio, del mezzo di comunicazione utilizzato, del tono del *claim*, dei suoi contenuti, come dei relativi destinatari.

Alcune ipotesi di comunicazione commerciale aggressiva sono direttamente individuate dal legislatore come forme di pratiche presunti-

³³² F. CARONNA, *Tackling aggressive commercial practices: Court of Justice case law on the UCPD ten years on*, in *European Law Review*, 43 (6), 2018, p. 880 ss.

vamente scorrette. Si pensi al *telemarketing*, consistente nel contatto telefonico con finalità commerciale di una molteplicità di potenziali consumatori, posto in essere da un'azienda (c.d. *outbound*), spesso esternalizzando l'attività a un *call center* terzo. A volte è lo stesso cliente a contattare l'azienda attraverso un numero di telefono (c.d. *inbound*).

L'art. 26, lett. *c*) del codice del consumo vieta la pratica consistente nell'effettuare

ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale, fatti salvi l'articolo 58 e l'articolo 130 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

Secondo quanto previsto dalla disciplina sulla privacy e in particolare dall'art. 130 del d.lgs. n. 196/03 (codice della Privacy), le telefonate a scopi pubblicitari sono ammissibili solo con il consenso preventivo dell'utente (c.d. *opt-in*), analogamente alle *e-mail*, come si vedrà più avanti. Perché sia considerato scorretto, il telemarketing deve essere "persistent", come previsto dalla direttiva, e quindi consistere in continue, ripetute e sgradite sollecitazioni³³³. Oltre al mezzo telefonico, il telemarketing può essere effettuato tramite fax³³⁴, anche se ormai in disuso, o ancora mediante l'invio di email (c.d. *newsletter*), di cui parleremo nel paragrafo dedicato alla pubblicità su Internet.

Un'altra possibile forma di pubblicità aggressiva consiste nella vendita porta a porta (c.d. *doorstep selling*) oggetto di specifica attenzione da parte del legislatore, analogamente al *telemarketing*. In particolare, è in ogni caso scorretto, ai sensi dell'art. 26, lett. *b*).

effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché

³³³ Tra i numerosi casi contro compagnie telefoniche, cfr.: Provv. n. 1412626, in *Boll.* 83/2007; Provv. n. 1412610, in *Boll.* 83/2007; Provv. n. 1412557, in *Boll.* 83/2007.

³³⁴ Cfr., tra i casi di censura, da parte del Garante, di pubblicità indesiderate tramite fax: Provv. n. 1520217, in *Boll.* 95/2008; Provv. n. 1520243, in *Boll.* 95/2008; Provv. n. 1521775, in *Boll.* 95/2008.

nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell’esecuzione di un’obbligazione contrattuale.

Si tratta di una fattispecie ormai poco diffusa, ma comunque tendenzialmente rischiosa a causa dell’effetto sorpresa che una visita inaspettata può determinare sul consumatore.

Un’altra ipotesi di pratica in ogni caso aggressiva consiste nell’esortazione diretta ai minori affinché acquistino o inducano all’acquisto i genitori o altri adulti (art. 26, lett. *e*), cod. cons.). La previsione normativa stigmatizza lo sfruttamento del “nag factor”, basato sulla tecnica della ripetizione dei messaggi e della sollecitazione emotiva dei minori. Un analogo divieto si prevede, per la pubblicità televisiva, agli articoli 31 cod. cons. e 43 Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici (d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208), che vietano le televendite che esortino «i minorenni a persuadere genitori o altri ad acquistare» beni o servizi.

Tra le forme di comunicazione commerciale aggressiva, la Corte di giustizia ha ritenuto contrarie al diritto unionale quelle pubblicità che danno al consumatore l’impressione di aver già vinto un premio, mentre in realtà, per ottenere informazioni sulla natura del premio o per conseguirlo, si richiede al consumatore di sostenere un determinato costo³³⁵.

In un altro caso analogo – ricondotto dalla Corte all’ipotesi di pratica in ogni caso aggressiva di cui al n. 31 dell’Allegato I dir. 05/29 (a cui corrisponde la lett. *h*) dell’art. 26 del codice del consumo)³³⁶ – la giurisprudenza europea ha riconosciuto l’esistenza, soprattutto in determinate ipotesi specifiche, di un possibile sfruttamento, da parte dei pro-

³³⁵ CGUE., 15 marzo 2012, C-453/10, *Jana Perenicová, Vladislav Perenic c. SOS financ, spol s.r.o.*, ECLI:EU:C:2012:144.

³³⁶ L’art. 26, lett. *h*) del codice vieta, quale pratica in ogni caso aggressiva, quella consistente nel «lasciare intendere, contrariamente al vero, che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente oppure che qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore».

fessionisti, di determinati effetti psicologici al fine di indurre il consumatore a fare una scelta non sempre razionale³³⁷.

Al di fuori delle ipotesi di *telemarketing* e di *doorstep selling*, nelle quali può pure individuarsi una forma di coercizione e di molestia, la figura della pubblicità aggressiva sembra sposarsi maggiormente con l'area dell'indebito condizionamento di cui all'art. 18, lett. l) del codice del consumo. Dalla lettura della disposizione notiamo che il legislatore ha inteso configurare una forma autonoma di aggressività, consistente in una pressione che, pur non fisica, sia comunque in grado di pregiudicare l'autodeterminazione consumeristica; in altre parole, una forma di manipolazione psicologica³³⁸.

Il TAR Lazio ha ammesso la possibilità di "un'indebita pressione psicologica che pregiudichi la libertà di scelta del consumatore", ritenendo necessaria, perché vi sia una pratica aggressiva vietata, una diretta relazione tra il professionista e il consumatore³³⁹. Relazione che può dirsi instaurata al primo contatto tra le parti, mediante messaggio pubblicitario o altra pratica commerciale.

Nel contesto autodisciplinare, è stata ritenuta aggressiva la pubblicità di un uomo che impugnava un paio di forbici in un atteggiamento che evocava l'evirazione³⁴⁰, confermando la possibilità di stigmatizzare comunicazioni che determinino indebite pressioni di natura psicologica.

Considerando il punto di vista della dottrina, mentre, per quanto ancora embrionale, una riflessione sembra aver preso forma intorno ai riflessi degli studi di economia comportamentale sui *bias* cognitivi sul piano dell'ingannevolezza di pubblicità sia pur non letteralmente scorrette, minore attenzione è stata rivolta alle forme di manipolazione psicologica che aggrediscono la libertà del consumatore. Alcuni studiosi

³³⁷ Cfr. CGUE, 18 ottobre 2012, C-428/2011, paragrafi 38-49, *Purely Creative Ltd and Others v Office of Fair Trading*, ECLI:EU:C:2012:651. Per approfondimenti, vedi J. TRZASKOWSKI, *Lawful Distorsion of Consumer Economic Behaviour: Collateral Damage Under the Unfair Commercial Practices Directive*, in *European Business Law Review*, 27, I, 2016, p. 25 ss.

³³⁸ Il concetto di indebito condizionamento è stato interpretato anche come sfruttamento di preoccupazioni ed emozioni da parte di alcune autorità nazionali in applicazione di altre disposizioni. Vedi, in tal senso, C. WILLET, *op. cit.*, p. 260.

³³⁹ TAR Lazio, sez. I, 15 giugno 2009, n. 5629, inedita.

³⁴⁰ Giurì n. 4/93.

hanno dimostrato un certo interesse verso il tema della manipolazione psico-emotiva: tra gli stessi, vi è chi ha tentato di rintracciare, all'interno della normativa sulle pratiche commerciali, un riferimento che possa confermare la plausibilità di una tale interpretazione³⁴¹. Sembra potersi riscontrare una certa unanimità di vedute sul fatto che il principale punto di riferimento normativo sia, come detto sopra, l'“indebito condizionamento”.

Rimane da comprendere come individuare le pressioni psicologiche potenzialmente rilevanti ai fini dell'applicazione del divieto normativo. Questione certamente spinosa, considerato che si tratta di materia dai connotati sfuggenti, non univocamente riscontrabili, spesso dipendenti da fattori soggettivi che non permettono una categorizzazione, a detrimento della necessaria certezza del diritto. Cionondimeno, la considerazione delle componenti psichiche può risultare d'aiuto all'interprete che valuti la presenza di un indebito condizionamento di una pratica pubblicitaria. Si pensi, per esempio, alla pubblicità suggestiva: certo, come si è giustamente rilevato³⁴², non sempre è semplice distinguere nella comunicazione pubblicitaria tra suggestione e informazione, essendo le stesse spesso commiste. Vi è da dire, però, che guardando alle attuali forme di pubblicità, non appare difficoltosa l'individuazione di casi in cui l'aspetto informativo è totalmente rimpiazzato da un puro ricorso a tematiche e rappresentazioni con una forte carica emotiva, che spesso nulla hanno a che vedere con quanto venduto³⁴³. L'insieme di questi elementi potrebbe assumere una certa rilevanza nella valutazione del carattere “indebito” dell'eventuale condizionamento commerciale.

Condizionamento che potrebbe risultare indebito, secondo un approccio *behavioural*, in ragione della ripetizione e insistenza del mes-

³⁴¹ Sul tema, cfr.: F. CARONNA, *op. cit.*, p. 12 ss.; R. CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit., p. 6; M. FUSI, *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, cit.; R. INCARDONA, C. PONCIBÒ, *op. cit.*, p. 28; J. TRZASKOWSKI, *Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practises Directive*, cit., p. 384 ss.; C. WILLET, *op. cit.*, p. 260 ss.

³⁴² M. FUSI, *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, cit., p. 5 ss.

³⁴³ È il caso di ricordare che, come visto nel primo capitolo, grazie al *neuromarketing* la pubblicità può essere testata nella sua efficacia proprio verificando sperimentalmente se e in che misura la stessa è in grado di attivare quelle zone del cervello deputate all'emozione.

saggio, o per il particolare orario o per il contesto in cui lo stesso viene veicolato, ancora per la sua capacità di integrarsi armonicamente con i contenuti della dimensione che lo ospita (si pensi al c.d. “native advertising” digitale). Inoltre, la scorrettezza potrebbe trovare conferma nell’intensità dell’aggressione psicologica, in particolare per quei prodotti che, come i cosmetici o le bevande alcoliche, sono rivolti a consumatori particolarmente vulnerabili a causa delle proprie condizioni fisiche e psichiche, o della propria credulità³⁴⁴. Si pensi anche alla pubblicità della lotteria e delle scommesse, a quella dei prodotti liturgici e magici, o ancora a quella dei medicinali.

In conclusione, pur ammettendo la legittimità del naturale ricorso alla suggestione emotiva, tipico della struttura persuasiva del messaggio pubblicitario, non può escludersi a priori la rilevanza, in termini di indizio o di aggravante di una pratica aggressiva, del ricorso a indebite pressioni di natura psico-emotiva, soprattutto per le pubblicità destinate a consumatori particolarmente vulnerabili. Nel contesto della valutazione, l’elemento informativo della comunicazione potrebbe rappresentare un contrappeso idoneo a rendere il condizionamento non indebito, nella misura in cui restituisca al consumatore la consapevolezza necessaria a renderlo meno sensibile alle pressioni della pubblicità.

³⁴⁴ Il legislatore vieta lo sfruttamento della credulità includendo nelle pratiche in ogni caso ingannevoli ai sensi dell’art. 23 cod. cons., lett. *r*) ed *s*), quelle consistenti nell’«affermare che alcuni prodotti possono facilitare la vincita in giochi basati sulla sorte» e nell’«affermare, contrariamente al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni».

CAPITOLO IV

LA PUBBLICITÀ LESIVA DEGLI INTERESSI DEI PROFESSIONISTI

SOMMARIO: 4.1. *La disciplina pubblicitaria a tutela dei professionisti.* 4.2. *Gli atti di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c. posti in essere con la comunicazione commerciale e le ipotesi corrispondenti del sistema autodisciplinare.* 4.2.1. *La pubblicità con imitazione scorretta ai sensi dell'art. 2598, n. 1, c.c. e dell'art. 13 del codice di autodisciplina della comunicazione commerciale.* 4.2.2. *La pubblicità denigratoria.* 4.2.3. *L'appropriazione di pregi altrui.* 4.2.4. *La pubblicità sleale per violazione dei principi di correttezza professionale.* 4.3. *La pubblicità ingannevole e scorretta-comparativa di cui al d.lgs. n. 145/2007.* 4.3.1. *La pubblicità ingannevole lesiva degli interessi dei professionisti.* 4.3.2. *La pubblicità scorretta comparativa.* 4.4. *Pubblicità e tutela del diritto d'autore.*

4.1. *La disciplina pubblicitaria a tutela dei professionisti*

La pubblicità rappresenta uno degli strumenti principali, se non il più importante, mediante i quali i professionisti partecipano, in competizione tra loro, al gioco economico del libero mercato, cercando di stimolare la domanda dei beni e servizi venduti.

Espressione della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 della Costituzione, la pubblicità deve esplicarsi nel rispetto dell'utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana. In questo senso, la libertà di impresa non è assoluta, ma deve essere controbilanciata dagli interessi dei consumatori da un lato e da quelli degli imprenditori concorrenti dall'altro.

È interessante osservare che, fino alla metà del secolo scorso, la pubblicità era giuridicamente inquadrata considerando *in primis* la questione della correttezza nei rapporti tra imprese, mentre la protezione del consumatore veniva perseguita esclusivamente quale riflesso conseguenziale di una equa regolazione della concorrenza. Solo successiva-

mente, verso la fine del secolo XIX, la protezione del consumatore è divenuta oggetto di una tutela autonoma da parte dell'ordinamento europeo e nazionale, resa necessaria dall'incessante moltiplicarsi e diversificarsi dei prodotti e dei relativi mercati e, conseguentemente, dei rischi di un abuso a danno della parte debole del rapporto commerciale, come evidenziato nelle pagine di Tullio Ascarelli¹.

Appare evidente, in ogni caso, come si tratti di due valori – quello della correttezza concorrenziale e quello della protezione consumeristica – fatalmente interconnessi, dove la protezione dell'uno si riverbera positivamente sull'altro. In sostanza, l'interesse del consumatore a non veder pregiudicato il proprio comportamento economico può ben intersecarsi con l'interesse dei professionisti a non subire pregiudizio da comportamenti anticoncorrenziali: si pensi a una pubblicità ingannevole che induca i consumatori a preferire i beni di un'impresa facendo affidamento su qualità inesistenti, riconoscibili invece in prodotti concorrenti su cui un'altra impresa ha seriamente investito.

Proprio con riguardo alla pubblicità ingannevole, il Consiglio di Stato, a conferma di quanto sopra detto, è intervenuto affermando che il relativo divieto nei rapporti *business to business*, oltre a essere prescritto dal diritto europeo, persegue l'interesse costituzionalmente rilevante alla realizzazione di un mercato aperto, competitivo e libero da interferenze indebite. Tale limite non costituisce una restrizione alla libertà di iniziativa economica, ma vale anzi a renderla effettiva, dando attuazione, sotto questo profilo, all'art. 41 Cost.².

¹ Tra i moltissimi contributi del noto giurista sui temi del diritto commerciale e della protezione consumeristica, cfr.: T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 53, 1952, p. 47 ss.; ID., *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore (prolusione al corso di Diritto industriale nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma del 27 novembre 1953)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 873 ss.; ID., *Ordinamento giuridico e processo economico (trad. del discorso pronunciato a Bruxelles il 14 giugno 1958 a chiusura del secondo Congresso internazionale di diritto sociale)*, in *Riv. dir. lav.*, I, 1958, p. 275 ss. Si rinvia, per una panoramica sul pensiero del noto civilista, a M. BARELA, *La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)*, in *Riv. dir. ind.*, 3, 2019, p. 171 ss.

² Cons. St., sez. VI, 14 settembre 2018, n. 5396, in *Banca dati Dejure*.

In questa sede ci concentreremo sulle possibili derive di una pratica pubblicitaria lesiva degli interessi dei professionisti concorrenti, a scapito della correttezza delle dinamiche del libero mercato. Dal punto di vista giuridico, viene in rilievo la categoria tradizionale, di matrice civilistica, degli atti di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 del codice civile. La disposizione, dettata in generale per qualsiasi forma di scorrettezza imprenditoriale, ha trovato, soprattutto in passato, ampia applicazione per il fenomeno pubblicitario.

Occorrerà poi far riferimento alla disciplina espressamente dedicata alla pubblicità ingannevole e a quella scorretta comparativa a tutela dei professionisti, contenuta nel d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, in cui è confluito il d.lgs. n. 74/92. Attraverso tale intervento normativo sono state espunte dal codice del consumo le regole a tutela delle imprese concorrenti, ora ordinate in un'unica fonte normativa.

Anche il codice di autodisciplina della comunicazione commerciale dedica talune disposizioni alla protezione dei professionisti, vietando: l'imitazione pubblicitaria e lo sfruttamento degli elementi quali nome, marchio, notorietà e immagine altrui (art. 13); la denigrazione delle attività, imprese o prodotti di concorrenti (art. 14); la comparazione sleale (art. 15).

A una lettura complessiva, il *corpus* di regole che compone il diritto della pubblicità a tutela delle imprese appare alquanto frammentario, a tratti ridondante e privo di un coerente coordinamento. Ciononostante, si registra una tendenziale confluenza su quelle che risultano essere le condotte oggetto di stigmatizzazione, le quali saranno analizzate nel prosieguo, secondo i diversi parametri normativi.

In chiusura di capitolo, uno sguardo sarà rivolto al fenomeno pubblicitario secondo il prisma delle regole in materia di diritto d'autore, sia quale oggetto di tutela sia in quanto possibile mezzo per la violazione degli interessi altrui.

4.2. *Gli atti di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c. posti in essere con la comunicazione commerciale e le ipotesi corrispondenti del sistema autodisciplinare*

La pubblicità scorretta può integrare un atto di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598 c.c., primo compiuto intervento statale di contenimento della libertà di iniziativa economica privata, precursore dell'impostazione solidaristica che verrà data dalla carta costituzionale all'art. 41³. Tale necessità è stata a lungo tempo ignorata dalla legislazione italiana, che nel codice del Commercio del 1882 non prevedeva nessuna disposizione a riguardo, costringendo la giurisprudenza a ricorrere alla fattispecie dell'illecito civile extracontrattuale per poter sanzionare eventuali atti concorrenziali "disonesti"⁴.

A una iniziale centralità delle disposizioni del codice del 1942 è seguita una successiva articolazione dell'impianto normativo a tutela della correttezza concorrenziale, che ha visto l'affiancarsi di diverse fonti speciali, tra cui quelle in materia di segni distintivi, di pubblicità ingannevole e comparativa, di pratiche commerciali scorrette e di *antitrust*. Il comune denominatore di tale complesso sistema di regole consiste nel regolare la competizione mercantile in modo che la stessa non si traduca in guerra arbitraria tra concorrenti, a salvaguardia degli stessi principi del libero mercato, posti a tutela proprio del ceto imprenditoriale. Con tale finalità, l'art. 2598 c.c. da un lato introduce due divieti specifi-

³ Per approfondimenti sul tema, si rinvia a: G.G. AULETTA, *Della concorrenza sleale*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Libro V, articoli 2555-2642, Bologna, 1956, p. 355 ss.; P. AUTERI, G. FLORIDIA, V.M. MANGINI, G. OLIVIERI, M. RICOLFI, R. ROMANO, P. SPADA, *Diritto Industriale. Proprietà Intellettuale e concorrenza*, Torino, 2016; G. GHIDINI, voce *Concorrenza sleale*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, III, Milano, 1999, p. 378 ss.; ID., *Della concorrenza sleale (artt. 2598-2601)*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 1991, p. 4 ss.; G. MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, in G. GROSSO, F. SANTORO-PASSARELLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milano, 1965, p. 14 ss.; L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, in G. ALPA, G. CONTE (a cura di), *op. cit.*, p. 191 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982.

⁴ C. SIGNORINI, *Concorrenza sleale e pratiche commerciali scorrette*, in G. GHIDINI, G. CAVANI (a cura di), *Lezioni di diritto industriale*, Milano, 2014, p. 112 ss.

ci di concorrenza sleale ai numeri 1 e 2 e dall'altro prevede una clausola generale di chiusura al n. 3, idonea a contrastare le più svariate forme di scorrettezza commerciale.

Dalla violazione della disposizione deriva una responsabilità civile, la quale differisce dalla disciplina generale di cui all'art. 2043 c.c. per il fatto che l'atto di concorrenza sleale è illecito a prescindere dalla sussistenza del danno e dalla dimostrazione dell'elemento soggettivo (considerati *in re ipsa*). Se ne è dedotta la funzione preventiva della disciplina della concorrenza sleale, rispetto a cui il rimedio del risarcimento del danno sarebbe soltanto eventuale⁵. A quest'ultimo, mirante alla reintegrazione patrimoniale del concorrente leso, si affianca il rimedio inibitorio, volto a ristabilire le condizioni di una concorrenza leale.

Si tratterebbe, dunque, di un illecito di pericolo, in cui è sufficiente che il comportamento imprenditoriale sia idoneo a cagionare un danno a un concorrente secondo una valutazione *ex ante*, collocata al momento del compimento dell'atto, e in concreto, che tenga quindi conto di tutte le circostanze del caso.

L'operatività dell'art. 2598 c.c. è subordinata alla contemporanea presenza di due requisiti soggettivi: le parti coinvolte devono entrambe esercitare un'attività d'impresa⁶, con ciò intendendosi non solo il possesso dei caratteri previsti dall'art. 2082 c.c. per la qualifica di imprenditore⁷, ma più in generale che esse abbiano una organizzazione stabile, operino secondo criteri di economicità e competano nel mercato commerciando beni e servizi⁸; le imprese devono trovarsi in un rapporto di concorrenza⁹, attuale o anche potenziale, tale che possa esservi un rischio di sviamento della clientela.

La disposizione è applicabile anche agli atti posti in essere da soggetti legati all'imprenditore, purché quest'ultimo se ne avvantaggi¹⁰. In

⁵ L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, cit., p. 195.

⁶ Così, *ex multis*, Cass., 9 agosto 2007, n. 17459, in *Riv. dir. ind.*, 3, II, 2008, p. 150 ss., con nota di S. Peron.

⁷ Secondo l'art. 2082 c.c. «è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi».

⁸ Così Trib. Milano, sez. impresa, 6 giugno 2017, n. 6359, in *Dir. e giust.*, 2017.

⁹ Cass., 8 settembre 2003, n. 13071, in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 9.

¹⁰ Cass., 20 marzo 2006, n. 6117, in *Giust. civ. mass.*, 3, 2006.

tal caso, il terzo risponderà in solido con l'imprenditore, secondo quanto previsto dall'art. 2055 del codice.

Quanto al rapporto concorrenziale, questo può configurarsi quando le imprese offrono prodotti identici, affini o comunque fungibili e si rivolgono alla medesima clientela, effettiva o potenziale¹¹. Può aversi un rapporto di concorrenza anche tra imprese che operino in diversi stadi della catena distributiva, ove vi sia comunque un conflitto potenziale rispetto alla clientela finale¹².

In merito alla relazione tra le ipotesi previste ai numeri 1 e 2 dell'art. 2598 c.c. – quella degli atti confusori e quelle dell'appropriazione di pregi e della denigrazione – e la clausola di chiusura di cui al numero 3, è pacifico che tutte condividano il requisito dell'idoneità al pregiudizio della condotta. Divergenze si registrano invece con riguardo al requisito della "contrarietà ai principi della correttezza professionale", previsto esclusivamente dalla clausola residuale: mentre la dottrina sembra propendere, non senza dibattiti, verso un'interpretazione unitaria secondo cui tale requisito sarebbe oggetto di presunzione nelle ipotesi indicate ai numeri 1 e 2¹³; invece in giurisprudenza prevarrebbe la posizione che distingue tra le suddette ipotesi e la clausola generale, la quale avrebbe una funzione residuale e poggerebbe su presupposti diversi rispetto alle prime, da accertare caso per caso¹⁴.

Il rinvio, da parte dell'art. 2598, n. 3, c.c., ai principi della correttezza professionale comporta la necessità di far riferimento a un insieme di regole esterne rispetto a quelle legislative, da taluni individuate nella prassi di settore, da altri nelle regole deontologiche. Vi è chi, invece, ha interpretato la clausola come regola suscettibile di essere integrata secondo i principi stessi dell'ordinamento giuridico, desunti direttamente dall'art. 41 della Costituzione¹⁵.

¹¹ Così Cass. Civ., 21 gennaio 2004, n. 988, in *I Contratti*, 7, 2004, pp. 707-714, con nota di L. Castelli, *Patto di non concorrenza e livelli diversi di mercato*.

¹² Cass., 23 marzo 2012, n. 4739, in *Giust. civ. mass.*, 3, 2012, p. 395.

¹³ L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, cit., p. 203.

¹⁴ Cass., 22 ottobre 2003, n. 15761, in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 10.

¹⁵ Per una ricostruzione dei diversi filoni interpretativi, cfr. L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, cit., p. 205 ss.

Quanto all'ambito pubblicitario, la giurisprudenza – che in linea generale propende per l'eterointegrazione delle disposizioni normative – ha riconosciuto, nella valutazione della correttezza professionale di cui al n. 3, un'importanza centrale alle regole dell'autodisciplina¹⁶, espressione dell'etica commerciale e professionale.

4.2.1. La pubblicità con imitazione scorretta ai sensi dell'art. 2598, n. 1, c.c. e dell'art. 13 del codice di autodisciplina della comunicazione commerciale

L'art. 2598, n. 1, c.c. proibisce l'uso di nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o i segni distintivi legittimamente usati da altri, l'imitazione servile dei prodotti di un concorrente, nonché il compimento, con qualsiasi altro mezzo, di atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente.

Si parla, sinteticamente, di concorrenza sleale “confusoria”, la quale può concretizzarsi – salvo che per l'imitazione servile dei prodotti altrui – in un'attività comunicativa come quella pubblicitaria. La condotta commerciale che ingenera confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente è ipotesi potenzialmente rilevante, quale pratica ingannevole, anche ai sensi dell'art. 21, co. 2, lett. a), del codice del consumo, nonché, ove integri una forma di comparazione, ai sensi del d.lgs. 145/2007.

L'art. 2598 c.c. protegge l'interesse degli imprenditori alla leale differenziazione sul mercato, cioè a evitare che un concorrente possa avvantaggiarsi sfruttando indebitamente i risultati di strategie e politiche commerciali altrui. Come suggerito dall'incipit, l'art. 2598 c.c. si pone quale regolazione integrativa delle disposizioni speciali dettate in materia di proprietà industriale, pur rimanendo autonoma quanto a presupposti applicativi.

È necessario, e al contempo sufficiente, che gli atti posti in essere dall'impresa concorrente siano idonei a creare confusione, secondo le circostanze concrete, sulla collettività di consumatori, mentre non oc-

¹⁶ Cass., 15 febbraio 1999, n. 1259, in *Giust. civ. mass.*, 1999, p. 345.

corre che sia raggiunto l'effetto confusorio¹⁷. Tale requisito distingue le condizioni per l'applicazione dell'art. 2598 c.c. rispetto alla disciplina, applicabile anche al fenomeno pubblicitario, in materia di diritto d'autore¹⁸.

Nella valutazione dell'idoneità a creare confusione, occorre prendere come punto di riferimento soggettivo il consumatore medio, allo stesso modo della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, facendo salva la possibilità di individuare un particolare *target* di consumatori, a seconda del tipo di prodotto o servizio venduto¹⁹.

Non può considerarsi illegittima una pubblicità che, pur imitando un concorrente, non sia idonea a confondere la collettività, per esempio perché l'imitazione riguarda elementi marginali e non identificativi²⁰, o estremamente generici²¹. È necessario, in altre parole, che il segno imitato – sia esso un segno distintivo tipico, come la ditta, l'insegna o il marchio, o atipico come un qualsiasi altro segno grafico, per esempio una forma o un colore – possieda una capacità distintiva dell'impresa concorrente presso il pubblico di destinatari del prodotto o servizio commercializzato.

L'imitazione deve avere a oggetto elementi originali, caratterizzati da una certa diversità, curiosità e singolarità stilistica. Tale condizione implica logicamente che l'oggetto imitato sia stato pubblicizzato prima di quello imitante (c.d. priorità d'uso) e che se ne possa conservare un sufficiente ricordo. Come suggerito dalla disposizione, d'altronde, deve trattarsi di segni concretamente utilizzati da un'altra impresa, legittimata a sua volta dall'assenza di qualsivoglia violazione di diritti altrui.

Il carattere confusorio deve essere accertato con riguardo al mercato di riferimento, ossia a quello nel quale, secondo la natura dell'attività economica e il tipo di prodotti venduti, l'impresa operi in rapporto di

¹⁷ La presenza di episodi concreti di confusione potrà valere come conferma dell'idoneità a confondere della condotta. Cfr. Cass., 4 giugno 2008, n. 14793, in *Foro it.*, 7-8, I, 2008, p. 2110.

¹⁸ Trib. Torino, 11 ottobre 2013, in *Redaz. Giuffrè*, 2013.

¹⁹ Trib. Roma, 10 febbraio 2006, in *Riv. dir. ind.*, 2, 2006, p. 148.

²⁰ In giurisprudenza, cfr.: Trib. Roma, 14 giugno 2021, n. 10311, in *Redaz. Giuffrè*, 2021; App. Milano, 3 luglio 1992, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1992, p. 742.

²¹ Trib. Napoli, 5 dicembre 2008, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1, 2008, p. 1186.

possibile competizione con altri professionisti²². Per quanto riguarda la pratica pubblicitaria, è stato stigmatizzato l'utilizzo di nomi²³, slogan²⁴ o espressioni²⁵ già usate da altri, o comunque di elementi grafici tali da identificare la pubblicità di un concorrente²⁶. È stata quindi ricondotta al divieto di cui all'art. 2598, n. 1, c.c. l'imitazione confusoria della pubblicità altrui, per la ragione che anche la pubblicità rappresenterebbe un elemento imprenditoriale distintivo, ancorché non oggetto di privata industriale.

Non integra gli estremi di concorrenza sleale, invece, l'utilizzo di un medesimo concetto alla base di una campagna pubblicitaria se, al di là delle corrispondenze nella concezione e nella rappresentazione del messaggio, il risultato espressivo del modello pubblicitario non sia oggetto di imitazione confusoria²⁷.

La pubblicità come imitazione scorretta è oggetto di considerazione anche in ambito autodisciplinare. L'art. 13 del codice di autodisciplina vieta l'imitazione servile della comunicazione commerciale e qualsivoglia sfruttamento di elementi identificativi altrui in modo da ottenerne un ingiustificato profitto.

Il divieto si applica, diversamente dall'art. 2598 c.c., anche quando l'imitazione riguardi prodotti non in diretta concorrenza e a prescindere dal pericolo di confusione, che semmai pare conferire, dal tenore della regola autodisciplinare ("specie se"), un maggiore rigore di giudizio²⁸. L'elemento confusorio, secondo la disposizione autodisciplinare, assu-

²² Sul punto, cfr.: Trib. Milano, 15 dicembre 2017, in *Foro it.*, 7-8, I, 2018, p. 2528; Corte App. Napoli, 20 gennaio 2010, inedita.

²³ Cass., 5 febbraio 1988, n. 1264, in *Giust. civ.*, I, 1988, p. 1180.

²⁴ App. Milano, 25 febbraio 1972, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1972, p. 77.

²⁵ Vedi, tra gli esempi giurisprudenziali: Trib. Torino, 8 aprile 2005, in *Sez. Spec. P.I.*, 1, 2005, p. 379; Trib. Catania, 19 novembre 1991, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1991, p. 1109.

²⁶ App. Firenze, 13 gennaio 1972, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1972, p. 355.

²⁷ Così Trib. Roma, 14 febbraio 2014, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1, 2016, p. 790.

²⁸ Così anche G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso*, cit., p. 172.

me un valore soltanto eventuale, quale aggravante della condotta stigmatizzata²⁹.

Il Giurì di autodisciplina, analogamente alla giurisprudenza nazionale, ha escluso l'applicazione dell'art. 13 cod. aut. quando manchi l'originalità del messaggio imitato, ove appunto presenti rappresentazioni analoghe a quelle già utilizzate in passato. La disposizione in esame proteggerebbe, infatti, la pubblicità anche come creazione intellettuale e artistica³⁰, contro condotte altrui che possano svilirne il valore comunicativo e gli aspetti salienti³¹.

In altre parole, a essere tutelata è l'efficacia promozionale della pubblicità, il cui utilizzo continuo e disparato rischia di pregiudicarne il fascino presso il pubblico³². Vi è da dire che sono stati considerati originali *claim* dal contenuto tendenzialmente semplice, come le espressioni: "più buono" per prodotti dolciari³³; "allarme anti stress" per un antifurto³⁴; "crescere" abbinata a un passeggino³⁵; "no perditempo"³⁶; "l'America ai tuoi piedi"³⁷.

Tra gli esempi di messaggi pubblicitari vietati ai sensi dell'art. 13, si ricordano: l'espressione "Biancometro", imitante "bianxometro"³⁸; il *claim* "Seat sì", imitante "Campari soda sì"³⁹; la frase "there are no limits", a imitazione di "no limits"⁴⁰. È stata invece negata la tutela per mancanza di creatività e di originalità in altre circostanze, come per esempio: per l'espressione "2 in 1"⁴¹; per la dicitura "capi come nuo-

²⁹ Come affermato già nella prima decisione del Giurì di autodisciplina (Giurì n. 1/66).

³⁰ Giurì n. 125/92.

³¹ Così Giurì n. 113/95.

³² Giurì n. 104/2002 e n. 314/2000.

³³ Giurì n. 1/2001.

³⁴ Giurì n. 56/92.

³⁵ Giurì n. 122/2004.

³⁶ Giurì n. 263/2001.

³⁷ Giurì n. 27/85.

³⁸ Giurì n. 121/2001.

³⁹ Giurì n. 33/94.

⁴⁰ Giurì n. 154/90.

⁴¹ Giurì n. 226/97.

vi”⁴²; per il *claim* “ovunque. Per tutti”⁴³; per la rappresentazione del prezzo basso attraverso un cane bassotto⁴⁴; per il *claim* “porta a casa il grande cinema”⁴⁵; per la rappresentazione di una mucca che lecca una persona in faccia⁴⁶; per la rappresentazione di bolle di sapone⁴⁷.

Come evidenziato in dottrina⁴⁸, la protezione della disposizione autodisciplinare non equivale a quella prevista dal diritto d’autore. A differenza di quest’ultima – che tutela solo la forma espressiva di un’idea – la regola autodisciplinare guarda anche al nucleo concettuale e ideale della pubblicità, a prescindere dalla sua rappresentazione e dalla forma espressiva.

Sono state considerate, per esempio, oggetto di protezione semplici idee, tra cui: l’idea di un test per la carta assorbente dei pannolini⁴⁹; l’idea di rendere antropomorfo un organo sensoriale⁵⁰; l’idea di essere trasportati in un altro mondo attraverso il semplice consumo di caffè⁵¹. È stata invece negata protezione alla rappresentazione, non ritenuta originale, di un mouse di computer come topo o altro animale⁵².

Occorre precisare che oggetto della protezione non è esclusivamente il contenuto pubblicitario in sé considerato, ma principalmente il messaggio sottostante. In tal senso, la rappresentazione di medesimi elementi può non integrare un’imitazione scorretta ove idonea a veicolare due messaggi differenti⁵³; allo stesso modo, due rappresentazioni graficamente differenti possono risultare identiche nel messaggio sottostante⁵⁴.

Il divieto è applicabile anche al caso di rappresentazioni di immagini analoghe (per gesti, atti o altri elementi peculiari) a quelle utilizzate

⁴² Giurì n. 144/2007.

⁴³ Giurì n. 103/2006.

⁴⁴ Giurì n. 66/2010.

⁴⁵ Giurì n. 264/2001.

⁴⁶ Giurì n. 221/2003.

⁴⁷ Giurì n. 93/72.

⁴⁸ M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 254.

⁴⁹ Giurì n. 26/79.

⁵⁰ Giurì n. 60/2008.

⁵¹ Giurì n. 31/2015.

⁵² Giurì n. 170/2000.

⁵³ Giurì n. 131/2006.

⁵⁴ Giurì n. 81/2016.

commercialmente da concorrenti⁵⁵, mentre in altri casi la tutela è stata esclusa per l'utilizzo di elementi visivi sfruttati precedentemente in altre pubblicità⁵⁶. Ancora, sono state protette talune rappresentazioni semplicemente per la particolare inquadratura utilizzata⁵⁷, o per il ricorso a una medesima tematica a distanza di poco tempo⁵⁸.

In altre ipotesi le soluzioni di natura meramente tecnica sono state escluse dalla tutela, in quanto espressione di nozioni comunemente accessibili, per esempio nel caso della fotografia sgranata⁵⁹ o della ripresa a rallentatore⁶⁰.

L'aggravante del rischio di confusione presso il pubblico dei consumatori è stata ritenuta sussistente, tra i vari casi, per il claim "zero limits", utilizzato da un operatore telefonico a imitazione di uno precedente⁶¹, come pure per la rappresentazione di un cameriere in vestito rosso, emblematica della pubblicità di un concorrente⁶². Si è escluso, invece, il rischio di confusione nel caso di due pubblicità di detergenti intimi che, pur rappresentando entrambe l'immagine di una donna che cambiava colore, possedevano una diversa struttura narrativa e, a monte, una differente idea pubblicitaria⁶³.

Allo stesso modo, è legittimo l'utilizzo della stessa espressione declinata però in modo diverso⁶⁴, o di una medesima immagine con modalità realizzative totalmente differenti⁶⁵.

Quanto al requisito della priorità d'uso, a differenza della tutela approntata dalla legge sul diritto d'autore, a essere protetto in sede autodisciplinare non è l'autore del pezzo originale, ma colui che per primo ne faccia, appunto, un utilizzo commerciale. In altre parole, l'idea pubbli-

⁵⁵ Giuri n. 38/2016 e n. 7/1982.

⁵⁶ Giuri n. 108/2008.

⁵⁷ Giuri n. 49/83.

⁵⁸ Giuri n. 93/2003. Ha escluso l'applicazione dell'art. 13 in ragione della diversità tra le idee pubblicitarie Giuri n. 3/98.

⁵⁹ Giuri n. 19/72.

⁶⁰ Giuri n. 19/86.

⁶¹ Giuri n. 77/2010.

⁶² Giuri n. 216/1996

⁶³ Giuri n. 35/2013.

⁶⁴ Giuri n. 141/2010.

⁶⁵ Giuri n. 132/2004.

citaria deve essere stata già diffusa al pubblico⁶⁶ e in particolare al pubblico del mercato di riferimento⁶⁷.

Inoltre, dal momento che a essere protetta è la reminiscenza di un messaggio commerciale da parte del pubblico, è bene che la creazione pubblicitaria sia ancora impressa nell'immaginario collettivo⁶⁸. Non sussiste pertanto violazione nel caso in cui la pubblicità passata, per l'occasionalità della sua rappresentazione o per la lontananza nel tempo, non possa ritenersi più di interesse per la collettività di consumatori e, conseguentemente, per l'impresa imitatrice⁶⁹.

Il messaggio non ancora divulgato potrà trovare protezione solo in un caso eccezionale. Sul punto, deve menzionarsi l'art. 44 del codice di autodisciplina, che regola gli "annunci di pre-emption", c.d. anche "annunci civetta". Si tratta di quelle comunicazioni di messaggi pubblicitari in forma sintetica antecedenti all'inizio della vera e propria campagna, registrati presso l'IAP in modo da consentire l'individuazione di una priorità d'uso.

Dato l'abuso con cui si è fatto ricorso a tale strumento, l'art. 44 ha stabilito che, ai fini della tutela degli elementi creativi della comunicazione commerciale, i messaggi isolati utilizzati come anticipazione a protezione di una futura campagna pubblicitaria debbano essere depositati secondo le modalità previste dal regolamento per il deposito degli avvisi di protezione. Quest'ultimo stabilisce particolari requisiti formali e temporali sul deposito, distinguendo tra pubblicità stampa e audiovisiva e prevedendo per entrambe che l'annuncio abbia un solo messaggio, relativo a un solo prodotto, e non sia anonimo⁷⁰.

I vari depositi in vigore sono consultabili sul sito Internet dell'IAP. La protezione ha efficacia per un periodo di 12 mesi a far tempo dalla data di deposito, fatta salva la possibilità di reiterarla per una sola volta prima della scadenza. L'impresa che abbia ottenuto la pubblicazione

⁶⁶ G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso*, cit., p. 183. Nella prassi, cfr. Giuri n. 49/1993, 118/1991 e 154/1990.

⁶⁷ Giuri n. 338/00.

⁶⁸ Giuri n. 262/1995.

⁶⁹ Così Giuri n. 17/2008, n. 263/2001, n. 115/92 e n. 61/86.

⁷⁰ Un meccanismo sostanzialmente analogo è previsto dall'art. 45 cod. aut. per le campagne diffuse all'estero.

del proprio annuncio sul sito dell'IAP può invocare la protezione prevista dall'art. 13 del codice di autodisciplina, sempre che siano integrati i relativi presupposti.

4.2.2. *La pubblicità denigratoria*

La seconda ipotesi di concorrenza sleale, prevista dall'articolo 2598, co. 2, c.c., include la "pubblicità denigratoria", consistente nella diffusione di notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente idonei a determinarne discredito. Una previsione analoga nel sistema autodisciplinare è quella di cui all'art. 14 cod. aut., che proibisce ogni denigrazione delle attività, imprese o prodotti altrui, anche se non nominati.

Oggetto diretto della condotta vietata, dunque, è la reputazione tanto dei prodotti o servizi, quanto dell'impresa concorrente.

Come per l'ipotesi della pubblicità confusoria, è bene evidenziare che, dal momento che anche la denigrazione si traduce, spesso, in un paragone con l'impresa e/o i prodotti di un concorrente, tale ipotesi può ben integrare una forma di pubblicità comparativa. In questo caso, la liceità della condotta commerciale deve essere valutata anche tenendo conto delle condizioni normative dettate dalla disciplina di cui al d.lgs. 145/07, che vedremo nel prosieguo; l'intersezione normativa è, d'altronde, espressamente riconosciuta da tale ultima fonte, che all'art. 8, co. 15, fa salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di concorrenza sleale.

La pubblicità denigratoria *ex art. 2598, n. 2, c.c.* si realizza nel caso in cui il messaggio contestato sia oggetto di diffusione, cioè rivolto a una pluralità di destinatari; ove esso sia indirizzato a un unico soggetto, la condotta è stata comunque stigmatizzata dalla giurisprudenza, ma sulla base della clausola generale di cui al n. 3 della disposizione codicistica⁷¹.

Diversamente dall'ipotesi prevista dal codice civile, l'art. 14 del codice di autodisciplina è posto a tutela della reputazione e dell'immagine aziendale e non presuppone, secondo la prassi interpretativa del Giurì, l'esistenza di un rapporto di concorrenza diretta tra l'impresa lesa e

⁷¹ Trib. Padova, 30 novembre 2005, n. 3085, in *Mass. Giur. Civ. Patavina*, 2009.

l'autore dell'illecito⁷². Rientrano tra i possibili legittimati attivi, secondo il Giurì di autodisciplina, sia il singolo produttore leso sia, nel caso di offesa a una categoria di prodotti, gli altri produttori di beni appartenenti alla categoria denigrata⁷³, come pure i market leader del settore⁷⁴. Sono altresì legittimate le associazioni di categoria che rappresentano gli interessi collettivi degli imprenditori denigrati⁷⁵.

Ad analoga soluzione si perviene per la disciplina di cui agli artt. 2598 e seguenti del codice civile.

Tra i casi più frequenti di pubblicità denigratoria⁷⁶ possono menzionarsi le comunicazioni, rivolte alla collettività di consumatori, aventi a oggetto notizie idonee a gettare discredito sui concorrenti, tra cui l'invio di *newsletter* che invitavano a “rottamare” i prodotti (nella specie carte di credito) concorrenti⁷⁷, o ancora l'utilizzo di espressioni come “l'originale” da non confondere con i prodotti concorrenti⁷⁸. Pari merito illecito è stata considerata la pubblicazione intenzionale di provvedimenti giudiziari in cui il professionista è risultato vincitore contro un *competitor*, in assenza di ordini del giudice⁷⁹.

La denigrazione mediante comparazione è stata ritenuta sussistente in un caso di confronto generico che vantava, a discapito dei concorrenti, la superiorità del prodotto pubblicizzato (delle lenti a contatto)⁸⁰; o ancora, è stata oggetto di censura l'accusa di un produttore di borse del-

⁷² *Ex multis*, cfr. Giurì n. 16/2012, n. 112/2001, n. 2/92. Sembrano dare maggiore rilevanza, invece, al rapporto di concorrenza tra autore della violazione e impresa denigrata, così ponendosi quali eccezioni rispetto al consolidato orientamento, Giurì n. 72-73/2017 e n. 64/2018. Cfr. sul punto G. DE CRISTOFARO, *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso*, cit., pp. 107-108.

⁷³ Ciò è previsto espressamente dall'art. 36 del codice di autodisciplina. Nella prassi, cfr. Giurì n. 43/2007.

⁷⁴ Così Giurì n. 50/2019 e n. 1/2011.

⁷⁵ Giurì n. 119/2011.

⁷⁶ Ripercorre le diverse ipotesi di pubblicità denigratoria G. DE CRISTOFARO, *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso*, cit., p. 110.

⁷⁷ Così Trib. Roma, 12 novembre 2003, in *Sez. Spec. P.I.*, 1, 2004, p. 206.

⁷⁸ Trib. Milano, 26 giugno 2018, inedita.

⁷⁹ Trib. Milano, 14 giugno 2016, in *Redaz. Giuffrè*, 2016.

⁸⁰ Trib. Venezia, 20 maggio 2005, in *Foro it.*, I, 2005, p. 3225.

la sottrazione, da parte di un concorrente, dell'idea a base di una propria linea di prodotti⁸¹.

Quanto all'ambito autodisciplinare, il Giurì ha evidenziato che la denigrazione non sussiste solamente nel caso di messaggi palesemente screditanti, ma anche in tutte quelle ipotesi di affermazioni idonee a incidere negativamente, seppur in via mediata, sull'idea collettiva di un'impresa⁸². Il che può avvenire anche in casi di pubblicità dal tono umoristico, salvo che innocue perché paradossali⁸³.

In applicazione dell'art. 14 del codice di autodisciplina, è stata ritenuta dal Giurì persino aggressiva nei confronti della concorrenza, e non solo denigratoria, la pubblicità in favore di un'agenzia pubblicitaria che dissuadeva i destinatari dal rivolgersi ad altre agenzie, enunciando il rischio di "cadere nel vuoto"⁸⁴. Allo stesso modo, sono state stigmatizzate affermazioni incomplete, inveritiere o infondate di primato⁸⁵, come pure le espressioni lesive della reputazione di un'intera categoria (come quella degli agenti assicurativi⁸⁶ o lo stilismo milanese⁸⁷).

La denigrazione può derivare anche dall'utilizzo di associazioni simboliche senza una dichiarazione verbale⁸⁸, come nel caso di effetti sonori idonei a trasmettere un discredito sulla reputazione altrui, o di musiche con tonalità deprimenti o sarcastiche, in particolare se combinate con una voce sprezzante⁸⁹. Allo stesso modo, è stato vietato l'utilizzo di immagini disgustose, spaventose, odiose o deprimenti, associate a un

⁸¹ Trib. Milano, 2 luglio 2018, inedita.

⁸² Un caso emblematico riguarda la pubblicità di un detersivo in cui, con evidente riferimento a un concorrente spesso raccomandato nel settore, si disprezzavano le raccomandazioni in generale come di poco valore (Giurì n. 14/82). Tra gli altri casi di comunicazioni indirettamente offensive, cfr. Giurì n. 72-73/2017, n. 26/2016 e n. 124/87.

⁸³ Giurì n. 23/94.

⁸⁴ Giurì n. 133/88.

⁸⁵ È stata ritenuta infondata (e pertanto illegittima) l'affermazione dell'unicità del pane artigianale in termini di bontà e genuinità, implicante una denigrazione del pane industriale senza alcun sostegno scientifico (Giurì n. 77/2008). Nel settore della telefonia, cfr. Giurì n. 62/2019; allo stesso modo, nella materia del turismo, vedi Giurì n. 36/2010.

⁸⁶ Giurì n. 43/2000.

⁸⁷ Giurì n. 124/1987.

⁸⁸ Giurì n. 82/93.

⁸⁹ Giurì n. 58/2016 e n. 89/2011.

concorrente, soprattutto quando ritenute eccessive rispetto alla normale portata suggestiva e informativa della comunicazione commerciale⁹⁰.

Tra gli esempi, si è ritenuta denigratoria la pubblicità che raffrontava un'acqua minerale povera di sodio, rappresentata positivamente, con un'acqua salina identificata come diabolica⁹¹; o ancora, la rappresentazione, in una pubblicità relativa a una piattaforma di prenotazione di ristoranti, di porzioni dimezzate per denigrare il sistema di coupon applicato già da tempo nel settore⁹².

L'utilizzo denigratorio di immagini può configurarsi anche nel caso in cui concretizzi una messa in ridicolo dell'impresa concorrente, per esempio attraverso l'utilizzo distorto di un medesimo *testimonial* o di una stessa struttura narrativa⁹³. La natura denigratoria potrebbe essere esclusa nel caso in cui il messaggio assuma una tonalità paradossale e parodistica evidente al consumatore medio, talmente inverosimile da escludere la sussistenza di un discredito verso concorrenti individuabili⁹⁴. Ancora, è stata considerata legittima la rappresentazione di immagini contenute e civili di disappunto (come un discreto risentimento)⁹⁵.

Si evidenzia che, ove il messaggio negativo verso un concorrente sia vero e si mantenga entro una forma civile, la responsabilità può essere esclusa⁹⁶. Si ammette, dunque, la scusabilità della condotta nel caso in cui il suo autore (su cui grava l'onere probatorio) dimostri la veridicità di quanto affermato a scapito di un concorrente (*c.d. exceptio veritatis*), sul presupposto che un'informazione corretta contribuirebbe allo sviluppo del mercato e si porrebbe in linea con i principi di una leale concorrenza⁹⁷.

⁹⁰ Così Giuri n. 144/2011, n. 147/2010, n. 95/2007.

⁹¹ Giuri n. 284/2001.

⁹² Giuri n. 50/2019.

⁹³ Cfr., rispettivamente, Giuri n. 288/2000 e n. 89/2014.

⁹⁴ Per esempio, è stato escluso il carattere denigratorio di una nota pubblicità avente a oggetto uno sciroppo, in cui, alla domanda di un monaco se la tosse fosse secca o grassa, un terzo rispondeva che ciò non rilevava più in ragione dell'efficacia onnicomprensiva del nuovo farmaco pubblicizzato (Giuri n. 7/2013).

⁹⁵ Giuri n. 68/2013.

⁹⁶ Il che è avvenuto nel caso di un messaggio della Vuitton contro la diffusione di prodotti falsi (App. Milano, 26 maggio 1978, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1978, p. 1056).

⁹⁷ L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, cit., p. 225.

Attenzione, anche la divulgazione di circostanze o notizie vere effettuata in maniera tendenziosa, o comunque con modalità contrarie alla correttezza professionale, è idonea a causare discredito e pregiudizio per l'impresa concorrente⁹⁸. Tra i casi valutati dal Giurì di autodisciplina, un esempio emblematico si è avuto nel settore bancario, in cui una pubblicità ha fatto riferimento alla frana di un "Monte", rispetto a cui si invitava i destinatari a ripararsi presso l'Istituto autore della comunicazione commerciale, così facendo indiretto riferimento alle vicissitudini del Monte dei Paschi di Siena⁹⁹.

È stato ritenuto legittimo il confronto tra singoli elementi specifici, oggettivamente verificabili, sulla composizione dei prodotti¹⁰⁰. Parimenti, non è passibile di censura la diffusione di una comunicazione pubblicitaria denigratoria in risposta a una precedente pubblicità altrui.

Si ammette, infatti, in questo settore una sorta di legittima difesa commerciale, sia in ambito giudiziario¹⁰¹ che autodisciplinare¹⁰², purché nel rispetto del requisito di proporzionalità rispetto all'offesa iniziale e comunque entro un lasso di tempo relativamente breve. Beninteso, la legittima difesa non può diventare uno strumento per giustificare un incongruo tentativo di accreditamento presso i consumatori¹⁰³, né tradursi in sproporzionati o gratuiti comportamenti ritorsivi¹⁰⁴.

⁹⁸ In giurisprudenza, cfr.: Cass., 20 marzo 2009, n. 6865, inedita; C. App. Milano, 30 maggio 2007, in *Redaz. Giuffrè*, 2007; Trib. Roma, 12 novembre 2003, in *Sez. Spec. P.I.*, 1, 2004, p. 206.

⁹⁹ Vedi Giurì n. 11/2017. Ancora, è stato considerato denigratorio l'utilizzo di domande retoriche idonee a creare il sospetto di cattive qualità dei prodotti altrui (Giurì n. 53/2016).

¹⁰⁰ Cass., 3 agosto 1987, n. 6682, in *Giust. civ. mass.*, 8-9, 1987. In ambito autodisciplinare, Il Giurì ha precisato che, per rimanere legittimo, il confronto deve essere formulato in modo da non determinare un'automatica considerazione negativa delle proposte concorrenti (Giurì n. 90/2013).

¹⁰¹ Così in Cass., 4 novembre 1998, n. 11047, in *Dir. ind.*, 1999, p. 49.

¹⁰² Il Giurì ha affermato, per esempio, che è legittimo per l'impresa offesa informare i consumatori, con una propria comunicazione commerciale, delle risultanze dei procedimenti conclusi a suo favore, purché ciò non si traduca in una reazione sproporzionata e indebitamente denigratoria (Giurì n. 89/2013).

¹⁰³ Giurì n. 148/2011.

¹⁰⁴ Giurì n. 24/2012.

Un minor rigore di giudizio è stato manifestato dall'autorità autodisciplinare in casi in cui la condotta denigratoria o comparativa era giustificata da esigenze di posizionamento di un nuovo concorrente¹⁰⁵. In tal senso, il particolare contesto di riferimento, e quindi il grado di competitività nel mercato, possono rappresentare elementi idonei a incidere sul sindacato della condotta commerciale.

4.2.3. *L'appropriazione di pregi altrui*

L'art. 2598, n. 2, del codice civile vieta altresì l'appropriazione, da parte di un'impresa, di pregi dei prodotti o servizi di un'altra impresa (c.d. "appropriazione di pregi altrui").

L'ipotesi in esame

ricorre quando un imprenditore, in forme pubblicitarie o equivalenti, attribuisce ai propri prodotti o alla propria impresa pregi, quali a esempio medaglie, riconoscimenti, indicazioni di qualità, requisiti, virtù, da essi non posseduti, ma appartenenti a prodotti o all'impresa di un concorrente, in modo da perturbare la libera scelta dei consumatori¹⁰⁶.

Sono "pregi", dunque, quelle qualità positive dell'impresa¹⁰⁷ o dei suoi prodotti o servizi che rappresentano motivo di preferenza nel pubblico dei consumatori¹⁰⁸. Diversamente, il caso del semplice mendacio generico, privo di riferimenti a qualità altrui, rientra nella norma di chiusura prevista dall'art. 2598, n. 3¹⁰⁹.

Anche per l'ipotesi in esame possono individuarsi dei punti di contatto con le altre forme di scorrettezza concorrenziale perpetrabili tramite lo strumento pubblicitario. Lo sfruttamento della notorietà altrui può ravvisarsi anche in una pubblicità comparativa (su cui torneremo *infra*) e in una pubblicità confusoria, con la conseguente applicabilità delle relative disposizioni.

¹⁰⁵ Giuri n. 167/2006 e n. 78/2000.

¹⁰⁶ Cass., 7 gennaio 2016, n. 100, in *Riv. dir. ind.*, I, II, 2017, p. 237. Analogamente, cfr. Cass., 10 novembre 1994, n. 9387, in *Giust. civ.*, I, 1995, p. 105.

¹⁰⁷ Trib. Catania, 23 dicembre 2002, in *Foro it.*, I, 2003, p. 911.

¹⁰⁸ App. Milano, 10 aprile 2014, n. 1470, in *Redaz. Giuffrè*, 2014.

¹⁰⁹ Cass., 21 novembre 1983, n. 6928, in *Giust. civ. mass.*, 10, 1983.

Per fare un esempio, la riproduzione di prodotti altrui in *depliant* pubblicitari, facendoli apparire come propri, è stata ricondotta da alcune pronunce all'ipotesi di appropriazione di pregi altrui¹¹⁰ e da altre all'ipotesi, prevista dal n. 1 dell'art. 2598 c.c., di concorrenza sleale confusoria¹¹¹. La vicinanza della fattispecie in esame con l'ipotesi della pubblicità comparativa è stata confermata da una sentenza della giurisprudenza di merito, nella quale si è esclusa l'illiceità, dal punto di vista della concorrenza sleale, della presentazione di un prodotto come “sensazionale novità”, quando invece si tratta dell'imitazione di un prodotto altrui, dal momento che, mancando la comparazione diretta con il prodotto del concorrente, la stessa non andava oltre le immagini iperboliche e superlative generalmente consentite nel commercio¹¹².

Punti di contatto possono altresì ravvisarsi tra lo sfruttamento di pregi altrui e l'uso illegittimo di elementi quali il nome, l'immagine e il marchio di terzi soggetti, che renderebbe applicabili le regole civilistiche in materia di proprietà industriale.

L'ipotesi più frequente di appropriazione di pregi altrui consiste nella “pubblicità per agganciamento”, nella quale si equiparano i propri prodotti con quelli di un'altra impresa di cui si tende a sfruttare la notorietà¹¹³. Ciò solitamente avviene attraverso l'utilizzo di espressioni quali “tipo”, “modello” o simili, accompagnate dal riferimento all'offerta commerciale concorrente.

Si è evidenziato che il richiamo non debba essere effettuato per distinguersi da altri prodotti – ipotesi che ricadrebbe nella concorrenza sleale confusoria – né in funzione meramente descrittiva o per la necessità di individuare i prodotti della stessa categoria¹¹⁴. Ciò è stato ribadito dalla Corte di Cassazione in un caso riguardante l'uso atipico di un

¹¹⁰ Trib. Modena, 19 agosto 2002, in *Riv. dir. ind.*, II, 2003, p. 347.

¹¹¹ Trib. Torino, 11 marzo 2010, in *Giur. merito*, 4, 2011, p. 960.

¹¹² Così Trib. Milano, 3 settembre 2018, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1, 2018, p. 980.

¹¹³ In giurisprudenza, oltre a Cass., 7 gennaio 2016, n. 100, cit., si ricorda il caso storico dell'utilizzo, da parte di un'impresa di cosmetici, del marchio automobilistico “Rolls Royce” per descrivere i propri prodotti (Trib. Milano, 9 marzo 1987, in *Foro padano*, I, 1987, p. 525).

¹¹⁴ L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, cit., p. 231.

marchio altrui¹¹⁵: la società attrice, operante nel settore della produzione e commercializzazione di telai e accessori per autoveicoli “go-kart” e legittima titolare dei marchi “C.R.G.” e “KALI”, lamentava che la società convenuta avesse distribuito sul mercato listini e *dépliant* in cui figuravano prodotti del tutto affini per dimensioni, forma e funzionalità a quelli attorei, ma con prezzo notevolmente più basso, accompagnando gli stessi prodotti con le denominazioni “tipo C.R.G.” o “tipo KALI” ovvero, direttamente, “C.R.G.” o “KALI”.

La Cassazione ha evidenziato che l’uso atipico del marchio altrui può essere scriminato con riferimento alle norme repressive della concorrenza sleale laddove si accerti che tale uso non sia realizzato con lo scopo di appropriarsi dei pregi dei prodotti o dell’impresa del concorrente: a tal fine, nella valutazione della liceità di tale condotta, occorre verificare se l’uso del marchio altrui abbia effettivamente un mero carattere descrittivo e, inoltre, se esso appaia necessario per indicare la destinazione dei prodotti di riferimento.

Tra i vari casi di pubblicità illegittime per sfruttamento di pregi altrui, molti riguardano il settore agroalimentare e consistono nell’appropriazione o anche nel richiamo di denominazioni di prodotti con caratteristiche peculiari (solitamente DOP o IGP), non possedute dal bene pubblicizzato: è stato ritenuto illegittimo, per esempio, l’uso del termine “Budweiser” per una birra non boema¹¹⁶, o il paragone con il Cognac per un brandy italiano¹¹⁷. Ne rimangono esclusi i casi in cui la comunicazione commerciale, pur facendo riferimento al prodotto imitato, specifichi l’origine dell’alimento venduto¹¹⁸.

In altri contesti, sono state ritenute illegittime per violazione dell’art. 2598, n. 2, c.c., le seguenti ipotesi: l’uso dell’espressione “New England” per capi d’abbigliamento italiani¹¹⁹; spacciare come propri manufatti altrui in una comunicazione commerciale¹²⁰; il porre, in un manifesto programmatico e pubblicitario, la propria linea di prodotti in

¹¹⁵ Cass., 30 luglio 2009, n. 17734, in *Riv. dir. ind.*, 4-5, II, 2010, p. 381.

¹¹⁶ App. Milano, 16 giugno 2011, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1, 2012, p. 310.

¹¹⁷ Trib. Bologna, 24 giugno 1982, in *Giur. ann. dir. ind.*, Rep. 72-87, p. 887.

¹¹⁸ Trib. Genova, 31 luglio 1990, in *Giur. ann. dir. ind.*, Rep. 1992, p. 2757.

¹¹⁹ Cass., 23 gennaio 1993, n. 784, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1993, p. 30.

¹²⁰ Trib. Milano, 19 marzo 2012, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1, 2012, p. 788.

alternativa a quella di un noto concorrente, peraltro con caratteristiche simili alla collezione venduta da quest'ultimo¹²¹; l'appropriazione di strategie pubblicitarie che ricalcano quelle di un concorrente¹²²; l'utilizzo di tabelle di concordanza di profumi con la dicitura "fragranza olfattiva ispirata a" seguita dall'altrui marchio¹²³.

Ancora, la Cassazione ha ritenuto sussistente la pubblicità per agganziamento allorché un'agenzia pubblicitaria, con la quale abbia iniziato a collaborare un soggetto che in precedenza aveva realizzato campagne pubblicitarie per un'altra impresa, vanta sul proprio sito Internet il *carnet* di clienti di quest'ultima, lasciando intendere di avere curato essa stessa le precedenti campagne pubblicitarie¹²⁴.

L'appropriazione di pregi altrui è oggetto di censura anche nel sistema autodisciplinare e in particolare dall'art. 13, co. 2 del codice, che vieta «qualsiasi sfruttamento del nome, del marchio, della notorietà e dell'immagine aziendale altrui, se inteso a trarre per sé un ingiustificato profitto». È opportuno sottolineare che, mentre l'art. 2598, n. 2, c.c. può applicarsi ai soli casi di imprese concorrenti tra loro, l'art. 13, co. 2, cod. aut. non richiede tale requisito¹²⁵.

La regola autodisciplinare risulterà applicabile in ogni caso di sfruttamento della notorietà che un'altra impresa ha acquisito presso il grande pubblico attraverso la propria attività di marketing¹²⁶. Si parla, in tale ipotesi, di "parassitismo comunicazionale", inteso come imitazione dei fattori che hanno reso celebre una pubblicità altrui¹²⁷.

Secondo il Giurì di autodisciplina, l'impresa che si assume lesa deve dimostrare non solo la propria notorietà¹²⁸, ma anche che questa fosse maggiore (c.d. divario di notorietà) e più risalente di quella dell'impresa "agganciante"¹²⁹. Pertanto, deve trattarsi di una notorietà già acquisi-

¹²¹ Trib. Torino, 26 gennaio 2009, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1, 2009, p. 667.

¹²² Trib. Torino, 16 gennaio 2009, in *Sez. Spec. P.I.*, 1, 2010, p. 439.

¹²³ Trib. Bologna, 12 febbraio 2008, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1, 2009, p. 352.

¹²⁴ Cass., 13 luglio 2021, n. 19954, in *Giust. civ. mass.*, 2021.

¹²⁵ Giurì n. 1/2006 e n. 394/99.

¹²⁶ M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 266.

¹²⁷ Così Giurì n. 17/2011, n. 290/96 e n. 47/92.

¹²⁸ Giurì n. 272/2012.

¹²⁹ Così Giurì n. 16/2012, n. 281/98, n. 95/92 e n. 19/82.

ta e non di una notorietà che l'impresa intenda raggiungere attraverso la comunicazione commerciale *de qua*¹³⁰.

Non può escludersi che anche un'impresa con analoga notorietà si renda autrice di una condotta imitativa illegittima, dal momento che potrebbe in ogni caso ottenere uno specifico vantaggio dall'altrui immagine o comunque arrecare un pregiudizio all'impresa concorrente¹³¹.

Il Giurì ha, inoltre, evidenziato che l'elemento imitato deve rientrare tra quelli proteggibili, attribuendo alla "proteggibilità" una portata autonoma rispetto al sistema legislativo statale, anche se quest'ultimo può risultare utile al giudizio. Per cui, per esempio, se da un lato è stato ritenuto irrilevante verificare la registrazione di un marchio per riconoscergli una tutela¹³², dall'altro si è fatto ricorso al principio, tipico della legge sui marchi, del *secondary meaning* per il quale l'uso costante di un marchio giustifica un livello maggiore di protezione¹³³.

Tra i numerosi esempi, sono state ritenute contrarie all'art. 13, co. 2 le seguenti ipotesi: una pubblicità che rappresentava un cane identico a quello utilizzato da un'altra pubblicità nota¹³⁴, o ancora dei pinguini per la vendita di condizionatori, così sfruttando il marchio Pinguino¹³⁵; l'uso dell'espressione "Teamberland addio" per una pubblicità di un ciclomotore, dato lo sfruttamento del marchio Timberland¹³⁶; l'uso del binomio "Lemon & Soda" per una marca di abbigliamento, richiamando la "Lemonsoda"¹³⁷; la rappresentazione di un tubetto di caramelle molto simili alle Mentos in una pubblicità di pneumatici¹³⁸; l'uso, all'interno di una pubblicità di una banca, della zucca, elemento caratterizzante una nota concorrente¹³⁹.

Quanto all'ingiusto profitto, elemento costitutivo della fattispecie, esso può essere oggetto di presunzione considerando diversi fattori, tra

¹³⁰ Giurì n. 52/2014.

¹³¹ Giurì n. 17/2005 e n. 139/95.

¹³² Giurì n. 112/2008.

¹³³ Giurì n. 105/2005.

¹³⁴ Giurì n. 148/2000.

¹³⁵ Giurì n. 150/2000.

¹³⁶ Giurì n. 104/87.

¹³⁷ Giurì n. 34/78.

¹³⁸ Giurì n. 16/2012.

¹³⁹ Giurì n. 121/2006.

cui: pedissequa imitazione del marchio, impiego collaterale di segni distintivi altrui, maggiore o minore vicinanza merceologica, differenziale di notorietà, sovrapponibilità del pubblico di riferimento, vicinanza temporale tra le pubblicità¹⁴⁰. La presunzione, diversamente, andrebbe esclusa nel caso in cui l'elemento imitato abbia una mera funzione descrittiva di uso comune o assuma un rilievo secondario all'interno del messaggio¹⁴¹, o ancora nel caso in cui venga imitata (non una specifica pubblicità ma) un'iniziativa in sé (nel caso di specie, consistente nel lanciare, come primo prodotto, un cioccolato fondente)¹⁴².

Allo stesso modo, è stata negata protezione allo sfruttamento dell'immagine di un *testimonial* già utilizzata da altri, in quanto ritenuto insufficiente a integrare un'indebita imitazione della notorietà di un concorrente¹⁴³. L'attore infatti possiede una notorietà autonoma rispetto a quella vantata dall'impresa, non appropriabile da parte di quest'ultima, fatta salva comunque la possibilità di stipulare un accordo di esclusiva temporalmente limitato.

Anche con riguardo alla fattispecie in esame, nel settore autodisciplinare si ammette che l'illegittimità di una imitazione, di per sé potenzialmente indebita, possa essere esclusa nel caso in cui la condotta dell'impresa imitatrice rappresenti una reazione a una precedente comparazione illecita dell'impresa imitata¹⁴⁴.

4.2.4. *La pubblicità sleale per violazione dei principi di correttezza professionale*

L'art. 2598, n. 3, c.c. ricomprende tra gli atti di concorrenza sleale il valersi «direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui». La disposizione contiene una clausola generale aperta – residuale rispetto alle ipotesi tipiche indicate ai numeri 1 e 2 –, la quale rinvia ai principi della correttezza professionale, comprensivi delle re-

¹⁴⁰ Giurì n. 16/2012.

¹⁴¹ Cfr. Giurì n. 94/2013, n. 112/2008, n. 144/2007 e n. 84/2003.

¹⁴² Giurì n. 113/2008.

¹⁴³ Giurì n. 99/2006 e n. 93/94.

¹⁴⁴ Giurì n. 67/93.

gole metagiuridiche della prassi mercantile o di uno specifico settore imprenditoriale.

Come già anticipato, la giurisprudenza ha ormai ricondotto la correttezza professionale pubblicitaria alle disposizioni del codice di autodisciplina, espressione dell'etica del settore. Sono state, pertanto, giudicate scorrette comunicazioni commerciali contrastanti con particolari regole autodisciplinari¹⁴⁵.

Allo stesso modo, sono state censurate campagne pubblicitarie realizzate in violazione di regole amministrative su costi o formalità, ove idonee a determinare una sperequazione a danno dei concorrenti¹⁴⁶. Più in generale, la violazione di norme pubblicistiche, quali quelle in materia di pratiche commerciali o di tutela della privacy (dei consumatori, in tal caso), può rappresentare un indizio di scorrettezza commerciale, da tenere in considerazione nella valutazione dei casi di concorrenza sleale.

La dottrina e la giurisprudenza hanno ricondotto all'art. 2598, n. 3, c.c. il caso della pubblicità menzognera, consistente nell'attribuzione alla propria impresa o ai prodotti venduti di qualità non possedute¹⁴⁷; rimangono escluse le ipotesi di *dolus bonus*, consistenti in esagerazioni palesemente iperboliche e in vanterie destinate a non essere prese alla lettera, ammesse anche dalla disciplina a tutela del consumatore.

Più in generale, rientra nella disposizione in esame la pubblicità ingannevole¹⁴⁸, espressamente vietata, a tutela dei consumatori, dagli articoli 21 e 22 cod. cons.; come vedremo, l'ingannevolezza pubblicitaria è altresì vietata, a tutela dei professionisti, dal d.lgs. 145/2007, parametro di riferimento per le varie ipotesi di inganno.

Il coordinamento tra le fonti si articola in questo modo: nel caso in cui vi sia una pubblicità rivolta ai consumatori, questa andrà valutata secondo le regole del codice del consumo; nel caso in cui si tratti di comunicazione idonea a pregiudicare gli interessi dei professionisti, la

¹⁴⁵ *Ex multis*, vedi: Trib. Torino, 24 gennaio 2006, *Sez. Spec. P.I.*, 1, 2008, p. 333; App. Milano, 30 luglio 1999, in *Dir. ind.*, 2000, p. 141, con nota di A. De Prà, *Associazioni professionali e concorrenza sleale per pubblicità ingannevole*; Cass. 15 febbraio 1999, n. 1259, in *Foro it.*, I, 1999, p. 2572.

¹⁴⁶ Così M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 301.

¹⁴⁷ Cfr. anche App. Milano, 1° ottobre 1993, in *Riv. dir. ind.*, II, 1994, p. 5.

¹⁴⁸ Trib. Milano, 8 agosto 2018, n. 8622, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1, 2018, p. 935.

stessa ricadrà anche nell'ambito di applicazione del d.lgs. 145/2007; in ogni caso, quest'ultimo dovrà essere coordinato con la regolazione di cui all'art. 2598 c.c. per il tramite dell'art. 8, co. 15, già visto sopra, che fa salva la giurisdizione ordinaria in materia di concorrenza sleale, lasciando intendere la possibilità di un'applicazione concorrente, secondo i rispettivi presupposti.

Nella valutazione del carattere ingannevole ai fini della scorrettezza professionale, la prassi sembra registrare una tendenziale convergenza interpretativa. In sostanza, è ingannevole, e dunque scorretta ai sensi dell'art. 2598 c.c., la comunicazione commerciale quando vi è discrasia tra il messaggio veicolato dalla pubblicità e la realtà dell'offerta: per esempio è stato giudicato ingannevole un messaggio diffuso da un'impresa di navigazione marittima che annunciava l'offerta di un viaggio di ritorno totalmente gratuito per ogni viaggio di andata acquistato, quando invece la pretesa gratuità riguardava soltanto una parte del costo del biglietto di ritorno¹⁴⁹.

O ancora, la giurisprudenza ha valutato come atto di concorrenza sleale per pubblicità ingannevole la pubblicazione di messaggi ingannatori che celavano, sotto l'apparente veste di offerte di lavoro, il perseguimento di finalità promozionali di corsi a pagamento, in quanto idonei a ingenerare nei destinatari il convincimento che la frequenza del corso avrebbe consentito loro di trovare sicuramente un lavoro e che del loro inserimento lavorativo si sarebbe occupato direttamente chi organizzava il corso¹⁵⁰. È stata invece esclusa l'illegittimità della diffusione, da parte di un ipermercato, di un volantino pubblicitario raffigurante un determinato prodotto, che si assumeva di qualità elevata, contraddistinto da un marchio rinomato, quando la reale offerta di vendita sui banchi dell'esercizio concerneva non solo il prodotto raffigurato, ma anche un altro prodotto, contraddistinto dallo stesso marchio, ma che si assumeva di qualità meno elevata¹⁵¹.

Più in generale, non è ingannevole la pubblicità che non induca in errore l'acquirente sulle caratteristiche del prodotto, cioè sulla natura, qualità, composizione o sul modo di fabbricazione del prodotto stes-

¹⁴⁹ Trib. Milano, 8 agosto 2018, n. 8622, cit.

¹⁵⁰ Trib. Torino, 12 aprile 2005, in *Sez. Spec. P.I.*, 1, 2005, p. 383.

¹⁵¹ Trib. Venezia, 22 gennaio 2010, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1, 2010, p. 363.

so¹⁵². La giurisprudenza ha evidenziato che un messaggio promozionale ingannevole rileva quale atto di concorrenza sleale in quanto – condizionando il consumatore nell’atto in cui questi si deve liberamente e consapevolmente orientare sul mercato – sia idoneo a pregiudicare gli interessi di un concorrente¹⁵³. Anche in questo caso il parametro soggettivo di riferimento è rappresentato dal “consumatore medio”, inteso come individuo di media attenzione e avvedutezza.

Un’altra ipotesi di pubblicità riconducibile al divieto di cui all’art. 2598, n. 3, è quella che si sostanzia in una “concorrenza parassitaria”¹⁵⁴, che si ha quando un imprenditore imita sistematicamente le iniziative commerciali altrui, mediante atti eterogenei posti in essere sfruttando parassitariamente il lavoro, gli studi e, genericamente, le attività svolte dall’imprenditore imitato¹⁵⁵. Si tratta di una condotta idonea a determinare un pregiudizio all’azienda altrui sotto il duplice profilo del lucro cessante, derivante dalla perdita di clienti o affari, e del danno emergente, consistente nello sfruttamento di costi economici e di tempo risparmiati grazie all’imitazione di politiche imprenditoriali su cui altri hanno invece investito.

La concorrenza parassitaria si sostanzierebbe dunque in un’imitazione – diversa da quella confusoria, rientrante nell’ipotesi di cui all’art. 2598 n. 1 c.c. – di iniziative imprenditoriali altrui, indebitamente sfruttate a proprio vantaggio in contrasto con la naturale dinamica concorrenziale, che invece incentiverebbe e premierebbe le imprese capaci di stimolare il mercato attraverso iniziative originali.

¹⁵² Trib. Roma, 20 luglio 2006, in *Sez. Spec. P.I.*, 1-2, 2006, p. 322.

¹⁵³ In tal senso, oltre a Trib. Milano, 8 agosto 2018, n. 8622, cit., vedi Trib. Milano, 4 aprile 2013, n. 4500, in *Redaz. Giuffrè*, 2013.

¹⁵⁴ La prima teorizzazione di tale illecito si deve a R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1956, p. 265 ss.

¹⁵⁵ Sul tema, oltre a R. Franceschelli, cfr.: L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d’impresa*, cit., p. 247; C. PASCHI, *La concorrenza parassitaria ex art. 2598 n. 3 c.c. e la sua interpretazione nella giurisprudenza più recente*, in *Riv. dir. ind.*, 4-5, 2012, p. 223 ss.

La Corte di Cassazione ha precisato¹⁵⁶, in quello che si può identificare come *leading case* dell'illecito in questione, che il

concetto di correttezza professionale non va interpretato in senso restrittivo, e cioè come applicabile soltanto in caso di inosservanza di una norma giuridica, ma in senso ampio, sicché possono sussistere atti che, benché conformi alle disposizioni di legge, siano tuttavia tali da potersi considerare non onesti e non corretti, perché improntati a frode o astuzia

e che

poiché nel giudizio di concorrenza sleale non va isolatamente preso ciascun atto, che può anche essere lecito, ma va compiuto un apprezzamento complessivo dei fatti, ai fini della loro valutazione rispetto ai principi della correttezza professionale, la combinazione di essi può essere rivelatrice della manovra ordinata ai danni del concorrente, in quanto quegli atti, nella loro coordinazione mettano capo all'attuazione di un mezzo sleale.

Pertanto, nel caso della condotta parassitaria è ben possibile che vi siano degli atti commerciali che – seppur singolarmente presi rimangono al di qua del perimetro della legittimità – combinati tra loro concretizzano una forma di scorrettezza imprenditoriale, idonea a determinare un pregiudizio su uno o più concorrenti¹⁵⁷.

Accanto alla tradizionale concorrenza parassitaria “diacronica”, quindi ripetuta nel corso del tempo, può darsi anche il caso di concorrenza parassitaria “sincronica”, in cui l'imitazione avverrebbe con una pluralità di atti simultanei. In quest'ultimo caso, la sistematicità si esprimerebbe nei caratteri quantitativi della condotta, seppur concentrata nel tempo¹⁵⁸.

In un procedimento avviato da una nota azienda di abbigliamento, che lamentava atti di concorrenza sleale a suo danno da parte della propria ex stilista di riferimento e di una impresa produttrice di abiti per

¹⁵⁶ Cass., 17 aprile 1962, n. 752, in *Giur. cost. civ.*, I, 1962, p. 918 e ss.

¹⁵⁷ Trib. Milano, 2 maggio 2013, in *Banca dati Dejure*, 2013.

¹⁵⁸ In giurisprudenza, un caso emblematico di parassitismo sincronico è stato identificato in Cass., 17 novembre 1984, n. 5852, in *Riv. dir. ind.*, II, 1985, p. 3 e ss., con nota critica di R. Franceschelli, *L'elemento temporale nella concorrenza parassitaria*.

bambini, in relazione a una linea di abbigliamento disegnata dalla stilista stessa, il Tribunale di Milano ha ritenuto che la condotta potesse qualificarsi come concorrenza parassitaria¹⁵⁹. L'utilizzo del medesimo fotografo per la realizzazione delle campagne pubblicitarie, l'apertura di punti vendita all'estero coincidenti con quelli della concorrente, unitamente a comportamenti ritenuti illeciti anche sotto il profilo dell'agganciamento *ex art. 2598 n. 2 c.c.*, quali l'impiego di soggetti simili per le campagne pubblicitarie – nella fattispecie la particolarità di bambini con i capelli rossi, da sempre caratterizzanti le campagne dell'imitata, nonché l'impiego dello stesso bambino quale modello – e le modalità identiche di inquadramento dei modelli nelle ambientazioni fotografiche dei servizi pubblicitari, hanno indotto il Tribunale a considerare tali condotte sintomatiche di mancanza di autonomia e originalità rispetto a quelle adottate dal concorrente, pedissequamente imitate; per tale ragione, il Tribunale ha ritenuto integrata la concorrenza parassitaria sincronica, data anche la convergenza delle condotte in un'unica iniziativa commerciale.

La giurisprudenza ha negato la natura di pubblicità parassitaria dell'inserimento, da parte di un operatore di telefonia mobile, all'interno della barra di navigazione di un *browser* riservato ai suoi soli clienti, di un *banner* contenente la pubblicità di un proprio gioco per telefoni cellulari, che rimaneva visualizzato anche nel caso in cui l'utente accedesse al sito di un concorrente di tale operatore telefonico, in quanto le modalità di visualizzazione di tale barra, la sua collocazione sullo schermo e la sua costante presenza durante tutta la navigazione consentivano all'utente di cogliere con sufficiente chiarezza la distinzione tra la barra di navigazione e i contenuti del sito Internet visitato¹⁶⁰.

È stata, infine, ricondotta all'ipotesi della concorrenza sleale per scorrettezza professionale la condotta consistente in molestie o in altre forme di vendita idonee a compromettere la libertà decisionale del consumatore¹⁶¹. A ben vedere, considerato che quest'ultima assume un'im-

¹⁵⁹ Trib. Milano, 8 novembre 2011, in *Banca dati Dejure*.

¹⁶⁰ Trib. Milano, 4 marzo 2011, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1, 2011, p. 857.

¹⁶¹ M.A. CARUSO, *op. cit.*

portanza di rilievo nel meccanismo concorrenziale¹⁶², qualsiasi comunicazione commerciale idonea a condizionare indebitamente il comportamento del consumatore può risultare stigmatizzabile anche alla luce dell'art. 2598, n. 3, c.c. in quanto forma sleale di accaparramento della clientela a svantaggio delle imprese concorrenti.

4.3. *La pubblicità ingannevole e scorretta-comparativa di cui al d.lgs. n. 145/2007*

Con le direttive 84/450/CEE e 97/55/CE si è introdotta la prima regolazione giuridica europea specificamente dedicata alla comunicazione pubblicitaria. La prima, attuata in ambito nazionale con il d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, era espressamente dedicata alla pubblicità ingannevole a tutela dei consumatori e dei professionisti¹⁶³; la seconda¹⁶⁴, recepita in Italia con il d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 67, ha regolato la pubblicità comparativa nell'ottica di arginare le eccessive differenze tra le legislazioni degli Stati membri¹⁶⁵.

Non tutti i Paesi, infatti, autorizzavano l'uso della pubblicità comparativa e anche laddove essa era consentita esistevano divergenze tra i

¹⁶² Così già T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore (prolusione al corso di Diritto industriale nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma del 27 novembre 1953)*, cit., p. 873.

¹⁶³ Direttiva del Consiglio del 10 settembre 1984 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole, in GUCE L 250 del 19 settembre 1984, p. 17 ss.

¹⁶⁴ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 1997 che modifica la direttiva 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole al fine di includervi la pubblicità comparativa, in GUCE L 290 del 23 ottobre 1997, p. 18 ss.

¹⁶⁵ L'idea di regolamentare a livello europeo la pubblicità comparativa risale al 1978, quando la Commissione presentò al Consiglio la proposta di direttiva relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole e sleale (COM(1977)724 def.), poi confluita nella direttiva 84/450/CEE. Il Consiglio, non riscontrando la mancanza di consenso unanime sull'opportunità di regolamentare armonicamente tale pratica, nonostante in molti Stati membri fosse vietata, preferì espungere le norme sulla pubblicità comparativa dal complesso della riforma.

vani ordinamenti¹⁶⁶. Ciò rappresentava un ostacolo alla libera circolazione delle merci e dei servizi, condizione fondamentale per la realizzazione e lo sviluppo del mercato europeo.

Nel 2006 le due normative sono state codificate dalla direttiva 06/114/CE, disciplinante la pubblicità sia ingannevole che comparativa¹⁶⁷ per i soli rapporti *business-to-business*. Tale intervento normativo, dunque, ha da un lato assorbito *in toto* la dir. 97/7/CE e dall'altro ha recepito la direttiva 84/450/CEE per la sola parte a tutela dei professionisti.

Quanto alla regolazione della pubblicità ingannevole a tutela dei consumatori, questa era già stata assorbita, l'anno precedente, nella dir. 05/29/CE in materia di pratiche commerciali scorrette, a sua volta confluita nel codice del consumo; per effetto dell'art. 14, par. 1, infatti, la direttiva 84/450/CEE si sarebbe limitata, d'ora innanzi, a «tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali».

In sede di adeguamento al quadro normativo comunitario, il legislatore nazionale, rispettando l'approccio europeo, ha introdotto un sistema binario di protezione: per un verso, con l'emanazione del d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, ha espunto dal codice del consumo le disposizioni in materia di pubblicità ingannevole nei rapporti tra imprese e quelle sulla pubblicità comparativa, facendole confluire, senza troppe modifiche, in un *corpus* normativo separato; per altro verso, con l'emanazione del d.lgs. 146/2007 ha regolato le pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori, innestando la relativa disciplina, analizzata sopra, nel codice del consumo.

Il d.lgs. 145/2007 – che, come già visto, fa salva la disciplina in materia di concorrenza sleale *ex art.* 2598 c.c. e la relativa competenza del giudice ordinario (art. 8, co. 15) – ha lo scopo di tutelare i professionisti

¹⁶⁶ In dottrina, cfr. sul tema: S. FLETCHER, P. FUSSING, A. INDRACCOLO, *Comparisons and Conclusions: Welcome Clarification from the European Court of Justice on the Interpretation of the Comparative Advertising Directive*, in *Eur. Intell. Prop. Rev.*, 2003, pp. 570-574; P. SPINK, R.E. PETTY, *Comparative Advertising in the European Union*, in *Int. & Comp. Law Quart.*, 1998, p. 855 ss.

¹⁶⁷ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, in GUCE L 376 del 27 dicembre 2006, p. 21 ss.

dalle pratiche commerciali scorrette perpetrate ai loro danni da soggetti concorrenti per mezzo di messaggi pubblicitari ingannevoli e dalle conseguenze sleali derivanti da tali comportamenti, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa (art. 1, co. 1)¹⁶⁸. Le due fattispecie – della pubblicità ingannevole e di quella scorretta comparativa – devono considerarsi tra loro autonome, per cui, “al fine di vietare e sanzionare una pubblicità ingannevole, non è necessario che quest’ultima costituisca al contempo una pubblicità illegittimamente comparativa”¹⁶⁹.

L’autore della condotta illecita è identificato nel professionista, definito come «qualsiasi persona fisica o giuridica che agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale; e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista» (art. 2, co. 1, lett. c), d.lgs. 145/2007). Occorre guardare, come precisato dall’A.G.C.M., al contenuto oggettivo dell’attività svolta da chi si rivolga al pubblico al fine di ottenere un vantaggio economico¹⁷⁰.

Accanto a tale figura, la disciplina prevede specificamente quella dell’“operatore pubblicitario”, identificato come (art. 2, co. 1, lett. e)

il committente del messaggio pubblicitario e il suo autore, nonché, nel caso in cui non consenta all’identificazione di costoro, il proprietario del mezzo con cui il messaggio pubblicitario è diffuso ovvero il responsabile della programmazione radiofonica o televisiva.

¹⁶⁸ Sul tema, cfr.: G. DE CRISTOFARO, *Le nozioni di pratica commerciale e di pubblicità e il rapporto fra gli artt. 18 ss. cod. cons. e il d. legisl. 2 agosto 2007, n. 145*, in *AIDA*, 2009, p. 195 ss.; A.M. GAMBINO, V. FALCE, A. STAZI, *Rassegna degli orientamenti dell’Autorità Garante in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (2009 e 2010)*, in *Conc. merc.*, 0, 2011, p. 449 ss.; V. MOSCA, *Il d.lgs. n. 145 del 2007: ambito applicativo e rapporto con le norme in tema di pratiche commerciali scorrette*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto Antitrust*, Milano, 2021, p. 1457 ss.; L.C. UBERTAZZI, *Concorrenza sleale e pubblicità. Estratto da Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2008, p. 231 ss.; G. VISCONTI, *La disciplina della pubblicità ingannevole e di quella comparativa: il decreto legislativo n. 145 del 2007*, disponibile su diritto.it.

¹⁶⁹ Come ribadito per la disciplina di cui alla dir. 06/114/CE da CGUE, 13 marzo 2014, Causa C-52/2013, *Posteshop*, ECLI:EU:C:2014:150.

¹⁷⁰ A.G.C.M., PB/279B, 26 gennaio 2011, Provv. n. 22052, in *Boll.* 4/2011.

Può quindi rendersi autrice di una violazione delle regole poste dal decreto anche l'impresa che, pur senza essere intervenuta nella realizzazione e approvazione del messaggio pubblicitario, abbia un interesse alla sua diffusione¹⁷¹.

L'accertamento del pregiudizio sul professionista concorrente deve essere effettuato in concreto, sulla base del contesto e del contenuto del messaggio¹⁷².

Risulta di tutta evidenza che l'impianto normativo in esame, imponendo le condizioni per una concorrenza pubblicitaria corretta, non può che riflettersi positivamente anche sulla posizione dei consumatori. A conferma dell'intersezione degli interessi coinvolti, attraverso il combinato disposto di cui agli articoli 27 del codice del consumo e 8 del decreto 145/2007 si riconosce all'Autorità antitrust la competenza ad accertare il carattere sleale, ingannevole o illecito sia delle condotte *business to business* che di quelle *business to consumer*.

Dunque, dal momento che i consumatori sono tutelati dalla pubblicità ingannevole o comparativa illecita ai sensi degli artt. 21 ss. del codice del consumo in modo praticamente identico a quanto previsto dall'art. 8 del d.lgs. 145/2007, e considerato che il secondo comma di tale disposizione prevede, analogamente al secondo comma dell'art. 27 del d.lgs. 206/2005, che la tutela possa essere attivata, oltre che d'ufficio, anche su istanza di ogni soggetto od organizzazione che ne abbia interesse, quindi anche su impulso di una persona fisica non professionista, cioè di un consumatore, deve concludersi che la tutela offerta alle imprese e ai professionisti dal d.lgs. 145/2007 protegga anche i consumatori. Sicché, si è sostenuto che, mentre il divieto di pubblicità ingannevole rimane applicabile ai soli casi in cui essa sia rivolta a professionisti, dovendosi applicare, diversamente, le disposizioni più rigide del codice del consumo in materia di pratiche commerciali scorrette, per contro, sia le regole generali del decreto sia, in particolare, quelle sulla pubblicità comparativa sono dettate a tutela degli interessi di tutte le categorie di destinatari, siano essi professionisti o consumatori¹⁷³.

¹⁷¹ A.G.C.M., PB/620, 13 aprile 2011, Provv. n. 22297, in *Boll.* 15/2011.

¹⁷² A.G.C.M., PS/9528, 28 gennaio 2015, Provv. n. 25298, in *Boll.* 5/2015.

¹⁷³ Così G. DE CRISTOFARO, *Le nozioni di pratica commerciale e di pubblicità e il rapporto fra gli artt. 18 ss. cod. cons. e il d. legisl. 2 agosto 2007, n. 145*, cit., p. 208.

Il d.lgs. 145/2007 riproduce, in sostanza, le disposizioni precedentemente previste nel codice del consumo contro la pubblicità ingannevole e scorretta comparativa (attuative del d.lgs. 74/92), a partire dall'art. 1, co. 2, che sancisce il principio di base secondo cui «la pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta». La dottrina ha evidenziato che la trasposizione quasi meccanica della previgente disciplina nel nuovo decreto ha comportato la presenza di elementi logicamente poco razionali, tra cui a titolo esemplificativo la previsione, all'art. 7, della tutela rafforzata per i bambini contro pubblicità che abusino della loro naturale credulità o mancanza di esperienza o dei naturali sentimenti degli adulti per i più giovani, o che siano idonee, anche indirettamente, a minacciare la sicurezza di bambini e adolescenti¹⁷⁴.

La struttura del decreto può essere suddivisa in due parti: una sostanziale (artt. 1-7), dedicata a una serie di precetti comportamentali volti a regolare la comunicazione commerciale, e una procedimentale relativa, come già detto, al procedimento dinnanzi all'Autorità antitrust (art. 8). In questa sede ci occuperemo solo della prima, rinviando l'analisi delle questioni procedurali all'ultimo capitolo.

Le disposizioni contenute nel decreto trovano applicazione per qualsiasi messaggio pubblicitario, qualunque sia la natura dei beni o servizi venduti, o dei mezzi di comunicazione utilizzati.

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo, come per le pratiche commerciali scorrette, il giudizio dell'A.G.C.M. sull'illegittimità della comunicazione commerciale ai sensi del d.lgs. 145/2007 non implica l'accertamento del dolo o della colpa del professionista, ma si concentra esclusivamente sul rispetto del requisito della diligenza professionale; questa viene valutata tenendo conto dei medesimi fattori adottati nella prassi consumeristica, tra cui la particolare competenza nel mercato e le caratteristiche dell'attività svolta¹⁷⁵. Tale orientamento è stato parzialmente rivisto dal Consiglio di stato, che ha riconosciuto la possibilità, entro certi limiti, di escludere la colpevolezza in ragione della buona fede – da intendersi in un senso maggiore rispetto alla mera ignoranza dell'illiceità – o del legittimo affidamento del professionista autore del-

¹⁷⁴ G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 196.

¹⁷⁵ A.G.C.M., PB/552, 16 giugno 2010, Provv. n. 21247, in *Boll.* 24/2010.

la condotta, eventualmente determinato da rassicurazioni provenienti da fonti qualificate¹⁷⁶.

Inoltre, la normativa di cui al decreto 145/2007 protegge il professionista destinatario della comunicazione pubblicitaria a prescindere dal danno economico patito, ma piuttosto tenendo conto dell'incidenza della stessa sul suo comportamento economico¹⁷⁷. L'Autorità ha confermato l'orientamento secondo cui una comunicazione pubblicitaria determina un pregiudizio economico quando sia idonea, anche solo potenzialmente, a indirizzare le scelte economiche dei consumatori verso un prodotto o un servizio indipendentemente dal fatto che l'acquisto sia poi realmente effettuato e che si realizzi un danno patrimoniale¹⁷⁸.

Analogamente, il Consiglio di Stato ha evidenziato che la *ratio* della disciplina in materia pubblicitaria è infatti quella di salvaguardare “la libertà di autodeterminazione del destinatario del messaggio promozionale da ogni erronea interferenza che possa, anche solo in via teorica, incidere sulle sue scelte e sui riflessi economici delle stesse”¹⁷⁹.

4.3.1. *La pubblicità ingannevole lesiva degli interessi dei professionisti*

Il decreto legislativo 145/2007 ha riproposto, all'art. 2, l'originaria definizione di pubblicità ingannevole contenuta nella precedente versione del codice del consumo, identificandola come

qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione è idonea a indurre in errore le persone fisiche o 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, sia idonea a ledere un concorrente (lett. b).

Facendo genericamente riferimento alla compromissione del comportamento economico dei destinatari, la disposizione deve necessariamente coordinarsi con quanto previsto dagli artt. 21, 22 e 23 del codice

¹⁷⁶ Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2019, n. 4160, in *Banca dati Dejure*.

¹⁷⁷ A.G.C.M., PB/455, 3 marzo 2010, Provv. n. 20951, in *Boll.* 13/2010.

¹⁷⁸ Così A.G.C.M., PI/6195, 27 dicembre 2007, Provv. n. 17816, in *Boll.* 49/2007 e PI/6175, 18 ottobre 2007, Provv. n. 17516, in *Boll.* 39/2007.

¹⁷⁹ Cons. St., sez. VI, 14 settembre 2018, n. 5396, cit.

del consumo. Pertanto, come già precisato, nel caso di una pubblicità che induca in errore i consumatori, troveranno applicazione le regole, più articolate, del codice; rimarrà spazio per la disciplina del d.lgs. 145/2007 nei soli casi di ingannevolezza idonea a determinare un pregiudizio economico dei concorrenti.

Nel giudizio sull'idoneità a indurre in errore trovano applicazione i medesimi criteri adottati in materia di pratiche commerciali scorrette¹⁸⁰, come suggerito dal rinvio agli artt. 21, 22 e 23 cod. cons. ai fini dell'esame, tra le varie ipotesi, sull'illegittimità della pubblicità comparativa (art. 4 d.lgs. 149/2007). Un elemento di valutazione specifico è, invece, quello dell'idoneità della pratica a determinare un danno economico ai concorrenti: il pregiudizio è rilevante anche se ancora in una forma potenziale¹⁸¹ e deve essere inteso come sviamento della clientela conseguente alla deviazione, a causa del messaggio commerciale, delle scelte economiche dei consumatori.

Secondo la prassi consolidata dell'Autorità, accertata l'ingannevolezza del messaggio, il pregiudizio dei concorrenti è considerato *in re ipsa*, atteso che questi ultimi non potrebbero non risentire dello sviamento della clientela verso i prodotti del concorrente¹⁸². Pertanto, il verificarsi di indebiti vantaggi per il professionista non è condizione necessaria per determinare l'ingannevolezza di un messaggio pubblicitario¹⁸³.

La disciplina contiene il medesimo elenco previsto dall'art. 21 cod. cons. degli elementi di cui occorre tener conto in sede di valutazione della natura ingannevole del messaggio: 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

¹⁸⁰ G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 196.

¹⁸¹ A.G.C.M., PB/455, 30 marzo 2010, Provv. n. 20951, in *Boll.* 13/2010.

¹⁸² Cfr., in tal senso: A.G.C.M., PI/6280, 10 gennaio 2008, Provv. n. 17858, in *Boll.* 1/2008; A.G.C.M., PI/6215, 5 dicembre 2007, Provv. n. 17680, in *Boll.* 46/2007; A.G.C.M., PI/5533, 15 febbraio 2007, Provv. n. 16498, in *Boll.* 7/2007.

¹⁸³ A.G.C.M., PB/537, 9 giugno 2010, Provv. n. 21205, in *Boll.* 24/2010.

sui beni o sui servizi; prezzo, modo in cui questo è calcolato e condizioni alle quali i beni o i servizi sono forniti; categoria, qualifiche e 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 e i premi o riconoscimenti (art. 3).

L'A.G.C.M. ha sancito il principio per cui, se il messaggio pubblicitario oggetto di contestazione è rivolto a un bacino di utenti costituito da professionisti, va esaminato tenendo conto del normale grado di competenza e avvedutezza di tale categoria di destinatari¹⁸⁴; ciò non rende, però, questi ultimi immuni “da possibili fraintendimenti o induzioni in errore in ordine alle caratteristiche e condizioni dell'offerta prospettata” da una comunicazione pubblicitaria non chiara e incompleta¹⁸⁵.

Con riferimento alle argomentazioni difensive circa la maggiore competenza dei professionisti destinatari dei messaggi (e potenziali acquirenti del prodotto), l'Autorità ha osservato che, anche nei confronti di soggetti mediamente più accorti dei consumatori, il legislatore ha comunque inteso garantire forme adeguate di tutela rispetto a comunicazioni commerciali ingannevoli¹⁸⁶. Analogamente la giurisprudenza amministrativa ha stabilito che la circostanza che il messaggio sia rivolto a una platea professionale specializzata non determina l'adozione di criteri meno severi di quelli abituali¹⁸⁷.

Il giudizio di decettività si fonda sulla valutazione dell'esistenza o meno di elementi capaci di richiamare l'attenzione dei destinatari (i c.d. “indici di valore aggiunto”), il che porterebbe a escludere l'illegittimità di una pubblicità in cui l'ingannevolezza riguardi fattori marginali e inidonei a condizionare la scelta economica. L'idoneità ingannatoria del messaggio deve essere valutata sin dal primo contatto con i destinatari, e non può essere esclusa dalla circostanza secondo la quale il pubblico è posto nella condizione di apprendere ulteriori informazioni in un momento successivo alla lettura del messaggio, posto che “il fine promozionale si realizza esclusivamente attraverso il messaggio, il quale

¹⁸⁴ A.G.C.M., PB/97, 22 luglio 2009, Provv. n. 20153, in *Boll.* 32/2009.

¹⁸⁵ A.G.C.M., PB/537, 9 giugno 2010, Provv. n. 21205, cit.

¹⁸⁶ A.G.C.M., PB/350, 8 aprile 2010, Provv. n. 20984, in *Boll.* 14/2010.

¹⁸⁷ TAR Lazio-Roma, sez. I, 16 dicembre 2014, n. 12733, richiamata da V. MOSCA, *op. cit.*, p. 1468.

esaurisce la sua funzione nell'indurre il destinatario a rivolgersi all'operatore"¹⁸⁸.

Si tratta di principi (quello del "primo contatto" e quello della "auto-sufficienza informativa", applicati anche in materia di pratiche commerciali scorrette) che hanno trovato conferma in una recente sentenza del Consiglio di Stato, in cui si è affermato che l'obbligo di estrema chiarezza gravante sul professionista deve essere da costui assolto sin dal primo contatto pubblicitario, attraverso il quale "debbono essere messi a disposizione del consumatore, anche laddove costui sia un imprenditore, gli elementi essenziali per un'immediata percezione della offerta pubblicizzata", evidenziando che si tratta di un principio condiviso nella giurisprudenza amministrativa¹⁸⁹.

L'ingannevolezza, come per la disciplina consumeristica, può innanzi tutto articolarsi in una forma attiva, dunque attraverso affermazioni sulle qualità dei beni o servizi venduti non corrispondenti al vero, o comunque idonee a indurre in errore i destinatari. È stata ritenuta ingannevole, per esempio, la comunicazione commerciale di una rivista equestre che lasciava intendere, contrariamente al vero, che l'utilizzo di certi materiali per i fondi equestri fosse vietato¹⁹⁰; come pure l'affermazione, priva di supporto probatorio, della natura biodegradabile di un prodotto¹⁹¹.

Diversamente, non è ingannevole l'esaltazione dei propri prodotti supportata da riscontri tecnici o scientifici, da indagini statistiche o ricerche di mercato, o ancora da riconoscimenti statali¹⁹².

Accanto alle dichiarazioni palesemente inveritiere, anche l'uso improprio di termini come "garantito" o "gratis" è stato ritenuto idoneo a rendere fuorviante la comunicazione commerciale¹⁹³.

¹⁸⁸ Così Cons. St., sez. VI, 14 settembre 2018, n. 5396, cit. e A.G.C.M., PB/569, 26 agosto 2010, Provv. n. 20490, in *Boll.* 47/2009.

¹⁸⁹ Cons. St., sez. VI, 10 gennaio 2022, n. 161, in *Banca dati Dejure*.

¹⁹⁰ A.G.C.M., PB/790, 18 marzo 2015, Provv. n. 25395, in *Boll.* 11/2015.

¹⁹¹ A.G.C.M., PB/385, 22 dicembre 2010, Provv. n. 21942, in *Boll.* 51/2010.

¹⁹² Tra i vari casi, vedi: A.G.C.M., PI5808, 13 febbraio 2008, Provv. n. 18010, in *Boll.* 6/2008; A.G.C.M., PI/5859, 10 ottobre 2007, Provv. n. 17472, in *Boll.* 38/2007; A.G.C.M., PI/6609, 20 marzo 2008, Provv. n. 18168, in *Boll.* 11/2008.

¹⁹³ A.G.C.M., PB/18, 10 dicembre 2009, Provv. n. 20551, in *Boll.* 50/2009.

L'ingannevolezza può altresì derivare dall'omissione di informazioni rilevanti per decisione del destinatario, come le condizioni economiche (anche accessorie) di un servizio¹⁹⁴. Per esempio, è stata ritenuta ingannevole la mancata precisazione che all'interno del prezzo previsto per una *Internet key* non fosse incluso il traffico con essa prodotto¹⁹⁵. Si è giudicata decettiva, altresì, l'omissione, all'interno di una pubblicità di un contratto di *franchising* che indicava i dati di crescita della catena di negozi, delle informazioni riguardanti i numerosi punti vendita che venivano chiusi¹⁹⁶.

Nella valutazione della condotta del professionista, l'Autorità prende in considerazione elementi quali la competenza nell'area di mercato e le caratteristiche dell'attività svolta con riferimento al profilo della violazione¹⁹⁷. In questo senso, è stato stigmatizzato il comportamento del professionista che, non verificando accuratamente i dati trasmessi da un suo produttore in relazione alla qualità di un bene, ha diffuso messaggi pubblicitari attribuendo ai propri prodotti caratteristiche non sussistenti¹⁹⁸. Anche il numero di segnalazioni pervenute per la campagna pubblicitaria può essere indice della natura decettiva dei messaggi¹⁹⁹.

L'ingannevolezza è stata individuata anche nelle modalità di presentazione del messaggio, determinanti ai fini della sua corretta comprensione e identificazione²⁰⁰. L'art. 5 del d.lgs. 145/2007 stabilisce che la pubblicità «deve essere chiaramente riconoscibile come tale», precisando che «la pubblicità a mezzo di stampa deve essere distinguibile dalle altre forme di comunicazione al pubblico, con modalità grafiche di evidente percezione». Come affermato dal Consiglio di Stato²⁰¹, la pubblicità occulta è fattispecie plurioffensiva, idonea a pregiudicare il corretto funzionamento della concorrenza, a danno sia dei consumatori che dei

¹⁹⁴ Oltre a Cons. St., sez. VI, 14 settembre 2018, n. 5396, cit., cfr. A.G.C.M., PB/489, 22 aprile 2010, Provv. n. 21028, in *Boll.* 16/2010.

¹⁹⁵ A.G.C.M., PB/477, 18 febbraio 2010, Provv. n. 20794, in *Boll.* 7/2010.

¹⁹⁶ A.G.C.M., PB/455, 3 marzo 2010, Provv. n. 20951, in *Boll.* 13/2010.

¹⁹⁷ Cfr. A.G.C.M., PS/1003, 15 luglio 2009, Provv. n. 20090, in *Boll.* 28/2009 e PI/6580, 7 agosto 2008, Provv. n. 18775, in *Boll.* 31/2008.

¹⁹⁸ A.G.C.M., PB/552, 16 giugno 2010, Provv. n. 21247, in *Boll.* 24/2010.

¹⁹⁹ A.G.C.M., PB/434, 19 maggio 2010, Provv. n. 21138, in *Boll.* 21/2010.

²⁰⁰ A.G.C.M., PB/532, 24 marzo 2010, Provv. n. 20934, in *Boll.* 12/2010.

²⁰¹ Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1435, in *Giorn. amm.*, 6, 2010, p. 635.

professionisti; nel medesimo caso, il Collegio ha dedotto l'esistenza di un rapporto di committenza dalla costante ripresa dei giubbotti indossati dai commentatori di una trasmissione sportiva, con evidente inquadramento del marchio.

Più recentemente il Consiglio di Stato ha chiarito che la presenza di uno scopo promozionale va generalmente verificata mediante prova diretta del rapporto di committenza e che solo in mancanza di essa è possibile far ricorso a presunzioni gravi, precise e concordanti, come lo stile enfatico e le modalità di presentazione del prodotto²⁰².

Il carattere della plurioffensività deve altresì riconoscersi all'ipotesi vietata dall'art. 6, secondo cui è ingannevole la pubblicità che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei soggetti che raggiunge, ometta di darne notizia in modo da indurre gli stessi a trascurare le normali regole di prudenza e diligenza. La disposizione, pertanto, richiede di informare specificamente i destinatari sui rischi del prodotto non immediatamente percepibili, indipendentemente dalla circostanza che i destinatari possano acquisire informazioni ulteriori in momenti successivi²⁰³.

Le regole da ultimo citate – rispetto a cui vi è una corrispondente previsione nella normativa consumeristica – troveranno applicazione nei soli casi in cui la pubblicità sia idonea a ledere gli interessi di un professionista, diversamente dovendo lasciare spazio alla disciplina a tutela dei consumatori.

4.3.2. *La pubblicità scorretta comparativa*

Può integrare una condotta lesiva degli interessi dei professionisti concorrenti la “pubblicità comparativa”, ovvero quella forma di pubblicità con cui l'impresa mette a confronto i propri prodotti o la propria azienda con i prodotti o l'azienda altrui²⁰⁴. Inizialmente disciplinata dal

²⁰² Cons. St., sez. VI, 14 settembre 2018, n. 5396, cit.

²⁰³ A.G.C.M., PB/552, 16 giugno 2010, Provv. n. 21247, in *Boll.* 24/2010.

²⁰⁴ Sul tema si rinvia a: P. AUTERI, *La pubblicità comparativa secondo la direttiva n. 97/55/CE*, in *Contr. impr./Eur.*, 1998, p. 601 ss.; M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 272 ss.; M. FUSI, P. TESTA, P. COTTAFI, *Le nuove regole per la pubblicità comparativa*, Milano, 2000; A.M. GAMBINO, V. FALCE, A. STAZI, *op. cit.*, p. 449;

d.lgs. 67/2000 (attuativo della dir. 97/55/CE, che ha novellato il d.lgs. 74/1992), tale fattispecie è regolata, insieme alla pubblicità ingannevole, all'interno del d.lgs. 145/2007.

La scelta normativa pare orientata nel senso di ammettere in generale la pubblicità comparativa, ma nel rispetto di determinate condizioni volte a evitare che essa si traduca in uno strumento idoneo a compromettere il libero gioco del mercato. E ciò sulla base della considerazione, fatta propria dal legislatore europeo, secondo cui «la pubblicità comparativa può anche stimolare la concorrenza tra i fornitori di beni e servizi nell'interesse dei consumatori» (considerando n. 6 dir. 06/114/CE), e, «ove confronti caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative e non sia ingannevole, può essere un mezzo legittimo per informare i consumatori nel loro interesse» (considerando n. 8).

La pubblicità comparativa può dunque contribuire allo sviluppo della concorrenza tra le imprese, nella misura in cui induca quest'ultime a migliorare i propri prodotti e a renderli più competitivi; ma ancora, comunicando i pregi dei prodotti comparati, essa consente una migliore informazione dei consumatori, mettendoli nelle condizioni di assumere scelte consapevoli²⁰⁵. Un approccio analogo può riscontrarsi, sin dagli anni Settanta, anche nella tradizione giuridica d'oltre oceano²⁰⁶.

Pertanto, l'illiceità di una comparazione è momento patologico, eccezionale, rispetto a una generale libertà nella comunicazione imprenditoriale, la quale contribuisce «a mettere oggettivamente in evidenza i pregi dei vari prodotti comparabili e quindi a stimolare la concorrenza tra i fornitori di beni e di servizi nell'interesse dei consumatori»²⁰⁷.

Il legislatore ha inteso mantenere, anche nella predisposizione delle condizioni di liceità della pubblicità comparativa, un approccio tenden-

G. MANGIONE, *Osservazioni sulla pubblicità comparativa alla luce della direttiva n. 97/55/CE*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 1031; V. MOSCA, *op. cit.*, p. 1474 ss.; G. VISCANTI, *op. cit.*

²⁰⁵ Alla stessa è stata riconosciuta la potenziale funzione di colmare le asimmetrie informative tipicamente esistenti tra i professionisti e i consumatori. Cfr. in tal senso J.M. PERLOFF, *Microeconomia*, Milano, 2003, p. 678 ss.

²⁰⁶ C. LEMA DEVESA, *La pubblicità comparativa nell'Unione europea*, in *Riv. dir. ind.*, 1, 2014, p. 5.

²⁰⁷ Così CGUE, 25 ottobre 2001, causa C-112/99, *Toshiba Europe*, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Unione europea*, n. 1893 e *Raccolta*, I, 2001, p. 7945.

zialmente di favore, il quale giustifica una lettura non restrittiva delle regole. Lo stesso può dirsi per il codice di autodisciplina, che regola tale fattispecie all'art. 15²⁰⁸.

Il considerando 8 della dir. 06/114/CE prevede che «è opportuno definire un concetto generale di pubblicità comparativa per includere tutte le forme della stessa». La comparazione può essere “diretta”, ove effettuata esplicitamente nei confronti di un'impresa altrui espressamente nominata (c.d. nominativa) o comunque individuabile (c.d. per riferimento), per esempio mediante citazione del marchio o altri elementi grafici. Diversamente, la comparazione è “indiretta” se il paragone non si riferisce a un'azienda individuabile ma si sostanzia in richiami generici ai concorrenti del mercato rilevante e/o ai loro prodotti (per esempio, con espressioni quali “il solito detersivo”).

Si parla, invece, di pubblicità comparativa “superlativa” quando la comunicazione commerciale fa uso del superlativo relativo (per esempio “il più buono”), implicitamente comparando il prodotto o il servizio venduto a tutti quelli in concorrenza nel medesimo mercato. Quest'ultima forma di pubblicità si suddivide, a sua volta, in tre sottocategorie: la pubblicità comparativa per esaltazione, contenente un'enfasi tale da far ritenere erroneamente che le caratteristiche gloriose appartengano in via esclusiva al professionista; la pubblicità comparativa per esaltazione rafforzata, caratterizzata dall'uso di artifici linguistici che suggeriscono, anche implicitamente o per negazione²⁰⁹, una superiorità del produttore o del prodotto pubblicizzato; le affermazioni di unicità, come “il numero uno”.

L'art. 2, lett. *d*), del d.lgs. 145/2007 – analogamente all'art. 2, lett. *c*), della dir. 06/114/CE – definisce la pubblicità comparativa come «qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un

²⁰⁸ È bene evidenziare come, nella sua prima formulazione del 1966, il codice auto-disciplinare prevedesse un divieto assoluto di comparazione superlativa e di comparazione comunque idonea a consentire l'individuazione dei concorrenti. Da lì è iniziato un percorso verso un generale riconoscimento della legittimità, a certe condizioni, della comparazione pubblicitaria, oggi assimilabile a quello a cui è pervenuta la legislazione ordinaria.

²⁰⁹ Si parla, in tali casi, di *top parity claims*, nei quali si induce a ritenere che nessuno dei concorrenti sia all'altezza del prodotto pubblicizzato.

concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente». Dalla nozione legislativa emerge che la comparazione debba coinvolgere imprese concorrenti. La Corte di giustizia ha precisato che detto requisito è soddisfatto nel momento in cui esiste un certo grado di sostituibilità, anche potenziale, tra i beni o i servizi offerti, o almeno una parte degli stessi²¹⁰; occorre considerare le caratteristiche concrete dei prodotti comparati e non limitarsi alla constatazione che essi appartengono o meno allo stesso tipo merceologico, tenendo conto anche dell'evolversi delle abitudini di consumo negli Stati membri.

La definizione è volutamente ampia, essendo idonea a includere tutte le forme di comparazione diretta, anche per riferimento, e indiretta; diversamente, il precedente art. 22 cod. cons. era applicabile alla sola comparazione diretta. Il che è in linea con la giurisprudenza europea, che ha incluso nella definizione di pubblicità comparativa di cui all'art. 2, par. 2-*bis*, dir. 84/450/CEE (riformato dalla dir. 97/55/CE) ogni messaggio che faccia "anche implicitamente riferimento a un concorrente o ai beni o servizi che esso offre"²¹¹, seppur in mancanza di un raffronto diretto tra imprese o tra i relativi prodotti²¹². Un orientamento analogo si registra nella prassi dell'Autorità antitrust²¹³.

Nell'ottica di salvaguardare l'efficienza del mercato, il legislatore privilegia la comparazione informativa: nel caso della mera suggestione, invece, il sacrificio della reputazione del concorrente non sarebbe più controbilanciato dall'aumento dell'informazione disponibile per i consumatori²¹⁴.

Rimane esclusa dalla definizione legislativa la pubblicità superlativa²¹⁵, a differenza dell'art. 15 del codice di autodisciplina, applicabile a

²¹⁰ CGUE, 19 aprile 2007, causa C-381/05, *De Landtsheer Emmanuel*, in *Racc.*, 2007, p. I-3115 ss., punti 28-31.

²¹¹ CGUE, 8 aprile 2003, causa C-44/01, *Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH e altri*, in *Foro it.*, 4a-5a, 2003, con nota di G. Rossi, *Informazione e suggestione del consumatore nella pubblicità comparativa*, pp. 458-474.

²¹² CGUE, 25 ottobre 2001, causa C-112/99, *Toshiba Europe*, cit., punti 31-40.

²¹³ A.G.C.M., PS/9528, 28 gennaio 2015, Provv. n. 25298, in *Boll.* 5/2015.

²¹⁴ G. ROSSI, *op. cit.*, p. 460.

²¹⁵ Cfr., *ex multis*: A.G.C.M., PS/10677, 20 settembre 2017, Provv. n. 26757, in *Boll.* 41/2017; A.G.C.M., PI/5500, 15 febbraio 2007, Provv. n. 16497, in *Boll.* 7/2007;

qualsiasi forma di comparazione. Nella prassi dell'Autorità antitrust, ove venga accertata l'esistenza di una pubblicità che contiene vanterie rispetto alla generale concorrenza (per esempio affermazioni di unicità), senza identificare, in modo esplicito o implicito, un'impresa o i beni e servizi da essa commercializzati, il messaggio difficilmente potrà essere qualificato come fattispecie di pubblicità comparativa e non sarà possibile valutarlo ai sensi della relativa disciplina.

Ove, diversamente, sia configurabile una forma di comparazione ai sensi dell'art. 2 d.lgs. 145/2007, occorrerà procedere alla valutazione dei requisiti di liceità prescritti dal successivo articolo 4. In particolare, la pubblicità comparativa è lecita se sono soddisfatte le seguenti condizioni:

- 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 e 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;

A.G.C.M., PI/3365, 11 ottobre 2001, Provv. n. 10028, in *Boll.* 41/2001; A.G.C.M., PI/3055, 23 gennaio 2001, n. 9143, in *Boll.* 4/2001.

- 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.

L'art. 15 cod. aut., dal canto suo, prevede che

è consentita la comparazione quando sia utile a illustrare, sotto l'aspetto tecnico o economico, caratteristiche e vantaggi dei beni e servizi oggetto della comunicazione commerciale, ponendo a confronto obiettivamente caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili tecnicamente e rappresentative di beni e servizi concorrenti, che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi. La comparazione deve essere leale e non ingannevole, non deve ingenerare rischi di confusione, né causare discredito o denigrazione. Non deve trarre indebitamente vantaggio dalla notorietà altrui.

Come può evincersi, il contenuto della regola autodisciplinare corrisponde in sostanza a quanto previsto dalla disposizione legislativa, imponendo limiti analoghi alla comparazione. Questi ultimi possono sintetizzarsi nei seguenti requisiti: utilità informativa, natura oggettiva del confronto, importanza degli elementi comparati, omogeneità funzionale dei beni e servizi confrontati, lealtà, non decettività, inidoneità a creare rischi di confusione o denigrazione altrui, assenza di agganciamento alla notorietà altrui.

In sostanza, il legislatore suggerisce l'opportunità che il confronto, lungi dall'essere meramente suggestivo, sia basato su dati concreti, direttamente valutabili dai consumatori per la decisione commerciale. L'A.G.C.M. ha più volte evidenziato l'importanza delle modalità attraverso le quali viene eseguita la comparazione, le quali devono contribuire, insieme all'elemento contenutistico, a rendere il confronto obiettivo, puntuale e informativo²¹⁶.

²¹⁶ A.G.C.M., PI/6251, 24 gennaio 2008, Provv. n. 17927, in *Boll.* 3/2008.

Le condizioni dettate dalla normativa hanno natura cumulativa per cui basta la violazione di una di esse per rendere illecita la pubblicità²¹⁷. Tra l'altro, come esplicitato dall'art. 8, par. 1, co. 2, della direttiva 06/114/CE, per il caso della pubblicità comparativa non è consentito agli Stati membri di introdurre ulteriori condizioni rispetto a quelle stabilite nella normativa europea. Ciò si pone in linea con la volontà legislativa di uniformare «le disposizioni essenziali che disciplinano la forma e il contenuto della pubblicità comparativa» (considerando 6).

Pertanto, diversamente dalla disciplina sulla pubblicità ingannevole, per la quale si applica il criterio dell'armonizzazione minima, nel caso della pubblicità comparativa gli Stati non possono introdurre disposizioni nazionali più restrittive di quelle comunitarie²¹⁸. In dottrina si è rilevato che una simile limitazione della tutela contro la comunicazione comparativa non risulta giustificabile, considerata la sua particolare potenzialità decettiva, o comunque lesiva degli interessi dei concorrenti²¹⁹.

Procedendo con l'esame delle singole condizioni di legittimità, innanzi tutto la comparazione non deve risultare ingannevole. In tal caso, si evidenzia, non risulterebbe violato solo il divieto di cui agli artt. 4, lett. a), d.lgs. 145/07 e 15 cod. aut., ma anche più in generale il divieto di pubblicità ingannevole di cui all'art. 2 del decreto e all'art. 2 del codice di autodisciplina, che in questo senso possono convergere in sede applicativa.

L'art. 4, lett. a) richiama la nozione di ingannevolezza enunciata all'art. 2 del medesimo decreto e agli articoli 21, 22 e 23 del codice del consumo in materia di pratiche commerciali sleali. La disposizione corrispondente della dir. 06/114/CE (art. 4, lett. a), diversamente dal decreto nazionale, fa specifico riferimento anche all'art. 8, par. 1, che da un lato autorizza gli Stati membri ad adottare, in materia di pubblicità in-

²¹⁷ Analogamente, il Giuri ha affermato che l'assenza anche di uno solo dei requisiti previsti dall'art. 15 del codice determina l'illegittimità della comparazione (Giuri n. 201/2003).

²¹⁸ CGUE, 8 aprile 2003, causa C-44/01, cit., nn. 42, 43 e 44.

²¹⁹ G. ROSSI, *op. cit.*, p. 461. La regolazione comunitaria, in questo modo, ha determinato il venir meno di regole nazionali (italiane, francesi, tedesche, belghe) certamente più restrittive verso la comparazione pubblicitaria, prima vietata *tout court*.

gannevole, normative più severe e restrittive e dall'altro, come già visto, esclude che gli stessi possano introdurre norme più restrittive sulla pubblicità comparativa.

Si pone quindi la questione se il riferimento operato dall'art. 4 della direttiva debba intendersi nel senso di consentire o meno una nozione più severa di ingannevolezza nel caso della pubblicità comparativa. A una prima lettura, pare doversi pervenire a una risposta affermativa, considerando il fatto che, se così non fosse, non avrebbe avuto senso il rinvio operato all'art. 8, par. 1, in quanto sarebbero state sufficienti le disposizioni sull'ingannevolezza; tantomeno sarebbe giustificabile il prevedere, nei casi di comparazione, una minore tutela dei professionisti dall'eventuale decettività del messaggio pubblicitario²²⁰.

Tuttavia, altrettante sono le ragioni che fanno propendere per un'armonizzazione massima senza deroghe in materia di pubblicità ingannevole comparativa. Oltre al rischio di difformità applicative tra i diversi Stati membri, in contrasto con quanto previsto dal considerando 6 della direttiva, la diversa lettura condurrebbe al contrasto con il principio per cui le condizioni poste alla pubblicità comparativa devono interpretarsi nel senso a essa più favorevole. Per questo motivo, la Corte di giustizia ha definitivamente stabilito che "le disposizioni nazionali più restrittive in materia di tutela contro la pubblicità ingannevole non possono essere applicate alla pubblicità comparativa"²²¹.

Guardando agli esempi nella prassi, l'Autorità antitrust ha ritenuto illegittima la comparazione mediante messaggio che utilizzava ingannevolmente dati numerici per dimostrare la maggiore efficienza del prodotto pubblicizzato²²², o quella realizzata da un'emittente televisiva in modo generico e omissivo sui programmi di un concorrente, senza alcuna indicazione del genere televisivo²²³. Ancora, è stata considerata illecita, in contrasto con gli artt. 1, 2, 3 e 4 d.lgs. n. 145/2007, la diffu-

²²⁰ Si rinvia alle conclusioni, formulate nella vigenza della precedente normativa, dell'Avvocato generale Tizzano del 12 settembre 2002, in CGUE, 8 aprile 2003, Causa C-44/2001, cit.

²²¹ *Ibidem*, punto 44.

²²² A.G.C.M., PS/8911, 18 settembre 2013, Provv. n. 24522, in *Boll.* 39/2013.

²²³ A.G.C.M., PS/4733, 18 marzo 2010, Provv. n. 20919, in *Giust. civ.*, 9, 2010, p. 2088.

sione presso gli operatori sanitari di un opuscolo che presentava un integratore alimentare confrontandolo con specialità medicinali attraverso una tabella comparativa, nella quale si evidenziava che il prodotto avrebbe consentito di ridurre le somministrazioni giornaliere degli attivi rispetto ai principali *competitors*, migliorando così la *compliance* del paziente, riportando informazioni decettive circa la non dimostrata capacità del prodotto medesimo di favorire la totale e veloce risoluzione di determinati sintomi²²⁴.

Dal canto suo, il Giurì di autodisciplina ha ritenuto ingannevole la comparazione caratterizzata da gravi omissioni su caratteristiche rilevanti del prodotto o servizio commercializzato²²⁵, lasciando spazio invece a confronti insignificanti per la decisione consumeristica²²⁶.

È stata ritenuta ingannevole ai sensi dell'art. 15 cod. aut. la rivendicazione perentoria di un primato che, data la struttura oligopolistica del mercato, sia idonea a identificare il concorrente, salvo che suffragata da prove certe²²⁷. L'illegittimità della comparazione va invece esclusa nel caso in cui la narrazione pubblicitaria sia diretta, tramite richiami a contesti palesemente favolistici, a suscitare sentimenti piuttosto che a comunicare informazioni sul mondo reale²²⁸.

Il Giurì ha precisato che l'art. 2 del codice è assorbente rispetto all'art. 15 e che pertanto, nel caso di utilizzo di dati mendaci, l'ingannevolezza va valutata alla luce della prima disposizione, di portata più ampia²²⁹; diversamente, nel caso in cui la comparazione utilizzi dati veri in modo distorto o celi maliziosamente talune informazioni, si applicherà l'art. 15²³⁰.

²²⁴ A.G.C.M., PS/9528, 28 gennaio 2015, Provv. n. 25298, in *Rass. dir. farm.*, 2, 2015, p. 455.

²²⁵ Giurì n. 136/2002.

²²⁶ Giurì n. 74/2013.

²²⁷ Cfr., su fattispecie di questo tipo: Giurì n. 20/2010, Giurì n. 97/2009; Giurì n. 9, 10, 11/2009.

²²⁸ Giurì n. 42/2017.

²²⁹ Così Giurì n. 43/2018, n. 77bis/2016 e n. 9/2016.

²³⁰ Come nel caso Giurì n. 16/2019, in cui la formulazione del *claim* induceva a credere, contrariamente al vero, che il latte pubblicizzato fosse l'unico a contenere determinati ingredienti.

Il divieto di decettività vale per la pubblicità superlativa, la quale, anche se non ricondotta all'ipotesi della comparazione, è stata considerata dalla giurisprudenza tendenzialmente innocua, salvo che idonea a ingannare²³¹. Ben più rigorosa, su fattispecie analoghe, è la prassi del Giurì di autodisciplina, che ha ricondotto all'art. 15 del codice quei *claims* contenenti espressioni come “il più efficace” o altre affermazioni di primato²³²; sono lecite le affermazioni palesemente iperboliche²³³ o le generiche vanterie prive di un riferimento a prodotti concorrenti individuabili, non essendo nemmeno configurabile, in tali casi, una comparazione pubblicitaria²³⁴.

Quanto al requisito dell'omogeneità di cui alla lettera *b)*, questo implica che i beni e servizi confrontati appartengano allo stesso mercato di riferimento e quindi siano in concorrenza tra loro, perché in qualche modo fungibili agli occhi del consumatore²³⁵. Non è invece necessario che i prodotti o servizi confrontati siano identici o che appartengano alla stessa categoria merceologica.

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha distinto l'esame della condizione prevista dall'art. 4, lett. *b)* – che “richiede una valutazione individuale e concreta dei prodotti oggetto specifico del confronto nel messaggio pubblicitario al fine di concludere eventualmente per una loro effettiva sostituibilità” – dall'accertamento dell'esistenza di un rapporto di concorrenza secondo la definizione di pubblicità comparativa di cui all'art. 2, lett. *c)*, per cui è sufficiente verificare se i beni confrontati “presentino, in linea generale, una certa intercambiabilità”²³⁶. Tuttavia, pur non considerandoli identici, la stessa Corte ammette che, anche per l'interpretazione del rapporto di omogeneità tra prodotti di

²³¹ Così Trib. Trieste, 29 dicembre 1995, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1997, p. 821.

²³² *Ex multis*, cfr.: Giurì n. 18/2014, n. 272/2001, n. 225/2001, n. 243/99.

²³³ Come in Giurì n. 129/2010, n. 9/2002 e n. 4/2002.

²³⁴ Giurì n. 52/2017 e n. 97/2015.

²³⁵ CGUE, 19 settembre 2006, causa C-356/2004, *Lidl Belgium*, in *Racc.*, 2006, p. I-8501 ss., punto 26.

²³⁶ CGUE, 19 aprile 2007, causa C-381/05, *De Landtsheer Emmanuel*, cit., punti 47 e 49.

cui alla lett. *b*) dell'art. 4, si possono applicare i criteri stabiliti per l'individuazione del rapporto di concorrenza²³⁷.

Pertanto, è innanzi tutto opportuno che la comparazione riguardi beni e servizi omogenei, dunque idonei a soddisfare i medesimi bisogni o a raggiungere gli stessi obiettivi²³⁸. Deve trattarsi, in altre parole, di beni fungibili o quanto meno di beni succedanei in ragione della funzione esercitata²³⁹.

Sulla base di tale principio l'Autorità antitrust ha stigmatizzato una pubblicità *online* che confrontava integratori con prodotti farmaceutici, di natura diversa rispetto ai primi²⁴⁰. Ancora, è stata considerata non obiettiva la comparazione dei prezzi di servizi tra loro differenziati, contenente dati non omogenei sui costi accessori²⁴¹.

Nella prassi autodisciplinare, è stato considerato illecito, in quanto privo del carattere dell'omogeneità, il confronto tra tariffe di una compagnia aerea di bandiera e quelle di una compagnia *low cost*²⁴². Il requisito è inderogabile anche nel caso in cui il confronto risulti volutamente paradossale²⁴³. Non è considerata di per sé illecita, invece, la comparazione superlativa volta a far ritenere che nessuno dei prodotti concorrenti possieda certe caratteristiche²⁴⁴.

Il confronto deve essere utile a illustrare le qualità dei beni commercializzati, confrontando oggettivamente una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative (artt. 4, co. 2, lett. *c*), d.lgs. 145/2007). L'oggettività della comparazione, connessa alla sua verificabilità, è precisata dall'art. 4, co. 2, che la ritiene soddisfatta «quando i dati addotti a illustrazione della caratteristica del bene o servizio pubblicizzato sono suscettibili di dimostrazione».

²³⁷ *Ibidem*, punto 48.

²³⁸ TAR Lazio, sez. I, 16 dicembre 2009, n. 13023, in *Rass. dir. farm.*, 4, 2010, p. 778.

²³⁹ Nel caso, a dir vero raro, di pubblicità che compara beni tra loro privi di elementi in comune, la comparazione è illecita. Cfr., a titolo di esempio, Trib. Milano, 9 marzo 1997, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1989, p. 2374.

²⁴⁰ A.G.C.M., PS/9528, 28 gennaio 2015, Provv. n. 25298, cit.

²⁴¹ A.G.C.M., PB 316, 26 agosto 2009, Provv. n. 20228, in *Boll.* 35/2009.

²⁴² Giurì n. 76/2002.

²⁴³ Giurì n. 1/2006.

²⁴⁴ Giurì n. 79/2010.

Ciò implica che le caratteristiche dei prodotti o dei servizi comparati, oltre che veritiere, siano “di natura tale da poter essere confrontate in maniera equa e imparziale”²⁴⁵. Pertanto, il paragone deve riguardare qualità oggettivamente rilevabili e non caratteristiche il cui giudizio può variare da persona a persona. L’Autorità antitrust ha ritenuto illegittima, per esempio, la comparazione effettuata con una grafica fuorviante e avente a oggetto beni con strutture tecniche differenti, non comparabili²⁴⁶.

L’art. 15 cod. aut. prevede che il confronto sia leale e che la comparazione debba essere utile a illustrare, sotto l’aspetto tecnico o economico, caratteristiche e vantaggi dei beni e servizi oggetto della comunicazione commerciale. È opportuno che il confronto abbia una qualche utilità informativa per la scelta consumeristica e che utilizzi parametri di giudizio obiettivi e misurabili: non sono stati ritenuti tali, per esempio, la bontà e la gustosità, di natura spiccatamente soggettiva²⁴⁷, o un confronto esasperato e grossolano²⁴⁸.

Ancora, è illegittima la comparazione suggestiva, per esempio con associazione simbolica dei prodotti con un certo stile di vita²⁴⁹ o con modelli soggettivi particolari²⁵⁰. In altre parole, deve escludersi la legittimità della comparazione subdola, maliziosa e tendenziosa, in quanto non utile per un confronto oggettivo dei prodotti²⁵¹.

Oltre all’obiettività, l’art. 4, lett. c), richiede che il confronto verta su caratteristiche essenziali, pertinenti, rappresentative e verificabili. I primi tre aggettivi hanno lo stesso significato: stanno tutti a indicare che la comparazione non deve riguardare aspetti insignificanti, marginali.

La verificabilità è invece un aspetto più complesso, che ha dato origine a diversi dubbi interpretativi. Un messaggio pubblicitario è verificabile solo se mette i suoi destinatari in grado di identificare i beni o i servizi comparati. Si pone però la questione se ciò debba avvenire in

²⁴⁵ Conclusioni dell’Avvocato generale Tizzano in CGUE, 19 settembre 2006, causa C-356/04, cit., punto 44.

²⁴⁶ A.G.C.M., PS/9335, 9 luglio 2014, Provv. n. 25023, in *Boll.* 32/2014.

²⁴⁷ Giurì n. 18/2014 e n. 63/2002.

²⁴⁸ Giurì n. 20/2009.

²⁴⁹ Giurì n. 2/2000.

²⁵⁰ Giurì n. 106/2009 e n. 82/93.

²⁵¹ Giurì n. 8/2014.

occasione della pubblicità – in tal modo richiedendo alla stessa di menzionare tutti gli elementi essenziali del confronto così da permettere ai destinatari del messaggio di verificarne immediatamente la correttezza – oppure se possa ammettersi anche in un momento successivo.

La prima soluzione pare sostanzialmente impraticabile, considerata la fisiologica brevità della comunicazione pubblicitaria, spesso volta a offrire esclusivamente un *input* informativo ai destinatari, lasciando a questi la libertà di approfondire le caratteristiche dei prodotti o servizi venduti; tra l'altro, una simile lettura si porrebbe in contrasto con la definizione di pubblicità comparativa di cui all'art. 2, lett. c), che ammette anche un'identificazione implicita dei beni o servizi posti a confronto.

Perché il requisito della verificabilità sia rispettato, deve ritenersi sufficiente che la pubblicità indichi dove e come gli elementi della comparazione possano essere agevolmente individuati dal destinatario al fine di permettergli di verificare o, se questi non ha la competenza, di far verificare da terzi l'esattezza delle informazioni riportate²⁵². Gli elementi della comparazione devono poter essere accessibili indipendentemente dall'instaurazione di una fase contenziosa²⁵³.

Come suggerito dalla disposizione legislativa, che fa riferimento a caratteristiche essenziali e pertinenti, è ammesso anche il confronto parziale tra prodotti, cioè limitato solo ad alcuni aspetti e non ad altri. Alla stessa conclusione è pervenuto il Giurì in relazione all'art. 15 del codice di autodisciplina, anche se non sono mancati casi in cui è stata ritenuta scorretta, in quanto non obiettiva, una comparazione che, concentrandosi su una sola caratteristica, la rendeva totalizzante, in questo modo attribuendo al prodotto pubblicizzato una indebita superiorità a discapito dei concorrenti²⁵⁴.

Il Giurì ha considerato lecita la pubblicità comparativa di un cosmetico che rivendicava la superiorità del prodotto, fondando l'affermazione su un test tecnicamente accreditato, ancorché fosse possibile effettuare test diversi con esiti potenzialmente non coincidenti²⁵⁵.

²⁵² Così CGUE, 19 settembre 2006, causa C-356/04, cit., punto 74.

²⁵³ *Ibidem*, punto 71.

²⁵⁴ Giurì n. 55/2010, n. 265/2001 e n. 59/2000.

²⁵⁵ Giurì n. 74/2013.

È illegittima la comparazione basata su caratteristiche secondarie²⁵⁶ o non misurabili oggettivamente²⁵⁷, come nel caso di un giudizio basato su un test di autovalutazione²⁵⁸. Ancora, si è ritenuta in contrasto con l'art. 15 la pubblicità che vantava il primato di un'intera gamma di prodotti, quando il realtà il primato era valido solo per uno²⁵⁹ o alcuni²⁶⁰ di essi.

Proseguendo nella lettura delle condizioni normative di legittimità della pubblicità comparativa, si prevede che quest'ultima non ingeneri confusione tra professionisti e/o tra prodotti nel mercato, o tra marchi o segni distintivi (art. 4, lett. *d*), d.lgs. 145/2007). Si tratta, come può evincersi, di una condizione che corrisponde al divieto generalmente previsto dall'art. 2598, n. 1), c.c., alla cui trattazione si rinvia. Analogamente, l'art. 21, co. 2, lett. *a*), cod. cons. vieta la pubblicità comparativa che ingeneri confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente.

Basti evidenziare, in questa sede, che solitamente la comparazione pubblicitaria tende a distinguere, piuttosto che a confondere, i prodotti e le aziende.

La comparazione, inoltre, non deve: creare discredito o denigrazione (lett. *d*); permettere all'operatore pubblicitario di trarre indebitamente vantaggio dalla notorietà del concorrente (lett. *g*); rappresentare un bene o servizio come imitazione o contraffazione di altri beni o servizi protetti (lett. *h*). Anche in questo caso, si tratta di ipotesi riconducibili al divieto di cui all'art. 2598, i cui nn. 1 e 2 proibiscono, rispettivamente, l'imitazione servile e l'appropriazione di pregi altrui: tali disposizioni rimangono applicabili, ove ve ne siano i presupposti, in forza del rinvio di cui all'art. 8, co. 15, del d.lgs. 145/2007.

Secondo il costante orientamento dell'Autorità²⁶¹, i riferimenti comparativi non degenerano in discredito per il concorrente quando, per i contenuti e le modalità espressive utilizzate, si realizzi un confronto obiettivo e puntuale, avente lo scopo di mettere in evidenza i vantaggi

²⁵⁶ Giurì n. 279/2001, 225/2001, 79/87.

²⁵⁷ Giurì n. 63/2002.

²⁵⁸ Giurì n. 83/2013.

²⁵⁹ Giurì n. 227/97.

²⁶⁰ Giurì n. 74/2013.

²⁶¹ A.G.C.M., PI/4968, 8 febbraio 2006, Provv. n. 15190, in *Boll.* 6/2006.

del prodotto pubblicizzato. Il discredito dei prodotti altrui, in altre parole, non deve essere sproporzionato in relazione alle esigenze informative del confronto²⁶².

La Corte di giustizia UE ha affermato che il confronto che verte sui prezzi non comporta discredito o denigrazione del concorrente più costoso, neppure se l'operatore pubblicitario ha scelto di comparare proprio i prodotti per i quali esistono le differenze maggiori²⁶³.

Un divieto analogo di comparazione denigratoria si prevede agli artt. 14 – che vieta ogni denigrazione pubblicitaria dell'altrui impresa, attività o prodotti, anche non nominata – e 15 del codice di autodisciplina. Data la convergenza di contenuti, si rinvia a quanto già argomentato con riguardo alla denigrazione pubblicitaria, comparativa o meno che sia. In tali termini, può sostenersi che la denigrazione, illegittima di per sé, rende illegittima una comparazione che viceversa non sarebbe tale.

In altre parole, la comparazione rimane legittima se, realizzata a fini informativi, non scade in affermazioni spregiative sul prodotto o azienda altrui ingiustificate, sproporzionate o decettive. In ambito autodisciplinare, un noto caso storico è stato quello di una pubblicità di una passata di pomodoro, la cui comparazione con i pelati tradizionali è stata giudicata denigratoria²⁶⁴; ma ancora, sono state ritenute comparazioni denigratorie la frase, contenuta in una pubblicità di cosmetici, “mantiene le promesse”, suggerendo con evidenza che ciò non valesse per i prodotti concorrenti²⁶⁵, o ancora la rappresentazione di un cellulare concorrente in stato di cattivo funzionamento per assenza di campo²⁶⁶.

Solitamente la comparazione denigratoria viene eseguita attraverso la rappresentazione del minor pregio del prodotto concorrente²⁶⁷, anche

²⁶² A. FORMICETTI, *Note in tema di concorrenza sleale, pubblicità ingannevole e pubblicità comparativa denigratoria*, in *Giust. civ.*, 4, 2000, p. 1191 ss.

²⁶³ CGUE, 8 aprile 2003, Causa C-44/2001, cit., punti 80 e 81.

²⁶⁴ Giurì n. 9/79.

²⁶⁵ Giurì n. 46/2008.

²⁶⁶ Giurì n. 53/2016.

²⁶⁷ Un altro caso è Giurì n. 23/2019, riferito alla denigrazione dell'olio di palma, presente in alcuni prodotti.

se non sono mancati casi di insulti diretti o persino di affermazioni ridicolizzanti²⁶⁸.

La Corte di giustizia era già intervenuta nell'interpretazione della lett. g) dell'art. 3-*bis* della dir. 84/450/CEE, inserito dalla dir. 97/55/CE e successivamente trasposto nell'art. 4, lett. f), della dir. 06/114/CE, a cui corrisponde l'attuale lett. g) dell'art. 4 del decreto nazionale. In particolare, la Corte ha circoscritto l'esistenza dell'indebito vantaggio derivante dalla notorietà del concorrente ai casi in cui, attraverso la presentazione complessiva della pubblicità, i destinatari siano indotti a proiettare la reputazione del concorrente sull'operatore pubblicitario, creando in tal modo un'associazione tra i due soggetti²⁶⁹.

In altra pronuncia la medesima Corte ha affermato, con riferimento alla comparazione eseguita mediante accostamento a un marchio notorio, che il raffronto rimane legittimo ove sia volto a far conoscere al pubblico le diverse caratteristiche del bene con il marchio meno noto, mentre sarebbe indebita la mera affermazione di similarità, priva di effettiva portata informativa²⁷⁰.

Come emerge dal considerando 15 della direttiva 06/114/CE, l'utilizzazione del marchio, della denominazione commerciale o di altri segni distintivi del concorrente deve ritenersi possibile solo se ha come scopo quello di mettere in rilievo le differenze. Pertanto, il riferimento a tali elementi potrà ammettersi solo se non si possa effettuare la comparazione altrimenti.

Quanto al settore autodisciplinare, una previsione analoga all'art. 4, lett. g) del d.lgs. 145/2007 è contenuta nell'art. 13 cod. aut., il quale è stato già esaminato sopra.

Con riguardo al divieto di cui alla lett. h) dell'art. 4 del decreto 145/2007 – secondo cui la pubblicità comparativa non deve rappresentare un bene o un servizio come imitazione o contraffazione di beni o servizi protetti da un marchio o da una denominazione commerciale depositati – occorre richiamare la decisione con cui la Corte di giustizia,

²⁶⁸ Come è avvenuto nel caso di Giurì n. 58/2016, in cui si è stigmatizzato il claim “non sentirti superato”, con cui si contestava l'obsolescenza di buona parte dei prodotti telefonici concorrenti.

²⁶⁹ CGUE, 25 gennaio 2001, causa C-112/99, *Toshiba Europe c. Katun Germany*, cit.

²⁷⁰ CGUE, 18 giugno 2009, C-487/07, *L'Oréal e a.*, in *Dir. ind.*, 3, 2010, p. 257 ss.

interpretando l'identica disposizione di cui al precedente art. 3-*bis*, lett. *h*) dir. 84/450/CEE, ha precisato che essa non riguarda solo le ipotesi di contraffazione, ma più in generale ogni forma di imitazione o riproduzione²⁷¹. Ciò che la norma intende vietare sono le ipotesi in cui l'operatore pubblicitario affermi, implicitamente o esplicitamente, che il suo prodotto o servizio, o una caratteristica essenziale dello stesso, costituisce un'imitazione o una riproduzione del prodotto o servizio protetto²⁷².

La dottrina ha criticato la cattiva formulazione e la scarsa utilità pratica di tale ultima previsione, trattandosi sostanzialmente di una fattispecie ibrida, che interviene a sostegno dei divieti di confusione e di agganciamento previsti, rispettivamente, dalle lettere *d*) e *g*) dell'art. 4 del d.lgs. 145/2007²⁷³.

Una condizione specifica della comparazione è, infine, quella secondo cui la stessa, ove riguardi prodotti con denominazione d'origine, deve riferirsi sempre a prodotti aventi la medesima denominazione (art. 4 lett. *f*). Come emerge dal considerando 12, il fine è quello di tutelare i prodotti alimentari che recano una denominazione di origine e che sono tutelati in virtù del regolamento (CE) n. 510/2006.

La previsione, rispetto all'art. 2598, n. 2, c.c. estende l'oggetto della possibile denigrazione anche ai segni distintivi. La corrispondente disposizione di cui all'art. 4, lett. *f*) dir. 84/450/CEE è stata interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea²⁷⁴ come un requisito di legittimità non autonomo, ma da leggere in combinazione con il divieto di agganciamento. Pertanto, può ritenersi di per sé illegittima solo quella comparazione che determini un indebito sfruttamento della notorietà e del prestigio altrui.

Deve, infine, menzionarsi il terzo comma dell'art. 4 del d.lgs. 145/2007, riferito ai casi di pubblicità comparative aventi a oggetto offerte speciali. Secondo la disposizione, qualunque raffronto che faccia riferimento a un'offerta speciale deve indicare in modo chiaro e non equivoco il

²⁷¹ *Ibidem*, punto 73.

²⁷² *Ibidem*, punti 75 e 76.

²⁷³ Così G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso*, cit., p. 156.

²⁷⁴ CGUE 19 aprile 2007, C-381/05, *De landtsheer Emmanuel*, cit.

termine finale dell'offerta oppure, nel caso in cui l'offerta speciale non sia ancora avviata, la data di inizio del periodo nel corso del quale saranno applicati il prezzo speciale o altre condizioni particolari o, se del caso, che l'offerta speciale dipende dalla disponibilità dei beni e servizi.

4.4. Pubblicità e tutela del diritto d'autore

La pubblicità rappresenta il principale mezzo di competizione tra le imprese nel libero mercato, attraverso cui ciascuna di esse si propone di intercettare l'attenzione del pubblico. Elementi fondamentali dell'efficacia comunicativa sono la struttura semantica e la connotazione estetica del messaggio, in qualsiasi forma esso sia veicolato (fotografie, disegni, video, audio, citazioni o creazioni di altro tipo).

Nell'architettura del messaggio pubblicitario vanno distinte: una parte contenente il testo della comunicazione, tradizionalmente chiamata *claim* o *copy*, a sua volta derivata dallo sviluppo del *concept*, in cui è messa in risalto una certa espressione (*headline*); una componente rappresentativo-figurativa, più prettamente artistica, consistente nelle immagini (*visual*) e negli altri elementi grafici ed estetici della pubblicità.

Come visto nel primo capitolo, un ruolo centrale nella retorica pubblicitaria va ascritto al *brand*. Il suo valore simbolico si lega a una molteplicità di aspetti ideali e storici che, ripetuti nel tempo, permettono di individuare il prestigio della marca (*equity*), spesso rappresentato in un determinato *format* pubblicitario, da intendersi come sistema delle strutture sintattiche e delle soluzioni espressive che caratterizzano un messaggio commerciale²⁷⁵.

La ricerca dell'interesse collettivo può essere perseguita dalle imprese sia mediante la creazione di una narrazione originale, in grado di sorprendere e stimolare l'attenzione dei destinatari, sia, come molto spesso avviene, attraverso l'utilizzo di idee e rappresentazioni già impresse nell'immaginario collettivo e proprio per questo caratterizzate da una portata persuasiva. In tali termini, la comunicazione commerciale

²⁷⁵ Per un approfondimento della struttura del messaggio pubblicitario si rinvia a: M. FERRARESI (a cura di), *op. cit.*, p. 163 ss.; A. TESTA, *op. cit.*, p. 103 ss.

può assumere un valore giuridico quale opera meritevole di protezione secondo la disciplina sul diritto d'autore, ma anche quale possibile strumento di violazione di un'opera altrui²⁷⁶.

La materia del diritto d'autore è contenuta nella l. 22 aprile 1941, n. 633 (sulla "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio"), più volte modificata nel corso del tempo. Insieme alla disciplina sulla concorrenza sleale già vista sopra, essa rappresenta il punto di riferimento legislativo per la tutela della creazione pubblicitaria.

Sono oggetto del diritto d'autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione (art. 1 l. aut.). L'art. 2, che precisa il contenuto della disposizione precedente, include tra le opere anche quelle della scenografia, della cinematografia, della fotografia, del disegno industriale o architettonico, nonché le banche di dati.

Affinché un'opera sia oggetto di protezione giuridica è necessario che essa sia estrinsecata, rappresentata in modo da essere percepibile all'uomo²⁷⁷. Chi intende invocare la tutela deve provare la preesistenza dell'opera rispetto a quelle oggetto di contestazione.

Che la pubblicità appartenga alle opere meritevoli di tutela secondo la legge sul diritto d'autore è principio pacifico in giurisprudenza²⁷⁸; d'altronde, il messaggio pubblicitario consiste in una commistione, spesso di notevole pregio artistico, di elementi verbali e grafici espressa tramite una forma percepibile dalla collettività. Come ogni opera dell'ingegno, anche l'opera pubblicitaria, per ottenere la protezione legi-

²⁷⁶ Sul tema cfr.: G. DE CRISTOFARO, *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso*, cit, p. 158 ss.; M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 235 ss.; M. RAFFI, *La tutela giuridica dell'idea pubblicitaria*, in *Studi Urbinati, A. Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 56 (4), 257, p. 575 ss.

²⁷⁷ Così, *ex multis*: Trib. Milano, 5 maggio 1994, in *AIDA*, II, 1994, p. 275; Cass., 13 febbraio 1987, n. 1558, in *Giur. it.*, I, 1, 1988, p. 644; Cass., 23 gennaio 1969, n. 175, in *Dir. ind.*, 1969, p. 215.

²⁷⁸ Cass., 12 ottobre 2017, n. 24062, in *Giust. civ. mass.*, 2017.

slativa, deve possedere compiutezza espressiva, originalità e creatività (art. 2 l. aut.)²⁷⁹.

Quanto alla compiutezza espressiva, la giurisprudenza ha riconosciuto un'autonoma tutela anche al bozzetto pubblicitario, quindi la forma progettuale di un futuro messaggio commerciale, purché esso sia sufficientemente completo²⁸⁰. Diversamente, non viene considerato oggetto di tutela lo *slogan*, in quanto privo di compiutezza espressiva, salvo che contenga un articolato insieme di messaggi identificativi²⁸¹.

Quanto, invece, ai presupposti dell'originalità e della creatività, si è precisato che i medesimi non implicano che il messaggio debba possedere un particolare e articolato pregio artistico, essendo sufficiente un'organizzazione creativa e originale di idee di per sé semplici, idonea ad apportare un *quid pluris* all'oggetto rappresentato²⁸². Non è originale, per esempio, un messaggio che faccia uso di una combinazione tra idea veicolata e immagine già utilizzata in precedenti pubblicità²⁸³, come pure l'impiego, da parte di una pubblicità radiofonica, di uno *slogan* rappresentato da un detto proverbiale liberamente reperibile²⁸⁴ o dal contenuto meramente descrittivo²⁸⁵.

Nel caso di pubblicità coperta dal diritto d'autore, al titolare spettano le prerogative riconosciute dalla l. 633/1941, di natura patrimoniale e morale. Sotto il primo profilo, viene in rilievo il diritto di utilizzazione economica dell'opera, dunque il diritto di trarne profitto attraverso la pubblicazione (art. 12 l. aut.), la riproduzione (art. 13), la trascrizione (art. 14), la rappresentazione (art. 15), la diffusione (art. 16), la com-

²⁷⁹ Cfr. sul punto: Cass., 28 novembre 2011, n. 25173, in *Riv. dir. ind.*, 4-5, II, 2020, p. 345; Cass., 12 marzo 2004, n. 5089, in *Foro it.*, I, 2004, p. 2441; Cass., 23 gennaio 1969, n. 175, in *Dir. d'autore*, 1969, p. 399.

²⁸⁰ Così Trib. Milano, 24 marzo 2011, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1, 2012, p. 196 e Cass., 11 novembre 2003, n. 16919, in *Dir. e giust.*, 45, 2003, p. 42, con nota di V. Bedeschi, "Creativi" e tutela di opere dell'ingegno. Natura ed effetti del contratto con i pubblicitari.

²⁸¹ Cass., 24 giugno 2016, n. 13171, in *Dir. e giust.*, 2016.

²⁸² Cfr. Trib. Roma, 11 febbraio 2019, in *Redaz. Giuffrè*, 2019 e Cass., 12 ottobre 2017, n. 24062, cit.

²⁸³ Trib. Milano, 25 settembre 2018, inedita.

²⁸⁴ Trib. Arezzo, 19 gennaio 2009, in *Redaz. Giuffrè*, 2009.

²⁸⁵ Trib. Venezia, 8 ottobre 2019, in *AIDA*, I, 2020, p. 796.

mercualizzazione (art. 17), o la sua traduzione, elaborazione o modifica (art. 18).

Nel caso di violazione del diritto d'autore – e dunque di utilizzo economico di un contenuto preesistente e coperto da privativa, senza l'autorizzazione del titolare dei diritti – il soggetto leso potrà agire per ottenere sia la cessazione del comportamento illecito, sia il risarcimento del danno. Le facoltà implicate dal diritto di utilizzazione economica sono disponibili *in toto* o anche singolarmente con atto per cui è richiesta la forma scritta *ad probationem* (art. 110 l. aut.). Il trasferimento si presume solo nel caso in cui sia ceduto il mezzo di riproduzione, ma non anche un semplice esemplare dell'opera.

In alternativa alla cessione, è anche possibile la concessione del diritto di utilizzazione in licenza per un certo periodo di tempo.

Esclusivamente all'autore spetta, invece, il diritto morale di rivendicare la paternità dell'opera (artt. 20 e 21) e di opporsi a modifiche da cui possa derivare un pregiudizio all'onore o alla reputazione. Allo stesso modo, solo l'autore può opporsi alla pubblicazione, anche successiva alla sua morte (art. 24). Diversamente dal diritto patrimoniale, il diritto morale è dunque indisponibile – fatta salva la successione *mortis causa* in favore di taluni parenti, fino ai discendenti di sesto grado – ed è privo di durata, mentre il diritto patrimoniale cessa ai settant'anni dalla morte dell'autore.

Nel caso della pubblicità, la mancata menzione del nome dell'autore nella trasmissione del messaggio, oltre a giustificarsi per la estrema brevità della comunicazione, non costituisce violazione del diritto morale, in quanto l'utilizzo meramente strumentale alla promozione del prodotto esclude il pregiudizio all'interesse dell'autore o dei suoi eredi²⁸⁶. Tra l'altro, la menzione del nome dell'autore risulterebbe difficoltosa e inopportuna per le seguenti ragioni: la presenza, solitamente, di

²⁸⁶ *Ex multis*, cfr.: Cass. 20 novembre 2014, n. 24754, in *Giust. civ. mass.*, 2014; App. Roma, 9 ottobre 2013, in *Foro it.*, 12, I, 2013, p. 357; Cass. 3 marzo 2006, n. 4723, in *Giur. it.*, 2, 2007, p. 348. Ha riconosciuto la sussistenza di una violazione Trib. Roma, 12 maggio 1993 (in *Foro it.*, I, 1994, p. 2258), in quanto, alla mancata menzione dell'autore, si aggiungeva l'assenza di consenso all'utilizzazione pubblicitaria, con conseguente diminuzione del valore commerciale dell'opera per il mancato utilizzo alternativo.

una moltitudine di soggetti che hanno collaborato alla creazione del messaggio; l'opportunità di estrapolare singole parti dell'opera nel caso di veicolazione attraverso particolari spazi pubblicitari; la necessità di imprimere nel destinatario solo l'immagine dell'impresa, prevalente rispetto al pregio stesso della comunicazione.

Tra i casi di pubblicità lesiva del diritto d'autore, si ricorda la riproduzione di immagini di personaggi frutto di creazioni altrui²⁸⁷, o l'utilizzo di musiche come colonne sonore di spot televisivi o annunci radiofonici²⁸⁸. Ancora, è stato considerato illegittimo l'uso, all'interno di una comunicazione commerciale, del disegno della meridiana esistente su un pilastro della Chiesa di San Lanfranco in Pavia, contestato dall'autore in quanto, non solo non era stato precedentemente interpellato, ma nemmeno era stato menzionato all'interno del messaggio²⁸⁹.

A volte la giurisprudenza ha ritenuto sussistente una violazione del diritto morale, inteso come diritto a non veder falsamente rappresentata la personalità dell'autore con conseguente lesione del suo onore o della reputazione²⁹⁰. Ciò è stato riscontrato, per esempio, nell'ipotesi della continua interruzione, a opera del messaggio commerciale, di film trasmessi in televisione, in particolare ove, considerando il numero, la durata e la collocazione delle interruzioni, la dignità dell'opera filmografica venga compromessa²⁹¹; in altri casi la giurisprudenza ha configurato nell'interruzione in sé una violazione del pregio dell'opera²⁹².

In chiusura si rileva che, diversamente dalla legislazione statale, il codice di autodisciplina estende la propria tutela all'idea in sé, vietando, come visto sopra, «qualsiasi imitazione servile della comunicazione commerciale altrui» (art. 13, co. 1). La regola non protegge l'autore in

²⁸⁷ Tra i casi, si ricorda quello dell'utilizzo, all'interno di una pubblicità di un'acqua minerale, dell'immagine di Zorro (Cass., 7 ottobre 2016, n. 1599, inedita).

²⁸⁸ Cass. 20 novembre 2014, n. 24754, cit.; Trib. Roma, 12 maggio 1993, in *AIDA*, II, 1994, p. 233.

²⁸⁹ Trib. Milano, 6 maggio 2010, inedita.

²⁹⁰ Trib. Milano, 25 gennaio 1993, in *AIDA*, 1993, p. 176.

²⁹¹ Così Trib. Roma, 20 febbraio 1987, in *Dir. inf.*, 1987, p. 1014.

²⁹² App. Roma, 16 ottobre 1989, in *Foro it.*, I, 1989, p. 3201.

relazione agli aspetti creativi e originali del messaggio²⁹³, ma la leale competizione commerciale e il valore informativo della pubblicità²⁹⁴.

Da considerare singolarmente è, poi, il sistema previsto dall'art. 43 del codice di autodisciplina, secondo cui, nel caso in cui

in vista dell'eventuale futuro conferimento dell'incarico, un utente richieda a una agenzia o a un professionista, nell'ambito di una gara, di una consultazione plurima o individuale, la presentazione di uno o più progetti creativi, deve astenersi dall'utilizzare o dall'imitare gli aspetti ideativi e creativi del o dei progetti non accettati o prescelti per un periodo di tre anni dalla data del deposito del relativo materiale da parte dell'agenzia o del professionista interessati, da effettuarsi in plico sigillato presso la Segreteria dell'Istituto dell'autodisciplina Pubblicitaria.

In questo modo, il progetto creativo di una pubblicità ancora non oggetto di diffusione, ove depositato presso l'IAP, diventa meritevole di protezione; ovviamente, per poter godere di questa tutela, è necessario che il progetto creativo presenti i caratteri della novità e dell'originalità.

²⁹³ Giurì n. 104/90.

²⁹⁴ Giurì n. 82/87.

CAPITOLO V

LA DISCIPLINA DELLA PUBBLICITÀ NEI DIVERSI CANALI DI COMUNICAZIONE

SOMMARIO: 5.1. *Breve introduzione ai diversi canali di comunicazione della pubblicità.* 5.2. *Il Testo Unico in materia di Servizi dei media audiovisivi e radiofonici, le diverse tipologie di pubblicità radio-televisiva e le condizioni di legittimità stabilite dalle disposizioni settoriali.* 5.2.1. *Le disposizioni sulle interruzioni pubblicitarie e sui tetti di affollamento.* 5.2.2. *Le regole sulla pubblicità televisiva specificamente dedicate alla protezione dei minori.* 5.3. *La pubblicità al cinema.* 5.4. *La c.d. “pubblicità stampa”.* 5.5. *La pubblicità in luoghi pubblici.* 5.6. *La pubblicità nella dimensione digitale.* 5.6.1. *Brevi riflessioni sull’ambiente digitale e sul marketing nel cyberspazio.* 5.6.2. *Gli obblighi informativi dei professionisti nell’ambito della regolazione dell’e-commerce. Segue. La (ir)responsabilità dell’Internet Service Provider per le informazioni immesse nelle piattaforme online.* 5.6.3. *Cookie e profilazione: uno sguardo alla pubblicità personalizzata.*

5.1. Breve introduzione ai diversi canali di comunicazione della pubblicità

Il messaggio pubblicitario ricerca l’attenzione del consumatore attraverso una diffusione capillare che coinvolge diversi mezzi di comunicazione, da quelli tradizionali come il manifesto, la radio, la stampa e la televisione, agli strumenti tecnologici di più recente diffusione come il computer o lo *smartphone*. La struttura sintattica della *réclame*, come pure la sua efficacia, risulta inevitabilmente condizionata dal contesto in cui la comunicazione si trova, dal relativo codice simbolico e dalle connesse modalità esplicative¹.

Si pensi, per esempio, alla possibilità per i *media* digitali – a differenza dei *media* classici, basati sulla trasmissione “monodirezionale”

¹ Si rinvia al capitolo I per l’analisi dell’evoluzione storica della pubblicità e della sua struttura simbolica.

del messaggio pubblicitario – di interconnettere, tramite *link* ipertestuali, i destinatari della comunicazione commerciale direttamente al professionista; una simile struttura interattiva del messaggio, in uno con la sua possibile personalizzazione grazie ai *cookie*, modifica la natura della comunicazione e di conseguenza la sua valutazione giuridica. Più in generale, le peculiarità tecniche e organizzative di ciascun mezzo di comunicazione non possono che riflettersi sui tempi e sulle modalità di rappresentazione delle informazioni commerciali. Significativo è, in tal senso, l'art. 16 del codice di autodisciplina, che introduce il c.d. “principio di variabilità”, secondo cui

una comunicazione commerciale accettabile per un determinato mezzo o per un determinato prodotto non necessariamente è accettabile per altri, in considerazione delle differenti caratteristiche dei vari mezzi e dei vari prodotti.

La disposizione richiede, dunque, di prendere in considerazione le caratteristiche dei diversi mezzi di comunicazione ai fini del sindacato sulla pubblicità. Si è affermato, per esempio, che quando un messaggio è contenuto su un supporto stabile e durevole, è ammissibile che un'indicazione principale sia poi accompagnata da altre informazioni particolari che precisino o limitino l'ambito di applicazione della prima, dunque in parziale deroga al principio dell'autosufficienza informativa². Oltre che per le caratteristiche tecniche del *medium* utilizzato, il giudizio sul messaggio commerciale potrebbe variare a seconda del *target* di destinatari, dunque del grado di avvedutezza, di attenzione e di sensibilità dell'utente medio.

Simili considerazioni valgono, evidentemente, al di là del sistema autodisciplinare; per quello legislativo, la rilevanza del mezzo di comunicazione ai fini del giudizio sulla pubblicità deve ricavarsi dai riferimenti, contenuti nella disciplina sulle pratiche commerciali scorrette di cui al codice del consumo, alla generica presentazione complessiva del messaggio (art. 21), ai limiti e alle restrizioni del mezzo di comunicazione impiegato (art. 22) e alle caratteristiche e circostanze del caso (art. 24).

² Giurì n. 88/2018.

Accanto alle regole generali, il messaggio pubblicitario – in quanto ospite, sia pur “performativo”, dei diversi *media* – deve rispettare le regole settoriali stabilite per ogni singolo mezzo d’informazione, le quali contribuiscono ad amplificare, oltre che a complicare, il panorama giuridico coinvolto dal fenomeno. Occorre rivolgere l’attenzione alle fonti normative dedicate ai diversi settori comunicativi, partendo dalle disposizioni in materia di radio-televisione, di cinema, passando per la stampa, le pubbliche affissioni e concludendo con lo strumento telematico³.

L’indagine si concentrerà esclusivamente sulle regole settoriali che presentano rilevanza per il fenomeno pubblicitario, non senza introdurre brevemente la fonte regolativa del canale d’informazione di volta in volta considerato: il Testo Unico in materia di servizi di media audiovisivi e radiofonici; la legge sul cinema; la legge sulla stampa; la normativa in materia di pubbliche affissioni e di beni culturali e paesaggistici. Quanto alla dimensione digitale, la comunicazione commerciale sarà analizzata non solo facendo riferimento alle disposizioni del codice dell’*e-commerce* sugli obblighi informativi e sulla posizione giuridica degli *Internet Service Provider*, ma anche rivolgendo l’attenzione alla disciplina della privacy, coinvolta da quella particolare forma di trattamento dei dati consistente nella profilazione a fini pubblicitari.

5.2. Il Testo Unico in materia di Servizi dei media audiovisivi e radiofonici, le diverse tipologie di pubblicità radio-televisiva e le condizioni di legittimità stabilite dalle disposizioni settoriali

La comunicazione eseguita attraverso gli strumenti della radio e della televisione era originariamente regolata, in una prima forma generale, dalla legge del 6 agosto 1990, n. 223, attuativa della dir. 89/552/CEE sul coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l’esercizio delle atti-

³ Per un’analisi della normativa pubblicitaria sui singoli mezzi di comunicazione, si rinvia a M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 139 ss. Per un’introduzione generale alla disciplina dei mezzi di informazione, cfr. P. CARETTI, *Diritto dell’informazione e della comunicazione nell’era della convergenza: stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, internet, teatro e cinema*, Bologna, 2019.

vità televisive⁴. Con tale ultimo provvedimento, noto come direttiva “Televisione senza frontiere”, il legislatore europeo affronta questioni di rilievo nel contesto televisivo, dedicando una particolare attenzione al tema della pubblicità commerciale, regolata sia nei contenuti, sia nelle modalità di trasmissione, sia infine con riguardo agli indici di affollamento⁵.

La disciplina nazionale è stata successivamente trasposta, in forma sistemica, nel d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177 (“Testo Unico in materia di radiotelevisione”), contenente l’intera normativa sulla radio-televisione, applicabile sia all’emittente pubblico che ai canali privati, purché si tratti di fornitori di contenuti con responsabilità editoriale. Il decreto ha assorbito sia la disciplina della direttiva del 1989, sia quella delle successive direttive 97/36/CE e 07/65/CE (quest’ultima attuata con il d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44, c.d. “decreto Romani”).

Un punto di svolta nella normativa del settore lo si raggiunge con la dir. 10/13/UE (c.d. direttiva sui “Servizi media audiovisivi”) – relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi – la quale, abrogando la dir. 89/552/CEE, ha provveduto a predisporre e riordinare il *corpus* di regole dedicate, questa volta, a tutti i “servizi di media audiovisivi”, a prescindere dalle tecniche di trasmissione. I servizi di media audiovisivi vengono distinti in “servizi lineari”, da intendersi come quelli che i destinatari ricevono passivamente, come le classiche trasmissioni video e audio, e “servizi non lineari”, cioè quelli di televisione nei quali il telespettatore può decidere che cosa vedere, come i video *on demand* (art. 1, lett. e) e g) dir. 10/13/UE).

⁴ In tema di regolazione giuridica della radiotelevisione, cfr.: F. BASSAN, E. TOSI (a cura di), *Diritto degli audiovisivi. Commento al nuovo Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici come modificato dal d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44*, Milano, 2012; C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO, *Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici*, Milano, 2021; A. FRIGNANI, E. Poddighe, V. ZENO-ZENCOVICH, *La televisione digitale: temi e problemi. Commento al d.lgs. 177/05 T.U. della radiotelevisione*, Milano, 2006. Più risalente, E. ROPPO, R. ZACCARIA (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Milano, 1991.

⁵ P. CARETTI, *op. cit.*, pp. 135-136.

Con riguardo alla comunicazione commerciale, la direttiva del 2010 ha alleggerito le preesistenti condizioni normative sulla regolazione della pubblicità televisiva, eliminando per esempio il tetto pubblicitario di tre ore al giorno, pur mantenendo contestualmente quello di 12 minuti all'ora, o ancora lasciando alle emittenti la possibilità di decidere il momento adeguato per inserire i messaggi pubblicitari all'interno delle trasmissioni, diversamente dai precedenti intervalli minimi normativamente previsti da 20 minuti. Ancora, il legislatore è intervenuto nel senso di favorire le pubblicità a schermo diviso, quella virtuale e quella interattiva, regolando espressamente il *product placement*, nelle modalità già viste sopra, su cui ad ogni modo torneremo.

La dir. 10/13/UE è stata modificata recentemente dalla dir. 18/1808/UE, la cui attuazione a livello nazionale, tramite il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208, ha portato all'introduzione del nuovo "Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi", con cui si è abrogato e sostituito il Testo Unico del 2005.

La nuova fonte regola qualsiasi servizio consistente nella fornitura di un programma al grande pubblico sotto la responsabilità editoriale di un fornitore di servizi di media con la finalità di informare, intrattenere o istruire (art. 3, co. 1, lett. a). Si ripropone, nella definizione di "servizio di media audiovisivo", il binomio *servizi lineari* e *servizi non lineari a richiesta*, dai quali viene tenuta distinta, quale ulteriore forma di servizio di media audiovisivo, la comunicazione commerciale audiovisiva; la scelta normativa potrebbe ritenersi sintomatica di un'interpretazione della pubblicità come forma di comunicazione più prettamente economica, quindi riconducibile all'art. 41 Cost., da tenere separata rispetto ai programmi editoriali, il cui scopo consiste nella libera manifestazione di un pensiero, sia esso artistico o di altro tipo.

Alla pubblicità sui servizi audiovisivi sono dedicate diverse previsioni all'interno del Testo Unico, il cui contenuto è del tutto analogo a quello delle regole sulla pubblicità radiotelevisiva di cui al precedente d.lgs. n. 177/2005. Si procederà dunque con l'analisi di tali disposizioni, a cui si aggiungeranno quelle previste dal capo I del titolo IV del codice del consumo, il quale dedica un insieme di regole specifiche alla tutela del consumatore in materia di televendite (artt. 28-32).

Si evidenzia che, nonostante il più generico riferimento, nella rubrica del titolo IV, a “Particolari modalità di comunicazione pubblicitaria”, l’unico capo in esso previsto si riferisce esclusivamente al “Rafforzamento della tutela del consumatore in materia di televendite”; tale circostanza fa presumere un intento legislativo potenzialmente più ampio, magari esteso ad altri mezzi di comunicazione pubblicitaria.

Le regole codicistiche, convergendo quanto a oggetto con la normativa in materia di servizi audiovisivi, vanno coordinate con il Testo Unico, di cui sostanzialmente ripropongono talune disposizioni. Si evidenzia *en passant* che per il settore pubblico si prevedono ulteriori condizioni, tra cui *in primis* il controllo di RAI Trade sui messaggi pubblicitari, o i pareri forniti dalla Commissione parlamentare per l’indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi.

Si sono già viste le definizioni di comunicazione commerciale audio-visiva e di pubblicità radio-televisiva di cui, rispettivamente, alle lettere *oo*) e *pp*) dell’art. 3, co. 1, d.lgs. n. 208/2021; il loro rapporto è quello tra *genus* e *species*. Come già evidenziato⁶, in epoca antecedente alla prima nozione di pubblicità radiotelevisiva, introdotta dal Testo Unico del 2005, si rinviava alla definizione generale contenuta nella disciplina in materia di pubblicità ingannevole e di pratiche commerciali scorrette, costruita secondo un’ottica economicistica di tutela del mercato e di protezione del consumatore. La creazione di una nozione di pubblicità specifica per il mezzo radiotelevisivo è stata dettata dall’esigenza concreta di rendere meno controversa l’applicazione delle disposizioni dedicate a tale fenomeno nel contesto di questo settore.

Sinteticamente, vi rientra qualsiasi forma di promozione realizzata da un professionista tramite il *medium* audiovisivo e avente a oggetto i propri beni o servizi, nonché la propria immagine aziendale⁷. Tra gli esempi tipici devono menzionarsi le “televendite”, definite dall’art. 3, co. 1, lett. *tt*) del d.lgs. 208/2021 come “le offerte dirette trasmesse al pubblico allo scopo di fornire, dietro pagamento, beni o servizi, com-

⁶ G. VOTANO, *La pubblicità e la sponsorizzazione*, in F. BASSAN, E. TOSI (a cura di), *op. cit.*, p. 182.

⁷ La definizione è idonea a comprendere sia la pubblicità fatta da imprese commerciali e solamente diffusa tramite le emittenti, sia quella creata e diffusa dall’emittente a fini autopromozionali.

presi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni”⁸. Identica è la definizione data dall’art. 1 del regolamento AGCom 2001 in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendite (Allegato “A” della Delibera n. 538/01/CSP del 27 luglio 2001)⁹.

Si tratta, in altre parole, di una proposta commerciale a distanza, rivolta ai telespettatori, dal contenuto sia negoziale che più ampiamente pubblicitario¹⁰. Il ruolo chiave deve riconoscersi al carattere “diretto” dell’offerta, che presuppone che la stessa – piuttosto che mantenersi entro i limiti di una semplice affermazione persuasiva – concretizzi una vera e propria proposta negoziale a cura del soggetto venditore o comunque somministratore del bene o servizio.

La televendita potrebbe rilevare anche nell’ambito della disciplina dei contratti a distanza di cui agli artt. 49 ss. del codice del consumo, per quanto riguarda gli obblighi di informazione minima da fornire ai consumatori (art. 49), i requisiti formali del contratto (art. 51) e il diritto di recesso di pentimento (art. 52). Dal punto di vista civilistico, la fattispecie è stata interpretata dalla giurisprudenza amministrativa come una proposta di contratto *ad incertam personam*, che spiega specifici effetti diretti, con un preciso rilievo giuridico sotto il profilo negoziale¹¹; si tratta di una vera e propria offerta al pubblico come configurata e disciplinata dall’art. 1336 c.c. diversamente dalle altre forme di pubblicità.

Per tali motivi, è ragionevole attendersi il possesso, da parte della televendita, di un contenuto informativo idoneo a coprire gli elementi essenziali del contratto proposto. Non a caso, l’art. 1, co. 4, del regola-

⁸ L’utilizzo normativo del termine “televendita” si è avuto solo a partire dalla dir. 97/36/CE di revisione della dir. 89/552/CEE, a cui è stata riconosciuta la natura di «attività economica importante per l’insieme degli operatori, come pure efficace canale di distribuzione per i beni e i servizi della Comunità» (considerando 36). Antecedentemente tale fattispecie rientrava tra le “altre forme di pubblicità diverse dagli spot pubblicitari”, ai fini dell’applicazione dei limiti di affollamento pubblicitario nel vigore della legge Mammi del 1990.

⁹ Rimangono fuori dalla definizione le “teleaste”, oggetto di espresso divieto ai sensi dell’art. 18, n. 5 della l. 31 marzo 1998, n. 114.

¹⁰ Così G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 415. Analogamente G. BONOMO, *Le televendite*, in F. BASSAN, E. TOSI (a cura di), *op. cit.*, p. 250 ss. e M. FUSI, *Telesponsorizzazioni, telepromozioni, televendite*, in *Dir. inf.*, 1993, p. 829 ss.

¹¹ TAR Roma, sez. I, 3 luglio 2014, n. 7051, in *Foro amm.*, 7-8, 2014, p. 2148.

mento in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendite di cui alla delibera n° 538/01/CSP del 26 luglio 2001 dell'AGCom stabilisce che «gli oggetti, i prodotti o i servizi cui si riferiscono le offerte al pubblico devono essere descritti in maniera precisa nei loro elementi quantitativi e qualitativi» e che «le immagini televisive devono rappresentare fedelmente gli oggetti, i prodotti, i servizi e non devono determinare ambiguità sulle loro caratteristiche e in particolare sulle dimensioni, sul peso e sulla qualità». Si aggiunge che «l'offerta deve essere chiara, rigorosa e completa quanto ai principali elementi quali il prezzo, le garanzie, le modalità della fornitura o della prestazione».

Prevedendo la definizione normativa di televendita che il contratto proposto debba essere a titolo oneroso, l'ipotesi dell'offerta promozionale a titolo gratuito (si pensi ai concorsi a premi e alle operazioni di fidelizzazione tramite raccolte punti) deve ricondursi alla fattispecie della promessa al pubblico di cui all'art. 1989 c.c.

Diverso dalla televendita è lo "spot", il quale comprende tutte quelle forme di esibizione di prodotti o servizi a contenuto predeterminato, trasmesse dalle emittenti radiofoniche e televisive, sia analogiche che digitali (lett. *qq*). In altre parole, vi rientrano le pubblicità audio-video più diffuse tramite il mezzo televisivo o radiofonico, fatte realizzare dal professionista e trasmesse dall'emittente all'interno della programmazione dietro pagamento di un corrispettivo. Salvo che in funzione del meccanismo di cui all'art. 129 cod. cons. visto sopra, lo spot rimane privo di valore negoziale e di efficacia vincolante, limitandosi a un invito all'acquisto¹².

Le regole del codice del consumo in materia di televendite, la cui applicazione è estesa agli spot dall'art. 28, dettano le condizioni al contenuto di tali particolari forme di pubblicità. L'art. 29 dispone che

le televendite devono evitare ogni forma di sfruttamento della superstizione, della credulità o della paura, non devono contenere scene di violenza fisica o morale o tali da offendere il gusto e la sensibilità dei consumatori per indecenza, volgarità o ripugnanza.

¹² Aderiscono a tale orientamento M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 150.

Analogamente è previsto dall'art. 8 del codice di autodisciplina per ogni forma di pubblicità. L'art. 30, invece, prevede al primo comma che

è vietata la televendita che offenda la dignità umana, comporti discriminazioni di razza, sesso o nazionalità, offenda convinzioni religiose e politiche, induca a comportamenti pregiudizievoli per la salute o la sicurezza o la protezione dell'ambiente.

In tal caso, che trova una corrispondente previsione nell'art. 10 cod. aut.¹³, il legislatore rivolge l'attenzione a beni giuridici fondamentali e ulteriori rispetto alla libera autodeterminazione del consumatore e alla concorrenza delle imprese. Condizioni simili sono imposte a qualsiasi comunicazione commerciale audiovisiva o radiofonica dall'art. 43, co. 1, lett. c), del Testo Unico sui servizi di media audiovisivi – norma di apertura del Titolo IV, capo III, specificamente dedicato alla pubblicità, alle sponsorizzazioni e all'inserimento di prodotti –, applicabile ai soli messaggi di fornitori soggetti alla giurisdizione italiana. Secondo la disposizione, le comunicazioni commerciali audiovisive: non pregiudicano il rispetto della dignità umana; non comportano né promuovono discriminazioni fondate su sesso, razza od origine etnica, nazionalità, religione o convinzioni personali, disabilità, età od orientamento sessuale; non incoraggiano comportamenti pregiudizievoli per la salute o la sicurezza, o gravemente pregiudizievoli per la protezione dell'ambiente¹⁴.

Quanto al divieto di discriminazione, più articolato rispetto alla regola codicistica, esso deve considerarsi applicabile sia alle discriminazioni rappresentate direttamente dalla comunicazione commerciale, sia a quelle promosse dal messaggio in forma indiretta.

A tutela della libertà del consumatore, viene espressamente vietata la comunicazione commerciale audiovisiva occulta¹⁵, imponendosi la

¹³ La regola autodisciplinare, valida per ogni forma di pubblicità, è stata applicata in un caso di pubblicità che rappresentava una donna dando un'immagine del suo corpo quale "strumento", modalità ritenuta lesiva della sua dignità (Giuri n. 102/2011).

¹⁴ Un divieto identico è specificamente dettato per le televendite dall'art. 47, co. 1, del Testo Unico.

¹⁵ La sua definizione è contenuta nell'art. 3, co. 1, lett. gg) del Testo Unico, secondo cui è comunicazione commerciale occulta «la presentazione orale o visiva di beni, di

riconoscibilità “come tale” della pubblicità (art. 43, co. 1, lett. *a*). Sul punto era già intervenuta l’AGCom con il regolamento 2001 in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendite, il cui art. 3 stabilisce che i segnali identificativi devono intervenire all’inizio e alla fine della comunicazione commerciale e che gli stessi debbano consistere almeno nella dicitura “pubblicità” o “televendita”¹⁶. In ogni caso, rimane vietata dal regolamento la “pubblicità clandestina”, definita come

presentazione orale o visiva di beni, di servizi, del nome, del marchio o delle attività di un produttore di beni o di un fornitore di servizi in un programma, qualora tale presentazione sia fatta intenzionalmente dall’emittente per perseguire fini pubblicitari e possa ingannare il pubblico circa la sua natura

precisando che deve considerarsi intenzionale la presentazione fatta dietro compenso (art. 3).

Il secondo comma dell’art. 30 cod. cons. prevede che

le televendite non devono contenere dichiarazioni o rappresentazioni che possono indurre in errore gli utenti o i consumatori, anche per mezzo di omissioni, ambiguità o esagerazioni, in particolare per ciò che riguarda le caratteristiche e gli effetti del servizio, il prezzo, le condizioni di vendita o di pagamento, le modalità della fornitura, gli eventuali premi, l’identità delle persone rappresentate.

Il contenuto della disposizione sembra potersi ricondurre alla generale ingannevolezza della pratica commerciale. Avendo a oggetto una comunicazione commerciale, spesso spettacolare, la norma ha il pregio di

servizi, del nome, del marchio o delle attività di un produttore di beni o di un fornitore di servizi in un programma, qualora tale presentazione sia fatta dal fornitore di servizi di media per perseguire scopi pubblicitari e possa ingannare il pubblico circa la sua natura. Tale presentazione si considera intenzionale, in particolare, quando è fatta dietro pagamento o altro compenso». Si tratta di definizione analoga a quella vista sopra quando si è trattato della pubblicità non trasparente.

¹⁶ L’art. 44, co. 1, del Testo Unico, dedicato alle interruzioni pubblicitarie, prevede che la pubblicità televisiva e le televendite devono essere tenute nettamente distinte dal resto del programma con mezzi ottici acustici o spaziali. Sulla disposizione si tornerà nel prossimo paragrafo.

far riferimento anche alle “ambiguità” e, soprattutto, alle “esagerazioni”, assente invece nelle disposizioni di cui agli artt. 21 e 22 cod. cons.

Un'altra forma tipica di pubblicità televisiva, anch'essa priva di valore negoziale a differenza delle televendite¹⁷, è rappresentata dalla “telepromozione”, consistente nella (art. 3, co. 1, lett. vv), del Testo unico)

esibizione di prodotti, presentazione verbale e visiva di beni o servizi di un produttore di beni o di un fornitore di servizi, realizzata dal fornitore di servizi di media audiovisivi o dall'emittente di radiodiffusione nell'ambito di un programma, al fine di promuovere la fornitura, dietro compenso, dei beni o dei servizi presentati o esibiti.

Si tratta di una prassi tipicamente italiana, non riconosciuta nei testi normativi comunitari¹⁸, derivante da un'applicazione estensiva della sponsorizzazione come regolata dalla legge Mammi¹⁹. Essa, come correttamente rilevato²⁰, va distinta sia dalla manifestazione a premio – strumentale all'avvio di una vera e propria procedura partecipativa dei consumatori nel processo produttivo aziendale, mediante il conferimento gratuito di beni e utilità²¹ – sia dalla telesponsorizzazione, analizzata

¹⁷ TAR Roma, sez. I, 3 luglio 2014, n. 7051, cit.

¹⁸ L'unico riferimento alla stessa compare nella Comunicazione interpretativa della Commissione relativa a taluni aspetti delle disposizioni della direttiva “Televisione senza frontiere” riguardanti la pubblicità televisiva (2004/C 102/02), già richiamata sopra.

¹⁹ G. VOTANO, *op. cit.*, p. 185.

²⁰ M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 149.

²¹ I concorsi e le operazioni a premio sono regolati dal d.P.R. del 26 ottobre 2001, n. 430, salvo che appartenenti ad alcune categorie espressamente escluse dalla disciplina. La componente pubblicitaria di tali pratiche commerciali può desumersi dalla definizione normativa di cui all'art. 1, co. 1, del d.P.R., secondo cui le stesse sono dirette «a favorire nel territorio dello Stato la vendita di determinati prodotti o servizi o ad accreditarne la conoscenza, come pure ad accreditare la conoscenza di determinate imprese, del loro nome o dei loro marchi». Dunque, la parte della manifestazione a premio che si concretizza in una comunicazione promozionale, consistendo in una pubblicità, va assoggettata alle regole previste per quest'ultima, in aggiunta a quelle specificamente dettate dal d.P.R. suddetto alle operazioni in esame, tra cui *in primis* quella che dispone un obbligo di informazioni minime da dare alla collettività in merito al concorso, anche mediante rinvio al regolamento relativo (art. 11 d.P.R.). Una regola analoga è prevista dal codice di autodisciplina all'art. 21, a cui si rinvia.

nel prosieguo. Dalla prima si distingue per il *modus operandi*, considerando la telepromozione in una vera e propria comunicazione commerciale a cui è dedicato un programma radio-televisivo; dalla seconda per il contenuto, ben più ampio rispetto alla sponsorizzazione.

La telepromozione è soggetta a tutte le regole generalmente previste dal Testo Unico per la pubblicità radiotelevisiva, a cui si aggiungono quelle stabilite dal d.m. n. 581/93 (“Regolamento in materia di sponsorizzazioni di programmi radiotelevisivi e offerte al pubblico”), che impone che essa sia riconoscibile come tale e che possa distinguersi dal resto dei programmi mediante l’indicazione “messaggio promozionale” per tutta la durata degli stessi (art. 13, co. 3).

Quanto invece alle “sponsorizzazioni”, esse sono definite dalla lettera *ss*) dell’art. 3, co. 1 del Testo Unico come

ogni contributo di imprese pubbliche o private o di persone fisiche non impegnate nella fornitura di servizi di media audiovisivi o di servizi di piattaforma per la condivisione di video o nella produzione di opere audiovisive al finanziamento di servizi di media audiovisivi, di servizi di piattaforma per la condivisione di video, di video generati dagli utenti o di programmi al fine di promuoverne il nome, il marchio, l’immagine, le attività o i prodotti.

In altre parole, si tratta di una forma di collaborazione tra un’impresa (c.d. *sponsor*) e un’emittente radio-televisiva in forza della quale la prima ottiene la possibilità di promuovere la propria azienda; con la pubblicità, pertanto, la sponsorizzazione condivide la finalità di marketing, non potendosi in questo caso parlare di una vera e propria comunicazione commerciale²², ma di un sostanziale abbinamento a scopo promozionale dello *sponsor* alla comunicazione propria dell’emittente²³.

²² Per approfondimenti in tema di sponsorizzazione si rinvia a: G. BONOMO, *La sponsorizzazione e le televendite*, in A. FRIGNANI, E. Poddighe, V. ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, p. 434 ss.; M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 148; G. VOTANO, *op. cit.*, p. 208 ss.

²³ Sul contratto di *sponsorship* si è sviluppata un’intensa riflessione dottrinale, per la quale, oltre ai riferimenti della nota precedente, si rinvia a: C. D’ORTA, F. FIORENTINO, *Riflessioni civilistiche sul contratto di sponsorizzazione sportiva*, in *Comparazione e diritto civile*, 2014; A. DASSI, *La natura atipica del contratto di sponsorizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 4-5, 1998, p. 1067 ss.; V. DE SANCTIS, *Le sponsorizzazioni. Analisi di*

L'art. 46 prevede che il contenuto e, nel caso di trasmissioni radiotelevisive, la programmazione di una trasmissione sponsorizzata non possono in nessun caso essere influenzati dallo *sponsor* in maniera tale da ledere la responsabilità e l'autonomia editoriale dei fornitori di servizi di media audiovisivi o della concessionaria pubblica. In questo senso, lo *sponsor* deve rimanere esterno alla costruzione e alla programmazione della trasmissione, di pertinenza esclusiva del fornitore del servizio di media.

Per evitare forme di promozione occulta, si dispone che il programma debba essere chiaramente riconoscibile come programma sponsorizzato e indicare il nome, il logotipo o qualsiasi altro simbolo o segno distintivo dello *sponsor*, all'inizio o alla fine della trasmissione; lo stesso non deve stimolare all'acquisto o al noleggio dei prodotti o servizi dello *sponsor* o di un terzo, tantomeno con riferimenti specifici di carattere promozionale. Per le emittenti locali, in parziale deroga, si ammette che le sponsorizzazioni si possano esprimere anche mediante segnali acustici e visivi (c.d. *spot jingles*), trasmessi in occasione delle interruzioni dei programmi accompagnati dalla citazione del nome e del marchio dello *sponsor* (art. 46, co. 4).

L'ultima forma di pubblicità radiotelevisiva consiste nel *product placement*, a cui è dedicato l'art. 48 del d.lgs. 208/2021. Dalla sponsorizzazione, questa fattispecie si distingue per il fatto che il riferimento al prodotto è integrato nello svolgimento di un programma, mentre per la prima i riferimenti possono avvenire nel corso del programma, ma non costituiscono parte della trama.

Sulle condizioni di legittimità del *product placement* si rinvia al terzo capitolo, in cui è già stato analizzato quale possibile forma di pubblicità occulta; si aggiunge solo che il legislatore nazionale rinvia all'autoregolamentazione degli operatori del settore (produttori, emittenti, concessionarie di pubblicità e altri soggetti interessati) la disciplina applicativa delle regole generali sulle condizioni di ammissibilità dell'inserimento dei prodotti, non senza difficoltà pratiche dal momento che, invece di un codice unico di settore, ciascun emittente audiovisivo ha

un fenomeno, Napoli, 2006; A.M. GAMBINO, *I contratti di pubblicità e di sponsorizzazione*, Torino, 2012; G. VIDIRI, *Il contratto di sponsorizzazione: natura e disciplina*, in *Giust. civ.*, II, 2001, p. 3 ss.

adottato il proprio codice, sottoponendolo al vaglio dell'Autorità garante delle comunicazioni²⁴.

Per quanto riguarda in generale le ipotesi di ingannevolezza e di aggressività perpetrate tramite la pubblicità televisiva operano le regole, analizzate sopra, in materia di pratiche commerciali scorrette del codice del consumo, alle quali si rinvia.

Come specificato dall'ultimo comma dell'art. 3 del Testo Unico, le definizioni delle diverse categorie di pubblicità televisiva si applicano per analogia ai servizi radiofonici, ivi comprese le televendite e le sponsorizzazioni. In questo modo, le regole che abbiamo appena visto possono essere estese alle pubblicità trasmesse tramite le emittenti radiofoniche, come confermato dal rinvio disposto dall'ultimo comma dall'art. 43 del Testo Unico.

5.2.1. Le disposizioni sulle interruzioni pubblicitarie e sui tetti di affollamento

Il capo III del Titolo IV del Testo Unico detta una serie di disposizioni sulle interruzioni pubblicitarie dei programmi e sui tetti di affollamento, a protezione della continuità e del valore artistico delle trasmissioni, evitando un pregiudizio al loro pieno godimento da parte

²⁴ È stato evidenziato che se i codici non sono sufficientemente dettagliati, limitandosi a riprodurre quanto previsto dal legislatore, gli stessi rischiano di trasformarsi in un filtro ulteriore rispetto all'applicazione dell'eventuale sanzione, con la conseguenza che l'AGCom si ritroverebbe ad applicare non tanto il disposto di legge, quanto la regola autodisciplinare propria dell'emittente. La questione posta ha trovato conferma in due casi (Del. AGCom n. 19/11/CSP e n. 162/11/CSP), in cui la Rai si era difesa affermando la propria esenzione da responsabilità in ragione dell'adozione *per se* del codice di autodisciplina, che varrebbe a escludere una stigmatizzazione in base alla sola regola normativa. L'Autorità ha invece ribadito la propria competenza a verificare la coerenza della disciplina autoregolamentare con le norme di legge. Si rinvia, sul punto, a F. BAS-SAN, *Il Product Placement negli ordinamenti dell'Unione europea e italiano*, in F. BAS-SAN, E. TOSI (a cura di), *op. cit.*, pp. 253-256.

degli spettatori²⁵. Il principio generale è quello per cui occorre distinguere la pubblicità dal resto della programmazione editoriale.

L'art. 44 prevede che «senza pregiudicare l'uso di nuove tecniche pubblicitarie, la pubblicità televisiva e le televendite devono essere tenute nettamente distinte dal resto del programma con mezzi ottici acustici o spaziali». Corollario di tale principio è che l'annuncio pubblicitario deve confinarsi all'interno dei c.d. *station breaks*, dunque *tra* i programmi e non *dentro* i programmi²⁶.

Il riferimento alle “nuove tecniche” deve intendersi alla luce di due comunicazioni interpretative della disciplina in materia di pubblicità audiovisiva: da un lato, la Comunicazione della Commissione europea n. 2004/C 102/02, già richiamata sopra, che ammette lo schermo diviso nel rispetto delle regole generalmente previste per la pubblicità e fa riferimento alla “pubblicità virtuale” – cioè a quella pubblicità consistente nell'inserimento grafico di immagini commerciali durante la trasmissione di eventi (solitamente sportivi) –, la quale deve rispettare le condizioni previste per la sponsorizzazione; dall'altro, la Comunicazione dell'AGCom di cui alla delibera n. 211/08/CPS, che regola gli “inlogo”, ossia le sovraimpressioni animate che si inseriscono nel corso di un programma, assoggettate alle stesse condizioni previste per la pubblicità a schermo diviso, cioè a quelle generalmente stabilite per la pubblicità audiovisiva.

A ben vedere, il principio di cui all'art. 44, co. 1, si pone in possibile tensione con la naturale inclinazione della pubblicità a inserirsi, imitandolo e al contempo performandolo, nel contesto comunicativo prescelto. Non a caso la stessa disposizione, al comma successivo, ammette l'inserimento di annunci all'interno di un programma, purché non ne sia

²⁵ Sul tema si rinvia a: G. DE CRISTOFARO, *Interruzioni pubblicitarie e limiti di affollamento nella direttiva 2010/13/UE e nel t.u. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, in *AIDA*, XIX, 2010, p. 88; G. VOTANO, *op. cit.*, p. 205 ss.

²⁶ Si prevede inoltre che il livello sonoro delle comunicazioni commerciali audiovisive non deve essere di potenza superiore a quella ordinaria dei programmi e deve essere contenuto entro i limiti fissati con delibera dell'AGCom n. 219/09/CSP del 5 gennaio 2010 (“Disposizioni in materia di livello sonoro dei messaggi pubblicitari e delle televendite”), in cui sono stabilite le regole tecniche cui l'emittente deve attenersi per evitare che i messaggi pubblicitari vengano trasmessi con una potenza sonora superiore a quella ordinaria dei programmi.

pregiudicata l'integrità, tenuto conto degli intervalli naturali dello stesso, della sua durata e natura e dei diritti dei titolari (art. 44, co. 2, t.u.); la regola è destinata a un'applicazione casistica, inevitabilmente condizionata dalle valutazioni discrezionali circa il "pregiudizio" all'integrità della trasmissione e la conseguente interruzione dell'emozione dello spettatore²⁷.

La disposizione si applica anche alle opere teatrali, liriche e musicali, di cui occorre rispettare gli intervalli abitualmente seguiti nei teatri, mentre per i film televisivi, le opere cinematografiche e i notiziari, a esclusione di serie, film a episodi e documentari, l'interruzione pubblicitaria è ammessa una volta per ogni periodo programmato di almeno trenta minuti (art. 44, co. 3 e 4)²⁸. Nel caso di emittenti televisive che operano in ambito locale e le cui trasmissioni sono destinate unicamente al territorio nazionale, a eccezione delle trasmissioni effettuate in interconnessione, si prevede la possibilità di due interruzioni pubblicitarie per ogni atto o tempo indipendentemente dalla durata delle opere stesse; per le opere di durata programmata non inferiore a centodieci minuti, sono consentite tre interruzioni pubblicitarie, più una interruzione supplementare ogni trenta minuti di durata programmata ulteriore rispetto ai centodieci minuti.

La durata del programma ai fini del calcolo dei tempi di interruzione include anche il tempo dedicato alla pubblicità.

Con riguardo alle opere cinematografiche, in talune pronunce giurisprudenziali si è affermato che la frequente interruzione della trasmissione può costituire un pregiudizio dell'opera stessa e del diritto morale dei loro autori, se le interruzioni, per numero, collocazione e durata complessiva, siano idonee a compromettere agli occhi degli spettatori la fruibilità del messaggio artistico insito nella pellicola²⁹.

È assolutamente vietato inserire messaggi pubblicitari durante la trasmissione di funzioni e programmi religiosi, così come l'inserimento di

²⁷ Così G. VOTANO, *op. cit.*, p. 198.

²⁸ Analogamente, si prevede che i programmi per bambini possono essere interrotti da pubblicità a intervalli di trenta minuti, sempre che la loro durata complessiva sia superiore.

²⁹ Così Trib. Roma, 10 novembre 1992, in *AIDA*, 1993, p. 165. Analogamente, cfr. Trib. Roma, 30 maggio 1984, in *Dir. aut.*, 1985, p. 68.

telepromozioni in telegiornali e radiogiornali, in notiziari politici, finanziari ed economici, in programmi di consulenza per consumatori (art. 13, co. 2, d.m. 581/1993).

È interessante richiamare in questa sede l'art. 3, nn. 4 e 6 del regolamento AGCom 2001 (all. A delibera n. 18538/01/CSP del 27 luglio 2001), che proibisce la presentazione di pubblicità da parte del conduttore di un programma nel corso dello stesso e la trasmissione di pubblicità a imitazione o parodia del programma prima, dopo o durante i relativi intervalli.

Dal canto suo, l'art. 45 del Testo Unico regola i tetti di affollamento della pubblicità, dunque i tempi massimi concessi nel contesto della programmazione complessiva. I tempi sono più ristretti per la concessionaria del servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale, in cui la pubblicità non può eccedere, per ogni singolo canale, il 6% nella fascia oraria compresa fra le 6:00 e le 18:00 e fra le 18:00 e le 24:00, e il 12% di ogni ora. Una eventuale eccedenza, comunque non superiore all'1% nel corso di un'ora, deve essere compensata nell'ora antecedente o successiva.

Per quanto riguarda gli emittenti privati, si prevede un tetto massimo agli spot di telepromozione e di televendita del 20% nella fascia oraria compresa fra le 6:00 e le 18:00 e fra le 18:00 e le 24:00, per i fornitori di servizi audiovisivi in chiaro, la cui unica fonte di sostentamento è proprio la pubblicità, e del 15%, nelle medesime fasce orarie, per i fornitori di servizi audiovisivi a pagamento. L'asimmetria normativa sui tetti per le varie emittenti può giustificarsi in ragione del diverso "onere pubblicitario" esigibile dal telespettatore medio a seconda che lo stesso paghi un prezzo per il servizio o ne goda gratuitamente³⁰; a ciò si aggiunga il possibile effetto distorsivo che deriverebbe alla concorrenza nel caso in cui si consentisse alle emittenti a pagamento di ottenere sia gli introiti degli abbonati sia quelli di numerose pubblicità, a svantaggio delle emittenti private in chiaro.

³⁰ In tal senso, vedi A. FRIGNANI, *L'affollamento pubblicitario*, in V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La nuova televisione europea*, Rimini, 2010, p. 73.

Per gli emittenti televisivi locali, il tetto non può eccedere il 25% nella fascia oraria compresa fra le 6:00 e le 18:00, e nella fascia compresa fra le 18:00 e le 24:00.

Quanto ai messaggi pubblicitari radiofonici, la loro trasmissione non può eccedere, per ogni ora di programmazione, rispettivamente il 20% per la radiodiffusione sonora in ambito nazionale, il 15% per la radiodiffusione sonora in ambito locale, il 10% per la radiodiffusione sonora nazionale o locale nel caso di emittente radiofonica analogica a carattere comunitario. Per le emittenti e i fornitori di contenuti in ambito locale, il tempo massimo è portato al 35% ove siano comprese forme di pubblicità diverse dagli spot.

Non rientrano nella nozione di pubblicità ai fini del computo dei tetti di affollamento: le semplici citazioni di nomi o marchi dei co-produttori nei titoli di testa e coda dei programmi (dunque le sponsorizzazioni), o le citazioni di nomi, marchi o prodotti durante un programma culturale, artistico, sportivo o di intrattenimento che riproduca, con piena indipendenza da parte dell'emittente, eventi e spettacoli sponsorizzati da terzi, purché si tratti di citazioni occasionali e necessitate (art. 6 d.m. n. 581/93); le comunicazioni di enti pubblici non economici e di enti senza scopo di lucro (art. 2 d.m. n. 581/93); i messaggi di associazioni di categoria volti a promuovere la lettura dei libri, se trasmessi a condizioni di favore (art. 10, l. 7 marzo 2001, n. 62); le "autopromozioni", da intendersi come

gli annunci effettuati da emittenti e fornitori di servizi di media in relazione ai propri programmi e ai prodotti collaterali da questi direttamente derivati ovvero in relazione a programmi e servizi di media di altre entità appartenenti al medesimo gruppo di emittenti (art. 3, co. 1, lett. *eee*), Testo Unico).

A tali comunicazioni, ad ogni modo, saranno applicabili le altre disposizioni normative sulla pubblicità radio-televisiva e in particolare quelle sul contenuto del messaggio.

L'ultima disposizione del capo dedicato alla pubblicità televisiva, contenuta nell'art. 49, si occupa della destinazione dei fondi istituzionali degli enti pubblici all'attività pubblicitaria, aspetto che esula dall'area di interesse della presente trattazione.

5.2.2. *Le regole sulla pubblicità televisiva specificamente dedicate alla protezione dei minori*

La protezione dalla pubblicità televisiva illegittima assume una portata maggiore in ipotesi più delicate a causa delle caratteristiche soggettive dei destinatari od oggettive dei prodotti commercializzati.

In primis, l'esigenza di predisporre un sistema di tutela adeguato e più rigoroso è stata posta con riguardo ai minorenni, verso i quali la televisione è ritenuta in grado di esercitare una enorme influenza non solo commerciale, ma anche più prettamente sociologica e pedagogica³¹. Come visto sopra quando si è trattato dei consumatori particolarmente vulnerabili, il minore è, anche nella prassi delle autorità giudicanti, considerato come un soggetto per definizione privo di un sufficiente grado di maturità e, pertanto, esposto maggiormente al rischio di inganno, di manipolazione e di emulazione di comportamenti pregiudizievoli per la salute.

La normativa in materia di radiotelevisione dedica diverse disposizioni alla protezione dei minori³², considerando come uno dei principi fondamentali del sistema «la promozione e tutela del benessere, della salute e dell'armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore» (art. 4, co. 1, d.lgs. 208/2021).

Che il minore fosse oggetto di particolare attenzione nel contesto radiotelevisivo è confermato dall'esistenza di un "codice di autoregolamentazione tv e minori", adottato il 5 novembre 2002 dalla Commissione per l'assetto del sistema radiotelevisivo su impulso del Ministero delle comunicazioni, successivamente sottoscritto dagli operatori del settore. L'osservanza del codice è resa obbligatoria dall'art. 37, co. 6, del Testo Unico in materia di servizi di media audiovisivi e radiofonici.

³¹ Spunti interessanti sul tema possono trarsi da: A. DORR, *Televisione e bambini. Un mezzo speciale per un pubblico speciale*, Torino, 1990; K.R. POPPER, *Cattiva Maestra Televisione*, Venezia, 2002.

³² Cfr., per approfondimenti sul tema: L. CARRERA, *La tutela del minore nelle comunicazioni televisive e nell'informazione*, in *Dir. famiglia*, 2, 2001, p. 503 ss.; S. ODDI, *La tutela dei minori nella disciplina della radiotelevisione*, in *Giur. cost.*, 6, 2007, p. 5053 ss.

Quanto alla comunicazione pubblicitaria, una particolare attenzione alla protezione dei minori può rintracciarsi già nelle disposizioni del codice del consumo dedicate alle televendite. L'art. 31 del codice, espressamente rubricato "tutela dei minori", dispone che

la televendita non deve esortare i minorenni a stipulare contratti di compravendita o di locazione di prodotti e di servizi. La televendita non deve arrecare pregiudizio morale o fisico ai minorenni e deve rispettare i seguenti criteri a loro tutela: a) non esortare i minorenni ad acquistare un prodotto o un servizio, sfruttandone l'inesperienza o la credulità; b) non esortare i minorenni a persuadere genitori o altri ad acquistare tali prodotti o servizi; c) non sfruttare la particolare fiducia che i minorenni ripongono nei genitori, negli insegnanti o in altri; d) non mostrare minorenni in situazioni pericolose.

La previsione evidenzia l'importanza di salvaguardare la posizione fisica, psicologica e morale dei minorenni, consapevole altresì della loro frequente esposizione al messaggio pubblicitario televisivo, a volte priva di accompagnamento adulto. Una disposizione praticamente identica è contenuta nell'art. 43, co. 1, lett. g), del Testo Unico sui servizi di media audiovisivi³³ e nell'art. 47, co. 2, per le televendite.

La diretta esortazione del minore all'acquisto rappresenta un'ipotesi di pratica in ogni caso aggressiva (n. 28, all. I, dir. 05/29/CE). Deve ritenersi passibile di stigmatizzazione giuridica anche l'esortazione implicita nell'effetto pubblicitario di determinati prodotti tipicamente rivolti ai minori, tenendo conto delle modalità di presentazione degli stessi.

Previsioni analoghe sono contenute, per qualsiasi tipologia pubblicitaria, nell'art. 11 del codice di autodisciplina. Oltre al divieto di esortare i minori all'acquisto diretto o a convincere terzi all'acquisto, la regola autodisciplinare dispone che i messaggi pubblicitari rivolti ai minori non debbono contenere nulla che possa danneggiarli psichicamente, moralmente o fisicamente e non devono inoltre abusare della loro natu-

³³ Una regola analoga era già prevista nel decreto ministeriale del 30 novembre 1991, n. 425, concernente l'attuazione degli articoli 13, 15 e 16 della direttiva 89/552/CEE, relativi alla pubblicità televisiva dei prodotti del tabacco e delle bevande alcoliche e alla tutela dei minorenni.

rale credulità o mancanza di esperienza, o del loro senso di lealtà. La disposizione aggiunge che

in particolare questa comunicazione commerciale non deve indurre a: violare norme di comportamento sociale generalmente accettate; compiere azioni o esporsi a situazioni pericolose; ritenere che il mancato possesso del prodotto oggetto della comunicazione significhi inferiorità, oppure mancato assolvimento dei loro compiti da parte dei genitori; sminuire il ruolo dei genitori e di altri educatori nel fornire valide indicazioni dietetiche; adottare l'abitudine a comportamenti alimentari non equilibrati, o trascurare l'esigenza di seguire uno stile di vita sano.

Particolari disposizioni legislative sono previste, a tutela dei minori, per le interruzioni pubblicitarie. All'interno dei programmi per bambini di durata non superiore a trenta minuti, il legislatore vieta non solo l'inserimento di pubblicità, ma anche l'indicazione del logo di uno *sponsor* e l'inserimento di prodotti. Dal canto suo, l'art. 3, co. 4, del regolamento AGCom del 2001 vieta che nella pubblicità trasmessa prima o dopo tali programmi compaiano i medesimi personaggi di questi.

Quanto alla programmazione, il Testo Unico impone alla pubblicità specifiche misure a tutela dei minori nella fascia oraria compresa tra le 16.00 e le 19.00 e all'interno dei programmi a loro direttamente rivolti (art. 37, co. 7, d.lgs. n. 208/2021). Il legislatore, tuttavia, non specifica il contenuto delle predette misure, rinviando al codice di Autoregolamentazione tv e minori. Quest'ultimo prevede una protezione "rafforzata" per le fasce orarie dalle 7.00 alle 16.00 e dalle 19.00 alle 22:30, nelle quali si presume che il minore guardi la TV insieme a un adulto; in tali spazi sono vietate pubblicità direttamente rivolte ai minori, contenenti situazioni che possano danneggiare l'equilibrio psichico e morale degli stessi, da intendersi come

situazioni che inducano a ritenere che il mancato possesso del prodotto pubblicizzato significhi inferiorità oppure mancato assolvimento dei loro compiti da parte dei genitori; situazioni che violino norme di comportamento socialmente accettate o che screditino l'autorità, la responsabilità e i giudizi di genitori, insegnanti e di altre persone autorevoli; situazioni che sfruttino la fiducia che i minori ripongono nei genitori e negli insegnanti; situazioni di ambiguità tra il bene e il male che disorientino circa i punti di riferimento e i modelli a cui tendere; situazioni

che possano creare dipendenza affettiva dagli oggetti; situazioni di trasgressione; situazioni che ripropongono discriminazioni di sesso e di razza.

Quanto alla fascia oraria dalle 16.00 alle 19.00 (c.d. “fascia protetta”), in cui si presume che il minore guardi la tv senza l’accompagnamento di un adulto, il medesimo codice prevede, quale protezione “specificata”, un espresso divieto di pubblicizzare talune categorie di prodotti, tra cui gli alcolici e i servizi telefonici. Inoltre, si dispone che tutti i messaggi pubblicitari, in tale fascia, siano «preceduti, seguiti e caratterizzati da elementi di discontinuità ben riconoscibili e distinguibili dalla trasmissione, anche dai bambini che non sanno ancora leggere e da minori disabili». Per la stessa fascia oraria vige il divieto assoluto di pubblicità di bevande alcoliche e superalcoliche all’interno dei programmi rivolti ai minori e nelle interruzioni pubblicitarie immediatamente precedenti e successive, e vengono proibiti i servizi telefonici di intrattenimento a valore aggiunto.

Nella restante parte della programmazione vale solo la protezione “generale”, per cui si applicano le regole ordinarie, a cui si aggiunge il divieto di pubblicità ingannevole dei giocattoli.

Accanto alle regole dedicate ai minori, il Testo Unico disciplina nello specifico la pubblicità di prodotti potenzialmente pericolosi, tra cui i medicinali non da banco, gli alcolici e il tabacco. Si tratta di prodotti per i quali una non corretta comunicazione commerciale rischia di indurre i consumatori a un consumo pregiudizievole per la salute personale, la quale viene ad assumere un peso rilevante, accanto alla libertà consumeristica, nella limitazione dell’iniziativa pubblicitaria.

Della pubblicità di tali prodotti ci occuperemo nel prossimo capitolo, dedicato alla comunicazione commerciale relativa a particolari categorie merceologiche.

5.3. La pubblicità al cinema

La pubblicità al cinema può assumere la forma diretta dello *spot* (del tutto analogo a quello televisivo), trasmesso prima della riproduzione

dell'opera cinematografica, o la forma indiretta del *product placement*, entrambi oggetto di ampia disamina nel corso della trattazione.

Nel 2004 il legislatore è intervenuto per regolare organicamente il settore cinematografico attraverso il d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 28, successivamente sostituito dalla l. 14 novembre 2016, n. 220, che ha introdotto la nuova “disciplina del cinema e dell’audiovisivo”. La normativa è applicabile a qualsiasi “film”, o “opera cinematografica”, da intendersi come qualsiasi «opera audiovisiva destinata prioritariamente al pubblico per la visione nelle sale cinematografiche» (art. 1, lett. b), l. 220/2016). Con “opera audiovisiva” s’intende (art. 1, lett. a)

la registrazione di immagini in movimento, anche non accompagnate da suoni, realizzata su qualsiasi supporto e mediante qualsiasi tecnica, anche di animazione, con contenuto narrativo, documentaristico o videoludico, purché opera dell’ingegno e tutelata dalla normativa vigente in materia di diritto d’autore e destinata al pubblico dal titolare dei diritti di utilizzazione.

Il film va distinto dal video spettacolare avente un’esclusiva finalità pubblicitaria (dunque, dallo *spot*), a cui non si applica la normativa. Gli spot al cinema non sono soggetti a particolari disposizioni all’interno della regolazione settoriale, con la conseguenza dovranno ritenersi applicabili le medesime regole previste per ogni pubblicità audio-video, dalle più generiche del codice del consumo fino a quelle del Testo Unico in materia di servizi di media audiovisivi e radiofonici (escluse quelle riguardanti gli aspetti tipici della programmazione radiotelevisiva) e, se del caso, a quelle previste per talune categorie merceologiche.

Dubbi rimangono³⁴ in merito all’estendibilità al film pubblicitario delle norme sulla censura cinematografica introdotte dalla l. 21 aprile 1962, n. 161, che impongono il controllo obbligatorio preventivo circa il rispetto del buon costume, con il conseguente rilascio del nulla-osta da parte della Presidenza del Consiglio dei ministri e delle Regioni, previo parere di speciali commissioni.

Diversamente dallo spot, la disciplina di cui al precedente d.lgs. 28/2004 dedicava una disposizione specifica al *product place-*

³⁴ M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., pp. 155-156.

ment, a tutela sia dell'integrità e del pregio artistico dell'opera cinematografica, sia della libertà del consumatore. Nel caso del cinema, l'incarico commerciale dell'impresa assume la forma di un contratto di *cine-sponsoring*, con cui la stessa contribuisce ai costi di produzione cinematografica.

In particolare, l'art. 9, co. 3, del d.lgs. n. 28/2004 prescriveva «per i film che contengono inquadrature di marchi e prodotti, comunque coerenti con il contesto narrativo», un idoneo avviso che rendesse nota la partecipazione delle ditte produttrici di detti marchi e prodotti ai costi di produzione del film, rinviando a un successivo decreto ministeriale la determinazione delle concrete modalità attuative. In attuazione della disposizione è stato emanato il decreto ministeriale del 30 luglio 2004, che ha definito le «Modalità tecniche di attuazione del collocamento pianificato di marchi e prodotti nelle scene di un'opera cinematografica «product placement»».

La regola legislativa è scomparsa nella nuova legge sul cinema del 2016, in cui non si trova alcun riferimento alla comunicazione commerciale. Rimane in vigore, invece, il d.m. di attuazione, il cui art. 2 dispone che la presenza di marchi e prodotti all'interno dell'opera cinematografica deve essere, come ogni forma di pubblicità, palese, veritiera e corretta e che il *product placement* «deve integrarsi nello sviluppo dell'azione, senza costituire interruzione del contesto narrativo». Come la precedente disposizione legislativa, quest'ultima previsione è posta a tutela dell'integrità e della dignità dell'opera cinematografica, il cui valore artistico giustifica, nella *ratio legis*, una compressione dell'interesse commerciale alla promozione dei prodotti o servizi all'interno del film.

La regolazione del *product placement* cinematografico può essere integrata guardando all'art. 48 del Testo Unico sui servizi di media, secondo cui l'inserimento dei prodotti non deve pregiudicare l'indipendenza dell'opera audiovisiva, né incoraggiare direttamente all'acquisto con specifici riferimenti promozionali a beni o servizi, né dare indebito rilievo ai prodotti in questione. Quanto agli obblighi informativi, si prevede che gli spettatori siano chiaramente informati dell'inserimento di prodotti tramite apposita identificazione all'inizio e alla fine della trasmissione (art. 48, co. 3, lett. *d*) del Testo Unico), analogamente a quanto stabilito dal previgente decreto sul cinema, che riteneva suffi-

ciente un avviso all'interno dei titoli di coda che informasse sulla partecipazione delle ditte all'opera cinematografica. Una regola identica è contenuta nell'art. 2 del decreto ministeriale.

Ad ogni modo, tale intervento *ex post* non sembra caratterizzarsi per una particolare incisività, difficilmente ipotizzandosi uno spettatore medio che si soffermi a leggere tutti i titoli alla conclusione del film³⁵. Preferibile sarebbe un'informativa iniziale, idonea a carpire l'attenzione del destinatario.

5.4. La c.d. "pubblicità stampa"

Con la legge 8 febbraio 1948, n. 47 (c.d. "legge sulla stampa") si è introdotta in Italia una disciplina organica della libertà di stampa, elemento distintivo dello stato liberale, consacrato dall'art. 21 della Costituzione³⁶. La legge regola le stampe o gli stampati, ivi comprese «tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione» (art. 1)³⁷.

Al suo interno di prevedono disposizioni per la stampa periodica e non periodica, come l'obbligo di indicare nello stampato una serie di informazioni minime, di registrare tutti i quotidiani e i periodici presso la cancelleria del Tribunale, o ancora di depositarne alcune copie presso la prefettura. Con la l. 7 marzo 2001, n. 62, nel quadro di una definizio-

³⁵ Oltre a questo fatto, vi è da dire che l'applicazione della disciplina nazionale deve essere limitata ai soli film italiani, con esclusione, per esempio, di quelli americani, spesso carichi di riferimenti commerciali. È d'accordo sull'inidoneità di un tale accorgimento ad assicurare la consapevolezza di una funzione pubblicitaria integrata nella narrazione G. CIANCI, *op. cit.*, p. 391.

³⁶ Per approfondimenti sulla regolazione della stampa si rinvia a P. CARETTI, *op. cit.*, p. 31 ss.; G. LAZZARO, *La libertà di stampa in Italia: dall'Editto albertino alle norme vigenti*, Milano, 1969; G. PINCHERLE, *La legge e la stampa. Studio di dottrina e giurisprudenza penale*, Firenze, 1981.

³⁷ Perché si abbia una stampa o uno stampato ai fini dell'applicazione della disciplina, è necessario che si sia predisposto un prodotto idoneo alla sua diffusione in una molteplicità di esemplari, attuati con mezzi meccanici o fisico-chimici. Tale non è un cartellone manoscritto, cioè un tazebao con la sottoscrizione di una sezione di partito politico (Cass. pen., 19 settembre 1983, n. 7513, inedita).

ne più moderna del prodotto editoriale, si è prevista l'applicabilità delle regole predette all'editoria *on line*.

Come visto all'inizio della trattazione, la stampa rappresenta il primo *mass medium* ad avere ospitato la comunicazione commerciale, il cui originario taglio informativo le aveva garantito, non senza resistenze editoriali, uno spazio all'interno delle testate periodiche, via via maggiore nel corso del tempo. La pubblicità stampa, oltre a quella quotidiana o periodica inserita nei giornali, include i materiali pubblicitari diffusi in modo autonomo, come i volantini, i *leaflets*, i fogli pubblicitari³⁸ e i cataloghi.

Si tratta, come può intuirsi, di forme di comunicazione commerciale più tradizionali rispetto ai più moderni sviluppi del marketing. Non a caso, onde evitare una eccessiva polarizzazione delle risorse economiche verso taluni *media* a discapito di altri, su impulso della Corte costituzionale sono stati predisposti meccanismi volti a frenare la pubblicità audiovisiva, come il tetto massimo agli introiti pubblicitari o i limiti quantitativi delle trasmissioni pubblicitarie rispetto alla programmazione³⁹. Deve menzionarsi, inoltre, l'art. 5 della l. 25 febbraio 1987, n. 67, che prevede l'obbligo per le amministrazioni statali e gli enti pubblici non territoriali (non economici) di destinare alla pubblicità su quotidiani e periodici almeno il 50% delle spese complessivamente destinate alla pubblicità.

Nonostante la stampa rappresenti il mezzo pubblicitario più antico, manca una regolazione specificamente dedicata alla *réclame*, anche se alcune disposizioni del settore possono nondimeno risultare interessanti per l'inquadramento del fenomeno. È significativo, per esempio, che la responsabilità del direttore di uno stampato – penale per i reati commessi attraverso la pubblicazione e civile in solido con il proprietario e l'editore per i danni cagionati (art. 11, l. 47/48) – si applichi anche per gli illeciti diffamatori realizzati attraverso inserzioni pubblicitarie a pagamento false⁴⁰.

³⁸ I fogli pubblicitari sono definiti quali stampati a carattere non periodico da Cass. pen., 23 maggio 1962, in *Cass. pen.*, 1963, p. 210.

³⁹ P. CARETTI, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁰ Così Trib. Roma, 18 febbraio 1986, in *Giur. pubbl.*, 1986/1987, p. 103. Ha escluso, invece, la legittimazione passiva del direttore di una rivista per l'azione relativa a

Analogamente, può estendersi alla *réclame* illecita la disposizione che impone al direttore, o comunque al responsabile, di fare inserire gratuitamente nel quotidiano, nel periodico o nell'agenzia di stampa le dichiarazioni o le rettifiche dei soggetti di cui siano state pubblicate immagini, o ai quali siano stati attribuiti atti o pensieri o affermazioni da essi ritenuti lesivi della loro dignità o contrari a verità, con lo stesso rilievo tipografico delle notizie contestate; il tutto entro due giorni per i quotidiani e, per i periodici, non oltre due numeri successivi alla settimana in cui l'interessato ha presentato la richiesta (art. 8).

Ancora, è applicabile alla comunicazione commerciale stampata l'art. 14 della l. 47/48, che stigmatizza le pubblicazioni idonee a offendere il sentimento morale dei minori o a indurre questi ultimi alla corruzione, al delitto o al suicidio, nonché le pubblicazioni destinate all'infanzia in cui la narrazione sia idonea a incitare il disfrenarsi di istinti di violenza o di indisciplina sociale.

Al di là di tali disposizioni, la disciplina della pubblicità stampa va ricostruita guardando alle regole contenute in altre fonti, tra cui quelle generali in materia di pratiche commerciali scorrette; accanto alle stesse, devono ricordarsi le regole specifiche sulla pubblicità redazionale. Si pensi all'obbligo, previsto dall'art. 5 del d.lgs. 145/2007, di distinguere il contenuto pubblicitario a mezzo stampa dalle altre forme di comunicazione al pubblico, «con modalità grafiche di evidente percezione», a cui corrisponde, nel codice del consumo, il divieto di cui all'art. 23, lett. m), di

impiegare contenuti redazionali nei media per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista, senza che ciò emerga chiaramente dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore.

Non è ammessa la dissimulazione del carattere commerciale del messaggio stampato, in quanto idonea a ingannare il consumatore medio sulla relativa natura. L'accertamento dei casi di pubblicità redazionale richiede quindi di distinguere tra le comunicazioni che hanno non

illeciti puramente civili attraverso *réclame* Trib. Milano, 9 novembre 1992, in *Giur. it.*, I, 2, 1993, p. 747.

solo l'apparenza, ma anche la sostanza dell'informazione giornalistica, espressione della libertà di stampa tutelata dall'art. 21 Cost., e i messaggi pubblicitari dissimulati all'interno di un contesto solo apparentemente informativo⁴¹.

Tra i segni di evidente percezione, sono stati considerati idonei a rendere identificabile il messaggio pubblicitario l'utilizzo di caratteri tipografici e di un *format* differente rispetto a quello dell'articolo principale, come pure l'inserimento del messaggio in un riquadro perimetrato da una filettatura o la mancanza del numero della pagina⁴². L'Autorità antitrust ha attribuito natura pubblicitaria a un messaggio inserito all'interno di una rubrica stampata a sfondo sociale informativo, ritenuta "evidente" sulla base delle modalità comunicative elogiative e dell'invito particolarmente enfatico a prendere contatti con l'operatore pubblicitario, oltre che per le modalità grafiche e testuali, idonee a distinguere la *réclame* dal resto della rubrica⁴³.

In un caso riguardante una rivista di moda, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha riconosciuto la legittimazione passiva dell'editore del periodico in cui è inserita la pubblicità, il quale deve essere incluso tra le parti necessarie del procedimento amministrativo – insieme al committente, o al soggetto nel cui interesse il messaggio è concepito e diffuso, nonché, nel caso di pubblicità non trasparente, all'impresa che realizza il prodotto o fornisce il servizio occultamente pubblicizzato – in particolare se le modalità grafiche di realizzazione e presentazione del messaggio non rispondano alle prescrizioni in materia di trasparenza e di riconoscibilità della pubblicità a mezzo stampa⁴⁴.

Infine, deve menzionarsi il divieto – privo di carattere normativo in quanto contenuto all'interno della circolare del Ministero dell'istruzione n. 29, Prot. 3356 del 13 maggio 1954 – di inserire annunci di pubblicità commerciale all'interno di diari e quaderni scolastici, giustificato

⁴¹ TAR Roma, sez. I, 16 aprile 2007, n. 3292, in *Giur. merito*, 4, 2008, p. 1150, con nota di C. Tuveri, *Il labile confine tra diritto di cronaca e pubblicità redazionale*.

⁴² Si rinvia al paragrafo 3.5.3 per i riferimenti alla prassi interpretativa dell'Autorità antitrust circa l'identificabilità della pubblicità redazionale.

⁴³ A.G.C.M., PI/3236, 29 marzo 2001, Provv. n. 9371, in *Giust. civ.*, I, 2001, p. 2861.

⁴⁴ TAR Roma, sez. I, 2 maggio 2006, n. 3044, in *Foro it.*, 7-8, III, 2006, p. 420.

dalla neutralità che deve essere garantita alla interlocuzione con peculiari finalità educative.

5.5. *La pubblicità in luoghi pubblici*

Tra gli esempi più tradizionali di pubblicità tabellare va menzionata la pubblicità diffusa attraverso l'uso di cartelloni, manifesti, targhe, *billboards* e poster, in forma statica (affissi in strutture a ciò dedicate o in altre immobili) o dinamica (come quelli posti sui mezzi di trasporto pubblici)⁴⁵. Si parla, in tal senso, di pubblicità in luoghi pubblici⁴⁶, che comprende la pubblicità “esterna” (riguardante in particolare la cartellonistica urbana), la pubblicità mediante manifesti e la pubblicità extraurbana (in cui rientra quella stradale). Tutte sono soggette a una serie di regole di natura amministrativa e fiscale a tutela della pubblica sicurezza, dell'integrità e dell'estetica del territorio e del paesaggio⁴⁷.

Ogni pubblicità in luogo pubblico deve essere preventivamente autorizzata dall'ente pubblico competente: per le strade e autostrade statali, l'Anas; per le autostrade in concessione, l'ente concessionario; per i centri urbani, il Comune⁴⁸. Quanto a quest'ultimo, il d.lgs. 15 novembre 1993, n. 507, dispone che la pubblicità esterna e le pubbliche affissioni sono soggette rispettivamente a una imposta e a un diritto a favore del Comune nel cui territorio sono situate (art. 1).

L'attività pubblicitaria deve esercitarsi nel rispetto delle indicazioni e dei vincoli contenuti in due importanti strumenti di pianificazione e programmazione generale: il regolamento comunale e il piano generale

⁴⁵ Per approfondimenti sul tema, cfr. anche M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 157 ss.

⁴⁶ Con luogo pubblico si intende legislativamente un luogo ordinariamente accessibile a un numero indeterminato di persone senza limiti diversi da quelli meramente fisici.

⁴⁷ Per una panoramica della disciplina vigente in materia di impianti pubblicitari si rinvia a Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 2017, nn. 235, 236, 238, 243 e 244, in *Banca dati Dejure*, richiamate da Cons. St., sez. V, 30 ottobre 2018, n. 6175, in *Banca dati Dejure*.

⁴⁸ Il d.lgs. 15 novembre 1993, n. 507 prevede una riserva al Comune del potere di autorizzare, dietro pagamento di corrispettivo, l'affissione di manifesti, sia direttamente che tramite concessionario.

degli impianti pubblicitari⁴⁹. L'art. 3 d.lgs. 507/1993 ha previsto l'obbligo per i Comuni di adottare un apposito regolamento per l'applicazione dell'imposta sulla pubblicità e per la fornitura del servizio delle pubbliche affissioni, disciplinante altresì le modalità esecutive della pubblicità, con la possibilità di prevedere particolari limitazioni e divieti in relazione a esigenze di pubblico interesse.

Quanto all'imposta sulla pubblicità – a cui sono tenuti solidalmente colui che dispone a qualsiasi titolo del mezzo attraverso il quale il messaggio pubblicitario viene diffuso e colui che produce o vende la merce o fornisce i servizi oggetto della pubblicità (art. 6) –, il presupposto perché la stessa si applichi è che vi sia una diffusione di messaggi pubblicitari effettuata attraverso «forme di comunicazione visive o acustiche, diverse da quelle assoggettate al diritto sulle pubbliche affissioni, in luoghi pubblici o aperti al pubblico o che sia da tali luoghi percepibile» (art. 5). Il decreto del 1993 stabilisce le tariffe, le modalità di pagamento e le sanzioni applicabili nel caso di inadempimento dell'obbligazione fiscale.

L'art. 17, co. 1, esenta dall'obbligo di pagare l'imposta le seguenti pubblicità: la pubblicità realizzata all'interno dei locali adibiti alla vendita di beni o alla prestazione di servizi quando si riferisca all'attività negli stessi esercitata; i mezzi pubblicitari, a eccezione delle insegne, esposti nelle vetrine e sulle pareti di ingresso dei locali medesimi, purché siano attinenti all'attività in essi esercitata e non superino, nel loro insieme, la superficie complessiva di mezzo metro quadrato per ciascuna vetrina o ingresso; gli avvisi al pubblico esposti nelle vetrine o sulle porte di ingresso dei locali, o in mancanza nelle immediate adiacenze del punto di vendita, relativi all'attività svolta, nonché quelli riguardanti la localizzazione e l'utilizzazione dei servizi di pubblica utilità, che non superino la superficie di mezzo metro quadrato e quelli riguardanti la locazione o la compravendita degli immobili sui quali sono affissi, di superficie non superiore a un quarto di metro quadrato; la pubblicità comunque effettuata all'interno, sulle facciate esterne o sulle recinzioni dei locali di pubblico spettacolo qualora si riferisca alle rappresen-

⁴⁹ Con l'adozione del piano generale degli impianti pubblicitari, il Comune provvede alla razionale distribuzione sul territorio degli impianti pubblicitari, indicando i siti ove è possibile la relativa collocazione.

ni in programmazione; la pubblicità, escluse le insegne, relativa ai giornali e alle pubblicazioni periodiche, se esposta sulle sole facciate esterne delle edicole o nelle vetrine o sulle porte di ingresso dei negozi ove si effettua la vendita; la pubblicità esposta all'interno delle stazioni dei servizi di trasporto pubblico di ogni genere inerente l'attività esercitata dall'impresa di trasporto, nonché le tabelle esposte all'esterno delle stazioni stesse o lungo l'itinerario di viaggio, per la parte in cui contengano informazioni relative alle modalità di effettuazione del servizio; la pubblicità esposta all'interno delle vetture ferroviarie, degli aerei e delle navi, a eccezione dei battelli di cui all'art. 13; la pubblicità comunque effettuata in via esclusiva dallo Stato e dagli enti pubblici territoriali; le insegne, le targhe e simili apposte per l'individuazione delle sedi di comitati, associazioni, fondazioni e ogni altro ente che non persegua scopo di lucro; le insegne, le targhe e simili la cui esposizione sia obbligatoria per disposizione di legge o di regolamento sempre che le dimensioni del mezzo usato, qualora non espressamente stabilite, non superino il mezzo metro quadrato di superficie; la pubblicità effettuata mediante proiezioni all'interno delle sale cinematografiche in quanto e laddove percepibile esclusivamente dai possessori dei titoli d'ingresso.

Secondo una recente sentenza della Cassazione, l'esenzione di cui all'art. 17, co. 1, lett. a), non opera con riferimento alle scritte e cartelli affissi su apparecchiature automatiche di scatto e stampa foto collocate in luogo pubblico o aperto al pubblico atteso che esse non sono riconducibili alla nozione di insegna ma hanno l'inequivoca funzione di rendere noti al pubblico l'attività e, soprattutto, i prodotti che tali apparecchiature sono in grado di offrire così svolgendo un'attività pubblicitaria nel senso indicato dall'art. 5 del decreto⁵⁰.

Il d.lgs. 507/1993 riconosce una riserva all'ente comunale del potere di autorizzare, dietro pagamento di corrispettivo, l'affissione di manifesti, sia direttamente che tramite concessionario (art. 19); rimane necessario il preventivo nulla osta tecnico dell'ente proprietario della strada, nel caso in cui la collocazione avvenga lungo una strada statale, regionale o provinciale, o in vista di essa (art. 23, co. 4, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, c.d. codice della strada).

⁵⁰ Cass., 21 giugno 2021, n. 17622, in *Giust. civ. mass.*, 2021.

La Corte costituzionale ha precisato che la tutela degli interessi pubblici presenti nella attività pubblicitaria effettuata mediante l'installazione di cartelloni si articola, nel d.lgs. n. 507/1993, in un duplice livello di intervento: l'uno, di carattere generale e pianificatorio, mirante a escludere che le autorizzazioni possano essere rilasciate in maniera casuale, arbitraria e comunque senza una chiara visione dell'assetto del territorio e delle sue caratteristiche abitative, estetiche, ambientali e di viabilità; l'altro, a contenuto particolare e concreto, in sede di autorizzazione, con il quale le diverse istanze dei privati vengono ponderate alla luce delle previsioni di piano⁵¹.

L'autorizzazione dell'ente competente implica, a seconda dei casi, la valutazione del rispetto delle regole tecniche a tutela della sicurezza stradale, oppure il sindacato, maggiormente discrezionale, sul decoro e sulla pubblica decenza del contenuto pubblicitario. Ciò dipende dalle disposizioni che attribuiscono il potere autorizzativo e dalle competenze tipicamente riconosciute all'ente titolare.

La pubblicità in luogo pubblico è soggetta anche alla l. 12 dicembre 1960, n. 1591, la quale contiene il divieto di fabbricare, introdurre, affiggere o esporre, in luogo pubblico o aperto al pubblico⁵², disegni, immagini, fotografie e oggetti figurati comunque destinati alla pubblicità che offendano il pudore e la pubblica decenza, considerati secondo la particolare sensibilità dei minori e l'esigenza della loro tutela morale (art. 1). Il riferimento all'integrità morale dei minori si giustifica in ragione del fatto che, trattandosi di pubblico particolarmente sensibile e suggestionabile, il loro punto di vista costituisce il criterio di base per la valutazione della decenza di una comunicazione destinata a essere percepita da chiunque.

Nel caso in cui la disposizione suddetta venga violata, sono applicabili gli articoli 528 e 725 c.p., rispettivamente dedicati alle ipotesi di

⁵¹ C. cost., 17 luglio 2002, n. 455, citata da Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 2017, n. 244, con nota di M. Bombi, in *Dir. e giust.*, 17, 2017, p. 16, *Impianti pubblicitari e norme edilizie*.

⁵² Con luogo aperto al pubblico deve invece intendersi il luogo in cui può accedere chiunque, ancorché alle condizioni dettate dal titolare.

pubblicazioni e spettacoli osceni⁵³, e di commercio di scritti, disegni o altri oggetti contrari alla pubblica decenza⁵⁴. Mentre il concetto di “osceno” ricomprende quegli atti e oggetti che, «secondo il comune sentimento, offendono il pudore» (art. 529 c.p.), fatte salve le opere d’arte e di scienza, invece la “pubblica decenza” include l’insieme delle regole etico-sociali, soggette a continuo mutamento, che tutelano la società dai comportamenti stigmatizzabili in senso generale, anche diversi da quelli osceni⁵⁵.

La distinzione tra atti osceni e atti contrari alla pubblica decenza va individuata nel fatto che i primi offendono in modo intenso e grave il pudore sessuale, suscitando nell’osservatore sensazioni di disgusto oppure rappresentazioni o desideri erotici, mentre i secondi ledono il normale sentimento di costumatezza, generando fastidio e riprovazione⁵⁶. Secondo l’art. 1, co. 2, della l. 1591/1960, la sanzione di cui all’art. 725 c.p. si applica anche quando disegni, immagini, fotografie e oggetti figurati rappresentano scene di violenza atte a offendere il senso morale o l’ordine familiare.

Ulteriori divieti per la pubblicità posta all’esterno derivano dalle norme a tutela dei beni culturali e paesaggistici, contenute nel d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (c.d. “Codice dei beni culturali e del paesaggio”). Tra i beni culturali rientrano, accanto a quelli specificamente elencati dagli artt. 10, co. 2 e 11 del codice, tutte (art. 10, co. 1)

le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché a ogni altro ente e istituto pubblico e a

⁵³ L’art. 528 c.p., depenalizzato, prevede che «chiunque, allo scopo di farne commercio o distribuzione ovvero di esporli pubblicamente, fabbrica, introduce nel territorio dello Stato, acquista, detiene, esporta, ovvero mette in circolazione scritti, disegni, immagini o altri oggetti osceni di qualsiasi specie, è soggetto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 a euro 50.000».

⁵⁴ L’ipotesi di cui all’art. 725 c.p., anch’essa stata depenalizzata, consiste nell’esposizione alla pubblica vista, o nell’offerta in commercio o distribuzione in luogo pubblico o aperto al pubblico, di disegni, scritti o qualsiasi altro oggetto figurato che offenda la pubblica decenza.

⁵⁵ *Ex multis*, cfr. Cass. pen., 20 settembre 2019, n. 43542, in *CED Cass. pen.*, 2020.

⁵⁶ Così Cass. pen., 27 ottobre 2017, n. 16477, in *CED Cass. pen.*, 2018. Analogamente, cfr. Trib. Udine, 29 ottobre 2021, n. 1841, in *Redaz. Giuffrè*, 2021.

persone giuridiche private senza fine di lucro, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico.

Sono beni paesaggistici, invece, gli immobili e le aree espressione di valori culturali, storici, naturali, morfologici ed estetici del territorio, secondo quanto stabilito dagli artt. 131 ss. del codice del 2004.

Quanto ai beni culturali, l'art. 49 del d.lgs. 42/2004 introduce un divieto di collocamento e affissione di pubblicità sia sugli edifici e aree specificamente tutelate, sia nelle strade in prossimità degli stessi. È fatta salva la possibilità di ottenere un'autorizzazione al collocamento da parte dell'autorità amministrativa – dunque, a seconda dei casi, dal soprintendente ai monumenti, dalla Regione o da altri enti locali –, purché la pubblicità non danneggi l'aspetto, il decoro o la pubblica fruizione di detti immobili. L'autorizzazione è trasmessa, a cura degli interessati, agli altri enti competenti per l'eventuale abilitazione.

Si prevede inoltre che il soprintendente, dopo aver valutato la compatibilità con il carattere artistico o storico del bene culturale, rilascia o nega il nulla osta o l'assenso per l'utilizzo a fini pubblicitari delle coperture dei ponteggi predisposti per l'esecuzione degli interventi di conservazione, per un periodo non superiore alla durata dei lavori (art. 49, co. 3).

Per i beni paesaggistici, l'art. 153 del codice proibisce la posa in opera di cartelli o altri mezzi pubblicitari sopra o in prossimità degli stessi, salvo che vi sia una previa autorizzazione dell'amministrazione competente su parere vincolante del soprintendente⁵⁷.

Nel caso di pubblicità affisse senza il rispetto delle disposizioni *de quibus*, si prevede, dato il richiamo di cui agli artt. 162 e 168 del d.lgs. 42/2004, l'applicazione della sanzione amministrativa di cui all'art. 23 del codice della strada e, se vi sono i presupposti, degli artt. 733 (danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale) e 734 (distruzione o deturpamento di bellezze naturali) del codice penale.

Quanto alla pubblicità posta sulle strade o dalle stesse visibile, l'art. 23 del codice della strada stabilisce le relative condizioni di legittimità,

⁵⁷ La regola si applica anche per la posa della pubblicità lungo le strade site nell'ambito e in prossimità di tali beni.

rinviano a un regolamento attuativo ed esecutivo (d.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495) per talune specifiche tecniche, che a sua volta demanda alla potestà regolamentare dei Comuni la possibilità di prevedere ulteriori «limitazioni dimensionali» (art. 48, comma 2 del regolamento). L'art. 23 vieta di collocare, lungo le strade o in vista di esse,

insegne, cartelli, manifesti, impianti di pubblicità o propaganda, segni orizzontali reclamistici, sorgenti luminose, visibili dai veicoli transitanti sulle strade, che per dimensioni, forma, colori, disegno e ubicazione possono ingenerare confusione con la segnaletica stradale, ovvero possono renderne difficile la comprensione o ridurne la visibilità o l'efficacia, ovvero arrecare disturbo visivo agli utenti della strada o distrarne l'attenzione con conseguente pericolo per la sicurezza della circolazione; in ogni caso, detti impianti non devono costituire ostacolo o, comunque, impedimento alla circolazione delle persone invalide.

Sono, altresì, vietati i cartelli e gli altri mezzi pubblicitari rifrangenti, nonché le sorgenti e le pubblicità luminose che possono produrre abbagliamento. Sulle isole di traffico delle intersezioni canalizzate è vietata la posa di qualunque installazione diversa dalla segnaletica prescritta.

Il regolamento di esecuzione e di attuazione stabilisce le norme per le dimensioni, le caratteristiche, l'ubicazione dei mezzi pubblicitari lungo le strade, le fasce di pertinenza e nelle stazioni di servizio e di rifornimento di carburante. Per esempio, lo stesso prevede che: i cartelli, le insegne di esercizio e gli altri mezzi pubblicitari previsti dall'articolo 23 del codice e definiti nell'articolo 47, se installati fuori dai centri abitati non devono superare la superficie di 6 mq, a eccezione delle insegne di esercizio poste parallelamente al senso di marcia dei veicoli o in aderenza ai fabbricati, che possono raggiungere la superficie di 20 mq (art. 48)⁵⁸; gli stessi in ogni caso presentano una forma regolare che non deve generare confusione con la segnaletica stradale, anche per quanto riguarda l'utilizzo di colori come il rosso (art. 49); i cartelli e gli altri mezzi pubblicitari luminosi non devono avere luci intermittenti o

⁵⁸ Qualora la superficie di ciascuna facciata dell'edificio ove ha sede l'attività sia superiore a 100 mq, è possibile incrementare la superficie dell'insegna di esercizio nella misura del 10% della superficie di facciata eccedente 100 mq, fino al limite di 50 mq.

di intensità superiore a 150 candele per metro quadrato, o comunque idonea a provocare abbagliamento (art. 50).

L'art. 23 del d.lgs. 285/1992 prevede poi il divieto di pubblicità lungo o in vista di itinerari internazionali, delle autostrade e delle strade extraurbane principali, salvo che per le aree di servizio o di parcheggio, previa autorizzazione dell'ente proprietario e sempre che non sia visibile dalle stesse⁵⁹. Il Consiglio di Stato ha confermato la legittimità del diniego espresso dagli uffici comunali su un'affissione presso una strada extraurbana, ancorché nella zona risultassero già collocati da anni impianti pubblicitari simili, dal momento che la loro autorizzazione risaliva a un periodo precedente all'entrata in vigore del codice della strada, evidenziando che ciò non rappresentava una motivazione idonea per ottenere una nuova licenza⁶⁰.

È altresì vietata la pubblicità dinamica mediante apposizione di scritte o insegne luminose sui veicoli, fatti salvi i casi in cui essa rispetti i limiti e le condizioni di cui al regolamento attuativo e sempre che non vi sia alcun rischio di abbagliamento o di distrazione dell'attenzione nella guida per i conducenti degli altri veicoli (art. 23, co. 2).

Sul contenuto della pubblicità stradale, l'art. 23, co. 4-*bis* del codice, recentemente introdotto dal d.l. 10 settembre 2021, n. 121 (convertito con legge 9 novembre 2021, n. 156), dispone che

è vietata sulle strade e sui veicoli qualsiasi forma di pubblicità il cui contenuto proponga messaggi sessisti o violenti o stereotipi di genere offensivi o messaggi lesivi del rispetto delle libertà individuali, dei diritti civili e politici, del credo religioso o dell'appartenenza etnica oppu-

⁵⁹ L'art. 23, co. 7, consente inoltre le insegne di esercizio, con esclusione dei cartelli e delle insegne pubblicitarie e altri mezzi pubblicitari, purché autorizzate dall'ente proprietario della strada ed entro i limiti e alle condizioni stabilite con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. Sono anche permessi, purché autorizzati dall'ente proprietario della strada, nei limiti e alle condizioni stabiliti con il decreto di cui al periodo precedente, cartelli di valorizzazione e promozione del territorio indicanti siti d'interesse turistico e culturale e cartelli indicanti servizi di pubblico interesse.

⁶⁰ Cons. St., sez. V, 28 agosto 2017, n. 4091, in *Dir. e giust.*, 136, 2017, p. 1, con nota di S. Manzelli, *Al bando tutti gli impianti pubblicitari visibili dalle autostrade e dai relativi raccordi*.

re discriminatori con riferimento all'orientamento sessuale, all'identità di genere o alle abilità fisiche e psichiche.

La disposizione stigmatizza i messaggi pubblicitari esterni idonei a offendere la dignità umana, con una particolare attenzione all'identità di genere, verso la quale il legislatore sembra manifestare una precisa sensibilità. La sua violazione impedisce il rilascio dell'autorizzazione necessaria all'affissione della pubblicità da parte dell'ente competente.

Nel caso di violazione delle regole sulla pubblicità stradale – come pure di quelle sulla pubblicità presso beni culturali o paesaggistici – si prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da € 430 a € 1.731, a cui si aggiunge la rimozione coatta della pubblicità a spese di colui che l'ha affissa. Nel caso, invece, di mancata osservanza delle prescrizioni per le autorizzazioni previste dall'art. 23 del codice della strada, la sanzione amministrativa aumenta da € 1.417 a € 14.168 e ricade in via solidale sul soggetto pubblicizzato.

In chiusura, appare interessante aggiungere che la pubblicità esterna, nel caso di affissione di manifesti o altri mezzi sugli edifici, può rilevare anche sotto il profilo civilistico dei diritti dei condomini di disporre delle facciate e dei tetti dei relativi fabbricati. Il principio generale è quello per cui i muri dell'edificio sono di proprietà comune di tutti i condomini (art. 1117 c.c.) e possono essere utilizzati – come spesso avviene in caso di ristrutturazione delle facciate – per l'affissione di pubblicità, fatta salva l'ipotesi in cui ciò sia vietato dal regolamento di condominio di cui all'art. 1138 c.c.⁶¹, o da una delibera dell'assemblea condominiale⁶².

Pertanto, esclusi tali casi, ciascun condomino può utilizzare per fini pubblicitari la facciata dell'edificio in misura proporzionale al valore dell'unità immobiliare che gli appartiene (art. 1118 c.c.)⁶³, purché l'in-

⁶¹ Per un caso giurisprudenziale di affissione di pubblicità in violazione del divieto condominiale, cfr. Cass., 13 dicembre 2006, n. 26629, in *Banca dati Dejure*. Enuncia lo stesso principio Cass., 3 settembre 1993, n. 9311, in *Giust. civ. mass.*, 1993, p. 1362.

⁶² Trib. Lucca, 18 marzo 2014, n. 456, in *Banca dati Dejure*.

⁶³ L'installazione può anche avvenire sulla parte di muro che recinga l'appartamento di un altro condomino (così App. Venezia, 3 dicembre 2954, in *Foro Pad.*, I, 1955, p. 1194).

stallazione si riferisca all'attività professionale o imprenditoriale ivi esercitata e non leda o limiti i diritti degli altri comproprietari ai sensi dell'art. 1102 c.c.⁶⁴.

Come recentemente confermato in giurisprudenza, a tali condizioni ciascun condomino può dunque servirsi dei muri perimetrali dell'edificio condominiale per apporvi targhe o insegne, in quanto ciò non altera la funzione di sostegno dell'edificio svolta dal muro perimetrale e costituisce un normale esercizio del diritto di usare la cosa comune, utilità accessoria al godimento della proprietà esclusiva⁶⁵. Si esclude la possibilità del condomino di concedere in uso parti della facciata a un terzo per apporvi pubblicità, trattandosi di prerogativa spettante esclusivamente al condominio⁶⁶; in questo caso il rapporto contrattuale sarà soggetto alla disciplina degli artt. 27 ss. l. 27 luglio 1978, n. 392, secondo cui spetta al proprietario di un edificio (dunque il condominio nella sua totalità) concedere a un'impresa pubblicitaria, verso un corrispettivo, l'uso di un bene comune per l'installazione di insegne pubblicitarie, attese la natura imprenditoriale-commerciale dell'attività svolta dal conduttore e la strumentalità rispetto a essa dell'uso dell'immobile⁶⁷.

Un altro limite all'affissione della pubblicità potrebbe derivare dal pregiudizio al pregio architettonico dello stabile condominiale. In un caso riguardante la locazione di un'intera facciata condominiale a fini pubblicitari, il Tribunale di Monza ha ritenuto che l'utilizzo di una parete esterna dell'edificio condominiale a sostegno di un cartellone pubblicitario che copra la superficie disponibile costituisce "innovazione", in quanto destina il bene comune a una funzione diversa da quella originaria⁶⁸; essa, ai sensi dell'art. 1120, co. 2, c.c. rimane vietata in mancanza di consenso da parte di tutti i condomini.

Tale forma di copertura della facciata, aggiunge il Tribunale, può recare danno al decoro dell'edificio, in cui sono ricomprese sia la piacevolezza e l'armonia dell'aspetto architettonico, sia la sua rispettabilità

⁶⁴ Così Cass., 3 settembre 1993, n. 9311, cit. e Cass., 30 aprile 1955, n. 1218, citata da M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 165.

⁶⁵ Trib. Pisa, 24 febbraio 2021, n. 242, in *Redaz. Giuffrè*, 2021.

⁶⁶ Pret. Palermo, 29 marzo 1955, in *Foro sic.*, 1955, p. 217.

⁶⁷ Così Trib. Genova, 30 maggio 1995, in *Foro it.*, I, 1995, p. 3500.

⁶⁸ Trib. Monza, 20 giugno 2008, in *condominioweb.com*.

e dignità. Pertanto, il decoro architettonico non rileva esclusivamente per un edificio di particolare pregio storico-artistico, ma anche nell'ipotesi in cui la costruzione presenti una speciale fisionomia, suscettibile di essere danneggiata da modifiche eseguite per finalità pubblicitarie. La bellezza artistica di taluni cartelloni pubblicitari moderni non esclude, *ex adverso*, la possibilità che l'edificio tragga un beneficio estetico dall'affissione, ove lo stesso presenti imperfezioni o risulti di mediocre livello estetico.

5.6. La pubblicità nella dimensione digitale

5.6.1. Brevi riflessioni sull'ambiente digitale e sul marketing nel cyberspazio

Internet nasce come una *common land*, una piazza digitale priva di barriere in cui ciascun individuo può esprimersi, costruire la propria immagine sociale, interagire con altri, partecipare alla creazione e allo sviluppo della cultura e della società nel suo complesso⁶⁹. Per comprendere la portata del fenomeno, basti considerare che le persone connesse alla rete sono circa 4,9 miliardi e che ognuna di esse è in grado di creare e fruire facilmente di materiali e di memoria in quantità prima impensabili.

Innegabili sono i benefici derivanti dalla interazione telematica, a partire dall'apertura delle possibilità contrattuali di ogni individuo a un orizzonte potenzialmente infinito di operazioni, il quale va ampliandosi grazie allo sviluppo costante dell'*Information and Communication Technology (ICT)* attraverso cui poter negoziare (si pensi, banalmente, alle potenzialità di un semplice *smartphone*).

La "società digitale" include l'"economia digitale", espressione con cui si allude ai processi di digitalizzazione dell'economia e ai loro risultati, quindi alle attività di produzione e di scambio economico che si

⁶⁹ I due eventi significativi nei quali si può collocare l'instaurazione di una "società digitale" sono nascita del World Wide Web nel 1991 e l'apparizione di Google nel 1998.

basano sulle nuove tecnologie digitali⁷⁰. In questo senso, il marketing, a contatto con la *new economy* e con l'evoluzione tecnologica, ha mutato la propria architettura, così come l'impresa ha dovuto rimodellare le forme di promozione dell'azienda.

Si evidenzia solo che una forma di commercio elettronico poteva rintracciarsi anche prima di Internet, nel contesto dell'*Electronic Data Interchange (EDI)*, un insieme di procedure di gestione basate sull'impiego di sistemi informatici e di telecomunicazione colleganti due o più imprese, attraverso lo scambio automatico di documenti in forma elettronica⁷¹. È però solo con Internet che si assiste allo sviluppo di una rete a livello mondiale, con un radicale mutamento del sistema di interconnessione digitale tra gli utenti.

Questa rivoluzione può essere letta secondo due direttrici: da un lato si assiste a un processo crescente di "scientificazione" della tecnologia, in particolare per quei settori produttivi che si avvalgono delle conoscenze scientifiche, le quali diventano strumento irrinunciabile per l'innovazione⁷²; dall'altro lato, emerge sempre più il processo di progressiva digitalizzazione dell'informazione, assoggettata a un sistema di codifica numerica⁷³.

Con lo sviluppo degli impieghi commerciali della rete si diffondono gli *electronic marketplaces*⁷⁴; un ruolo centrale, in questo scenario, deve riconoscersi al fenomeno delle piattaforme *online*, tra cui, accanto alle vere e proprie piattaforme di compravendita di prodotti e servizi,

⁷⁰ Si rinvia, sul tema, alle digressioni di G. CONTI, *Lineamenti di diritto delle piattaforme digitali - Volume I. Le tutele del consumatore e dell'utente commerciale nei confronti dei cybermediary*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2020, p. 25 ss. Con un approccio non giuridico al fenomeno dell'economia digitale, si consiglia la lettura di P. GARRONE, S. MARIOTTI (a cura di), *L'economia digitale*, Bologna, 2001.

⁷¹ Sulla nascita e l'evoluzione del commercio elettronico, cfr. M. MORELLI, *Il commercio elettronico: dall'immagine al profitto*, Milano, 2005, p. 11 ss.

⁷² Cfr. F. RAMELLA, *Sociologia dell'innovazione economica*, Bologna, 2013.

⁷³ Delineano le due direttrici del progresso tecnologico ed economico-digitale F. RAMELLA, C. MANZO, *L'economia della collaborazione. Le nuove piattaforme digitali della produzione e del consumo*, Bologna, 2019, p. 29 ss. Sul tema della digitalizzazione dell'informazione si rinvia anche a L. LESSIG, *Code. Version 2.0*, New York, 2006.

⁷⁴ P. GARRONE, S. MARIOTTI (a cura di), *op. cit.*, p. 72.

devono menzionarsi i *social network*, le piattaforme di valutazione (per esempio quelle di ristorazione)⁷⁵ e quelle di *sharing* di contenuti (per esempio video). Il modello di *business* che le contraddistingue si caratterizza per una combinazione tra comunicazione pubblicitaria tradizionale, possibilità per gli utenti di produrre, oltre che ricevere, nuovi contenuti e, di conseguenza, possibilità per i professionisti di profilare i destinatari della comunicazione in base ai dati personali trasmessi alla piattaforma.

Il fenomeno del digitale – che ha stimolato importanti lavori nei più svariati ambiti di studio – non poteva non determinare una qualche riflessione tra gli operatori del diritto. Da un punto di vista giuridico, infatti, la rivoluzione digitale ha aperto la strada a una ricostruzione, appunto in termini “digitali”, delle esigenze di tutela della persona che si ritrova a esistere e agire nel mondo di Internet.

Tra le varie questioni, sotto il profilo strettamente negoziale, si è rivolta l’attenzione alla progressiva diffusione di modelli contrattuali standardizzati, in cui il ruolo della volontà del contraente debole risulta altamente sminuito, fino a ridursi a un semplice consenso mediante *click*, spesso condizione obbligatoria per l’accesso ai servizi digitali. Si parla anche di contrattazione di massa, la quale riprende quella già avuta in mente – con le evidenti distinzioni storiche – dal legislatore italiano all’art. 1342 c.c., con un notevole sviluppo di tipo quantitativo (si parla di una massa potenzialmente mondiale) e qualitativo (in ragione del contenuto negoziale e delle modalità estremamente semplificate di accettazione). La questione della libertà del consenso si pone anche con riguardo al trattamento dei dati derivanti dall’applicazione del *cookie* per la profilazione pubblicitaria, tema che verrà trattato specificamente al termine del capitolo.

Più in generale, la digitalizzazione dei rapporti economici è oggetto di interesse per le istituzioni europee già da tempo. Significativa, al riguardo, è la c.d. *Digital Market Strategy* del maggio 2015, l’agenda europea mirante a creare le basi per un mercato unico digitale sicuro ed

⁷⁵ Per una panoramica sulle questioni giuridiche coinvolte da una piattaforma digitale di ristorazione, mi permetto di rinviare ad A.P. SEMINARA, *La disciplina delle piattaforme digitali di ristorazione: profili di tutela tra corretta informazione e privacy*, in *Dir. agroalimentare*, 2, 2022, p. 311 ss.

efficiente, che consenta di sfruttare appieno le potenzialità dello scenario tecnologico⁷⁶.

A ritroso, un ruolo di primo piano deve essere riconosciuto alla direttiva 00/31/CE “sul commercio elettronico”, mediante la quale si è cercato di garantire un elevato livello di integrazione giuridica comunitaria per l’instaurazione di un vero e proprio spazio senza frontiere per i servizi della società dell’informazione (considerando 3). Sulla stessa torneremo nel prosieguo in relazione al tema delle informazioni commerciali *online* e della responsabilità dell’*Internet Service Provider* per le comunicazioni veicolate tramite la sua piattaforma.

Nel contesto dell’economia digitale, la pubblicità (c.d. *web advertising* od *online advertising*) ha individuato nuovi canali di espressione, sfruttando le potenzialità tecnologiche del *cyberspazio* per magnificare la propria efficacia persuasiva. Il *Web* rappresenta l’ambiente a oggi più favorevole per la comunicazione commerciale: la possibilità di raggiungere il consumatore in ogni momento della sua vita attraverso i dispositivi elettronici portatili ha determinato la proliferazione di nuove, più articolate, forme di pubblicità c.d. “below the line”, alternative a quella ordinaria “tabellare”.

In questo senso, la natura della comunicazione commerciale *online* attraversa un processo di continuo mutamento e sviluppo parallelamente all’ampliamento delle potenzialità offerte dalla tecnologia digitale. Vi è chi ha parlato⁷⁷, con riguardo alla pubblicità su Internet, di “interactive advertising”, sottolineando la dinamica interattiva che essa crea con l’utente, il quale partecipa alla formazione ed evoluzione della comunicazione commerciale attraverso le proprie decisioni: si pensi, *in primis*, alla personalizzazione della pubblicità derivante dalla profilazione delle attività digitali o dalla possibilità di geolocalizzare il consumatore attraverso lo *smartphone*.

Si è parlato, in tal senso, di passaggio dall’Internet 1.0 all’Internet 2.0, dove il *consumer* diventa *prosumer*, una figura soggettiva a metà

⁷⁶ Sul tema si rinvia a S. MACCHIAFAVA, *La disciplina europea del settore digitale in itinere: le proposte*, in A. CONTALDO (a cura di), *Le piattaforme digitali. Profili giuridici e tecnologici nel nuovo ecosistema*, Pisa, 2021.

⁷⁷ D.W. SCHUMAN, E. THORSON, *Internet advertising theory and research*, Mahwah (NJ), 2007.

tra il consumatore e il produttore di beni digitali, consistenti principalmente in dati sfruttabili dalle società commerciali.

Alcune forme di *web advertising* sono assimilabili a quelle di altri *media*, tra cui i video trasmessi sui siti⁷⁸, le pagine web delle aziende⁷⁹, i *banners*⁸⁰ che compaiono durante la navigazione e consistenti in brevi messaggi promozionali⁸¹. Accanto a queste, la pubblicità digitale contempla, tra le forme di *interruption marketing*: lo *spamming*, consistente nell'invio di *newsletters* non richieste alla posta elettronica degli utenti; gli *interstitial*, immagini inviate all'utente nel corso della navigazione, eliminabili tramite *click*; le *sister window*, finestre a comparsa automatica, successive alla completa visione della pagina visitata.

Quanto allo *spamming*, la scelta del legislatore nazionale – che non trova pieno riscontro negli altri ordinamenti europei – è stata quella di adottare un sistema di *opt-in*, secondo cui qualsiasi comunicazione indesiderata, non in precedenza autorizzata dal destinatario, è illegittima (art. 130, co. 2, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. codice della Privacy). Diverso è il caso del c.d. “soft spam”, di cui all’art. 130, comma 4, in base al quale, se il titolare del trattamento utilizza, a fini di vendita diretta di propri prodotti o servizi, le coordinate di posta elettronica precedentemente fornite dall’interessato nel contesto della vendita, può non richiederne il consenso; ciò, però, sempre che si tratti di servizi analoghi a quelli oggetto della vendita e che l’interessato, adeguatamente informato, non rifiuti tale uso.

Una particolare forma di *permission marketing* digitale consiste nei *metatags*, messaggi nascosti che, riconosciuti dai motori di ricerca, risultano invece irriconoscibili ai consumatori, indotti il più delle volte inconsapevolmente verso siti non richiesti⁸². Accanto a questi possono

⁷⁸ Tra i casi di pubblicità illegittima tramite video su *Youtube*, cfr. A.G.C.M., PS/11603, 13 ottobre 2020, Provv. n. 28385, cit.

⁷⁹ A.G.C.M., PS/9030, 9 settembre 2015, Provv. n. 25618, in *Boll.* 34/2015.

⁸⁰ A.G.C.M., PS/2082, 15 ottobre 2009, Provv. n. 20385, in *Boll.* 41/2009.

⁸¹ Il *banner* rappresenta, dall’inizio del commercio elettronico, la forma principale di pubblicità digitale, il cui primo esempio risale al 1994. Si rinvia a M. MORELLI, *op. cit.*, p. 81.

⁸² Vedi M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 197. In giurisprudenza, riconduce i *metatags* alla nozione pubblicità CGUE, 11 luglio 2013, C-657/2011, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1, 2016, p. 1315. In ambito nazionale, identifica il *metatag* quale

aggiungersi: gli *advertorial*, messaggi analoghi alla pubblicità redazionale, inseriti all'interno della pagina *web* e finanziati da uno *sponsor*; i *pop up*, pubblicità contenute in piccoli riquadri che rimangono al disotto della pagina visitata.

Tutte le forme di pubblicità digitale saranno assoggettabili: in quanto generiche pratiche commerciali, alla disciplina di cui agli artt. 18 ss. cod. cons., con la conseguente applicazione dei divieti di ingannevolezza e aggressività; nel caso in cui si tratti di pubblicità audio-video, al Testo Unico in materia di servizi di media audiovisivi (d.lgs. 208/2021), che si applica sia in generale a tutti i servizi di media audiovisivi (art. 3, co. 1, lett. *a*), comprensivi della comunicazione commerciale audiovisiva (lett. *b*), sia nello specifico ai «servizi di piattaforma per la condivisione di video» generati dagli utenti o comunque destinati al grande pubblico (lett. *c*).

Ai fini della valutazione della comunicazione commerciale su Internet, l'Autorità antitrust ha confermato l'orientamento proprio e della giurisprudenza amministrativa che prende in esame, ai fini della valutazione del messaggio pubblicitario, la sola pagina *web* visitata e non tutto il sito⁸³. L'Autorità aveva in passato sottolineato come la decettività di un messaggio non potesse essere sanata dal fatto che nella medesima pagina Internet era rinvenibile una finestra all'interno della quale, mediante un cursore, risultava possibile accedere alle informazioni relative alle modalità e alle condizioni economiche di fruibilità di servizi, in ragione del fatto che le stesse richiedono da parte dell'utente una ricerca attiva⁸⁴.

È fatta salva l'ipotesi in cui sia imposto all'utente di navigare obbligatoriamente al fine di conoscere tutte le informazioni negoziali utili alla valutazione dell'offerta economica⁸⁵, nel qual caso i messaggi arti-

possibile forma di pubblicità ingannevole Trib. Milano, 8 febbraio 2002, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2002, p. 618; quale possibile atto di concorrenza sleale pubblicitaria, Trib. Monza, 15 luglio 2008, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1, 2008, p. 1000.

⁸³ A.G.C.M., PB/260, 18 novembre 2009, Provv. n. 20490, in *Boll.* 47/2009.

⁸⁴ *Ex multis*, cfr.: A.G.C.M., PB/523, 30 marzo 2010, Provv. 20952, in *Boll.* 13/2010; A.G.C.M., PI/5961, 27 marzo 2008, Provv. n. 18194, in *Boll.* 12/2008; A.G.C.M., PI/6254, 21 febbraio 2008, Provv. n. 17856, in *Boll.* 1/2008.

⁸⁵ A.G.C.M., PS/1003, 15 luglio 2009, Provv. n. 20090, in *Boll.* 28/2009.

colati in più pagine *web* e collegati da *link* ipertestuali devono essere considerati come un *unicum* per ciò che concerne il contenuto informativo, da giudicare nel suo complesso⁸⁶.

5.6.2. *Gli obblighi informativi dei professionisti nell'ambito della regolazione dell'e-commerce*

Il commercio elettronico è stato definito normativamente per la prima volta dalla Comunicazione della Commissione europea del 1997 che ha introdotto “Un’iniziativa europea in materia di commercio elettronico”. Lo stesso consiste nello svolgimento di attività commerciali e di transazioni per via elettronica e comprende attività diverse, tra cui la commercializzazione di beni e servizi, la distribuzione di contenuti digitali, l’esecuzione di operazioni finanziarie e di borsa, gli appalti pubblici e le altre procedure delle Pubbliche Amministrazioni⁸⁷. Una ricostruzione analoga era stata data dal Ministero dell’industria italiano nel 1998, che ha evidenziato come tale fenomeno “non si esaurisce, quindi, nella semplice conduzione della transazione bensì può anche abbracciare le altre fasi che riguardano un rapporto commerciale”⁸⁸, a partire dalla fase della ricerca e individuazione dell’interlocutore.

In sintesi, è commercio elettronico ogni iniziativa telematica a supporto dell’attività commerciale⁸⁹, ivi compresa dunque quella pubblicitaria; e anzi, il commercio elettronico, nella sua prima fase di fine secolo scorso, piuttosto che presentarsi come mezzo diretto di vendita, si manteneva un mero canale promozionale per le imprese, le quali svolgevano attività di *branding* attraverso il proprio sito *web*, a sua volta pubblicizzato tramite i *media* tradizionali⁹⁰.

Solo successivamente, la rete è diventata un vero e proprio mercato digitale e l’*e-commerce* una tecnica di negoziazione a distanza basata

⁸⁶ A.G.C.M., PS/2082, 15 ottobre 2009, Provv. n. 20385, cit.

⁸⁷ COM(97) 157.

⁸⁸ Così nelle “Linee di politica per il commercio elettronico”, Roma, 20 luglio 1998, p. 9.

⁸⁹ Così M. MORELLI, *op. cit.*, p. 28.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 30.

sull'utilizzo di apparecchiature informatiche⁹¹. Al riguardo deve distinguersi tra un commercio elettronico "diretto", nel caso in cui l'operazione economica si svolga interamente in rete, avendo a oggetto un bene direttamente consumabile in versione digitale, e un commercio elettronico "indiretto", in cui la rete rappresenta solo lo strumento per la commercializzazione di un bene materiale⁹².

Il progressivo utilizzo del *cyberspazio* per finalità commerciali ha reso necessaria l'introduzione della dir. 00/31/CE ("direttiva sul commercio elettronico"), il cui obiettivo è favorire, incentivando l'armonizzazione degli ordinamenti nazionali, l'instaurazione di un vero e proprio mercato unico digitale e l'eliminazione delle barriere alla libera circolazione di merci e servizi⁹³. A questa è seguita, a conferma della centralità del tema nelle politiche europee, la Comunicazione del 6 maggio 2015 della Commissione europea⁹⁴ che ha disegnato un quadro complessivo di azioni volte a tracciare la strategia euro-unitaria per la realizzazione del *digital market*, identificato come «il fondamento medesimo di tutti i sistemi economici innovativi moderni».

Da ultimo si richiama la dir. 19/2161/UE (c.d. direttiva *omnibus*), che ha rinnovato la disciplina a tutela del consumatore al fine di modernizzarne i contenuti alla luce delle problematiche derivanti dall'evoluzione digitale delle interazioni economiche.

⁹¹ Così D. LAMANNA DI SALVO, *op. cit.*, p. 2658. Deve però precisarsi che, se è vero che l'*e-commerce* rientra tra le forme di negoziazioni a distanza, sarebbe invece scorretto ritenere che i relativi ambiti coincidano, come evidenziato da A. FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Milano, 2002, pp. 22-23.

⁹² Sulle definizioni, si rinvia rispettivamente a E.M. TRIPODI, F. SANTORO, S. MESINEO, *Manuale di commercio elettronico*, Milano, 2000, p. 249 e a F. DELFINI, *Il Commercio Elettronico*, in C. VACCÀ (a cura di), *Il commercio elettronico, il documento digitale, Internet, la pubblicità on-line*, Milano, 1999, p. 30.

⁹³ Sul tema, si rinvia a: G. CASSANO (a cura di), *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, Milano, 2003; F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, Padova, 2004; V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Commercio elettronico*, Milano, 2001; A. SARDINI, *La «product liability» e il commercio elettronico*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2021, p. 81 ss.; E. TOSI (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico*, Milano, 2012.

⁹⁴ COM(2015) 192.

La direttiva 00/31/CE – al momento oggetto di una radicale proposta di revisione a cura del *Digital Service Act*⁹⁵ – ha introdotto, per la prima volta, una regolazione organica della materia del commercio elettronico. Essa è stata attuata con il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, contenente un insieme di norme contro i pericoli connessi all'uso della tecnologia digitale per la realizzazione di operazioni contrattuali⁹⁶.

La disciplina sull'*e-commerce* si articola su due piani, che al contempo ne rappresentano i presupposti assiologici: da un lato la facilitazione della libera circolazione delle merci e dei servizi nella dimensione digitale, attraverso un quadro normativo comune di riferimento; dall'altro, la predisposizione di una serie di presidi regolativi volti a tutelare il contraente debole della negoziazione elettronica, sul solco della disciplina consumeristica europea.

Il legislatore nazionale, non senza suscitare reazioni critiche in dottrina⁹⁷, ha sostanzialmente riprodotto la normativa europea, dedicando un'intera disciplina al commercio elettronico, sia per i rapporti *business to business*, sia per quelli *business to consumer*⁹⁸. In particolare, il

⁹⁵ Commissione europea, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*, Brussels, 15 dicembre 2020, COM(2020) 825 final.

⁹⁶ Vi è da dire che l'importanza economica dell'ambiente digitale era stata già riconosciuta dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114, recante norme sull'esercizio dell'attività commerciale, il cui articolo 21 prevedeva che il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato promuovesse «l'introduzione e l'uso del commercio elettronico con azioni volte a: a) sostenere una crescita equilibrata del mercato elettronico; b) tutelare gli interessi dei consumatori; c) promuovere lo sviluppo di campagne di informazione e apprendimento per operatori del settore e operatori del servizio; d) predisporre azioni specifiche finalizzate a migliorare la competitività globale delle imprese, con particolare riferimento alle piccole e alle medie, attraverso l'utilizzo del commercio elettronico; e) favorire l'uso di strumenti e tecniche di gestione di qualità volte a garantire l'affidabilità degli operatori e ad accrescere la fiducia del consumatore; f) garantire la partecipazione italiana al processo di cooperazione e negoziazione europea e internazionale per lo sviluppo del commercio elettronico».

⁹⁷ E.M. TRIPODI, *Alcuni interrogativi sul d. lg. 70/2003 di recepimento della direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 832.

⁹⁸ L'applicabilità ai rapporti tra professionisti trova conferma nella definizione di "destinatario del servizio" come «soggetto che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell'informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibi-

d.lgs. 70/2003 – che non dà alcuna definizione di commercio elettronico⁹⁹ – regola la prestazione di “servizi della società dell’informazione”, che includono le attività economiche svolte *online*, cioè a distanza e per via elettronica (art. 2, co. 1, lett. *a*).

Nell’ottica di compensare il difetto genetico di potere negoziale del consumatore¹⁰⁰, strumentale allo sviluppo dell’*e-commerce*, il legislatore introduce un ventaglio di regole in materia di comunicazioni pubblicitarie, di contrattazione telematica e di responsabilità del *provider*. Nella *mens legis* s’intende garantire che l’applicazione di tecniche di comunicazione e negoziazione a distanza non svilisca il grado di conoscenza del contraente debole, destinatario della contrattazione standardizzata.

La disciplina si occupa delle informazioni contenute nelle comunicazioni commerciali veicolate via Internet, in cui rientrano (art. 3, lett. *f*)

tutte le forme di comunicazione destinate, in modo diretto o indiretto, a promuovere beni, servizi o l’immagine di un’impresa, di un’organizzazione o di un soggetto che esercita un’attività agricola, commerciale, industriale, artigianale o una libera professione.

Ne rimangono escluse le informazioni che consentono un accesso diretto all’attività dell’impresa, del soggetto o dell’organizzazione, co-

li informazioni» (art. 3, lett. *d*). In tale figura rientra certamente quella del consumatore, la cui definizione corrisponde a quella contenuta nell’art. 3 del codice del consumo.

⁹⁹ F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, cit., p. 3. La definizione di “mercato *online*” viene invece fornita dall’art. 2, par. 1, n. 17, dir. 11/83/UE (introdotto dall’art. 4, par. 1, n. 1, lett. *e*), dir. 19/2161), secondo cui è tale «un servizio che utilizza un software, compresi siti web, parte di siti web o un’applicazione gestito da o per conto del professionista, che permette ai consumatori di concludere contratti a distanza con altri professionisti o consumatori».

¹⁰⁰ Alla figura del consumatore il legislatore ha affiancato quella del “destinatario dei servizi della società dell’informazione”, identificato come «il soggetto che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell’informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibili informazioni» (art. 2, co. 1, lett. *d*). Vi è chi vi ha identificato una forma primordiale di quello che sarebbe diventato, successivamente, il *cyberconsumatore*, “risultato dell’incontro di principi antichi del diritto e delle nuove tecnologie di comunicazione”. Così G. CASSANO (a cura di), *op. cit.*, p. 37.

me un nome di dominio, o un indirizzo di posta elettronica, nonché le comunicazioni relative a beni, servizi o all'immagine istituzionale, elaborate in modo indipendente senza alcun corrispettivo.

Come può evincersi dall'ampio tenore, la definizione normativa è idonea a ricomprendere qualsiasi forma di pubblicità commerciale diffusa tramite lo strumento telematico. L'art. 4, lett. *f*), del decreto esclude l'applicabilità della normativa per quanto riguarda l'«ammissibilità delle comunicazioni commerciali non sollecitate per posta elettronica»: si tratta di espressione poco chiara, con cui il legislatore sembra avere estromesso dalla disciplina la pubblicità digitale diversa dalle *newsletters*, il che appare del tutto riduttivo rispetto all'ampia gamma di tipologie pubblicitarie diffuse via Internet, oltre che contraddittorio rispetto a quanto previsto dalle disposizioni successive. A partire dall'art. 8 d.lgs. 70/2003, che stabilisce che tutte le comunicazioni commerciali costituenti un servizio della società dell'informazione, o una sua parte integrante, devono

contenere, sin dal primo invio, in modo chiaro e inequivocabile, una specifica informativa, diretta a evidenziare: a) che si tratta di comunicazione commerciale; b) la persona fisica o giuridica per conto della quale è effettuata la comunicazione commerciale; c) che si tratta di un'offerta promozionale come sconti, premi, od omaggi e le relative condizioni di accesso; d) che si tratta di concorsi o giochi promozionali, se consentiti, e le relative condizioni di partecipazione.

Il legislatore stigmatizza la comunicazione commerciale che non manifesti in modo chiaro la propria funzione promozionale, rimanendo irricognoscibile al destinatario.

L'esigenza di una protezione maggiore è avvertita dal legislatore per il caso di comunicazioni commerciali non sollecitate trasmesse per posta elettronica, le quali devono essere identificate come tali, in modo chiaro e inequivocabile, fin dal momento in cui il destinatario le riceve e devono contenere l'indicazione che il destinatario può opporsi al ricevimento in futuro delle stesse (art. 9). Spetta al prestatore della comunicazione l'onere di provare che la stessa segua a una sollecitazione del destinatario.

L'art. 9 deve leggersi in combinazione con quanto previsto dall'art. 130 d.lgs. 196/2003 (codice Privacy), secondo cui, facendo salvo quanto stabilito dagli articoli 8 e 21 d.lgs. 70/2003, l'uso di sistemi automatizzati di chiamata o di comunicazione di chiamata senza l'intervento di un operatore per l'invio di materiale pubblicitario, o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale, è consentito con il consenso del contraente o utente¹⁰¹. Quando sarà pubblicato il regolamento *ePrivacy*, che introduce importanti novità sulla protezione dei dati personali nell'ambiente digitale, la disposizione suddetta potrà essere sostituita dall'art. 16 della proposta formulata dalla Commissione europea, che prevede che

allorché una persona fisica o giuridica ottiene dai suoi clienti le coordinate elettroniche per la posta elettronica nel contesto della vendita di un prodotto o servizio ai sensi del regolamento (UE) 2016/679, la medesima persona fisica o giuridica può utilizzare tali coordinate elettroniche a scopi di commercializzazione diretta di propri prodotti o servizi analoghi, solamente se ai clienti è offerta in modo chiaro e distinto la possibilità di opporsi gratuitamente e agevolmente a tale uso. Il diritto di obiezione è dato al momento della raccolta e ogniquale volta si invii un messaggio¹⁰².

Sul fronte della contrattazione a distanza, la disciplina di cui al d.lgs. 70/2003 introduce ulteriori obblighi di informazione che il prestatore di servizi deve rispettare nella fase pre-negoziale, con ciò intendendosi il momento immediatamente antecedente alla conclusione del contratto e in particolare prima dell'inoltro dell'ordine di acquisto; rispetto a questo momento, la fase pubblicitaria sembra situarsi più a monte nell'interazione *business to consumer*, anche se appare difficile tracciare una chiara linea di confine.

In confronto agli obblighi di informazione imposti dall'art. 8 per la comunicazione commerciale, l'art. 12 del decreto introduce un insieme

¹⁰¹ Secondo il Garante per la privacy, in un'ottica di semplificazione, l'interessato che consenta alla ricezione di comunicazioni con determinate modalità invasive (tra cui, appunto, quelle di cui all'art. 130 del codice), accetta automaticamente anche la ricezione di comunicazioni attraverso modalità meno invasive (tra cui la posta cartacea o il telefono: Prov. 15 maggio 2013, n. 242, doc. web n. 2543820).

¹⁰² COM/2017/010 final.

più corposo di dati che il professionista deve fornire, in modo chiaro e inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine digitale; in particolare: a) le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto; b) il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso; c) i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine; d) gli eventuali codici di condotta cui aderisce e come accedervi per via telematica; e) le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all'italiano; f) gli strumenti di composizione delle controversie. Come evidenziato in dottrina, tali requisiti informativi si traducono nell'obbligo per il professionista di predisporre un sito idoneo all'indicazione dei contenuti obbligatori¹⁰³.

La prescrizione di tali doveri è volta ad assicurare al destinatario la conoscenza delle informazioni necessarie ad assumere una scelta consapevole, partendo dalla ormai maturata consapevolezza dell'asimmetria informativa che caratterizza determinati rapporti di mercato¹⁰⁴. In questo senso, l'onere informativo del professionista cresce man mano che ci si avvicini al momento della conclusione dell'accordo negoziale, raggiungendo il massimo grado nella fase immediatamente antecedente la stipula; così, se già l'interazione che si realizza con la semplice diffusione di un messaggio pubblicitario giustifica l'imposizione di taluni obblighi giuridici (si pensi, *in primis*, alle regole sulle pratiche commerciali scorrette), l'entrata in una fase più propriamente pre-negoziale – quale quella, appunto, immediatamente prima dell'inoltro dell'ordine di acquisto *online* – rende opportuna una disciplina più articolata della *disclosure* commerciale.

Trova conferma l'assoluta centralità dell'informazione nelle politiche comunitarie, strumento per la protezione consumeristica, diritto fondamentale ai sensi dell'art. 2, co. 2, lett. c), cod. cons.; vi si deve riconoscere una valenza di carattere pubblicistico, connessa al corretto articolarsi dei traffici commerciali.

¹⁰³ G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 412.

¹⁰⁴ Data la debolezza negoziale del consumatore, il legislatore prevede che solo per i contratti *b2c* gli obblighi informativi risultano inderogabili (art. 12, co. 1). In merito alle asimmetrie informative nel mercato, si consiglia lo studio di M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.

Si ripropongono per la negoziazione telematica, sia pur con le opportune distinzioni, le medesime problematiche che il legislatore aveva individuato come tipiche, dapprima dei contratti stipulati fuori dai locali commerciali (d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50, attuativo della dir. 85/577/CEE) e successivamente di quelli stipulati a distanza (d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185, di recepimento della direttiva 97/7/CE). L'innesto di tali figure contrattuali di derivazione comunitaria nell'ordinamento italiano (artt. 48 ss. cod. cons.) si è pienamente realizzato con la dir. 11/83/UE sui diritti dei consumatori (attuata col d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21), la quale ha unificato le discipline e indotto, grazie all'armonizzazione massima, un maggiore allineamento tra le normative nazionali¹⁰⁵.

La prossimità dell'*e-commerce* con la figura del contratto a distanza trova conferma nella definizione del codice del consumo, che lo identifica all'art. 45, lett. g) come

qualsiasi contratto concluso tra il professionista e il consumatore nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso.

Elemento peculiare è l'assenza dell'operatore commerciale al momento dell'assunzione dell'obbligo contrattuale¹⁰⁶, circostanza ritenuta dal legislatore idonea ad aggravare la condizione di debolezza, informativa e negoziale, del consumatore, penalizzato dall'impossibilità di vi-

¹⁰⁵ Sul tema, si rinvia a: G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 367 ss.; F. BRAVO, *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*, Milano, 2013; G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 5, 2014, p. 917 ss.; V. RICCIUTO, C. SOLINAS, *Gli obblighi informativi*, in E. TOSI (a cura di), *op. cit.*, pp. 195-232; V. ROPPO, *Informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 757 ss.; N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit.

¹⁰⁶ A.M. MANCALEONI, *La tutela del consumatore nei contratti a distanza alla luce della futura direttiva sul commercio elettronico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 311.

sionare il prodotto offerto e dalla non piena padronanza del mezzo tecnico utilizzato per la stipulazione del contratto¹⁰⁷.

Analogamente al decreto sull'*e-commerce*, il codice del consumo introduce per qualsiasi contratto da remoto una serie di presidi normativi volti a compensare la vulnerabilità negoziale del consumatore¹⁰⁸. Accanto all'obbligo del professionista di fornire un insieme cospicuo di informazioni prima della conclusione del contratto (art. 49 cod. cons.)¹⁰⁹, il legislatore attribuisce al consumatore il diritto di recesso di

¹⁰⁷ V. RICCIUTO, C. SOLINAS, *op. cit.*, p. 205.

¹⁰⁸ G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 371.

¹⁰⁹ In particolare, si prevede che il professionista fornisce al consumatore, in maniera chiara e comprensibile, le informazioni seguenti: a) le caratteristiche principali dei beni o servizi, nella misura adeguata al supporto e ai beni o servizi; b) l'identità del professionista; c) l'indirizzo geografico dove il professionista è stabilito e il suo numero di telefono, di fax e l'indirizzo elettronico, ove disponibili, per consentire al consumatore di contattare rapidamente il professionista e comunicare efficacemente con lui e, se applicabili, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale agisce; d) se diverso dall'indirizzo fornito in conformità della lettera c), l'indirizzo geografico della sede del professionista a cui il consumatore può indirizzare eventuali reclami e, se applicabile, quello del professionista per conto del quale agisce; e) il prezzo totale dei beni o dei servizi comprensivo delle imposte o, se la natura dei beni o servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali e ogni altro costo oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore; nel caso di un contratto a tempo indeterminato o di un contratto comprendente un abbonamento, il prezzo totale include i costi totali per periodo di fatturazione; quando tali contratti prevedono l'addebitamento di una tariffa fissa, il prezzo totale equivale anche ai costi mensili totali; se i costi totali non possono essere ragionevolmente calcolati in anticipo, devono essere fornite le modalità di calcolo del prezzo; f) il costo dell'utilizzo del mezzo di comunicazione a distanza per la conclusione del contratto quando tale costo è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base; g) le modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, la data entro la quale il professionista si impegna a consegnare i beni o a prestare i servizi e, se del caso, il trattamento dei reclami da parte del professionista; h) in caso di sussistenza di un diritto di recesso, le condizioni, i termini e le procedure per esercitare tale diritto conformemente all'articolo 54, comma 1, nonché il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B; i) se applicabile, l'informazione che il consumatore dovrà sostenere il costo della restituzione dei beni in caso di recesso e in caso di contratti a distanza qualora i beni per loro natura non possano essere normalmente restituiti a mezzo posta; l) che, se il consumatore esercita

pentimento (c.d. *ius poenitendi*), esercitabile *ad nutum* entro 14 giorni dall'acquisto (art. 52 del codice); in questo modo, la protezione normativa della libertà consumeristica si estende, in tempi limitati, dopo la decisione negoziale, sulla quale il contraente debole può ritornare, purché nel rispetto delle condizioni normative.

Parimenti interessante è il meccanismo introdotto dall'art. 49, co. 5, secondo cui le informazioni che il professionista deve fornire «formano parte integrante del contratto a distanza o del contratto negoziato fuori dei locali commerciali e non possono essere modificate se non con accordo espresso delle parti». Nel solco del fenomeno conosciuto come “neoformalismo negoziale”¹¹⁰, si determina la contrattualizzazione del-

il diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta ai sensi dell'articolo 50, comma 3, o dell'articolo 51, comma 8, egli è responsabile del pagamento al professionista di costi ragionevoli, ai sensi dell'articolo 57, comma 3; m) se non è previsto un diritto di recesso ai sensi dell'articolo 59, l'informazione che il consumatore non beneficerà di un diritto di recesso o, se del caso, le circostanze in cui il consumatore perde il diritto di recesso; n) un promemoria dell'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni; o) se applicabili, l'esistenza e le condizioni dell'assistenza postvendita al consumatore, dei servizi postvendita e delle garanzie commerciali; p) l'esistenza di codici di condotta pertinenti, come definiti all'articolo 18, comma 1, lettera f), del presente codice e come possa esserne ottenuta copia, se del caso; q) la durata del contratto, se applicabile, o, se il contratto è a tempo indeterminato o è un contratto a rinnovo automatico, le condizioni per recedere dal contratto; r) se applicabile, la durata minima degli obblighi del consumatore a norma del contratto; s) se applicabili, l'esistenza e le condizioni di depositi o altre garanzie finanziarie che il consumatore è tenuto a pagare o fornire su richiesta del professionista; t) se applicabile, la funzionalità del contenuto digitale, comprese le misure applicabili di protezione tecnica; u) qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'hardware e il software, di cui il professionista sia a conoscenza o di cui ci si può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza, se applicabile; v) se applicabile, la possibilità di servirsi di un meccanismo extra-giudiziale di reclamo e ricorso cui il professionista è soggetto e le condizioni per avervi accesso.

¹¹⁰ Il fenomeno caratterizza quelle ipotesi settoriali in cui il legislatore impone non solo una serie di obblighi informativi, ma anche che questi rispettino una precisa forma ed entrino automaticamente nel contenuto del contratto. La forma, in questo modo, diventa al contempo garanzia di una corretta comunicazione e mezzo di performance del negozio. Cfr. sul tema: M.C. ANDRINI, *Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 156 ss.; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato del diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2008; R. SENIGALLIA, *Infor-*

le informazioni preliminari, da cui l'impossibilità per il professionista di esercitare lo *jus variandi* sulle condizioni già esterne al consumatore e accettate.

Il legislatore, pur non imponendo una particolare forma, interviene sulle modalità di comunicazione delle informazioni, prescrivendo che il professionista debba fornirle o metterle a disposizione con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione impiegata e con un linguaggio semplice e comprensibile (art. 51, co. 1). Deve garantirsi la "massima efficienza dell'informazione"¹¹¹, compatibilmente con la tecnica di distribuzione utilizzata.

Gli obblighi informativi appena visti si sommano a quelli di cui al d.lgs. 70/2003, mentre in caso di antinomia prevalgono le regole del codice (art. 49, co. 8 e 9, cod. cons.). La disciplina sui contratti a distanza ha dunque integrato le informazioni che devono essere fornite prima della conclusione di un contratto in forma telematica¹¹².

I contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di *e-mail* o comunicazioni individuali equivalenti, mentre sfuggono all'art. 12 d.lgs. 70/2003, sono assoggettati alle regole del codice del consumo per i contratti a distanza e, quanto alle attività prodromiche alla stipulazione del negozio, alla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, la quale conferma la propria applicazione trasversale.

Gli obblighi di informazione nel contesto digitale si pongono in diretta continuità con il diritto della pubblicità e rafforzano la protezione consumeristica, assumendo una specifica rilevanza nell'ipotesi in cui all'informazione (o alla mancata informazione) segua la scelta contrattuale. Nel diverso caso in cui il consumatore si limiti a conoscere la promozione di un bene o servizio senza tuttavia entrare in fase negoziale, le regole dell'*e-commerce* non troveranno applicazione; ciò non to-

mazione contrattuale nella net Economy e trasparenza del mercato, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 245 ss.

¹¹¹ F. RICCI, *Commento agli artt. 52, 53, 68 codice del consumo*, in G. ALPA, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, p. 393.

¹¹² Un rinvio alle disposizioni in materia di commercio elettronico è previsto anche dall'art. 68 del codice del consumo, che ne fa salva l'applicazione per gli aspetti non disciplinati dal codice.

glie la possibilità di integrare una pratica commerciale scorretta, o di violare le altre disposizioni dedicate alla comunicazione pubblicitaria.

Segue. La (ir)responsabilità dell'Internet Service Provider per le informazioni immesse nelle piattaforme online

Merita una trattazione a parte il tema della posizione giuridica dell'Internet Service Provider, il titolare della piattaforma *online* che consente le interazioni economiche e ospita le informazioni commerciali. Prestatore dei servizi della società dell'informazione, il *cybermediary* svolge un ruolo centrale nel mercato virtuale, di cui supporta il substrato tecnologico¹¹³.

Il d.lgs. 70/2003, in linea con la direttiva 00/31/CE, distingue le attività digitali dell'Internet Service Provider in semplice trasporto di informazioni (*mere conduit*)¹¹⁴, memorizzazione temporanea (*caching*)¹¹⁵ e memorizzazione duratura (*hosting*)¹¹⁶.

Attribuendo all'intermediario un ruolo ausiliario rispetto alle parti, il legislatore europeo sancisce il principio del c.d. *safe harbour*, secondo cui il *cybermediary* è tendenzialmente esonerato da responsabilità per le condotte degli utenti, consistenti nella creazione di contenuti digitali (*content editing*) all'interno della piattaforma¹¹⁷. Eccezione alla norma-

¹¹³ E. TOSI (a cura di), *op. cit.*, p. 31.

¹¹⁴ Vi è *mere conduit* quando il gestore si limita a trasmettere le informazioni sulla rete di comunicazione, memorizzandole nei limiti di quanto necessario per tale scopo.

¹¹⁵ Il *caching* comprende la trasmissione e il salvataggio temporaneo di informazioni su una rete di comunicazione, inserite e usfruite dagli utenti; la memorizzazione temporanea dei dati consente una più efficiente trasmissione.

¹¹⁶ Con l'*hosting* si determina una memorizzazione duratura delle informazioni immesse nel sito.

¹¹⁷ Il principio di *safe harbour* per il gestore della piattaforma è stato recentemente confermato, a livello normativo, dal Testo Unico dei servizi di media audiovisivi (d.lgs. 208/2021), che definisce i «servizi di piattaforma per la condivisione di video» come quelli «generati dagli utenti o comunque destinati al grande pubblico, per i quali il fornitore della piattaforma per la condivisione di video non ha responsabilità editoriale» (art. 3, co. 1, lett. c).

le responsabilità civile d'impresa¹¹⁸, il principio vale per tutte e tre le attività viste sopra, con alcune declinazioni.

Nel caso di *mere conduit*, l'art. 14 del decreto prevede che se il servizio del *cybermediary* consiste nel

trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che: a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.

Analogamente, l'art. 15 esclude la responsabilità dell'intermediario per il *caching*, ove eseguito al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento delle informazioni a richiesta di altri destinatari, purché l'ISP: a) non modifichi le informazioni; b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato, oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione.

Nel caso di *hosting*, il prestatore del servizio digitale sarà esente da responsabilità per le informazioni memorizzate nella sua piattaforma a condizione che: non sia effettivamente a conoscenza dell'illiceità del fatto e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; non appena a conoscenza dei fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso (art. 16).

¹¹⁸ E. TOSI (a cura di), *op. cit.*, p. 34.

In sintesi, l'ISP è in linea di principio sottratto a responsabilità per le informazioni veicolate tramite la sua piattaforma, sul presupposto che gli mancherebbe il controllo sul loro contenuto. A più di vent'anni dall'introduzione della direttiva, tuttavia, la realtà digitale è evoluta in modo sostanziale, con la fioritura di diverse piattaforme di *hosting* che si riservano la possibilità di intervenire sui contenuti degli utenti.

Non di rado il rapporto piattaforma utente si consolida in un contratto misto che prevede, accanto alla concessione di uno spazio digitale, altre prestazioni come la profilazione delle attività degli utenti o il *cloud computing*¹¹⁹. Non a caso, già da tempo si avverte, sia in dottrina¹²⁰ che in giurisprudenza, l'esigenza di rivedere la posizione giuridica di taluni *cybermediary* nell'ottica di tutelare i destinatari dei loro servizi. Rimane tuttavia attuale il principio del *safe harbour*, il quale, se correttamente calibrato, rappresenta da un lato il giusto compromesso fra le esigenze di protezione degli utenti dai contenuti illegittimi o illeciti e dall'altro l'interesse dei gestori delle piattaforme a non vedersi gravati da irragionevoli e inesigibili obblighi di controllo sulle informazioni immesse dai terzi.

L'esenzione si applica quando il *cybermediary* si limita alla trasmissione neutrale dei contenuti digitali, mentre è responsabile secondo il principio dell'*accountability* ove sia in grado di intervenire sui contenu-

¹¹⁹ Con tale espressione si identifica un'infrastruttura telematica che consente l'accesso *online* a un insieme di risorse condivise, tra cui reti, servizi, server e dati, memorizzati in ambienti digitali esterni dagli hardware degli utenti.

¹²⁰ Sul punto, tra i vari contributi, vedi: G. CONTI, *op. cit.*, p. 46; M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Milano, 2010; V. FRANCESCHELLI, *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vividown*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 347 ss.; A. MANTELERO, *La responsabilità degli intermediari di rete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario*, in *Contr. impr./Eur.*, 2010, p. 529 ss.; M.L. MONTAGNANI, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Segrate, 2018, p. 3 ss.; G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2020, p. 177 ss.; O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in www.giurcost.org/studi/pollicino1.pdf, 2014; E. TOSI, *L'evoluzione della responsabilità civile dell'Internet Service Provider passivo e attivo*, in *Dir. ind.*, 6, 2019, p. 590 ss.

ti digitali¹²¹. In questo caso, si parla di *hosting provider* «attivo», cioè capace di manipolare direttamente i dati immessi dagli utenti, attraverso un'attività di modifica, riedizione, rielaborazione, riorganizzazione, ristrutturazione e indicizzazione delle informazioni.

Secondo la Cassazione, l'*hosting provider* attivo è il prestatore dei servizi della società dell'informazione che contribuisca, con la propria condotta, alla commissione dell'illecito, rendendosi civilmente responsabile secondo le regole comuni¹²². La Corte di giustizia, dal canto suo, ha considerato attivo il gestore della piattaforma che assista gli utenti commerciali ottimizzando o promuovendo la presentazione delle offerte in vendita¹²³.

Nella valutazione della responsabilità, la giurisprudenza ricorre a un esame caso per caso delle concrete attività del *cybermediary*¹²⁴. Secondo il considerando 42 della dir. 00/31/CE, la natura attiva va esclusa nel caso in cui il gestore della piattaforma si limiti ad attività meramente tecniche, automatiche e passive, che non gli consentono di conoscere e controllare le informazioni trasmesse¹²⁵. Analogamente, la proposta di *Digital Service Act*¹²⁶ attribuisce all'ISP una responsabilità per le in-

¹²¹ Aderiscono a un orientamento difforme: R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione dei contenuti illeciti*, in *Giur. it.*, 3, 2017, p. 639; R. D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Service Providers*, Milano, 2012, p. 78 ss.; F. PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service providers*, in *AIDA*, 2017, pp. 468 ss.

¹²² Cass., sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708, in *Riv. dir. ind.*, 4-5, II, 2019, p. 201.

¹²³ CGUE, 23 marzo 2010, *Google c. Luis Vuitton*, C-236/2008 a C-238/2008, in *Racc.*, 2010, p. I-2417.

¹²⁴ In giurisprudenza, si rinvia a: Corte giust. UE, 7 agosto 2018, C-521/2017, *Coöperatieve Vereniging Snbreact U.A. c. Deepal Mehta*, ECLI:EU:C:2018:639; CGUE, 11 settembre 2015, C-291/2013, *Sotiris Papasavvas*, ECLI:EU:C:2014:2209; CGUE, 23 marzo 2010, *Google c. Luis Vuitton*, C-236/2008 a C-238/2008, cit. In ambito nazionale, cfr.: Corte App. Milano, 7 gennaio 2015, n. 29, in <https://www.ilcaso.it/>, con nota di N. Lo Franco, *Deroghe all'ordinario regime di responsabilità del provider, e dubbi alla luce dell'orientamento della Corte di giustizia*; Trib. Milano, 24 febbraio 2010, n. 1972, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 328 ss.; Trib. Roma, 11 febbraio 2010, in *Riv. dir. informazione e informatica*, 2010, p. 275 ss.; Cass. 23 dicembre 2009, n. 49474, in *Riv. dir. informazione e informatica*, 2010, p. 437 ss.

¹²⁵ G. CONTI, *op. cit.*, p. 137.

¹²⁶ COM(2020) 825 final.

formazioni che sia in grado di controllare e gestire, o nell'ipotesi in cui presenti le informazioni in modo da indurre il consumatore medio a ritenere che i prodotti siano riconducibili al gestore della piattaforma o a suoi ausiliari.

L'attuale disciplina prevede che l'*ISP* sia tenuto, per non incorrere in responsabilità, a rimuovere immediatamente le informazioni o a disabilitare l'accesso alle stesse quando viene informato, o si renda altrimenti conto, delle attività illecite poste in essere dagli utenti tramite la piattaforma, fermo restando che non è in alcun modo configurabile un generale obbligo di sorveglianza sulle informazioni trasmesse (art. 17)¹²⁷. Il *provider* è responsabile anche nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa, non provveda a impedire prontamente l'accesso alle informazioni illecite o se, pur conosciuto il carattere illecito o pregiudizievole delle informazioni contenute in un proprio servizio, non provveda a informarne l'autorità competente (art. 17, co. 3).

È dunque più corretto affermare che manca in capo al *provider* un obbligo di sorveglianza preventivo, mentre rimane spazio, nei limiti suddetti, per un obbligo di sorveglianza passiva sui fatti illeciti già avvenuti¹²⁸. Pertanto, la responsabilità dell'*hosting provider* sussiste anche per il prestatore dei servizi che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti o abbia continuato a pubblicarli, ove ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: a) sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure *aliunde*; b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde egli sia in colpa grave per non averla positivamente riscontata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico; c) abbia la possi-

¹²⁷ Esiste un generale obbligo di segnalare alla pubblica autorità i contenuti illeciti di cui il *provider* sia venuto a conoscenza e di rimuoverli immediatamente su richiesta dell'autorità amministrativa o giurisdizionale. In caso di violazione del suddetto obbligo, l'art. 17 del d.lgs. n. 70/2003, prevede una responsabilità risarcitoria in capo al gestore della piattaforma di intermediazione.

¹²⁸ E. TOSI (a cura di), *op. cit.*, pp. 38-39.

bilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illeciti¹²⁹.

Naturalmente le misure organizzative richieste al gestore della piattaforma, secondo il principio dell'*accountability*, devono essere proporzionate alle sue dimensioni e competenze, con un giusto bilanciamento tra gli interessi del professionista da un lato e le legittime aspettative degli utenti dall'altro.

5.6.3. *Cookie e profilazione: uno sguardo alla pubblicità personalizzata*

Una delle principali risorse di Internet attorno alle quali si sviluppa la *new economy* è lo sfruttamento per finalità commerciali dei dati sul traffico degli utenti. Il livello di profilazione pubblicitaria raggiunto nella dimensione digitale è di gran lunga più articolato ed efficace di quello perseguibile attraverso i *media* classici.

Ciascun *cybernauta*, durante la navigazione, introduce in modo più o meno consapevole una mole immensa di dati (*big data*): accanto ai dati inseriti volontariamente, si aggiungono quelli che l'utente lascia inconsapevolmente e, infine, quelli che, seppur riferiti a quest'ultimo, sono immessi da terzi.

Attraverso la profilazione, Internet offre la possibilità di ricostruire le caratteristiche socioeconomiche e, in certa misura, psicologiche dei propri utenti. La questione può essere letta da diversi angoli visuale, possedendo una portata che trascende l'approccio meramente giuridico e investe la stessa struttura sociale, la dinamica interazionale tra gli individui.

Vi è chi ha identificato il problema in termini di "frazionamento delle identità"¹³⁰, chi in termini di sua "dispersione"¹³¹: in ogni caso, si è fatto riferimento al fenomeno, incentivato dai *social network* e dalla proliferazione delle informazioni degli utenti, della frammentazione dell'identità personale nel panorama digitale, per cui l'immagine del sé può mutarsi a seconda dei dati mostrati. In altre parole, le informazioni

¹²⁹ Cass., sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708, cit.

¹³⁰ Così S. NIGER, *Diritto all'informazione, diritti della persona e archivi giornalistici online*, in *federalismi.it*, XI, 2013.

¹³¹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 173.

diffuse *online* permettono a chiunque di formarsi un'idea, più o meno autentica, di una persona, che potremmo definire "identità digitale".

Concentrando l'attenzione sul quadrante più prettamente economico, si è parlato di "analfabetismo funzionale" per evidenziare come l'offerta massiva di beni e servizi perpetrata attraverso il *cyberspazio* sia fondata più sulle capacità computazionali e di analisi degli algoritmi utilizzati, che non sui reali bisogni dei consumatori digitali¹³². I *cookie*, i *log*, i *web bug* e gli *spyware* sono solo alcuni degli strumenti utilizzati sul *web* per captare informazioni utili sulle decisioni degli utenti.

L'immensa attività di raccolta e trattamento dei dati resa possibile dall'evoluzione tecnologica investe la persona non solo dal punto di vista individuale, nella propria riservatezza e autonomia decisionale, ma anche nella dimensione collettiva, dati i rischi di discriminazione derivanti dalla profilazione dei contenuti digitali¹³³.

Il patrimonio informativo di ciascun *cybernauta*, di fatto, diventa merce di cui si appropria il fornitore dei servizi digitali *online*, che ricava dal trattamento e dalla eventuale cessione dei dati enormi profitti commerciali: si pensi, nel caso dei *social networks*, alla quantità di informazioni che talune multinazionali sono in grado di amministrare e monetizzare attraverso accordi di marketing¹³⁴. Accanto ai rischi, non può negarsi la presenza di taluni benefici della profilazione, che consente a ciascun utente di accedere a offerte, commerciali e non, in linea con le proprie preferenze.

In questo segmento di realtà si inseriscono i *cookie*, strumenti mediante i quali l'utente di Internet acconsente alla cessione di proprie informazioni durante la navigazione *online*. I prevalenti (ma non gli unici) beneficiari, in queste ipotesi, sono le società commerciali, le qua-

¹³² G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso*, cit., pp. 303-304.

¹³³ Evidenziano i rischi della evoluzione digitale del trattamento dei dati V. ZENOVICH, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten legal perspectives on the "big data revolution"*, in *Conc. merc.*, 23, 2016, p. 39 ss.

¹³⁴ Importanti spunti sulla natura contrattuale degli accordi digitali implicanti la cessione dei dati nell'ambito dei *social network* possono trarsi dalla lettura di C. PERLINGIERI, *Profili civilistici del social network*, Napoli, 2014.

li utilizzano i dati ottenuti per identificare i gusti principali dell'utente e la sua propensione all'acquisto.

L'applicazione della tecnologia digitale (algoritmi, *machine learning*, intelligenza artificiale) ai dati raccolti *online* – combinati innumerevoli volte in modo da ottenere informazioni utili sui comportamenti dei singoli utenti e della collettività – permette ai professionisti di creare profili economico-comportamentali in base ai quali parametrare le pubblicità commerciali.

Con riferimento a tale fenomeno, la principale preoccupazione giuridica¹³⁵ riguarda la salvaguardia della privacy dell'utente accettante¹³⁶ e la eventuale mancanza di una vera consapevolezza e libertà nella decisione sul trattamento¹³⁷. Considerate, infatti, le tecniche di indebita pressione adottate dai siti, in uno con una procedura estremamente semplificata (bastando un *click*) per la prestazione del consenso, non sarebbe lontano dal vero chi affermasse che il consumatore è indotto a cedere i propri dati in modo tutt'altro che razionale, ponderato e quindi libero, soprattutto per quanto riguarda il trattamento a fini pubblicitari a cura di soggetti terzi.

Appare chiaro come la tradizionale asserita indisponibilità dei diritti della personalità, in cui rientra il diritto alla privacy, debba scontrarsi con la concreta proliferazione delle c.d. *non monetary transactions*,

¹³⁵ La dottrina ha anche analizzato la questione relativa all'inquadramento contrattuale della cessione dei dati sul web. Tra i vari spunti, si consiglia lo studio di G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2018, p. 411 ss.

¹³⁶ Sui profili problematici della *privacy* nel *cyberspazio*, si rinvia a: V. CUFFARO, V. RICCIUTO, R. D'ORAZIO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019; A.S. ESPOSITO, *Trattamento dei dati personali e rischi correlati, nel prisma dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica* (II), 4, 2019, p. 1071 ss.; A. IULIANI, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2018, p. 293 ss.; S. MARTINELLI, *Diritto all'oblio e motori di ricerca. Memoria e privacy nell'era digitale*, Milano, 2017; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46 al nuovo regolamento europeo*, Torino, 2016; V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Riv. dir. media*, 2, 2018, p. 5 ss.

¹³⁷ Sul tema della legittimità dei cookie e della libertà del consenso mi permetto di rinviare ad A.P. SEMINARA, *Cookie e libertà del consenso al trattamento dei dati personali*, in *Pers. e merc.*, 4, 2021, p. 857 ss.

nelle quali, dietro al velo dell'apparente gratuità del servizio, si realizza una cessione di attributi immateriali della persona.

Sia nella sostanza che sul piano normativo, alla privacy intesa come diritto indisponibile alla riservatezza si è sostituita la privacy come diritto a decidere liberamente sulla gestione dei propri dati personali¹³⁸. Si è parlato, in questo senso, di una progressiva “giuridificazione” della persona¹³⁹, a cui si accompagna la possibile mercificazione (o “reificazione”)¹⁴⁰ dei suoi attributi: le informazioni personali diventano estrinsecazioni immateriali della persona in grado di circolare autonomamente in forme e quantità prima impensabili, rese possibili dallo sviluppo tecnologico¹⁴¹.

Per superare il cortocircuito tra l'intrinseca indisponibilità dei diritti della personalità e il loro concreto sfruttamento, si è specificato come oggetto del trasferimento sia solo l'elemento patrimoniale del diritto¹⁴², o comunque il suo singolo esercizio occasionale¹⁴³, il che li renderebbe più oggetto di un'obbligazione che di un atto di disposizione.

Dal punto di vista normativo, un ruolo centrale va attribuito al regolamento (UE) 2016/679 (c.d. *General Data Protection Regulation* o *GDPR*) e alle disposizioni in materia di trattamento dei dati personali nell'ambito dei servizi di comunicazione elettronica contenute nel Titolo X del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (codice in materia di protezione

¹³⁸ Cfr., sul tema, S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, in *Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino*, Milano, 2018.

¹³⁹ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 179 ss. Un altro testo in cui l'autore analizza le criticità giuridiche della vita nel *cyberspazio* è *Il mondo nella rete. Quali diritti e quali vincoli*, Roma-Bari, 2014.

¹⁴⁰ V. CUFFARO, *A proposito del ruolo del consenso*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1999, p. 121.

¹⁴¹ S. THOBANI, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴² P. MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001, p. 44. Analogamente, per altri diritti della personalità, C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto all'utilizzazione del nome e dell'immagine delle persone celebri*, in *Dir. inf.*, 1988, p. 38 ss.

¹⁴³ Vedi, in tal senso, Cass., 17 febbraio 2004, n. 3014, in *Resp. Civile*, 2004, p. 112 ss. In dottrina, cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 1993, p. 545 ss.

dei dati personali), attuative della dir. 02/58/CE (c.d. direttiva *ePrivacy*) e modificate dal *GDPR*. Molte delle regole da esaminare sono destinate a essere sostituite dal nuovo regolamento *ePrivacy*, attualmente in fase di pubblicazione¹⁴⁴.

Le disposizioni del *GDPR* si applicano alle fattispecie non specificamente previste dalla direttiva 02/58/CE, che dunque prevale, in quanto *lex specialis*, rispetto al primo. Un rapporto inverso sussiste, invece, tra il regolamento e la direttiva 19/770/UE “relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali”, la quale fa espressamente salvi sia il *GDPR* sia la dir. 02/58 (considerando 37).

La profilazione pubblicitaria realizzata attraverso i *cookie* o gli altri strumenti di tracciamento rappresenta una particolare forma di trattamento dei dati personali¹⁴⁵; a essa si riferisce il considerando 30 del *GDPR*, il quale prevede che

le persone fisiche possono essere associate a identificativi *online* prodotti dai dispositivi, dalle applicazioni, dagli strumenti e dai protocolli utilizzati, quali gli indirizzi IP, a marcatori temporanei (*cookies*) o a identificativi di altro tipo, come i tag di identificazione a radiofrequenza

aggiungendo che

tali identificativi possono lasciare tracce che, in particolare se combinate con identificativi univoci e altre informazioni ricevute dai server,

¹⁴⁴ Il 10 gennaio 2017 la Commissione ha predisposto la proposta del regolamento *ePrivacy*, destinata a inserirsi nel quadro della Strategia per il mercato unico digitale in Europa, i cui obiettivi sono stati indicati nella comunicazione della Commissione del 6 maggio 2015 (COM/2015) 192 final. La proposta di regolamento *ePrivacy* nel 2017 è stata oggetto di altre due valutazioni, una del Gruppo di lavoro articolo 29 (Parere on the Proposed Regulation for the *ePrivacy* Regulation 2002/8/CE del 4 aprile 2017) e una del Garante europeo per la protezione dei dati (Parere on the Proposal for a Regulation on Privacy and Electronic Communication del 24 aprile 2017).

¹⁴⁵ A.P. SEMINARA, *Cookie e libertà del consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 860.

possono essere utilizzate per creare profili delle persone fisiche e identificarle¹⁴⁶.

Il trattamento dei dati per finalità pubblicitarie deve fondarsi su una delle basi legittimanti previste dal *GDPR*, la cui lettura suggerisce con evidenza come l'intero sistema normativo ruoti attorno all'elemento del "consenso" del soggetto dei cui dati si tratta¹⁴⁷. Consenso reso centrale proprio con riguardo al caso specifico della profilazione, per cui l'articolo 22, par. 2, lettera c), del *GDPR* stabilisce che il soggetto interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione «basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona», precisando che il consenso debba essere "esplicito", dunque comunicato mediante dichiarazione espressa, ancorché in una forma digitalizzata.

Il legislatore europeo ha inteso estendere la protezione – e quindi riconoscere il diritto di opporsi – non solo al caso in cui il trattamento incida su veri e propri diritti, ma anche quando incida in qualche modo su interessi personali. Come evidenziato dal Gruppo "Articolo 29", anche la pubblicità mirata può determinare un effetto significativo sugli individui a causa della sua particolare invasività nell'attività di profilazione, dei *media* utilizzati, delle aspettative degli interessati o delle loro particolari vulnerabilità¹⁴⁸.

¹⁴⁶ La Corte di giustizia ha fornito una definizione di cookie come "strumenti utilizzati per raccogliere informazioni generate da un sito web e salvate da un browser di un utente Internet, che consentono al medesimo di memorizzare le azioni o le preferenze dell'utente nel corso del tempo" (CGUE, 5 giugno 2018, C-210/16, *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein contro Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, ECLI:EU:C:2018:388).

¹⁴⁷ Il consenso è rilevante non solo al momento dell'inizio del trattamento dei dati, ma anche per l'esercizio, da parte dell'interessato, di particolari facoltà durante il trattamento stesso, sintetizzate normativamente nei diritti all'accesso ai dati (art. 15 *GDPR*), alla loro rettificazione (art. 16) o cancellazione (c.d. "all'oblio" ex art. 17), alla limitazione del trattamento (art. 18) e, infine, alla portabilità dei dati stessi (art. 20).

¹⁴⁸ Cfr. Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 2/2010 sulla pubblicità digitale comportamentale*, WP 171 (2010).

La Cassazione ha osservato che il consenso al trattamento è un consenso “rafforzato” rispetto a quello ordinariamente richiesto a fini negoziali, necessario in considerazione della debolezza informativa del destinatario e della potenziale aggressività delle pratiche comunicative del digitale¹⁴⁹; esso possiede un *quid pluris* giustificato dalla intrinseca connessione tra la protezione dei dati e la personalità dell’individuo, insuscettibile di una valorizzazione meramente economica¹⁵⁰.

Il consenso al trattamento dei dati, per rappresentare una valida base legittimante, deve rispettare una serie di requisiti stabiliti dal regolamento. In particolare, la definizione contenuta nell’art. 4 del *GDPR* suggerisce che il consenso deve consistere in una manifestazione di volontà «libera, specifica, informata e inequivocabile dell’interessato», effettuata mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile.

Appare opportuno ricostruire brevemente il contenuto di ciascuno di tali requisiti, di non immediata percezione. Innanzi tutto, è “libero” un consenso privo di coartazione fisica o psichica e al contempo consapevole, dunque frutto di una realizzazione interna volontaria e cosciente¹⁵¹.

Il regolamento manifesta una chiara attenzione al rischio di un consenso indebitamente coartato. Il considerando 32 specifica che la richiesta del consenso non deve interferire immotivatamente con il servizio per il quale il consenso è espresso; analogamente, il considerando 43 e l’art. 7, par. 4, del *GDPR* prevedono che il consenso si presume non liberamente espresso ove vi siano subordinate l’esecuzione di un

¹⁴⁹ Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, in *Guida al diritto*, 2018, p. 20.

¹⁵⁰ A conferma di tale lettura, la dir. 19/770/UE, al considerando n. 24, pur ammettendo la potenziale azionabilità dei rimedi contrattuali nel caso in cui la cessione delle informazioni personali diventi oggetto di una prestazione negoziale, riconosce «appieno che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce».

¹⁵¹ Che ciò implichi una minima maturità mentale, soprattutto in certi ambiti più insidiosi come il digitale, è confermato dal fatto che l’art. 2 *quinquies* del codice della privacy stabilisce che il consenso al trattamento dei dati nell’ambito dei servizi digitali è valido a partire dai 14 anni, mentre prima può essere dato dai genitori o da chi ne fa le veci, previo ascolto del minorene ove capace di discernimento. Si rinvia ad A.P. SEMINARA, *Cookie e libertà del consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 865.

contratto e la prestazione di un servizio, anche quando non risulti necessario rispetto alle prestazioni fornite¹⁵².

Il Garante per la protezione dei dati personali aveva già da tempo assunto una posizione in linea con le disposizioni appena richiamate, consapevole delle indebite pressioni a cui può essere sottoposto il destinatario di un servizio digitale¹⁵³. L'orientamento è stato recentemente confermato, proprio con riguardo ai *cookie* e agli altri strumenti di tracciamento dei dati, nelle Linee Guida sui cookie emanate dal Garante¹⁵⁴, ispirate a quelle precedentemente emesse dal Comitato europeo dei garanti¹⁵⁵: l'Autorità nazionale ha considerato illecito il meccanismo del c.d. *cookie wall* – per cui appunto l'utente è obbligato ad acconsentire ai *cookie* di profilazione per poter usufruire del sito visitato –, facendo salva l'ipotesi in cui il gestore del sito consenta di accedere a servizi equivalenti anche nel caso di mancata accettazione da parte dell'utente.

Sulla questione è intervenuta anche la Cassazione civile, proprio in un caso in cui l'offerta di un determinato servizio da parte del gestore di un sito Internet era condizionata al rilascio del consenso all'utilizzo dei dati personali per il successivo invio, da parte di terzi, di messaggi pubblicitari¹⁵⁶. La Corte ha evidenziato la necessità di valutare l'intensità del condizionamento, ritenendolo tanto più sussistente, quanto più la prestazione offerta dal gestore del sito Internet sia a un tempo “infungibile” e “irrinunciabile” per l'interessato.

Il consenso, oltre che libero, deve essere “informato” su tutte le condizioni riguardanti il trattamento, specificamente elencate all'art. 13

¹⁵² Il considerando 42 precisa che il consenso non dovrebbe essere considerato liberamente espresso se l'interessato «non è in grado di operare una scelta autenticamente libera o è nell'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso senza subire pregiudizio».

¹⁵³ Tra i vari provvedimenti, cfr.: Garante per la protezione dei dati personali, Provv. 24 novembre 2016, n. 488, *doc. web* n. 5796783; Provv. 27 ottobre 2016, n. 439, *doc. web* n. 5687770; Provv. 13 maggio 2015, n. 291, *doc. web* n. 433746; Provv. 4 luglio 2013, *doc. web* n. 2542348.

¹⁵⁴ Si tratta delle *Linee Guida sull'Utilizzo di cookie e di altri strumenti di tracciamento* del 10 giugno 2021, consultabili sul sito del Garante.

¹⁵⁵ *Linee Guida n. 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento UE 2016/679*, emanate dal Comitato Europeo per la protezione dei dati il 4 maggio 2020.

¹⁵⁶ Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, cit.

del regolamento¹⁵⁷. L'informazione, strumentale alla consapevolezza della decisione sui propri dati, deve essere concisa, facilmente accessibile e di semplice comprensione (considerando 58).

Si ritiene ammissibile anche un'informazione a due livelli, molto diffusa sul *web*: una prima informativa breve, solitamente fornita tramite un *banner* a comparsa immediata sulla pagina visitata, con le indicazioni essenziali sui tipi di trattamento eseguiti e la possibilità di esprimere un consenso, anche differenziato; una informativa estesa, accessibile tramite *link* sul *banner*, con tutte le informazioni richieste dalla disciplina europea¹⁵⁸.

Quanto alla specificità del consenso, occorre far riferimento al "principio di minimizzazione dei dati" previsto dall'art. 5 del *GDPR*, secondo cui il consenso deve essere «adeguato, pertinente e limitato a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati». Da ciò deriva che il consenso vale a legittimare solo il trattamento specifico per cui è dato.

Il Garante ha stabilito che debbano essere indicate separatamente le finalità di fidelizzazione, profilazione e marketing diretto¹⁵⁹ e che debba essere ottenuto un consenso separato per ciascuna di esse¹⁶⁰. Dal canto suo, il Comitato europeo dei garanti ritiene non "granulare", e dunque illegittimo, richiedere agli utenti il consenso unitario a utilizzare i loro dati per inviare comunicazioni di marketing tramite posta elet-

¹⁵⁷ Possono distinguersi, all'interno dell'art. 13 del regolamento, due categorie di informazioni: quelle che riguardano il contenuto e l'estensione del consenso sotto un profilo sia oggettivo che soggettivo (finalità e modalità di trattamento, indicazione del titolare e del responsabile, destinatari dei dati, periodo di conservazione degli stessi, esistenza di un processo decisionale automatizzato) e quelle volte a richiamare l'attenzione dell'interessato sui suoi diritti e a garantire che il suo consenso sia adeguatamente informato in merito all'obbligatorietà o meno del conferimento dei dati.

¹⁵⁸ Così il Garante per la protezione dei dati personali nel Provvedimento generale sull'*Individuazione delle modalità semplificate per l'informazione e l'acquisizione del consenso per l'uso dei cookie* dell'8 maggio 2014, p. 4.

¹⁵⁹ Si rinvia al provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali '*Fidelity card*' e garanzie per i consumatori. *Le regole del Garante per i programmi di fidelizzazione* del 24 febbraio 2005, *doc. web* n. 1103045.

¹⁶⁰ Garante per la protezione dei dati personali, Provv. 10 gennaio 2013, n. 6, *doc. web* n. 2438949.

tronica e per condividere i dati con altre società del gruppo, dovendosi preferire una distinzione tra le due finalità, con la conseguente possibilità di esprimere un consenso differenziato¹⁶¹.

Il consenso, infine, deve essere “inequivocabile” e quindi concretizzarsi in un atto chiaro e univoco, non diversamente interpretabile, di manifestazione di volontà affermativa da parte dell’utente¹⁶². Nel caso della profilazione pubblicitaria, come già visto, il consenso deve altresì essere esplicito, dunque preferibilmente (anche se non necessariamente) per iscritto; nella dimensione digitale, in alternativa alla compilazione di un modulo elettronico o di una email – eccessivamente macchinosi rispetto alla ordinaria fluidità di utilizzo dei servizi digitali – l’interessato potrebbe agevolmente cliccare, come di solito avviene, su un tasto digitale come “accetto” o “sì”, a condizione che vi sia una chiara informativa sul tipo di trattamento accettato e siano rispettate le altre condizioni per la validità del consenso¹⁶³. In simili casi, dovrebbe essere consentito all’interessato di revocare il consenso sempre mediante *click*, con la stessa facilità con cui lo ha fornito (art. 7, par. 3, reg.).

Quanto, invece, alla possibilità di un consenso attraverso il semplice scorrimento o utilizzo della pagina *web* (c.d. *scrolling down*), occorre prendere in considerazione il più articolato processo di manifestazione della scelta da parte dell’utente e il relativo contesto digitale. Più precisamente, secondo il Garante, ove lo *scrolling down*, combinato ad altri elementi, permetta di registrare presso il server del gestore del sito un evento qualificabile come azione positiva inequivocabile dell’utente in

¹⁶¹ Cfr. *Linee Guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., punto 45.

¹⁶² Non può considerarsi sufficiente un’accezione effettuata in generale attraverso l’opzione di *default* del *browser* utilizzato, in quanto non chiarisce se il mantenimento di tale opzione derivi da una scelta consapevole o sia solo segno di indifferenza o inconsapevolezza.

¹⁶³ Come precisato dal Comitato Europeo per la protezione dei dati nelle *Linee Guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, punti 94 e 96. Allo stesso modo, il considerando 32 ammette che l’atto positivo del consenso «potrebbe comprendere la selezione di un’apposita casella in un sito web, la scelta di impostazioni tecniche per servizi della società dell’informazione o qualsiasi altra dichiarazione o qualsiasi altro comportamento che indichi chiaramente in tale contesto che l’interessato accetta il trattamento proposto».

termini di consenso, esso deve ritenersi in linea con i requisiti di legge¹⁶⁴; il Comitato europeo dei garanti ha identificato, quali esempi di comportamenti digitali potenzialmente significativi, il far scorrere una barra su uno schermo, il muovere la mano davanti a una telecamera intelligente, il ruotare lo smartphone in senso orario o il fargli compiere un movimento a otto¹⁶⁵.

Ai requisiti del consenso corrispondono particolari doveri in capo a coloro che si occupano del trattamento dei dati. Secondo il principio della “responsabilizzazione” (c.d. *accountability*), reso centrale dalla recente normativa europea, si impone sia al titolare che al responsabile del trattamento l’adozione di comportamenti attivi, idonei a dimostrare il rispetto di ogni disposizione a tutela dell’interessato, ferma restando la discrezionalità sulla scelta delle precauzioni.

Tra i doveri dei titolari rientrano specifiche formalità che devono essere rispettate per ottenere la decisione sul consenso dell’interessato: occorre che la richiesta di consenso sia comprensibile, semplice e chiara, facilmente distinguibile dalle eventuali altre dichiarazioni rivolte all’interessato (art. 7, par. 2, reg.).

Ai sensi dell’articolo 7, paragrafo 1, spetta al titolare del trattamento l’onere di dimostrare di aver ottenuto preventivamente il consenso dell’interessato, nel rispetto dei requisiti stabiliti dal *GDPR*. Ciò significa che, in assenza di specifiche previsioni legislative – come quella di cui all’art. 130, co. 4, d.lgs. 196/03 per la ricezione di *newsletters* pubblicitarie “soft” –, non pare compatibile con l’art. 7 la configurazione di un obbligo dell’interessato di opporsi al trattamento, in base ai generali obblighi di buona fede e correttezza o in considerazione degli usi invalsi tra le parti. Deve invece preferirsi – e in questo senso pare orientata la normativa europea e nazionale – l’adozione del sistema dell’*opt in*, come confermato, proprio per la profilazione, dall’art. 122 del codice della privacy, laddove prevede che

l’archiviazione delle informazioni nell’apparecchio terminale di un contraente o di un utente o l’accesso a informazioni già archiviate sono

¹⁶⁴ Cfr. *Linee Guida n. 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento UE 2016/679*, cit., p. 7.

¹⁶⁵ *Linee Guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, cit., punto 85.

consentiti unicamente a condizione che il contraente o l'utente abbia espresso il proprio consenso dopo essere stato informato con le modalità semplificate di cui all'articolo 13, comma 3.

Accanto al consenso, la normativa prevede la possibilità che il trattamento dei dati personali sia basato su altri presupposti come: l'esecuzione del contratto o di un obbligo legale, la necessità di salvaguardare interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica, o di eseguire un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, l'interesse legittimo di quest'ultimo o di un terzo, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore (art. 6 *GDPR*). Concentrandoci sul "legittimo interesse" del titolare del trattamento, il considerando 47 vi riconduce l'utilizzo dei dati da parte di società commerciali per finalità di marketing diretto, idoneo a giustificare il trattamento a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato, tenuto conto delle sue ragionevoli aspettative in base alla relazione con il titolare del trattamento.

La previsione normativa non ha una portata precettiva di facile comprensione e sembra voler suggerire semplicemente la necessità di bilanciare l'interesse all'innovazione e allo sviluppo economico delle imprese con quello alla riservatezza dei singoli, il che poco si concilia, logicamente, con le condizioni stabilite dalla disciplina per la legittimità della profilazione pubblicitaria.

CAPITOLO VI

PUBBLICITÀ E CATEGORIE MERCEOLOGICHE

SOMMARIO: 6.1. *La comunicazione commerciale relativa a particolari categorie merceologiche.* 6.2. *La pubblicità dei farmaci.* 6.3. *La comunicazione commerciale relativa ai prodotti cosmetici.* 6.4. *La pubblicità dei prodotti alimentari.* 6.4.1. *Le bevande alcoliche.* 6.4.2. *I prodotti destinati a un'alimentazione particolare.* 6.5. *La pubblicità dei prodotti da fumo.* 6.6. *La pubblicità dei giocattoli per bambini e dei corsi di istruzione.* 6.7. *La comunicazione commerciale in materia creditizia.* 6.8. *Gli obblighi informativi relativi ai prodotti finanziari e alla prestazione di servizi di investimento.* 6.9. *Informazione e trasparenza nel settore assicurativo.* 6.10. *La pubblicità nel settore turistico.*

6.1. La comunicazione commerciale relativa a particolari categorie merceologiche

L'articolato insieme delle regole sulla pubblicità commerciale si arricchisce di tutte quelle disposizioni settoriali che disciplinano nello specifico talune categorie di prodotti¹. È bene precisare che, data la varietà delle materie e la diversa collocazione temporale delle fonti, il quadro normativo che si analizzerà nelle prossime pagine è tutt'altro che omogeneo; in tal senso, le discipline sui settori merceologici contribuiscono ad aggravare la natura frammentaria e disorganica che è caratteristica dell'intera regolazione pubblicitaria.

A tale inconveniente aveva tentato di porre rimedio la l. 29 dicembre 1990, n. 428 (legge comunitaria per il 1990), che all'art. 41, lett. g), aveva delegato il Governo a «riordinare le vigenti disposizioni relative alla pubblicità di particolari categorie di prodotti», senza tuttavia che ne conseguisse alcun provvedimento normativo.

¹ Per una panoramica sulla pubblicità di particolari settori merceologici, cfr. M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 95 ss.

Un tentativo di razionalizzazione della materia richiede di mettere in luce i profili che in qualche modo possono accomunare le diverse discipline settoriali. A una valutazione di sintesi, un comune denominatore può rintracciarsi nella potenziale pericolosità dei prodotti in questione.

Accanto alla pericolosità in senso stretto, legata alla potenziale lesione dell'integrità psico-fisica – specificamente attenzionata dal legislatore del codice del consumo e spesso connessa alla particolare vulnerabilità di determinate categorie di consumatori – possiamo identificare, per ragioni di coerenza espositiva, una “pericolosità in senso lato”, da intendersi in questa sede come idoneità di taluni beni o servizi a incidere considerevolmente sulla sfera giuridico-patrimoniale del destinatario, in ragione o della portata economica della scelta o della particolare asimmetria informativa del rapporto.

In altre parole, i prodotti che saranno analizzati nelle prossime pagine ricomprendono beni e servizi per i quali sussiste un'accentuata esigenza di tutela degli utenti, in quanto idonei a incidere su valori giuridicamente rilevanti di natura patrimoniale e non (*in primis* la salute). In ragione di ciò, il legislatore ha stabilito che la relativa pubblicità rispetti una serie di requisiti, formali e sostanziali, che rendono più oneroso l'obbligo di trasparenza e completezza generalmente previsto in capo ai professionisti per qualsivoglia messaggio commerciale.

Tanto il codice del consumo, quanto il codice di autodisciplina, impongono chiarezza informativa sui rischi che il consumo del prodotto può arrecare all'integrità psico-fisica dell'utente. È scorretta la pratica commerciale che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori, omette di darne notizia in modo da indurre questi ultimi a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza (art. 21, co. 3, cod. cons.)²; la regola autodisciplinare, oltre ad aggiungere l'ambiente tra i beni suscettibili di essere pregiudicati, ha cura di precisare che l'obbligo di chiarezza cresce nella misura in cui risulti meno evidente la pericolosità dei prodotti commercializzati (art. 12-*bis* cod. aut.).

² La disciplina europea non prevede una disposizione apposita. Tuttavia sembra potersi ricondurre simili ipotesi al caso dell'omissione ingannevole di cui all'art. 7 della direttiva; tra le informazioni rilevanti per la valutazione dell'ingannevolezza, l'art. 6 della direttiva contempla proprio i “rischi” del prodotto.

Il produttore, dunque, deve fornire al consumatore tutte le indicazioni necessarie o comunque utili alla valutazione o alla prevenzione dei rischi che possono derivare dall'utilizzo ordinario del prodotto. La legge si concentra sui pericoli derivanti alla persona del consumatore, come desumibile dalla definizione di prodotto pericoloso rintracciabile nella disciplina sulla sicurezza dei prodotti di cui al titolo I, parte IV del codice del consumo (artt. 102 ss.); essa va ricostruita partendo dalla definizione di "prodotto sicuro" di cui all'art. 103, lett. a), del codice, identificato come qualsiasi prodotto

che, in condizioni di uso normali o ragionevolmente prevedibili, compresa la durata e, se del caso, la messa in servizio, l'installazione e la manutenzione, non presenti alcun rischio oppure presenti unicamente rischi minimi, compatibili con l'impiego del prodotto e considerati accettabili nell'osservanza di un livello elevato di tutela della salute e della sicurezza delle persone.

Pertanto, il prodotto dovrà considerarsi pericoloso per la salute e la sicurezza del consumatore quando anche un suo uso ordinario presenti rischi rilevanti per l'integrità psico-fisica.

Il secondo comma dell'art. 103 cod. cons. precisa che la possibilità di raggiungere un livello di sicurezza superiore o di procurarsi altri prodotti che presentano un rischio minore non costituisce un motivo sufficiente per considerare un prodotto come non sicuro o pericoloso. In questo modo, il legislatore suggerisce che la pericolosità di un prodotto deve essere valutata per quello che lo stesso è e non per quello che potrebbe essere o per le caratteristiche di altri prodotti concorrenti.

Il Giurì ha sottolineato che, per configurare l'ipotesi di cui all'art. 12-*bis*, occorre che il prodotto possieda una pericolosità intrinseca: è quindi lecita la pubblicizzazione di un prodotto di per sé non pericoloso che rappresenti un utilizzo pericoloso di un altro prodotto³.

La non pericolosità dei prodotti si presume quando, in mancanza di specifiche disposizioni comunitarie che disciplinano gli aspetti di sicurezza, gli stessi siano conformi alla legislazione vigente nello Stato membro in cui sono stati commercializzati, con riferimento ai requisiti

³ Giurì n. 125/90.

cui devono rispondere sul piano sanitario e della sicurezza, e quando siano conformi alle norme nazionali non cogenti che recepiscono le norme europee, per quanto concerne i rischi e le categorie di rischi regolati dalla normativa nazionale (art. 105, co. 1 e 2). La presunzione è relativa e pertanto può essere superata nel caso in cui, malgrado la conformità alle norme, il prodotto si riveli comunque pericoloso.

Mancando tali condizioni, ai sensi dell'art. 105, co. 3,

la sicurezza del prodotto è valutata in base alle norme nazionali non cogenti che recepiscono norme europee, alle norme in vigore nello Stato membro in cui il prodotto è commercializzato, alle raccomandazioni della Commissione europea relative a orientamenti sulla valutazione della sicurezza dei prodotti, ai codici di buona condotta in materia di sicurezza vigenti nel settore interessato, agli ultimi ritrovati della tecnica, al livello di sicurezza che i consumatori possono ragionevolmente attendersi.

Tra i prodotti pericolosi per la salute, l'A.G.C.M. ha espressamente identificato i prodotti cosmetici⁴, i dimagranti⁵, i farmaci⁶, i prodotti da fumo⁷, gli integratori alimentari⁸, gli elettrostimolatori⁹ e, sempre che presentati in certe modalità, i prodotti alcolici¹⁰, ivi compresi quelli a bassa gradazione¹¹.

Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, poiché la sicurezza di un prodotto deve essere correlata alle condizioni di uso normale o ragionevolmente prevedibile dello stesso, deve considerarsi pericoloso quel prodotto che appare destinato a una categoria di consumatori che si trovano in condizioni di maggiore rischio nell'utilizzazione del prodotto medesimo¹². In tal senso, proprio con riguardo alle categorie di pro-

⁴ A.G.C.M., PI/2033, 15 aprile 1999, Provv. n. 7097, in *Boll.* 15/99.

⁵ A.G.C.M., PI/4519, 2 dicembre 2004, Provv. n. 13805, in *Boll.* 49/2004.

⁶ A.G.C.M., PS/8151, 12 dicembre 2012, Provv. n. 24116, in *Boll.* 22/2013.

⁷ A.G.C.M., PI/4038, 22 maggio 2003, Provv. n. 12040, in *Boll.* 21/2003 e A.G.C.M., PI/3952, 11 marzo 2003, Provv. n. 11809, in *Giust. civ.*, I, 2004, p. 1118.

⁸ A.G.C.M., PI/4944, 30 novembre 2005, Provv. n. 14968, in *Boll.* 48/05.

⁹ A.G.C.M., PI/2620B, 17 maggio 2001, Provv. n. 9542, in *Boll.* 20/2001.

¹⁰ A.G.C.M., PI/25, 8 gennaio 1993, Provv. n. 883, in *Boll.* 1/93.

¹¹ A.G.C.M., PI/5192, 8 agosto 2006, Provv. n. 15823, in *Boll.* 31-32/2006.

¹² Così Cass. pen., 4 dicembre 2017, n. 6787, in *Cass. pen.*, 1, 2009, p. 336.

dotti appena viste, sussiste una interrelazione logica tra l'esigenza di una disciplina particolare per la relativa comunicazione commerciale e la necessità di una maggiore protezione dei destinatari, spesso considerati nella prassi applicativa come consumatori particolarmente vulnerabili proprio in ragione delle esigenze al cui soddisfacimento il prodotto viene rivolto.

Per esempio, sono stati inclusi tra i consumatori particolarmente vulnerabili coloro che soffrono di obesità o comunque risultano in sovrappeso; da ciò la disciplina specifica dei prodotti agli stessi destinati. L'Autorità antitrust ha manifestato consapevolezza della vulnerabilità psico-fisica di tale categoria di consumatori, in particolare per i prodotti dimagranti e cosmetici¹³: oggetto di stigmatizzazione, come vedremo meglio più avanti, sono quelle pubblicità idonee a indurre il consumatore a credere di poter perdere peso con la sola somministrazione (o utilizzo) del prodotto, quando in realtà sarebbe necessario abbinare un regime alimentare dietetico, o quelle che omettono di indicare i possibili effetti collaterali dell'assunzione¹⁴.

Anche nel settore autodisciplinare si è individuato nel consumatore di cosmetici¹⁵, trattamenti dimagranti¹⁶ e integratori alimentari¹⁷ un soggetto tendenzialmente vulnerabile, sensibile e incline a una certa credulità sugli effetti del prodotto. Il Giuri ha rappresentato i tratti salienti di tale categoria di consumatori, identificandoli come

persone che il modesto livello culturale, l'insicurezza e l'infelicità dipendenti da un'apparenza fisica che si discosta dagli attuali canoni di bellezza impietosamente imposti dalla vita associata, rendono particolarmente vulnerabili¹⁸.

¹³ A.G.C.M., PI/3323, 6 settembre 2001, Prov. n. 9924, in *Boll.* 35-36/2001.

¹⁴ A.G.C.M., PS/4096, 24 novembre 2010, Prov. n. 21827, in *Boll.* 51/2010 e A.G.C.M., PI/3972, 27 marzo 2003, Prov. n. 11854, in *Boll.* 13/2003.

¹⁵ Giuri n. 39/2013 e n. 148/2007.

¹⁶ Comitato n. 83/2018, n. 67/2017, n. 19/2016, n. 29/2014, n. 100/2013, n. 96/2011.

¹⁷ Giuri n. 21/2018 e n. 69/2017; Comitato n. 93/2018 e n. 28/2018.

¹⁸ Giuri n. 6/80, in A. ZANACCHI, *op. cit.*, p. 87.

Da qui, l'opportunità di attuare una maggiore cautela e responsabilità nella pubblicizzazione di prodotti curativi¹⁹.

Anche la promozione del gioco-scommesse spesso si caratterizza per rappresentazioni di vincite facili o comunque ricche di suggestioni; con approccio paternalistico, l'art. 8 della l. 9 agosto 2018, n. 96, di conversione del d.l. 12 luglio 2018, n. 87 (c.d. "decreto dignità"), ha vietato

qualsiasi forma di pubblicità, anche indiretta, relativa a giochi o scommesse con vincite di denaro, comunque effettuata e su qualunque mezzo, incluse le manifestazioni sportive, culturali o artistiche, le trasmissioni televisive o radiofoniche, la stampa quotidiana e periodica, le pubblicazioni in genere, le affissioni e internet²⁰.

Attenzione, non sempre la pericolosità di un prodotto è legata alla particolare vulnerabilità del suo destinatario. Anche la pubblicità di un bene comune quale il mezzo di trasporto (nel caso di specie si trattava di un monopattino elettrico) può essere stigmatizzata ove idonea a indurre a un uso contrario a prudenza e sicurezza²¹; ancora, mentre l'A.G.C.M. ha in alcuni casi escluso che l'enfatizzazione della velocità di un'automobile potesse risultare illecita per la salute, data la notorietà della sua pericolosità²², il Giurì, più severo, ha criticato la tendenza della pubblicità a proporre comportamenti imprudenti, come una guida spericolata²³. È stata invece esclusa la pericolosità delle scene paradossali, inidonee a rappresentare un modello di comportamento realistico per i destinatari²⁴.

Allo stesso modo, non sempre la vulnerabilità del consumatore dipende dalle caratteristiche particolari del prodotto. Si pensi al caso dei

¹⁹ Giurì n. 31/2016.

²⁰ Conseguentemente, è stato eliminato l'art. 28ter cod. aut., dedicato alle scommesse.

²¹ A.G.C.M., PI/4361, 6 maggio 2004, Provv. n. 13172, in *Boll.* 19/2004.

²² A.G.C.M., PI/693, 29 febbraio 1996, Provv. n. 3655, in *Boll.* 9/96 e A.G.C.M., PI/5010, 27 settembre 2006, Provv. n. 16005, in *Boll.* 39/2006.

²³ Giurì n. 162/2002.

²⁴ Giurì n. 236/2001.

minori d'età e in particolare dei bambini, soggetti considerati particolarmente vulnerabili dalla disciplina pubblicitaria.

La medesima attenzione può riscontrarsi nella prassi applicativa, laddove l'Autorità antitrust ha fatto riferimento alla più facile suggestionabilità dei minorenni²⁵, vietando le pubblicità suscettibili di abusare della credulità del minore; allo stesso modo il Giurì ha identificato il minore come soggetto incapace di filtrare cognitivamente i messaggi pubblicitari²⁶ e di leggerne la dimensione parodistica e surreale²⁷. Più precisamente, il giudice dell'autodisciplina ha evidenziato che

nei bambini, l'irrompere della risposta emotiva è grandemente facilitato sia dall'incompletezza e fragilità di meccanismi cognitivi, non ancora del tutto sviluppati, che dall'esiguità del tempo di elaborazione lasciato al soggetto²⁸.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha enucleato un'interpretazione ampia della locuzione pubblicità "suscettibile di raggiungere bambini e adolescenti" (art. 21, comma 4 cod. cons.), includendovi quei messaggi che, sebbene non direttamente rivolti ai minori, comunque possono raggiungerli o a causa della tipologia di prodotto o per il mezzo di comunicazione utilizzato²⁹.

Accanto ai prodotti qualificabili come potenzialmente pericolosi per la salute e la sicurezza, una particolare sensibilità legislativa si registra per i prodotti alimentari in generale, a cui è dedicato un intenso *corpus* di regole, con un'attenzione specifica alla comunicazione commerciale. Lo stesso può dirsi per quanto riguarda i prodotti finanziari, bancari e assicurativi e per la vendita di pacchetti turistici, oggetto di una regolazione settoriale caratterizzata dalla previsione di specifici obblighi di informazione, non privi di riflessi negoziali. In questi casi, all'esigenza di compensare l'asimmetria negoziale si aggiunge l'opportunità di stimolare, nel destinatario del servizio, l'avvedutezza necessaria per pren-

²⁵ A.G.C.M., PI/4363, 20 maggio 2004, Provv. n. 13218, in *Boll.* 21/2004.

²⁶ Giurì n. 25/2017 e n. 157/98.

²⁷ Giurì n. 151/02.

²⁸ Giurì n. 372/98, in A. ZANACCHI, *op. cit.*, p. 159.

²⁹ A.G.C.M., PI/3981, 8 maggio 2003, Provv. n. 11994, in *Boll.* 19/2003.

dere una decisione idonea a incidere considerevolmente sul proprio patrimonio.

6.2. *La pubblicità dei farmaci*

La prima regolazione del settore farmaceutico può rintracciarsi nel Testo unico sulle Leggi sanitarie di cui al r.d. 27 luglio 1934, n. 1265. Sotto il profilo della comunicazione commerciale, la disciplina si caratterizza per l'imposizione di una preventiva, necessaria, licenza del Ministro per l'interno per qualsivoglia pubblicità concernente mezzi per la prevenzione e la cura delle malattie, specialità medicinali, presidi medico-chirurgici, cure fisiche e affini, acque minerali naturali o artificiali; la licenza è rilasciata previo parere di una commissione di esperti nominata dal Ministro e, per la pubblicità radiotelevisiva, della Sezione specialistica del Comitato di controllo dell'autodisciplina pubblicitaria (art. 201)³⁰.

Al Testo unico è seguito il d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 541 – attuativo della direttiva 92/28/CEE sulla pubblicità dei medicinali – successivamente abrogato e sostituito dal d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219, che a sua volta ha trasposto nell'ordinamento interno la direttiva comunitaria 01/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano.

Il decreto del 2006, attuale punto di riferimento normativo in ambito nazionale insieme al reg. CE 726/2004³¹ e al reg. UE 745/2017³², con-

³⁰ In mancanza di tali condizioni, la comunicazione commerciale è vietata e il contravventore è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da € 5.000 a € 30.000.

³¹ Regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario e che istituisce l'Agenzia europea per i medicinali.

³² Regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medici, che modifica la direttiva 01/83/CE, il regolamento (CE) n. 178/2002 e il regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio.

sente la pubblicità³³ esclusivamente per i medicinali da banco e da automedicazione, ossia per i medicinali non soggetti a prescrizione medica³⁴, utilizzabili senza l'intervento di un medico e, al massimo, con l'ausilio del farmacista (art. 115). Per tutti gli altri medicinali e per quelli che contengono sostanze psicotrope o stupefacenti è vietata ogni forma di pubblicità, anche indiretta, e la sponsorizzazione dei programmi da parte di soggetti la cui attività principale consista proprio nella produzione e vendita di tale categorie di prodotti³⁵.

Ciò trova conferma, per la pubblicità audiovisiva, nell'art. 46 t.u. sui servizi di media audiovisivi, che prevede che la sponsorizzazione di servizi di media audiovisivi o di programmi da parte di imprese le cui attività comprendono la produzione o la vendita di medicinali e di cure mediche può riguardare la sola promozione del nome o dell'immagine dell'impresa, ma non può promuovere specifici medicinali, dispositivi medici di cui al regolamento (UE) n. 2017/745 o cure mediche che si possono ottenere esclusivamente su prescrizione medica. Di tali prodot-

³³ Il decreto definisce, all'art. 113, la «pubblicità dei medicinali» come «qualsiasi azione d'informazione, di ricerca della clientela o di esortazione, intesa a promuovere la prescrizione, la fornitura, la vendita o il consumo di medicinali. La disposizione vi include, in particolare: a) la pubblicità dei medicinali presso il pubblico; b) la pubblicità dei medicinali presso persone autorizzate a prescriberli o a dispensarli, compresi gli aspetti seguenti: 1) la visita di informatori scientifici presso persone autorizzate a prescrivere o a fornire medicinali; 2) la fornitura di campioni di medicinali; 3) l'incitamento a prescrivere o a fornire medicinali mediante la concessione, l'offerta o la promessa di vantaggi pecuniari o in natura, a eccezione di oggetti di valore intrinseco trascurabile; 4) il patrocinio di riunioni promozionali cui assistono persone autorizzate a prescrivere o a fornire medicinali; 5) il patrocinio dei congressi scientifici cui partecipano persone autorizzate a prescrivere o a fornire medicinali, in particolare il pagamento delle spese di viaggio e di soggiorno di queste ultime in tale occasione».

³⁴ Ciò è stato ribadito da Cons. St., sez. III, 12 maggio 2017, n. 2217, in *Dir. e giust.*, 85, 2017, p. 1, con nota di M. Bombi, *Pubblicità dei farmaci, autorizzazione ministeriale e diritto comunitario*.

³⁵ Il divieto di pubblicità previsto dalla legge nazionale deve essere applicato indiscriminatamente alle merci prodotte nel territorio e a quelle importate e non deve tradursi in una misura ad effetto equivalente, vietata dagli artt. 28 e 29 del TFUE. Ciò è stato affermato, proprio con riguardo all'applicazione di divieti di pubblicità sui farmaci, dalla CGUE, 10 novembre 1994, C-320/94, *Lucien Ortscheit GmbH e Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH*, in *European Court Reports*, 1994, p. I-5243.

ti è inoltre espressamente vietato l'inserimento nei programmi audiovisivi (*product placement*), ammesso invece, come ogni pubblicità, per i medicinali da banco (art. 48, co. 1, lett. b) t.u. servizi di media audiovisivi).

L'art. 115, ult. co., d.lgs. 219/2006 vieta, nelle pubblicazioni a stampa, nelle trasmissioni radio-televisive e nei messaggi non a carattere pubblicitario comunque diffusi al pubblico, di mostrare in immagini un medicinale o la sua denominazione «in un contesto che può favorire il consumo del prodotto».

L'Autorità antitrust ha vietato la pubblicità *online* di determinati farmaci etici idonea a indurre il consumatore medio a ritenere, contrariamente al vero, legittimo l'acquisto di farmaci *online*, senza l'intermediazione di un farmacista e la prescrizione medica³⁶. Sulla pubblicità *online* è intervenuta recentemente anche la Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha stabilito che uno Stato membro di destinazione di un servizio *online* per la vendita di medicinali non soggetti a prescrizione medica non può vietare alle farmacie stabilite in altri Stati membri che vendono tali medicinali di avvalersi di annunci a pagamento sui motori di ricerca e sui siti web di confronto dei prezzi; tuttavia, lo Stato membro di destinazione può, a determinate condizioni, limitare la pubblicità, vietare l'offerta promozionale di medicinali e richiedere l'inserimento di un questionario sanitario nel processo di ordinazione di farmaci sul *Web*³⁷: in questo modo, la Corte ha sostanzialmente affermato la generale legittimità della pubblicità *online* dei prodotti farmaceutici non soggetti a prescrizione, ammettendo che uno Stato possa porvi limiti normativi solo ove intesi e necessari a evitare l'uso eccessivo o inappropriato di tali prodotti, ma senza poterli estendere ai prodotti diversi dai medicinali.

Per i medicinali non soggetti a prescrizione medica, in ogni caso, si prevede che l'autorizzazione preventiva della loro promozione debba essere indicata nella stessa pubblicità, salvo che questa contenga la sola denominazione del medicinale o riproduca senza modificazioni il foglio

³⁶ A.G.C.M., PS/9059, 18 settembre 2013, Provv. n. 24525, in *Boll.* 39/2013.

³⁷ CGUE, 1° ottobre 2020, C-649/2018, *A c. Daniel B e a.*, ECLI:EU:C:2020:764.

illustrativo e l'imballaggio del prodotto (art. 118 d.lgs. 219/2006)³⁸. L'obbligo di riferire gli estremi per l'autorizzazione è escluso per i messaggi diffusi per via radiofonica.

La pubblicità non può essere ingannevole e deve favorire l'uso razionale del medicinale, presentandolo in modo obiettivo e senza esagerarne le proprietà (art. 114). Ne consegue l'illegittimità di una pubblicità totalmente carente delle informazioni sul corretto uso del farmaco commercializzato³⁹.

In ragione della potenziale pericolosità di un'assunzione incontrollata di tali prodotti, il legislatore ha introdotto molteplici condizioni al contenuto della pubblicità. È necessario, infatti, che la stessa: renda evidente la natura pubblicitaria del messaggio; identifichi il prodotto come medicinale; comprenda almeno la denominazione del medicinale e la denominazione comune della sostanza attiva (salvo che il medicinale sia costituito da più sostanze attive), nonché le informazioni indispensabili per un uso corretto del medicinale; inviti in modo chiaro ed esplicito a leggere le avvertenze figuranti, a seconda dei casi, nel foglio illustrativo o sull'imballaggio esterno; non faccia apparire superflui la consultazione del medico e l'intervento chirurgico; non induca a ritenere l'efficacia del medicinale priva di effetti secondari o superiore o pari a un altro trattamento o a un altro medicinale; non induca a ritenere che il medicinale possa migliorare il normale stato di buona salute del sog-

³⁸ L'autorizzazione non è obbligatoria nemmeno per le fotografie o rappresentazioni grafiche dell'imballaggio esterno o del confezionamento primario dei medicinali, apposte sui siti Internet autorizzati ai sensi dell'articolo 112-*quater* e sui cartelli dei prezzi di vendita al pubblico e degli eventuali sconti praticati esposti da coloro che svolgono attività di fornitura al pubblico, limitatamente ai farmaci di cui all'articolo 5 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248 (art. 118, co. 1).

³⁹ In ragione di ciò, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto legittima la nota con cui il Dipartimento valutazione farmaci del Ministero della salute aveva respinto l'istanza per l'autorizzazione alla pubblicità sanitaria di una specialità medicinale – nella specie, un farmaco di automedicazione con effetto lassativo – sulla stampa quotidiana e periodica, non rispettando, i relativi messaggi, le linee guida sui lassativi fissate dall'art. 4, d.m. 16 aprile 1998, a causa della totale carenza di informazioni sul corretto uso del farmaco e del contrasto con le norme di cui al d.lgs. 541/1992. Cfr. TAR Roma, sez. III, 10 luglio 2002, n. 6254, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 2527.

getto; non induca a ritenere che il mancato uso del medicinale possa avere effetti pregiudizievoli sul normale stato di buona salute del soggetto⁴⁰; non si rivolga esclusivamente o prevalentemente ai bambini; non comprenda una raccomandazione di scienziati, di operatori sanitari o di persone largamente note al pubblico; non assimili il medicinale a un prodotto alimentare, a un prodotto cosmetico o a un altro prodotto di consumo; non induca a ritenere che la sicurezza o l'efficacia del medicinale sia dovuta al fatto che si tratta di una sostanza «naturale»; non induca a una errata autodiagnosi; non faccia riferimento in modo improprio, impressionante o ingannevole ad attestazioni di guarigione (artt. 116 e 117 d.lgs. 219/2006).

L'art. 25 cod. aut. introduce una disciplina analoga a quella appena vista, stabilendo altresì il principio per cui la pubblicità dei medicinali e trattamenti curativi deve tener conto della particolare importanza della materia e deve essere realizzata col massimo senso di responsabilità, in conformità alla scheda tecnica riassuntiva delle caratteristiche del prodotto.

Agli stessi criteri è informata la pubblicità dei prodotti medicinali per uso veterinario, contenuta nel d.m. del 14 giugno 2002, il cui art. 4 ha inoltre ispirato l'emanazione del “regolamento sulla pubblicità dei medicinali per uso veterinario”, integrativo del codice di autodisciplina.

Quanto alla prassi applicativa in materia, è bene evidenziare che tanto l'Autorità antitrust quanto il Giurì hanno manifestato un certo rigore di giudizio sulle pubblicità dei prodotti medicinali. Molto spesso, infatti, il divieto di rappresentare in modo superfluo gli effetti collaterali o la necessaria consultazione del medico viene aggirato attraverso tecniche che, in sostanza, svuotano di efficacia le controindicazioni. Oltre che potenzialmente dannosa per la salute, l'indicazione fuorviante dei rischi è stata stigmatizzata in ragione della frequente condizione di disagio psicologico dei consumatori di particolari prodotti farmaceutici⁴¹.

L'utilizzo di toni enfatici e suggestivi, accompagnato dalla superficialità delle controindicazioni, ha indotto il Giurì a ritenere violato l'art. 25 cod. aut., che impone alla comunicazione commerciale di evi-

⁴⁰ Tale divieto non si applica alle campagne di vaccinazione di cui all'articolo 115, comma 2.

⁴¹ A.G.C.M., PS/8151, 12 dicembre 2012, Provv. n. 24116, in *Boll.* 22/2013.

denziare la necessità di opportune cautele in maniera chiara ed esplicita⁴². Sono stati ritenuti illegittimi anche i messaggi ambigui e privi di informazioni sulla natura del metodo curativo applicato⁴³, o sui rischi e probabilità di successo⁴⁴. Inoltre, deve considerarsi ingannevole la pubblicità che suggerisca, contrariamente al vero, l' idoneità del farmaco a produrre effetti curativi non posseduti⁴⁵; o il messaggio che non indichi la necessità che il prodotto medicinale sia assunto sotto controllo medico⁴⁶.

6.3. *La comunicazione commerciale relativa ai prodotti cosmetici*

I prodotti cosmetici sono soggetti a una disciplina specifica, oggi contenuta nel reg. UE n. 1223/2009, il quale indica le norme da rispettare al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno e un livello elevato di tutela della salute umana (art. 1). La collocazione in questa sede si giustifica in ragione delle analogie (e al contempo delle differenze) con i prodotti medicinali, tant'è che una delle questioni principali della pubblicità dei cosmetici risiede proprio nella tendenza, giuridicamente stigmatizzata, ad attribuire a questi ultimi proprietà curative non possedute.

⁴² Giurì n. 52/2010, n. 117/90 e n. 23/80.

⁴³ Giurì n. 31/2016 e n. 73/93.

⁴⁴ Giurì n. 118/93 e n. 65/84.

⁴⁵ Nel caso di specie, si trattava di una pubblicità di un farmaco presentato come idoneo a produrre effetti virucidi contro il Covid-19, ritenuta ingannevole ai sensi degli artt. 21, co. 1, lett. *b*) e 23, co. 1, lett. *s*), del codice del consumo. L'Antitrust ha considerato siffatti *claim*, unitamente alle allarmanti diciture a loro corredo ("Mortalità 40%" "milioni di persone isolate", "un portatore di virus infetta 1,4-2,5 persone"), particolarmente insidiosi in un momento di emergenza sanitaria, dato l'allarme per il costante aumento del numero dei contagiati e per il rischio di mortalità conseguente alla contrazione del virus, così condizionando indebitamente il consumatore anche ai sensi dell'art. 25, co. 1, lett. *c*), cod. cons. Così A.G.C.M., PS/11723, 13 ottobre 2020, Provv. n. 28389, in *Boll.* 43/2020.

⁴⁶ Giurì n. 38/2014 e n. 307/96.

Occorre partire dalla definizione di “prodotto cosmetico”, contenuta all’art. 2, lett. *a*), del reg. 1223/2009, secondo cui è tale

qualsiasi sostanza o miscela destinata a essere applicata sulle superfici esterne del corpo umano (epidermide, sistema pilifero e capelli, unghie, labbra, organi genitali esterni) oppure sui denti e sulle mucose della bocca allo scopo esclusivamente o prevalentemente di pulirli, profumarli, modificarne l’aspetto, proteggerli, mantenerli in buono stato o correggere gli odori corporei.

In sintesi, è prodotto cosmetico quello destinato esclusivamente alla cura estetica del corpo.

Il regolamento prevede che possano essere immessi sul mercato soltanto i prodotti cosmetici per i quali una persona fisica o giuridica è stata designata come «persona responsabile» all’interno dell’Unione europea, che si assume l’obbligo di garantire, per ciascun prodotto, il rispetto delle disposizioni normative: mentre per i prodotti cosmetici fabbricati nell’Unione, il fabbricante ivi stabilito è la persona responsabile, per quelli importati è tale il soggetto importatore (art. 4).

La principale disposizione in materia di comunicazione commerciale consiste nel divieto, in sede di etichettatura, di messa a disposizione sul mercato e di pubblicità dei prodotti cosmetici di impiegare «diciture, denominazioni, marchi, immagini o altri segni, figurativi o meno, che attribuiscono ai prodotti stessi caratteristiche o funzioni che non possiedono» (art. 20 reg. 1223/2009)⁴⁷; la regola ha trovato una propria specificazione nel regolamento (UE) n. 655/2013 della Commissione europea, dedicato a introdurre criteri comuni per la giustificazione delle

⁴⁷ La disposizione, all’ultimo comma, prevede specificamente che è possibile indicare sulla confezione del prodotto o su qualsiasi documento, foglio di istruzioni, etichetta, fascetta o cartellino che accompagna o si riferisce a tale prodotto cosmetico, che quest’ultimo è stato sviluppato senza fare ricorso alla sperimentazione animale, solo a condizione che il fabbricante e i suoi fornitori non abbiano effettuato o commissionato sperimentazioni animali sul prodotto cosmetico finito, sul suo prototipo, né su alcun suo ingrediente e che non abbiano usato ingredienti sottoposti da terzi a sperimentazioni animali al fine di ottenere nuovi prodotti cosmetici.

dichiarazioni utilizzate nelle comunicazioni commerciali riguardanti tali prodotti⁴⁸.

Riconoscendo ai prodotti cosmetici un ruolo rilevante nella vita degli utilizzatori finali, il regolamento evidenzia l'importanza che le informazioni fornite nella comunicazione commerciale «siano utili, comprensibili e affidabili, e consentano loro di prendere decisioni informate e di scegliere i prodotti più adatti alle proprie esigenze e aspettative» (considerando 1). In ragione di ciò, il legislatore europeo suggerisce l'opportunità di stabilire criteri comuni a livello dell'Unione per giustificare l'utilizzo di una dichiarazione relativa a un prodotto cosmetico, pur senza spingersi fino a specificare le relative diciture (considerando 3 e 7).

La disciplina si applica alle dichiarazioni sotto forma di testi, denominazioni, marchi, immagini o altri segni, figurativi o meno, che attribuiscono esplicitamente o implicitamente caratteristiche o funzioni ai prodotti cosmetici in sede di etichettatura, di messa a disposizione sul mercato e di pubblicità; essa regola in sostanza tutte le dichiarazioni, indipendentemente dal mezzo o tipo di strumento di commercializzazione utilizzato, dalle funzioni attribuite al prodotto e dal pubblico destinatario (art. 1).

I messaggi commerciali relativi ai prodotti cosmetici devono rispettare il ricco elenco di condizioni giuridiche dettato dall'All. I del regolamento, che riconosce centralità al modo in cui il prodotto viene percepito dal consumatore medio, tenendo conto dei fattori sociali, culturali e linguistici del mercato in questione. Il legislatore vieta espressamente le dichiarazioni che indicano che il prodotto è stato autorizzato o approvato da un'autorità competente all'interno dell'Unione, nonché quelle che suscitano l'impressione che un prodotto abbia uno specifico beneficio, se tale beneficio consiste nel semplice rispetto dei requisiti minimi di legge, o se prodotti simili possiedono le stesse caratteristiche; ancora, se si dichiara che un prodotto contiene uno specifico ingrediente, tale ingrediente deve essere effettivamente presente, mentre le dichiarazioni che fanno riferimento alle proprietà di uno specifico ingre-

⁴⁸ Il regolamento ha sostituito la precedente dir. 76/768/CE, attuata nell'ordinamento interno dalla l. 11 ottobre 1986, n. 713, poi abrogata dall'art. 19, co. 1, del d.lgs. 4 dicembre 2015, n. 204.

diente non possono attribuire le stesse proprietà al prodotto finito se questo non le possiede.

Se l'azione di un prodotto è legata a condizioni specifiche, come l'utilizzo in combinazione con altri prodotti, ciò va indicato chiaramente nel messaggio commerciale.

Un'attenzione particolare è rivolta al supporto probatorio del *claim*, per cui è vietato suscitare l'impressione, contraria al vero, che i pareri espressi siano dichiarazioni verificate. Dunque, le dichiarazioni relative ai prodotti cosmetici, sia esplicite che implicite, devono essere sostenute da prove adeguate e verificabili, comprese eventualmente le valutazioni di esperti, purché tengano conto di prassi all'avanguardia⁴⁹.

Sulla stessa scia del legislatore si pone il sistema autodisciplinare. L'art. 23 cod. aut. prevede che

la comunicazione commerciale relativa ai prodotti cosmetici e per l'igiene personale non deve indurre a ritenere che essi abbiano caratteristiche, proprietà e funzioni diverse da quella di essere applicati sulle superfici esterne del corpo umano, sui denti e sulle mucose della bocca, allo scopo esclusivo o prevalente di pulirli, profumarli, modificarne l'aspetto, proteggerli, mantenerli in buono stato e correggere gli odori corporei. Tale comunicazione commerciale, quindi, pur potendo presentare detti prodotti come aventi caratteristiche sussidiarie per la prevenzione di particolari situazioni patologiche, purché a tale scopo abbiano formule e ingredienti specifici, non deve indurre il consumatore a confondere i prodotti cosmetici o per l'igiene personale con i medicinali, con i presidi medico-chirurgici, con i dispositivi medici e coi trattamenti curativi.

L'articolo 24, analogamente, dispone che la comunicazione relativa ai trattamenti fisici ed estetici

non deve indurre a ritenere che tali trattamenti abbiano funzioni terapeutiche o restitutive, ovvero abbiano la capacità di produrre risultati

⁴⁹ Nel caso di violazione delle disposizioni sulla comunicazione commerciale relativa ai prodotti cosmetici, il d.lgs. 4 dicembre 2015, n. 204, all'art. 13, prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da € 500 a € 4.000; la sanzione può arrivare fino a € 5.000 nel caso in cui la condotta consista nell'impiegare diciture, denominazioni, marchi, immagini o altri segni figurativi che attribuiscono ai prodotti stessi caratteristiche o funzioni che non possiedono.

radicali, e deve evitare richiami a raccomandazioni o attestazioni di tipo medico.

Quanto alla prassi applicativa, le autorità giudicanti hanno considerato ingannevoli quei messaggi pubblicitari che attribuiscono ai prodotti cosmetici proprietà terapeutiche o mediche; la condotta risulta particolarmente osteggiata dal legislatore, che ha vietato, quale pratica commerciale in ogni caso ingannevole, l'affermare, contrariamente al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni (art. 23, lett. s), cod. cons.).

Si tratta di una pratica diffusa nel settore, tant'è che proprio grazie alla prassi degli operatori le autorità hanno individuato, nel tempo, i termini con valenza "terapeutica" indebitamente utilizzati nelle pubblicità (tra cui "vasocostrittore", "dimagrante", "esfoliante")⁵⁰. Significativa, al riguardo, risulta la recente decisione del Giuri di autodisciplina che ha giudicato denigratorio e in contrasto con l'art. 14 cod. aut. il messaggio di una crema antirughe in cui il *testimonial* affermava di non avere mai creduto nelle promesse delle creme fino all'utilizzo del prodotto reclamizzato, così sottintendendo la massiccia presenza di affermazioni false nella pubblicità dei cosmetici⁵¹.

Tra i numerosi casi della giurisprudenza nazionale, il TAR Roma ha considerato pratica commerciale scorretta – in contrasto con gli artt. 20, 21, 22 e 27 d.lgs. 206/2005 e con l'art. 2 reg. 1223/2009/CE, in relazione all'Allegato I, punto 3, reg. CE 355/2013 – la diffusione di messaggi pubblicitari che attribuiscono a una linea di dentifrici proprietà sbiancanti risolutive anche sulle macchie intrinseche, lasciando intendere al consumatore che gli effetti siano paragonabili a quelli degli interventi professionali⁵²; più in generale la pubblicità di un prodotto cosmetico è da ritenersi ingannevole qualora il messaggio enfatizzi elementi dell'offerta di particolare capacità persuasiva e, al contempo, ometta o renda difficoltosa l'individuazione di altri elementi essenziali, determinando in capo al consumatore una percezione equivoca e non immediata del-

⁵⁰ Le espressioni sono state raccolte nella ormai risalente circolare del Ministro della sanità n. 66 dell'11 agosto del 1980 e più volte riviste nel tempo.

⁵¹ Giuri n. 49/2020.

⁵² TAR Roma, sez. I, 16 luglio 2019, n. 9401, in *Rass. dir. farm.*, 1, 2020, p. 125.

l'efficacia del prodotto e inducendolo a ritenere che lo stesso possieda capacità curative⁵³.

Rimangono legittime, invece, le diciture riferibili a caratteristiche (per esempio la biodegradabilità o il carattere naturale) comprovate dai dati contenuti nelle etichette e nelle descrizioni dei prodotti, come pure le *claims* contenenti espressioni genericamente iperboliche, inidonee a ingannare il consumatore⁵⁴.

L'Autorità antitrust ha stigmatizzato, in quanto ingannevoli, comunicazioni commerciali consistenti: nell'attribuzione a una linea di cosmetici anti-rughe per viso e labbra, attraverso testi e immagini evocative, di caratteri idonei a indurre i consumatori a creare confusione tra detti cosmetici e i trattamenti di medicina estetica, a fronte di studi clinici prodotti dall'inserzionista inidonei a supportare gli effetti vantati nella misura pubblicizzata⁵⁵; nella promessa, contraria al vero, del raggiungimento di risultati radicali e definitivi in termini di dimagrimento, senza la necessità di ricorrere a trattamenti dietetici né a programmi di attività fisica⁵⁶; nell'affermazione di determinati effetti del prodotto sul corpo, supportati da sperimentazioni i cui risultati nel loro complesso mostrano elevate oscillazioni dei dati parametrici, dunque inutilizzabili come base scientifica⁵⁷.

L'A.G.C.M. ha, inoltre, precisato come l'indicazione esclusiva del massimo risultato raggiunto in alcune specifiche situazioni può risultare ingannevole in quanto darebbe al consumatore un'immagine fuorviante dell'efficacia ordinaria del prodotto, soprattutto se accompagnata da *claim* prestazionali di particolare impatto suggestivo⁵⁸.

⁵³ Nel caso di specie è stato ritenuto ingannevole il messaggio pubblicitario che, con l'utilizzo di dati scientifici e statistici, esaltava inesistenti proprietà terapeutiche del prodotto di prevenzione della caduta e rafforzamento delle radici dei capelli. Cfr. TAR Roma, sez. I, 8 marzo 2013, n. 2481, in *Rass. dir. farm.*, 5, 2014, p. 1107.

⁵⁴ TAR, Roma, sez. I, 4 marzo 2019, n. 2803, in *Rass. dir. farm.*, 3, 2019, p. 650.

⁵⁵ A.G.C.M., PS/9155, 19 giugno 2014, Provv. n. 24988, in *Rass. dir. farm.*, 5, 2014, p. 1225. Su un caso analogo, cfr. A.G.C.M., PS/8884, 27 febbraio 2014, Provv. n. 24824, in *Rass. dir. farm.*, 4, 2014, p. 949.

⁵⁶ A.G.C.M., PI/3626, 8 agosto 2002, Provv. n. 11097, in *Boll.* 32/2002.

⁵⁷ A.G.C.M., PS/4177, 9 giugno 2010, Provv. n. 21211, in *Rass. dir. farm.*, 4, 2010, p. 894.

⁵⁸ A.G.C.M., PS/4177, 9 giugno 2010, Provv. n. 21211, in *Boll.* 23/2010.

Quanto al contesto autodisciplinare, il Giurì ha ribadito che le affermazioni sugli effetti dei prodotti cosmetici e sui trattamenti fisici ed estetici rimangono legittime finché trovino riscontro in dati oggettivi⁵⁹; per esempio, l'uso del claim "senza allergeni" è stato ritenuto lecito nel caso in cui questi siano inferiori allo 0,01% all'interno del prodotto⁶⁰. Il Giurì ha giudicato severamente l'utilizzo di messaggi idonei a convincere degli effetti immediati, in termini di dimagrimento, per prodotti relativi alla cellulite o per altri trattamenti dimagranti, che in realtà implicavano anche degli sforzi fisici⁶¹, o comunque dipendevano dall'inevitabile variabilità della risposta individuale⁶².

Allo stesso modo, sono state considerate scorrette le pubblicità contenenti promesse di risultati radicali e restitutivi in ragione del semplice uso del prodotto. A titolo di esempio, sono stati censurati: l'attribuzione di una proprietà dimagrante a una crema per il corpo⁶³; un *claim* riferito a una linea di cosmetici per i capelli delle donne che vantava la crescita dei capelli "2 volte più velocemente", in realtà smentita dagli stessi dati forniti dall'inserzionista⁶⁴; l'affermazione della proprietà di una crema di risolvere le rughe, accompagnata dall'immagine di un medico⁶⁵; l'affermazione, contraria al vero, della capacità di un dentifricio di bloccare la placca⁶⁶, o della idoneità di una lozione a interrompere definitivamente la caduta dei capelli⁶⁷; l'uso dell'espressione "raccomandato" da medici specialistici per uno shampoo non equiparabile ai trattamenti medici sulla cute⁶⁸; espressioni quali "cosmetici speciali per farmacia"⁶⁹ o altri richiami al contesto farmaceutico idonei a indurre il consumatore ad attribuire al prodotto natura terapeutica⁷⁰.

⁵⁹ *Ex multis*, cfr. Giurì n. 72/2016, n. 134/88 e n. 27/86.

⁶⁰ Giurì n. 52/2016.

⁶¹ Giurì n. 91/2002 e n. 212/2001.

⁶² Comitato n. 91/2018.

⁶³ Comitato n. 20/2017.

⁶⁴ Giurì n. 74/2015.

⁶⁵ Giurì n. 6/2012 e n. 32/2007.

⁶⁶ Giurì n. 103/94.

⁶⁷ Giurì n. 6/85.

⁶⁸ Giurì n. 47/2014.

⁶⁹ Giurì n. 19/85.

⁷⁰ Giurì n. 16/2013.

L'attribuzione di una valenza terapeutica può avvenire anche senza un'espressa dichiarazione, mediante la raffigurazione pubblicitaria di un medico la cui persona viene collegata al prodotto⁷¹. Il Giurì ha precisato che, la circostanza per cui l'art. 23 del codice – a differenza degli artt. 23-*bis* e 24 relativi agli integratori alimentari e ai trattamenti estetici – non preveda che la comunicazione commerciale dei cosmetici debba evitare richiami e raccomandazioni o attestazioni di tipo medico, non costituisce una lacuna normativa frutto di una svista, ma una scelta consapevole e coerente con la disciplina nazionale e comunitaria in materia di cosmetici; di talché deve ritenersi legittimo l'utilizzo del *claim* consigliato da un medico nella presentazione di una linea di cosmetici, sempre che trovi riscontro in dati scientifici⁷².

È stato inoltre considerato ingannevole l'utilizzo di *claim* idonei a convincere che il prodotto possieda certe caratteristiche uniche (nel caso di specie l'essere frutto di agricoltura biologica certificata), laddove invece tali caratteristiche rappresentano requisiti minimi di legge per poter sostenere la presenza di determinate proprietà (in questo caso il "bio"), quindi fattore comune a tutti i prodotti analoghi⁷³.

6.4. La pubblicità dei prodotti alimentari

Il settore alimentare è materia di grande interesse per il tema della comunicazione commerciale. L'alimento rappresenta una delle prime categorie merceologiche che hanno sollecitato attenzione regolativa per l'impiego della pubblicità⁷⁴, circostanza che si spiega considerando la

⁷¹ Giurì n. 63/93. Ai fini dell'applicazione del principio, secondo l'organo di auto-disciplina è sufficiente conferire al prodotto un'aura di "medicalità" che non gli è propria (Giurì n. 72/2015 e n. 81/2002).

⁷² Giurì n. 16/2018.

⁷³ Giurì n. 94/2017.

⁷⁴ Sul tema della comunicazione commerciale nel mercato agro-alimentare, in prima approssimazione: S. BOLOGNINI, *La disciplina della comunicazione business to consumer nel mercato agro-alimentare europeo*, Torino, 2012; P. BORGHI, I. CANFORA, A. DI LAURO, L. RUSSO (a cura di), *Trattato di diritto agroalimentare italiano e dell'Unione europea*, Milano, 2021, p. 293 ss.; M. FERRARI, U. IZZO, *Diritto alimentare comparato. Regole del cibo e ruolo della tecnologia*, Bologna, 2012, p. 27 ss.; A. GER-

fondamentale importanza del genere alimentare e la sua connessione con la salute degli individui, da cui la necessità di un sistema di protezione del consumatore basato su una corretta informazione⁷⁵.

Numerosissime sono le disposizioni di natura amministrativa che si sono susseguite nel corso del tempo, e quelle tutt'ora vigenti per la regolazione del settore. In ordine cronologico, occorre partire dal r.d.l. 15 ottobre 1925, n. 2033, che all'art. 51 (rubricato "repressioni delle frodi nella preparazione e nel commercio delle sostanze agrarie e dei prodotti agrari") vieta l'offerta in vendita di prodotti agricoli attraverso l'adozione di «nomi impropri non rispondenti alla natura della merce o tali da sorprendere la buona fede o da indurre in errore gli acquirenti circa la natura della merce stessa»⁷⁶. È interessante notare la portata precorritrice dell'espressione normativa, se si considera che l'induzione in errore è divenuta la formula tipicamente adottata dal legislatore quando intende stigmatizzare un comportamento imprenditoriale scorretto consistente in una comunicazione.

Proseguendo, l'art. 13 l. 30 aprile 1962, n. 283, in materia di "disciplina igienica della produzione e della vendita di sostanze alimentari e delle bevande", analogamente alla disposizione di cui sopra, vieta di

offrire in vendita o propagandare a mezzo della stampa o in qualsiasi altro modo, sostanze alimentari, adottando denominazioni o nomi impropri, frasi pubblicitarie, marchi o attestati di qualità o genuinità da chiunque rilasciati, nonché disegni illustrativi tali da sorprendere la buona fede o da indurre in errore gli acquirenti circa la natura, sostanza, quali-

MANÒ, E. ROOK BASILE, M.P. RAGIONIERI, *Diritto agroalimentare. Le regole del mercato degli alimenti e dell'informazione alimentare*, Torino, 2020, p. 65 ss.; A. JANNARELLI, *La fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori nel nuovo reg. n. 1169/2011 tra l'onnicomprendività dell'approccio e l'articolazione delle tecniche performative*, in *Riv. dir. agr.*, I, 2012, p. 38; P. LATTANZI, *La futura disciplina delle informazioni alimentari (Prima parte)*, in *Agr. ist. merc.*, 3, 2008, p. 50; D. MAURIZI, *Etichettatura degli alimenti e informazioni ai consumatori. Commento tecnico e pratico al reg. UE 1169/2011 e alla normativa verticale di settore*, Roma, 2015.

⁷⁵ L. COSTATO, P. BORGHI, S. RIZZIOLI, V. PAGANIZZA, L. SALVI, *Compendio di diritto alimentare*, Padova, 2019, p. 173.

⁷⁶ Nel caso di violazione della disposizione si prevede, oggi, una sanzione amministrativa pecuniaria da € 646 a € 6.456.

tà o le proprietà nutritive delle sostanze alimentari stesse o vantando particolari azioni medicamentose⁷⁷.

Nel contesto europeo, il primo dei provvedimenti normativi generali adottati in materia alimentare è la dir. 79/112/CEE sull'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari. Come previsto al considerando 1, la direttiva mirava a eliminare le barriere alla libera concorrenza derivanti dalle differenti normative nazionali, ostacolo a una competizione leale e paritaria. La protezione del consumatore era solo uno strumento, o anche un effetto, della tutela della concorrenza.

Nonostante il *nomen* tendenzialmente ampio, il provvedimento normativo si è essenzialmente concentrato sulla sola etichettatura, mentre della pubblicità non ha dato nemmeno una definizione. Alla normativa del '79 sono seguite le disposizioni introdotte dalle direttive 89/395/CEE e 89/396/CEE, attuate in Italia con il d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 109, il cui articolo 2 vietava la pubblicità idonea a indurre il consumatore in errore sulle qualità e gli effetti dei prodotti alimentari, o sulla loro unicità rispetto ai prodotti concorrenti; a queste si è affiancata, con l'intento di procedere a una codificazione della materia, la dir. 00/13/CE.

Un passo decisivo in materia di informazioni commerciali sugli alimenti è stato compiuto con il regolamento (UE) n. 1169 del 25 ottobre 2011 "relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori", che ha messo ordine al *corpus* di regole in materia di etichettatura di prodotti alimentari⁷⁸, fino a quel momento suddiviso tra sei direttive⁷⁹ e un regolamento⁸⁰. Il regolamento rappresenta l'attuale punto di

⁷⁷ Anche in questo caso, la violazione determina l'applicazione di una sanzione pecuniaria, nella misura che va da € 309 a € 7.746.

⁷⁸ Così S. BOLOGNINI, *op. cit.*, p. 42.

⁷⁹ Le direttive abrogate e sostituite sono: la dir. 87/250/CEE della Commissione del 15 aprile 1987, in materia di indicazione del titolo alcolometrico volumico nell'etichettatura di bevande alcoliche destinate al consumatore finale; la dir. 90/496/CEE del Consiglio del 24 settembre 1990, relativa all'etichettatura dei prodotti alimentari; la dir. 90/10/CE della Commissione dell'8 marzo 1999 con specifiche disposizioni in deroga all'art. 7 della dir. 79/112/CEE sull'etichettatura dei prodotti alimentari; la dir. 00/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 marzo 2000, in materia di etichettatura e di presentazione di prodotti alimentari e della relativa pubblicità; la dir. 22/67/CE della Commissione del 18 luglio 2002, relativa all'etichettatura dei generi

riferimento normativo in materia di comunicazione commerciale agro-alimentare; accanto a questo, un ruolo di primo piano va riconosciuto al reg. CE n. 178/2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione del settore, prima realizzazione del progetto di sistematizzazione della normativa alimentare auspicato dal Libro Bianco sulla sicurezza alimentare del 2000⁸¹.

Il regolamento del 2011 – nell’ottica di realizzare un giusto equilibrio fra la necessità di tutelare i consumatori e l’esigenza di non gravare troppo sulle imprese del settore⁸² – si presenta quale strumento di crescita economica, rispetto alla quale appare determinante un clima di fiducia verso la corretta e uniforme comunicazione delle informazioni sugli alimenti⁸³. Accanto alla diretta protezione dei consumatori, la fornitura di informazioni assurge – come d’altronde tutti i provvedimenti normativi europei richiamati sopra – a strumento per la realizzazione della libera circolazione degli alimenti all’interno del mercato unico europeo (art. 3, par. 1 e 2, reg. 1169/2011).

Il considerando 5 contiene un rinvio alla normativa in materia di pratiche commerciali scorrette, auspicando che i principi ivi contenuti siano integrati da norme specifiche sulle informazioni alimentari; la direttiva 05/29/CE deve considerarsi, rispetto al regolamento, *lex generalis*,

alimentari contenenti chinino e dei prodotti alimentari contenenti caffeina; la dir. 08/4/CE della Commissione del 30 gennaio 2008, in materia di specificazione nell’etichetta di alcuni prodotti alimentari di altre indicazioni obbligatorie oltre a quelle stabilite dalla dir. 00/13/CE.

⁸⁰ Si tratta del reg. CE n. 608/2004 della Commissione del 31 marzo 2004, in materia di etichettatura di prodotti e ingredienti alimentari addizionati di fitosteroli, esteri di fitosterolo, fitostanoli e/o esteri di fitostanolo.

⁸¹ COM (1999) 719 def, Ciò trova conferma nell’art. 1 del regolamento, secondo cui lo stesso «reca i principi generali da applicare nella Comunità e a livello nazionale in materia di alimenti e mangimi in generale, e di sicurezza degli alimenti e dei mangimi in particolare».

⁸² S. BOLOGNINI, *op. cit.*, p. 95. In tema, anche V. MAGLIO, *Il nuovo regolamento sull’informazione al consumatore relativa ai prodotti alimentari*, in *Contr. impr./Eur.*, 2011, p. 743 ss.

⁸³ Ciò trova conferma nell’Introduzione al documento riguardante la consultazione «Etichettatura: competitività, informazione dei consumatori e miglioramento della regolamentazione comunitaria», avviata dalla Commissione nel 2006.

applicabile solo quando non vi siano disposizioni specifiche in materia di alimenti (cfr. considerando 10 e art. 3, par. 4, dir. 05/29)⁸⁴.

Il regolamento ha segnato, sotto diversi profili, un cambiamento di paradigma della legislazione unionale in materia alimentare⁸⁵: da un lato, infatti, il legislatore ha demandato a un regolamento, e non a una direttiva, la regolazione delle informazioni sugli alimenti, confermando l'approccio adottato dal reg. 178/2002; dall'altro, rispetto al d.lgs. 109/1992 e alla dir. 00/13/CE, concentrati sull'etichettatura degli alimenti e sulla loro presentazione, il regolamento 1169/2011 si applica a ogni informazione fornita ai consumatori da qualsiasi operatore del settore alimentare⁸⁶. Occorre riferirsi alla definizione contenuta all'art. 2, par. 2, lett. a), del regolamento, secondo cui le informazioni sugli alimenti sono quelle

concernenti un alimento e messe a disposizione del consumatore finale mediante un'etichetta, altri materiali di accompagnamento o qualunque altro mezzo, compresi gli strumenti della tecnologia moderna o la comunicazione verbale.

Una definizione assai ampia, idonea a ricomprendere tutte le forme di comunicazione di informazioni sui prodotti alimentari. Dal canto suo, l'alimento è definito dall'art. 2 del reg. CE 178/2002 come qualsiasi sostanza o prodotto trasformato, parzialmente trasformato o non trasformato, «destinato a essere ingerito, o di cui si prevede ragionevolmente che possa essere ingerito, da esseri umani»; in tal modo il

⁸⁴ La dottrina si è interrogata sul rapporto esistente tra le fonti suddette e in particolare se l'ipotesi prevista dall'art. 7, par. 2, del regolamento – che vieta la comunicazione ingannevole di talune informazioni alimentari – integri o meno un'ipotesi speciale di pratica commerciale scorretta secondo la dir. 05/29/CE. Cfr. S. BOLOGNINI, *op. cit.*, p. 135.

⁸⁵ L. COSTATO, P. BORGHI, S. RIZZIOLI, V. PAGANIZZA, L. SALVI, *op. cit.*, p. 174 ss.

⁸⁶ L'operatore del settore alimentare è, secondo quanto previsto dall'art. 3, n. 3, del reg. n. 178/2002 – a cui rinvia l'art. 2, par. 1, lett. a), del reg. n. 1169/2011 – «la persona fisica o giuridica responsabile di garantire il rispetto delle disposizioni della legislazione alimentare nell'impresa alimentare posta sotto il suo controllo». Si tratta di una definizione aperta, su cui sono state espresse talune riserve interpretative, anche in ragione della compresenza di una nozione di «impresa alimentare», quale soggetto che svolge una qualsiasi delle attività incluse nella produzione, trasformazione e distribuzione di alimenti (art. 3, n. 2, reg. 178/2002).

legislatore evidenzia la principale connotazione biologica del prodotto alimentare, insita nel fatto che lo stesso deve essere assimilato dal corpo umano⁸⁷.

Eppure, limitare il rilievo dell'informazione alimentare alla funzione biologica appare riduttivo. Il comportamento alimentare esprime diversi altri fattori, tra cui, oltre al gusto personale, l'orientamento etico, religioso, ecologico e sociale⁸⁸; in tal senso, una corretta informazione sugli alimenti diventa strumento non solo per consentire scelte salutari, ma per rispettare, più in generale, la libera autodeterminazione del consumatore. In questa direzione si muove, per esempio, la valorizzazione della c.d. *food quality*, grazie alla quale si riconosce una forte capacità attrattiva alle peculiarità degli alimenti legate al territorio d'origine o alle tecniche di produzione tradizionali⁸⁹, cui sono connessi i segni di-

⁸⁷ L. COSTATO, *Sicurezza alimentare, etichettatura e informazione. Una ricognizione sui principi fondanti del diritto alimentare*, in *Econ. e dir. agroalimentare*, 2, 2005, p. 17.

⁸⁸ Sulla natura multiforme della decisione alimentare, S. BOLOGNINI, *op. cit.*, p. 50 ss.; F. CANTARELLI, *Comunicazione e mercato alimentare*, in E. ROOK BASILE, A. GERMANÒ (a cura di), *Agricoltura e alimentazione tra diritto, comunicazione e mercato. Verso un diritto agrario e agro-alimentare della produzione e del consumo*, Atti del Convegno Gian Gastone Bolla, Firenze, 9-10 novembre 2001, Milano, 2003, p. 128; S. MASINI, *Diritto all'informazione ed evoluzione in senso «personalista» del consumatore (Osservazioni a margine del nuovo regolamento sull'etichettatura di alimenti)*, in *Riv. dir. agr.*, I, 2011, p. 576 ss.; M. MONTANARI, *Il cibo come cultura*, Roma-Bari, 2010, p. VIII. Quanto la multifunzionalità normativa dell'informazione alimentare allarghi i fronti di tutela risarcitoria azionabili dai consumatori traditi da una informazione non veritiera è messo in luce da U. IZZO, «Awakening the Sleeping Dog»: *The Promises and Pitfalls of Enforcing Food Information Rules via Tort Law*, in S. CARMIGNANI, N. LUCIFERO (a cura di), *Le regole del mercato agroalimentare tra sicurezza e concorrenza: diritti nazionali, regole europee e convenzioni internazionali su agricoltura, alimentazione, ambiente (atti del Convegno di Firenze del 21 e 22 novembre 2019 in onore della prof.ssa Eva Rook Basile)*, Napoli, 2020, p. 297 ss.

⁸⁹ Sul tema, in dottrina si rinvia a: S. BOLOGNINI, *op. cit.*, p. 199 ss.; L. FRANCARIO, *La valorizzazione del patrimonio gastronomico italiano attraverso i segni del territorio*, in M. D'ADDEZIO, A. GERMANÒ (a cura di), *La regolazione e la promozione del mercato alimentare nell'Unione europea. Esperienze giuridiche comunitarie e nazionali*, Atti del Convegno di Udine, 24-25 novembre 2006, Milano, 2007; A. JANNARELLI, *Profili giuridici del sistema agroalimentare tra ascesa e crisi della globalizzazione*, Bari, 2011, p. 199 ss.

stintivi quali “D.O.P.”, “I.G.P.” e “S.T.G.”, volti a valorizzare il patrimonio agroalimentare territoriale.

Secondo l’approccio globale enunciato dal considerando 14 reg. 1169/2911, la nuova disciplina mira a garantire al consumatore un insieme di informazioni minimo, strumentale a una decisione consapevole, in qualsiasi caso di comunicazione allo stesso di dati alimentari. L’art. 4 distingue tre categorie di informazioni obbligatorie: quelle sull’identità, la composizione, le proprietà e le altre caratteristiche del prodotto; quelle sulla protezione della salute e sull’uso sicuro dell’alimento; e infine quelle nutrizionali.

Il novero delle informazioni obbligatorie, ampliato rispetto alla precedente disciplina, è previsto dall’art. 9 reg. 1169/2011, che vi include: a) la denominazione dell’alimento; b) l’elenco degli ingredienti; c) qualsiasi ingrediente o coadiuvante tecnologico elencato nell’allegato II o derivato da una sostanza o un prodotto elencato in detto allegato che provochi allergie o intolleranze, usato nella fabbricazione o nella preparazione di un alimento e ancora presente nel prodotto finito, anche se in forma alterata; d) la quantità di taluni ingredienti o categorie di ingredienti; e) la quantità netta dell’alimento; f) il termine minimo di conservazione o la data di scadenza; g) le condizioni particolari di conservazione e/o le condizioni d’impiego; h) il nome o la ragione sociale e l’indirizzo dell’operatore del settore alimentare di cui all’articolo 8, paragrafo 1; i) il paese d’origine o il luogo di provenienza ove previsto all’articolo 26; j) le istruzioni per l’uso, per i casi in cui la loro omissione renderebbe difficile un uso adeguato dell’alimento; k) per le bevande che contengono più di 1,2% di alcol in volume, il titolo alcolometrico volumico effettivo; l) una dichiarazione nutrizionale.

Sebbene il legislatore estenda l’applicazione della disciplina regolamentare alle informazioni fornite attraverso strumenti diversi dall’etichetta (tra cui quelli della tecnologia moderna), occorre rilevare che talune disposizioni risultano difficilmente applicabili in contesti diversi dall’etichettatura. Si pensi all’indicazione della quantità netta dell’alimento o della data di scadenza: una sua applicazione alla comunicazione commerciale via Internet, per esempio, potrebbe ipotizzarsi solo per un sito di *marketplace* ove si riportino, per ciascun prodotto alimentare, le relative informazioni mediante una sorta di etichetta digitale; per il

resto, sembra alquanto improbabile immaginare una pubblicità, anche di altro tipo, che rechi simili dati.

Sotto il profilo qualitativo, accanto all'obbligo generale di fornire informazioni precise, chiare e comprensibili per il consumatore, la disciplina prevede all'art. 7 che le informazioni sugli alimenti non devono indurre il consumatore in errore: a) per quanto riguarda le caratteristiche dell'alimento e, in particolare, la natura, l'identità, le proprietà, la composizione, la quantità, la durata di conservazione, il paese d'origine o il luogo di provenienza, il metodo di fabbricazione o di produzione; b) attribuendo al prodotto alimentare effetti o proprietà che non possiede; c) suggerendo che l'alimento possieda caratteristiche particolari, quando in realtà tutti gli alimenti analoghi possiedono le stesse caratteristiche, in particolare evidenziando in modo esplicito la presenza o l'assenza di determinati ingredienti e/o sostanze nutritive; d) suggerendo, tramite l'aspetto, la descrizione o le illustrazioni, la presenza di un particolare alimento o di un ingrediente, mentre di fatto un componente naturalmente presente o un ingrediente normalmente utilizzato in tale alimento è stato sostituito con un diverso componente o un diverso ingrediente. Molte di tali prescrizioni, appare evidente, implicano la presenza di una descrizione dettagliata alla stregua di un'etichettatura, poco compatibile con l'essenzialità pubblicitaria.

La stessa prescrizione normativa sulla necessaria «leggibilità»⁹⁰ delle informazioni alimentari, per la parte in cui disciplina le dimensioni dei caratteri rispetto alla superficie totale dell'imballaggio, non può che riferirsi a quanto riportato nel *packaging* di un prodotto.

Come può evincersi, il divieto di indurre in errore il consumatore sulle caratteristiche del prodotto alimentare altro non è che una specificazione del generale divieto di ingannevolezza previsto dall'art. 21 cod. cons., declinato *ad hoc* per la materia trattata. Mancando, per il settore autodisciplinare, una disposizione specificamente rivolta alla

⁹⁰ La «leggibilità» viene normativamente definita come «l'apparenza fisica delle informazioni, tramite le quali l'informazione è visivamente accessibile al pubblico in generale e che è determinata da diversi fattori, tra cui le dimensioni del carattere, la spaziatura tra lettere e righe, lo spessore, il tipo di colore, la proporzione tra larghezza e altezza delle lettere, la superficie del materiale nonché il contrasto significativo tra scritta e sfondo» (art. 2, par. 2, lett. *m*), del regolamento).

pubblicità degli alimenti, l'indicazione scorretta delle informazioni alimentari deve ricondursi all'ipotesi generale di ingannevolezza di cui all'art. 2 cod. aut., salvo che si tratti di *claim* di carattere ambientale o ecologico, in tal caso potendosi richiamare anche l'art. 12 ove lo stesso non si basi su dati veritieri, pertinenti e scientificamente verificabili⁹¹.

Quanto al target soggettivo di riferimento per il giudizio sull'ingannevolezza, esso risulta mutato nel corso del tempo: mentre, nell'applicazione dell'art. 13 l. 283/1962, la Cassazione penale l'aveva identificato con un consumatore "sprovvisto e ignorante", con "minore attitudine a rendersi conto da sé" della decettività dei messaggi⁹², salvo che per talune pronunce decisamente minoritarie⁹³; la prassi più recente, allineandosi alla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, ha preso in considerazione la figura del consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto⁹⁴.

A ben vedere, il modello soggettivo di riferimento, sotto una lente pragmaticamente orientata, dovrebbe declinarsi in più figure: dal consumatore di prodotti comuni – tendenzialmente incline a scegliere secondo ragioni economiche e meno attento ai dettagli o alle qualità dei prodotti – al *target group* di consumatori maggiormente sensibili (anche grazie al proprio potere economico), alle caratteristiche organolettiche degli ingredienti e alle loro modalità di produzione e distribuzione. In quest'ultimo caso, in ragione della portata economica e sociale che viene ad assumere la decisione di acquisto, è ragionevole immaginare un consumatore medio "particolarmente" attento ai dati sui prodotti acquistati e dunque capace di gestire la tradizionale asimmetria informativa che caratterizza il mercato dei prodotti agro-alimentari⁹⁵.

⁹¹ Si richiama, quale esempio, il recente caso del Comitato n. 44/2021.

⁹² Così, *ex multis*, Cass. pen., 11 maggio 1983, in *Cass. pen.*, 1984, p. 2495.

⁹³ Tra cui Cass. pen., 15 aprile 1993, n. 3660, inedita.

⁹⁴ In ambito europeo, *ex multis*, cfr. CGUE, 9 settembre 2021, C-783/2019, *Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne c. GB*, in *Resp. Civile e Previdenza*, 6, 2021, p. 1998; Trib. UE, 16 marzo 2016, C-100/2015, *Dextro Energy GmbH & Co. KG c. Commissione europea*, in *Rass. dir. farm.*, 3, 2016, p. 707. In ambito nazionale, vedi A.G.C.M., PS/11596, 11 giugno 2020, Prov. n. 28274, in *Boll.* 28/2020, nonché A.G.C.M., PS/10285, 8 giugno 2016, Prov. n. 26072, in *Boll.* 22/2016.

⁹⁵ Sul tema del consumatore medio di alimenti, cfr.: C. LOSAVIO, *Il consumatore di alimenti nell'Unione europea e il suo diritto a essere informato*, Milano, 2007, *passim*;

La giurisprudenza europea ha manifestato sensibilità verso la tutela consumeristica allorché entri in gioco la salute della collettività, calibrando, in tal caso, l'obbligo di informazione secondo un profilo di destinatario meno olimpico del consumatore medio⁹⁶.

Tra i molti esempi di messaggi commerciali scorretti nel settore alimentare, è stato ritenuto ingannevole: affermare, o rappresentare graficamente, la presenza nel prodotto di un ingrediente in realtà assente⁹⁷; l'uso del termine "fresco" per un prodotto che oggettivamente non presenti la caratteristica della freschezza⁹⁸, o per un prodotto industriale, salvo che lo stesso conservi le proprietà organolettiche e le caratteristiche del prodotto originario naturale⁹⁹; qualificare come "extra vergine" un olio di oliva vergine¹⁰⁰, come "naturale" un prodotto contenente additivi¹⁰¹, o ancora come "integrale" un prodotto contenente una farina tipo "0"¹⁰²; indicare in modo fuorviante la composizione del prodotto, evidenziando la presenza maggioritaria o unica di fattori in realtà mar-

S. MASINI, *Informazioni e scelte del consumatore*, in P. BORGHI, I. CANFORA, A. DI LAURO, L. RUSSO (a cura di), *op. cit.*, p. 293 ss.; M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, in L. COSTATO, A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE (diretto da), *Trattato di diritto agrario*, vol. 3, *Il diritto agroalimentare*, Torino, 2011, p. 579 ss.

⁹⁶ CGUE, 13 marzo 2003, C-229/2001, *Unabhängiger Verwaltungssenat im Land Niederösterreich c. Müller*, in *Dir. giur. agr. e amb.*, II, 2003, p. 615 ss., con nota di P. Lattanzi, *Tutela del consumatore e informazione «rafforzata» a proposito di prodotti alimentari scaduti*.

⁹⁷ A.G.C.M., PI/6462, 13 febbraio 2008, Provv. n. 18021, in *Boll.* 6/2008, o anche A.G.C.M., PI/6415, 31 gennaio 2008, Provv. n. 17959, in *Boll.* 4/2008.

⁹⁸ Cass. pen., 18 maggio 1984, n. 4662, inedita. Non è stato ritenuto ingannevole, invece, rappresentare l'ingrediente fresco nella pubblicità di alimenti che, piuttosto, contengono lo stesso ingrediente polverizzato o disidratato (A.G.C.M., PI/2833, 20 luglio 2000, Provv. n. 8539, in *Boll.* 29/2000 e Giurì n. 1/93).

⁹⁹ Giurì n. 90/88.

¹⁰⁰ Cons. St., sez. VI, 30 novembre 2020, n. 7566, in *Banca dati Dejure*, 2020. Analogamente, A.G.C.M., PS/10285, 8 giugno 2016, Provv. n. 26072, cit.

¹⁰¹ Cass. pen., 10 dicembre 1983, n. 10573, in *Dir. giur. agr.*, 1987, p. 347.

¹⁰² Cass. pen., 2 ottobre 1985, n. 8441, inedita. Per un caso analogo, relativo alla corretta indicazione delle farine componenti il prodotto e della loro modalità di trattamento, cfr. A.G.C.M., PS/10665, 19 aprile 2017, Provv. n. 26559, in *Boll.* 17/2017.

ginali¹⁰³, o facendo intendere, anche per le modalità comunicative, che il prodotto sia privo di zuccheri, quando in realtà gli stessi sono presenti, sebbene in misura ridotta¹⁰⁴.

L'utilizzo di termini enfatici (come "super") o di espressioni che proclamano una certa superiorità del prodotto rispetto ad altri sono lecite se confermate da precise caratteristiche merceologiche¹⁰⁵ e a condizione che non si tratti di requisiti imposti dalla legge o posseduti indistintamente dai prodotti similari¹⁰⁶.

Una forma ampiamente diffusa di pubblicità ingannevole consiste nell'attribuzione fuorviante ai prodotti alimentari di origini e connesse qualità non possedute, soprattutto per i prodotti protetti da DOP o IGP, tipicamente riconosciute come uniche degli alimenti provenienti da determinate regioni geografiche. Spesso ciò avviene senza una espressa dicitura, mediante la semplice raffigurazione di immagini o marchi direttamente collegabili a certe tradizioni locali. Così, è stato ritenuto deceptivo l'accostamento di un prodotto (nel caso di specie un prosciutto) con una determinata zona, inducendo il consumatore a ritenere che l'alimento possedga talune qualità tipiche, in realtà non presenti nel prodotto in questione, ancorché possedute da altri prodotti con la medesima origine¹⁰⁷; o l'utilizzo di *claims* idonei a lasciar intendere che il prodotto in questione sia preparato secondo i parametri qualitativi tipici della tradizione di un certo luogo¹⁰⁸.

Allo stesso modo, è illegittimo il ricorso all'*Italian Sounding*, cioè all'evocazione verbale o grafica dell'origine italiana, per un prodotto

¹⁰³ Tipicamente, vi rientrano condotte quali l'uso dell'espressione "100% frutta" nel caso di prodotto con diversi ingredienti (A.G.C.M., PI/2614, 27 marzo 2002, Provv. n. 10591, in *Boll.* 13/2002), o l'enfaticizzazione della presenza di yogurt in un alimento che ne possedeva il 20% (Giuri n. 127/95).

¹⁰⁴ A.G.C.M., PS/7999, 11 luglio 2012, Provv. n. 23727, in *Boll.* 28/2012.

¹⁰⁵ Cass. pen., 10 luglio 1976, n. 7689, inedita, riferita alla dicitura "supercarni" per carni di mediocre qualità.

¹⁰⁶ Così Cass. pen., 12 ottobre 1985, n. 9071, ha ritenuto ingannevole l'indicazione "senza coloranti" per un pane all'olio, essendo l'uso dei coloranti vietato dalla legge.

¹⁰⁷ Giuri n. 195/2004.

¹⁰⁸ A.G.C.M., PI/4878, 26 ottobre 2005, Provv. n. 14821, in *Boll.* 43/2005. In ambito autodisciplinare, cfr. Giuri n. 108/93.

proveniente da altri Paesi¹⁰⁹. Diverso è il caso, ritenuto lecito dal Giuri di autodisciplina, in cui il richiamo a una zona geografica sia giustificato da un collegamento storico-culturale tra il prodotto o il produttore e il territorio citato, ancorché le componenti dell'alimento non derivino dallo stesso¹¹⁰.

Il reg. 1169/2011 riconosce una decisa centralità alla tutela della salute, dal legislatore combinata assiologicamente con il diritto a un'adeguata informazione del consumatore (considerando 3)¹¹¹. La scelta normativa, già fatta propria dalla dir. 00/13/CE e dal reg. CE 178/2002, trova conferma nell'introduzione tra le informazioni obbligatorie della dichiarazione nutrizionale¹¹². Quest'ultima – a cui è specificamente dedicato il reg. CE 1924/2006 – contribuisce considerevolmente a indirizzare la decisione del consumatore attento alle questioni salutistiche¹¹³ e più in generale a renderlo consapevole della composizione degli alimenti (*considerando* n. 10 reg. 1169/2011).

Sono indicazioni nutrizionali quelle che affermano, suggeriscono o sottintendono che un alimento possieda particolari proprietà nutritive benefiche, dovute all'energia apportata (eventualmente in misura ridotta) o non apportata, e/o alle sostanze nutritive o di altro tipo che contiene (eventualmente in quantità particolari) o non contiene (art. 2, par. 2, n. 4, reg. 1924/2006).

Oltre ad ammettere esclusivamente l'impiego di certe indicazioni, elencate nell'Allegato I del reg. UE 432/2012, il legislatore prescrive che le informazioni: non siano false, ambigue o fuorvianti per il consumatore; non creino dubbi sulla sicurezza o adeguatezza nutrizionale di altri alimenti; non incoraggino o tollerino il consumo eccessivo del pro-

¹⁰⁹ A.G.C.M., PS/10864, 20 settembre 2017, Provv. nn. 26765, 26766 e 26767, tutte in *Boll.* 38/2017.

¹¹⁰ Giuri n. 29bis/2018.

¹¹¹ L. COSTATO, P. BORGHI, S. RIZZIOLI, V. PAGANIZZA, L. SALVI, *op. cit.*, p. 179.

¹¹² Il Libro bianco della Commissione del 30 maggio 2007, intitolato *Una strategia europea per i problemi di salute legati all'alimentazione, al sovrappeso e all'obesità*, COM(2007) 279, evidenzia l'importanza della dichiarazione nutrizionale come strumento utile per combattere i problemi di salute legati all'alimentazione.

¹¹³ Sul tema, si rinvia a I. CANFORA, *Informazioni a tutela della salute e conformazione del contenuto negoziale tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Riv. dir. agrario*, 2014, p. 125 ss.

dotto presentato; non affermino, suggeriscano o sottintendano che una dieta equilibrata e varia non possa fornire, in generale, quantità adeguate di tutte le sostanze nutritive; non facciano riferimento a cambiamenti delle funzioni corporee che potrebbero suscitare o sfruttare timori nel consumatore, anche attraverso simboli o rappresentazioni visive. Deve dimostrarsi, inoltre, che la presenza, l'assenza o il contenuto ridotto della sostanza oggetto di indicazione abbia un effetto nutrizionale o fisiologico benefico, sulla base di prove scientifiche generalmente accettate (artt. 5 e 6 reg. 1924/2006).

La giurisprudenza amministrativa ha stigmatizzato l'utilizzo di *claims* salutistici nella pubblicità dei prodotti alimentari, ove non suffragati da prove scientifiche¹¹⁴. È stato ritenuto ingannevole, per esempio: l'impiego dell'espressione "senza colesterolo" per un prodotto che invece conteneva grassi in misura superiore a quella richiesta dal regolamento per l'utilizzo di simili espressioni¹¹⁵; l'uso di *claims* di tipo comparativo quali "meno XX% di grassi", non accompagnato dall'indicazione del termine di raffronto¹¹⁶; l'utilizzo di indicazioni nutrizionali e sulla salute non scientificamente validate quali "favorire il rallentamento dell'invecchiamento", "favorire la digestione", "aiutare le difese immunitarie"¹¹⁷.

Il riferimento a generici benefici per la salute o al benessere del consumatore è consentito solo se accompagnato da indicazioni specifiche, in attuazione degli artt. 13 e 14 reg. 1924/2006. Sono vietate le indicazioni che: suggeriscano che il mancato consumo del prodotto potrebbe compromettere la salute; si riferiscano alla percentuale o all'entità della perdita di peso; richiama il parere di un medico o altro operatore sanitario o associazione non contemplati dall'art. 11 del regolamento (art. 12 reg. 1924/2006).

Analogamente, le indicazioni sulla salute riferite al ruolo della sostanza per la crescita o lo sviluppo delle funzioni dell'organismo, alle funzioni psicologiche e comportamentali, al dimagrimento o comunque

¹¹⁴ Cons. St., sez. VI, 24 febbraio 2014, n. 862, inedita.

¹¹⁵ A.G.C.M., PS/7744, 22 maggio 2012, Provv. n. 23605, in *Boll.* 21/2012.

¹¹⁶ A.G.C.M., PS/9526, 3 febbraio 2015, Provv. n. 25314, in *Boll.* 5/2015 e A.G.C.M., PS/8283, 31 ottobre 2012, Provv. n. 24032, in *Boll.* 45/2012.

¹¹⁷ A.G.C.M., PS/9668, 22 aprile 2015, Provv. n. 25440, in *Boll.* 17/2015.

a elementi a esso associati, possono essere fornite purché siano basate su prove scientifiche generalmente accettate e siano ben comprensibili al consumatore medio. Quanto alle indicazioni sulla capacità dell'alimento di ridurre i rischi di malattia, esse non debbono mai indurre il consumatore a ritenere che il prodotto possa essere equiparato a un farmaco (art. 7, par. 3, reg. 1169/2011).

Sempre legato alla *food safety* è l'art. 14 del reg. 178/2002, che riconosce alla comunicazione un ruolo importante per determinare se un alimento sia «a rischio» – nel duplice senso di dannoso per la salute e di inadatto al consumo umano –, stabilendo che debbano essere prese in considerazione le informazioni messe a disposizione dei consumatori sul modo di evitare specifici effetti nocivi per la salute.

Diverse regole sono dedicate a particolari categorie di alimenti, in ragione delle peculiari caratteristiche. Tra le stesse, ricordiamo quelle che impongono per gli oli di semi la necessaria denominazione “olio di semi” a cui deve seguire l'indicazione del seme utilizzato (art. 4 l. 27 gennaio 1968, n. 35), o per l'olio di oliva quelle che vietano l'uso di una denominazione di origine controllata (DOC) in assenza delle caratteristiche necessarie per l'appartenenza alla categoria (art. 25 l. 5 febbraio 1992, n. 169). Una previsione analoga a quest'ultima è prevista per i formaggi, le cui denominazioni tipiche non possono essere utilizzate quando manchino le caratteristiche richieste dai disciplinari di produzione, nemmeno se accompagnate da espressioni “come, tipo, uso, gusto o simili” (art. 10 l. 10 aprile 1954, n. 125).

Per le acque minerali, l'art. 19 d.lgs. 8 ottobre 2011, n. 176, in attuazione della dir. 09/54/CE, vieta di far riferimento, all'interno delle pubblicità, a proprietà e caratteristiche non possedute o a proprietà terapeutiche contro malattie. Per quelle con un nome commerciale diverso dalla sorgente o dal luogo di utilizzo, è vietato adottare espressioni o segni che possano indurre in errore il consumatore su tali profili. È necessaria l'approvazione preventiva del Ministero della salute per le menzioni relative alle proprietà favorevoli alla salute e per le indicazioni e controindicazioni.

Per le acque potabili in commercio diverse da quelle minerali (c.d. “condizionate”), l'art. 18 del decreto proibisce l'uso sulle confezioni, sulle etichette e nella pubblicità sotto qualsiasi forma, di indicazioni, deno-

minazioni, marchi di fabbrica o di commercio, immagini o altri segni, figurativi o meno, che possano ingenerare confusione con le acque minerali naturali, vietando in particolare la dicitura “acqua minerale”.

Tra le altre normative verticali, si ricordano anche quelle sulla commercializzazione di uova, carni di pollame, carni bovine già contenute nel reg. CE n. 1234/2007 sulla c.d. organizzazione comune di mercato unica e, attualmente, nel reg. UE n. 1308/2013, o quelle sui prodotti della pesca e dell’acquacoltura del reg. UE 1379/2013. Sempre nel contesto comunitario deve menzionarsi il reg. UE n. 491/2009, che, agli artt. 18 *quatervicies* e seguenti introduce norme generali per la designazione, la denominazione e la presentazione dei vini, vietando le indicazioni, denominazioni o raffigurazioni idonee a indurre in errore i consumatori sulle caratteristiche e il procedimento di produzione dei prodotti. Oltre alle disposizioni specificamente dedicate al vino, il legislatore si preoccupa di disciplinare la comunicazione commerciale degli alcolici in genere, attento ai profili di particolare delicatezza che il consumo di tali prodotti può celare. Per tale ragione, è opportuno dedicarvi una trattazione a parte, nell’immediato prosieguo.

6.4.1. *Le bevande alcoliche*

Per quanto riguarda le bevande alcoliche, la questione di una corretta comunicazione commerciale si intreccia con l’esigenza di tutelare il consumatore dalle possibili derive che l’assunzione irresponsabile di simili alimenti può determinare sull’integrità psico-fisica (art. 32 Cost.)¹¹⁸. Per tale ragione, l’Autorità antitrust ha definito i prodotti alcolici come “potenzialmente pericolosi” ai sensi dell’art. 21, co. 3, cod. cons.¹¹⁹, con la conseguente censura delle pubblicità che inducano a trascurare le normali regole della prudenza e vigilanza.

¹¹⁸ Sul tema, cfr.: E. APA, *op. cit.*, p. 340 ss.; P. CRUGNOLA, *Pubblicità delle bevande alcoliche*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, p. 73 ss.; M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 107 ss.

¹¹⁹ *Ex multis*, vedi A.G.C.M., PI/339A, 26 giugno 1997, Provv. n. 5142, in *Boll.* 26/97, nonché, sebbene pervenga a negare nel caso di specie la scorrettezza del messaggio commerciale, A.G.C.M., PI/423, 16 febbraio 1995, Provv. n. 2808, in *Boll.* 7/95.

Con approccio paternalistico, la “legge quadro in materia di alcol e di problemi alcolcorrelati” (l. 30 marzo 2001, n. 125) detta un insieme di regole finalizzate alla prevenzione, alla cura e al reinserimento sociale degli alcolodipendenti (art. 1). Ai fini della legge, per “bevanda alcolica” deve intendersi ogni prodotto contenente alcol alimentare con gradazione superiore a 1,2 gradi di alcol e per “bevanda superalcolica” ogni prodotto con gradazione superiore al 21% di alcol in volume.

L’art. 13 vieta espressamente la comunicazione commerciale di bevande alcoliche e superalcoliche: trasmessa all’interno di programmi rivolti ai minori e nei quindici minuti precedenti e successivi alla trasmissione degli stessi, o comunque nei luoghi frequentati prevalentemente dai minori; che attribuisca efficacia o indicazioni terapeutiche che non siano espressamente riconosciute dal Ministero della sanità; che rappresenti minori intenti al consumo di alcol ovvero rappresenti in modo positivo la relativa assunzione. Per quanto riguarda in particolare le bevande superalcoliche, è vietata la pubblicità radiotelevisiva dalle 16.00 alle 19.00, oltre a quella sulla stampa giornaliera e periodica destinata ai minori e nelle sale cinematografiche in occasione della proiezione di film destinati prevalentemente alla visione dei minori¹²⁰.

La disposizione demanda agli attori del settore, anche radio-televisivo, l’adozione di un codice di autoregolamentazione sulla pubblicità degli alcolici; in forza del rinvio, deve riconoscersi efficacia *erga omnes* all’art. 22 cod. aut., secondo cui la comunicazione commerciale relativa alle bevande alcoliche «non deve contrastare con l’esigenza di favorire l’affermazione di modelli di consumo ispirati a misura, correttezza e responsabilità», e «ciò a tutela dell’interesse primario delle persone, e in particolare dei bambini e degli adolescenti, a una vita familiare, sociale e lavorativa protetta dalle conseguenze connesse all’abuso di bevande alcoliche».

¹²⁰ Nel caso di violazione, l’art. 13 prevede l’applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da € 2.582 a 10.329, la quale si applica altresì alle industrie produttrici e ai responsabili delle emittenti radiotelevisive e degli organi di stampa nonché ai proprietari delle sale cinematografiche.

Il secondo comma precisa che

in particolare la comunicazione commerciale non deve: incoraggiare un uso eccessivo e incontrollato, e quindi dannoso, delle bevande alcoliche; rappresentare situazioni di attaccamento morboso al prodotto e, in generale, di dipendenza dall'alcol o indurre a ritenere che il ricorso all'alcol possa risolvere problemi personali; rivolgersi o fare riferimento, anche indiretto, ai minori, e rappresentare questi ultimi o soggetti che appaiano evidentemente tali intenti al consumo di alcol; utilizzare segni, disegni, personaggi e persone, direttamente e primariamente legati ai minori, che possano generare un diretto interesse su di loro; associare la guida di veicoli con l'uso di bevande alcoliche; indurre il pubblico a ritenere che il consumo delle bevande alcoliche contribuisca alla lucidità mentale e all'efficienza fisica e sessuale e che il loro mancato consumo comporti una condizione di inferiorità fisica, psicologica o sociale; rappresentare come valori negativi la sobrietà e l'astensione dal consumo di alcolici; indurre il pubblico a trascurare le differenti modalità di consumo che è necessario considerare in relazione alle caratteristiche dei singoli prodotti e alle condizioni personali del consumatore; utilizzare come tema principale l'elevato grado alcolico di una bevanda.

Non può non notarsi la particolare attenzione alle questioni psicologiche legate al consumo di alcool, con un chiaro invito agli operatori pubblicitari a non abusare della debolezza che può legarsi a un consumo eccessivo di simili alimenti. Una disposizione simile può essere rintracciata all'interno del Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi (d.lgs. 208/2021), il cui art. 44, co. 9 stabilisce che

la pubblicità televisiva delle bevande alcoliche e la televendita devono conformarsi ai seguenti criteri: a) non rivolgersi espressamente ai minori, né, in particolare, presentare minori intenti a consumare tali bevande; b) non collegare il consumo di alcolici con prestazioni fisiche di particolare rilievo o con la guida di automobili; c) non creare l'impressione che il consumo di alcolici contribuisca al successo sociale o sessuale; d) non indurre a credere che le bevande alcoliche possiedano qualità terapeutiche stimolanti o calmanti o che contribuiscano a risolvere situazioni di conflitto psicologico; e) non incoraggiare un uso eccessivo e incontrollato di bevande alcoliche o presentare in una luce negativa l'astinenza o la sobrietà; f) non usare l'indicazione del rilevante grado alcolico come qualità positiva delle bevande.

La disposizione riproduce il contenuto dell'art. 2 del risalente d.m. 30 novembre 1991, n. 425, emanato in attuazione degli articoli 13, 15 e 16 della vecchia dir. 89/552/CEE in materia di radiotelevisione. Le medesime condizioni si applicano alla pubblicità radiofonica in forza di quanto previsto dall'art. 44, co. 11, del Testo Unico. Ancora, l'art. 43, co. 1, lett. e), proibisce le comunicazioni commerciali audiovisive di bevande alcoliche rivolte specificamente ai minori o che incoraggino un consumo smodato di tali prodotti.

A uno sguardo d'insieme, il legislatore sembra aver trovato il punto di equilibrio tra le diverse esigenze giuridiche coinvolte – l'interesse dell'imprenditore a promuovere i propri prodotti da un lato e la protezione dell'integrità psico-fisica del consumatore dall'altro – limitando il divieto alle pubblicità di alcolici rivolte ai minori, nonché a quei messaggi idonei a indurre, anche mediante particolari associazioni simboliche, a un consumo di tali prodotti non moderato, suscettibile di pregiudicare la salute dell'individuo.

L'Autorità antitrust ha giudicato scorrette quelle pubblicità che, per il contesto e per le espressioni, risultino idonee a incentivare un uso insalubre ove prive di idonee avvertenze sul rispetto delle regole di prudenza e vigilanza¹²¹. Tra i vari esempi, sono stati censurati: il *claim* pubblicitario che invitava a recarsi presso una nuova birreria dal pomeriggio inoltrato “fino a tarda notte per... ubriacarti con le tue birre preferite (e non solo)...!!!”, in quanto riportante un'esplicita esortazione ad assumere le bevande alcoliche con superficialità, lasciando intendere che lo stato di ubriachezza fosse foriero di benessere e di divertimento e che non provocasse alcun danno per la salute¹²²; il messaggio relativo a un noto spumante che, avente come titolo “sganciamoci”, induceva a vivere “con nuova leggerezza”, rappresentando due giovani senza casco su un motore¹²³; la pubblicità che presentava il consumo di una birra associandolo alla guida spericolata di un'automobile, senza alcuna indi-

¹²¹ Cfr., in tal senso, A.G.C.M., PI/1339A, 26 giugno 1997, Provv. n. 5142, cit. e PI/1339, 26 giugno 1997, Provv. n. 5141, in *Boll.* 26/1997.

¹²² A.G.C.M., PI/5593, 10 maggio 2007, Provv. n. 16827, in *Boll.* 19/2007.

¹²³ A.G.C.M., PS/5039, 21 luglio 2010, Provv. n. 21380, in *Boll.* 29/2010.

cazione dei possibili pericoli insiti in tale circostanza¹²⁴. È stata invece esclusa l'illegittimità dei messaggi che, con tono semplicemente umoristico, si limitino a presentare il *brand*¹²⁵.

Dal canto suo, il Giurì si è più volte pronunciato negativamente sull'utilizzo, da parte della pubblicità, di suggestioni emotive per la promozione di prodotti alcolici senza un'adeguata controinformazione. In particolare, ha ritenuto che violassero l'art. 22 del codice: l'utilizzo della suggestione emotiva e di esclamazioni fuori misura¹²⁶; la presentazione dell'alcol come strumentale al raggiungimento di bisogni irrazionali¹²⁷; la presentazione del prodotto alcolico in bicchieri di grande dimensione¹²⁸; la rappresentazione di una festa che si ravviva solo dopo l'apertura di una cassa di bevande alcoliche¹²⁹; la creazione di un nesso funzionale tra assunzione di alcol e sesso; l'induzione a trascurare cautela e moderazione¹³⁰. Diversamente, non è stata ritenuta illegittima, in quanto innocua, l'espressione "una sana voglia di vivere" riferita a un amaro¹³¹, o la raffigurazione di un attore che beveva l'alcolico dalla bottiglia, modalità ordinaria di consumo del prodotto¹³².

¹²⁴ A.G.C.M., PI/5192, 8 agosto 2006, Provv. n. 15823, cit. Il messaggio pubblicitario è stato successivamente sottoposto al giudizio del TAR, che lo ha ritenuto inidoneo a indurre i destinatari a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza poiché, al contrario, il messaggio stesso, incentrandosi sulla configurabilità dell'illecito di guida in stato di ebbrezza, era idoneo a richiamare l'attenzione proprio sul rigoroso limite stabilito dal codice della strada per l'assunzione di bevande alcoliche, inducendo i consumatori, più che a trascurare le anzidette regole, a porvi la giusta attenzione (cfr. TAR Roma, sez. I, 23 aprile 2007, n. 3531, in *Foro amm. TAR*, 4, 2007, p. 1337).

¹²⁵ A.G.C.M., PI/423, 16 febbraio 1995, Provv. n. 2808, in *Boll.* 7/95.

¹²⁶ Giurì n. 128/2000.

¹²⁷ Giurì n. 23/83.

¹²⁸ Giurì n. 58/88.

¹²⁹ Giurì n. 36/2003 e Comitato n. 251/2002.

¹³⁰ Giurì n. 57/2017.

¹³¹ Giurì n. 4/83.

¹³² Giurì n. 133/96.

6.4.2. *I prodotti destinati a un'alimentazione particolare*

Rappresentano una categoria specifica di prodotti alimentari quelli destinati a un'alimentazione particolare, regolati dal d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 111, attuativo della dir. 89/398/CEE. Gli stessi vengono definiti dall'art. 1 del decreto come quei

prodotti alimentari che, per la loro particolare composizione o per il particolare processo di fabbricazione, presentano le seguenti caratteristiche: a) si distinguono nettamente dagli alimenti di consumo corrente; b) sono adatti all'obiettivo nutrizionale indicato; c) vengono commercializzati in modo da indicare che sono conformi a tale obiettivo.

Si tratta, dunque, di prodotti che devono rispondere alle esigenze nutrizionali particolari di talune categorie di consumatori, che il legislatore identifica nei soggetti il cui processo di assimilazione o il cui metabolismo è perturbato, o che si trovano in condizioni fisiologiche particolari per cui possono trarre benefici specifici dall'assunzione controllata di talune sostanze negli alimenti, o ancora nei lattanti o bambini nella prima infanzia in buona salute. Esclusi quelli destinati ai lattanti o bambini, gli altri prodotti possono assumere la qualifica di "dietetico" o "di regime", non utilizzabile invece per prodotti di uso corrente, per cui occorre evitare ogni espressione idonea a creare confusione con i primi (art. 3).

La funzione di consentire un'alimentazione attenta a parametri nutrizivi e calorici rende opportuno sottoporre i prodotti in questione – oltre che alle ordinarie regole dei comuni prodotti alimentari (art. 2) e a quelle imposte dal reg. 1924/2006 sulle indicazioni nutrizionali e sulla salute – a talune specifiche misure normative, riguardanti anche la comunicazione commerciale. Come per gli alimenti normali, è espressamente vietato, nell'etichettatura, nella presentazione e nella pubblicità, attribuire a tali prodotti, anche semplicemente accennandovi, proprietà curative contro malattie (art. 6, co. 1), mentre è consentito divulgare informazioni e raccomandazioni utili, se «destinate esclusivamente alle persone qualificate nei settori della medicina, dell'alimentazione o della farmacia». Analogamente, l'art. 23-*bis* del codice di autodisciplina vieta la pubblicità che vanti proprietà non conformi alle caratteristiche di

tali prodotti, o comunque non realmente possedute dagli stessi, imponendo che il messaggio non induca i consumatori in errori nutrizionali ed eviti richiami a raccomandazioni o attestazioni di tipo medico.

Rientrano nella categoria degli alimenti dietetici i sostituti di pasto, ovvero quegli alimenti da utilizzare nell'ambito di diete ipocaloriche volte alla riduzione del peso, a cui è dedicato il d.m. 7 ottobre 1998, n. 519 (attuativo della dir. 96/8/CE). Essi sono soggetti alle regole ordinarie previste per la pubblicità di tutti i prodotti della categoria, con l'ulteriore divieto di far riferimento ai tempi o alla quantità di perdita di peso conseguenti al loro impiego (art. 5, co. 3).

In attuazione delle suddette disposizioni, sono state considerate ingannevoli: l'attribuzione a una linea di alimenti dietetici per diabetici a ridotto apporto di grassi della proprietà di ridurre il colesterolo (a fronte dell'indicazione approvata "aiuta a mantenere livelli normali di colesterolo"), oppure della proprietà di regolarizzare l'intestino (a fronte del *claim* autorizzato accelera il transito intestinale), considerate funzioni terapeutiche incompatibili con la natura dei prodotti¹³³; la comunicazione che, per le espressioni utilizzate, lasci intendere ai destinatari che l'assunzione del prodotto, in presenza di un regime ipocalorico controllato, consente di conseguire un calo significativo di peso in un arco di tempo piuttosto limitato, senza alcun fondato supporto scientifico¹³⁴; l'attribuzione a un prodotto (nel caso di specie un succo di frutta) della capacità di aiutare contro disturbi connessi all'età e altre numerose malattie, alcune delle quali anche gravi¹³⁵.

L'Autorità antitrust è pervenuta a conclusioni analoghe per le pubblicità relative a trattamenti fisici e a centri dimagranti, di cui ha stigmatizzato l'attribuzione di un'efficacia sul corpo non veritiera¹³⁶, anche per omissione della opportuna, espressa, menzione della necessità di

¹³³ A.G.C.M., PS/9231, 19 giugno 2014, Provv. n. 24990, in *Rass. di dir. farm.*, 5, 2014, p. 1229.

¹³⁴ A.G.C.M., PI/3579, 2 maggio 2002, Provv. n. 10710, in *Boll.* 18/2002.

¹³⁵ A.G.C.M., PS/6425, 13 aprile 2011, Provv. n. 22299, in *Boll.* 17/2011.

¹³⁶ A.G.C.M., PI/3373, 20 settembre 2001, Provv. n. 9967, in *Boll.* 38/2001.

combinarvi un regime alimentare controllato e di svolgere attività fisica per perdere peso¹³⁷.

I prodotti destinati ai lattanti e ai bambini della prima infanzia sono regolati dal reg. UE n. 609/2013, modificato di recente dal reg. UE n. 571/2021 (attuativo delle direttive 91/321/CEE e 92/52/CEE). L'art. 9 impone che l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità di tali prodotti alimentari forniscano informazioni per un uso appropriato degli stessi e non siano fuorvianti, né attribuiscono o sottintendano proprietà di prevenire, trattare o guarire una malattia umana¹³⁸. Tra i vari casi, l'Autorità antitrust ha stigmatizzato la pubblicità di un prodotto alimentare per bambini che faceva riferimento alla possibilità di ridurre i rischi di rachitismo e l'insorgenza di problemi emorragici, non suffragata da alcuna specifica autorizzazione *ex art.* 14 del reg. 1924/2006¹³⁹; o ancora, l'attribuzione a un latte per la crescita della capacità di triplicare le dimensioni del cervello del bambino da 0 a 3 anni¹⁴⁰. Inoltre, la comunicazione commerciale delle formule per lattanti e delle formule di proseguimento deve essere concepita in modo da non scoraggiare l'allattamento al seno e non deve contenere illustrazioni di lattanti né altre illustrazioni o diciture che inducano a idealizzare l'uso di tali formule (art. 10 reg. 609/2013).

Una delle principali categorie di prodotti destinati a un'alimentazione particolare è, infine, quella degli integratori alimentari, regolati dal d.lgs. 21 maggio 2004, n. 169 (attuativo della dir. 02/46/CEE), che li definisce all'art. 2 come

i prodotti alimentari destinati a integrare la comune dieta e che costituiscono una fonte concentrata di sostanze nutritive, quali le vitamine e i minerali, o di altre sostanze aventi un effetto nutritivo o fisiologico, in

¹³⁷ *Ex multis*, cfr.: A.G.C.M., PI/5773, 27 febbraio 2008, Provv. n. 18415, in *Boll.* 20/2008; A.G.C.M., PI/6248, 10 gennaio 2008, Provv. n. 17855, in *Boll.* 1/2008; A.G.C.M., PI/5813, 27 dicembre 2007, Provv. n. 17811, in *Boll.* 49/2007.

¹³⁸ Come per i prodotti dietetici, la disposizione fa salva la diffusione di qualsiasi informazione utile o di raccomandazioni destinate esclusivamente a persone qualificate nel campo della medicina, della nutrizione, della farmacia o ad altre figure professionali nel campo dell'assistenza alla maternità e dell'assistenza all'infanzia.

¹³⁹ A.G.C.M., PS/5852, 20 maggio 2014, Provv. n. 24938, in *Boll.* 24/2014.

¹⁴⁰ A.G.C.M., PS/2817, 28 giugno 2000, Provv. n. 8444, in *Boll.* 26/2000.

particolare ma non in via esclusiva aminoacidi, acidi grassi essenziali, fibre ed estratti di origine vegetale, sia monocomposti che pluricomposti, in forme predosate.

Come per ogni alimento, la pubblicità degli integratori non deve far riferimento a proprietà terapeutiche o capacità di prevenzione o cura di malattie (art. 6, co. 2); analogamente è previsto dall'art. 23-*bis* del codice di autodisciplina, già sopra richiamato. Inoltre, la pubblicità, l'etichettatura¹⁴¹ e la presentazione al pubblico non devono contenere «dichiarazioni che affermino o sottintendano che una dieta equilibrata e variata non è generalmente in grado di apportare le sostanze nutritive in quantità sufficienti» (art. 6, co. 3, d.lgs. 169/2004).

Nel caso di integratori propagandati come coadiuvanti di regimi dietetici ipocalorici per la riduzione del peso, il legislatore vieta qualsivoglia riferimento ai tempi o alla quantità di perdita di peso conseguenti al loro impiego. I relativi messaggi pubblicitari, inoltre, devono richiamare la necessità di seguire comunque una dieta ipocalorica adeguata e di rimuovere stili di vita troppo sedentari (art. 7, co. 1 e 2).

Nel caso in cui siano previste delle avvertenze specifiche, la comunicazione commerciale deve invitare esplicitamente a leggerle con attenzione; allo stesso modo, ove l'integratore contenga sostanze naturali, la pubblicità non deve indurre a ritenere che, già solo per tale circostanza, l'integratore sia privo di effetti collaterali (art. 7, co. 3 e 4).

Le disposizioni di cui all'art. 7 del d.lgs. 169/2004 trovano riscontro anche nel contesto dell'autodisciplina pubblicitaria. L'art. 23-*bis* cod. aut. rinvia a un regolamento autodisciplinare del 2003, specificamente dedicato agli integratori alimentari, che prevede che la relativa pubblicità: non deve presentarli come dimagranti, ma solo come coadiuvanti di diete ipocaloriche (art. 1); non deve ricorrere a testimonianze che confrontino il prima e il dopo dell'assunzione (art. 6), o presentino il

¹⁴¹ Secondo la giurisprudenza amministrativa, anche il foglietto illustrativo di un integratore alimentare, in quanto recante un messaggio diffuso nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili, assume natura pubblicitaria ed è quindi suscettibile di determinare la violazione dell'art. 24 d.lgs. n. 206 del 2005 (sulla pubblicità di prodotti pericolosi per la salute). Così TAR Roma, sez. I, 1° settembre 2008, n. 7974, in *Rass. dir. farm.*, 6, 2008, p. 1330.

dimagrimento come facilmente raggiungibile, senza la necessità di rinunciare (art. 8); deve specificare che l'efficacia del prodotto richiede che lo stesso sia accompagnato da un regime dietetico adeguato e da un'attività fisica maggiore (art. 4); non deve usare testimonianze mediche (art. 3); deve adottare precauzioni nella citazione di studi clinici o scientifici (art. 9); non deve correlare il peso corporeo con la ritenzione di liquidi (art. 11) o l'accumulazione di gas intestinali (art. 12); non deve mettere in cattiva luce la dieta mediterranea ricca in carboidrati complessi (art. 13); non deve rivendicare vantaggi non veritieri o non dimostrati per sottogruppi particolari di soggetti con specifici problemi (art. 14). Frutto della prassi, il regolamento manifesta un'ampia consapevolezza delle più comuni forme di inganno della pubblicità relativa agli integratori alimentari.

In linea generale, la scorrettezza del messaggio è stata riconosciuta tutte le volte in cui le caratteristiche pubblicizzate non corrispondevano all'effettiva composizione e/o efficacia degli integratori. Tra i numerosi esempi, sono stati ritenuti ingannevoli: il *claim* che vantava effetti terapeutici del prodotto¹⁴², anche con riferimento a varie patologie gravi o croniche¹⁴³; la promozione, attraverso profili *social* gestiti da un noto *influencer*, di integratori alimentari presentati come idonei a contrastare il Covid-19 o igienizzanti antibatterici e antivirali, in assenza delle proprietà disinfettanti e di prevenzione delle infezioni tipiche dei presidi medici chirurgici¹⁴⁴; il messaggio pubblicitario che lasciava intendere che, grazie all'assunzione dell'integratore, sarebbe stato possibile per chiunque conseguire, con certezza e rapidità, notevoli e duraturi cali di peso, senza la necessità di adottare un regime alimentare controllato o

¹⁴² A.G.C.M., PS/10420, 23 novembre 2016, Provv. n. 26250, in *Rass. dir. farm.*, 6, 2016, p. 1470.

¹⁴³ A.G.C.M., PS/11051, 13 settembre 2018, Provv. n. 27325, in *Boll.* 37/2018. Il provvedimento ha trovato conferma anche in TAR Roma, sez. I, 11 ottobre 2021, n. 10425, in *Foro amm.*, 10, 2021, p. 1527. Ancora, per un caso analogo cfr. A.G.C.M., PS/10420, 23 novembre 2016, Provv. n. 26250, in *Boll.* 44/2016.

¹⁴⁴ A.G.C.M., PS/11722, 22 settembre 2020, Provv. n. 28360, in *Rass. dir. farm.*, 1, 2021, p. 179.

di svolgere attività fisica¹⁴⁵, o comunque quello che presenti simili vantî in assenza di valido supporto probatorio idoneo a dimostrare la specifica efficacia snellente¹⁴⁶; il messaggio pubblicitario che attribuisca all'integratore straordinarie proprietà dimagranti attraverso testimonianze fornite da sedicenti consumatori, sia pur corredato dall'indicazione circa la natura soggettiva e ascientifica degli effetti vantati dai vari testimoni e la necessità di combinarvi un regime alimentare e sportivo adeguato, in quanto ritenuta inadeguata a correggere il potenziale deiettivo dato il carattere decisamente inferiore a quello utilizzato per descrivere i vantî¹⁴⁷; l'evocazione, attraverso riferimenti a determinate sostanze, di caratteristiche non possedute dall'integratore pubblicizzato¹⁴⁸.

Analogamente, nel contesto autodisciplinare sono stati ritenuti ingannevoli *claims* idonei ad attribuire a integratori alimentari capacità terapeutiche, dietetiche e nutrizionali non possedute¹⁴⁹ – anche mediante accostamento a farmaci¹⁵⁰ – e inverosimili¹⁵¹, o che evidenziavano qualità diverse da quelle scientificamente provate, indimostrabili e capaci di fuorviare il consumatore sulle caratteristiche del prodotto¹⁵², o ancora che vantavano una superiorità del prodotto rispetto ai concorrenti priva di supporto scientifico¹⁵³. Il Giurì ha ritenuto un'omissione ingannevole la mancata specificazione delle controindicazioni nell'uso di

¹⁴⁵ Tra le tante ipotesi, cfr.: A.G.C.M., PI/6500, 27 marzo 2008, Provv. n. 18197, in *Boll.* 12/2008; A.G.C.M., PI/5485, 7 febbraio 2008, Provv. n. 17985, in *Boll.* 5/2008; A.G.C.M., PI/3435, 20 dicembre 2001, Provv. n. 10272, in *Boll.* 51-52/2001.

¹⁴⁶ TAR Roma, sez. I, 9 aprile 2019, n. 4630, in *Rass. dir. farm.*, 4, 2019, p. 935.

¹⁴⁷ A.G.C.M., PS/9350, 19 dicembre 2014, Provv. n. 25248, in *Rass. dir. farm.*, 2, 2015, p. 451.

¹⁴⁸ A.G.C.M., PS/8768, 20 novembre 2013, Provv. n. 24627, in *Rass. dir. farm.*, 2, 2014, p. 428.

¹⁴⁹ Numerose sono le decisioni autodisciplinari relative a casi simili. Si rinvia a: Comitato n. 95/2018, Giurì n. 87/2018, n. 69/2017, n. 19/2002, n. 151/2001, n. 6/94.

¹⁵⁰ Giurì n. 15/2015.

¹⁵¹ Comitato n. 27/2018.

¹⁵² Giurì n. 65/2018 e n. 30/2007.

¹⁵³ Giurì n. 21/2018.

un integratore¹⁵⁴, o della necessità di accompagnarlo a un regime dietetico specifico per l'ottenimento dei risultati auspicati¹⁵⁵.

Le medesime considerazioni valgono per le pubblicità relative ai trattamenti fisici ed estetici, che non devono indurre i destinatari ad attribuirvi funzioni terapeutiche o restitutive, o la capacità di produrre risultati radicali, e devono evitare richiami a raccomandazioni o attestazioni di tipo medico (art. 24 cod. aut.). Occorre pertanto astenersi dall'uso di affermazioni perentorie o definitive sull'efficacia del prodotto, come "risolvere ogni problema di grasso"¹⁵⁶ o "soluzione definitiva"¹⁵⁷; allo stesso modo, va scongiurato l'uso di espressioni che paventino l'esistenza di test clinici e attestazioni mediche, anche semplicemente mediante rappresentazioni visive¹⁵⁸.

6.5. *La pubblicità dei prodotti da fumo*

La pubblicità dei prodotti da fumo è stata vietata dalla l. 10 aprile 1962, n. 165, composta da un unico articolo¹⁵⁹. Dalla categoria vanno esclusi gli articoli per fumatori, in considerazione del fatto che la disposizione è posta a esclusivo presidio del diritto alla salute¹⁶⁰.

Il divieto è stato sostanzialmente recepito, pur senza abrogazione, dal d.lgs. 16 dicembre 2004, n. 300, che, in attuazione della dir. 03/33/CE, regola la pubblicità, diversa da quella televisiva, dei "prodotti del tabacco", cioè di tutti i prodotti costituiti anche solo in parte da tabacco e destinati a essere fumati, fiutati, succhiati o masticati (art. 1). La disciplina censura ogni forma di comunicazione commerciale – sia essa stampa (art. 2, co. 1), radiofonica (art. 3) o veicolata mediante servizi

¹⁵⁴ Giuri n. 238/04.

¹⁵⁵ Giuri n. 9/2017, n. 60/2002, n. 87/2000, n. 71/96.

¹⁵⁶ Giuri n. 14/79.

¹⁵⁷ Giuri n. 194/93.

¹⁵⁸ Giuri n. 22/2009.

¹⁵⁹ Nel caso di violazione del divieto la l. 165/1962 prevede l'applicazione di una sanzione pecuniaria, aumentata dalla l. 22 febbraio 1983, n. 52, da 2.582 a 25.823 euro.

¹⁶⁰ V. AMATO, *Osservazioni in tema di divieto di propaganda pubblicitaria dei prodotti da fumo*, in *Giur. it.*, 1989, p. 366 ss.

della società dell'informazione (art. 2, co. 3) – avente lo scopo o l'effetto, diretto o indiretto, di promozione di tali prodotti, ivi compresa la sponsorizzazione (art. 4). È fatta salva la pubblicità stampa mediante pubblicazioni dirette a uso esclusivo dei professionisti del commercio, o non destinate principalmente al mercato comunitario (art. 2, co. 2).

Un ulteriore intervento normativo si è avuto con il d.lgs. 12 gennaio 2016, n. 6, che ha assorbito la disciplina di cui alla dir. 14/40/UE sul ravvicinamento delle normative nazionali relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati. In questa sede, occorre richiamare l'art. 21, co. 10, del decreto, che estende i divieti appena visti alla promozione di sigarette elettroniche e di contenitori di liquido di ricarica, a eccezione delle pubblicazioni destinate esclusivamente ai professionisti del settore; in applicazione del divieto, la giurisprudenza ha ritenuto legittimo, in quanto finalizzato a tutelare il bene della salute, il rifiuto opposto da un *social network* all'inserimento di messaggi che, pur volti a promuovere liquidi di ricarica per sigarette elettroniche privi di nicotina, pubblicizzino indirettamente prodotti vietati attraverso immagini evocative del fumo e rinvii al sito *web* dell'inserzionista¹⁶¹.

Quanto al mezzo audiovisivo, occorre far riferimento al d.lgs. 208/2021, più volte visto sopra, il quale all'art. 43, co. 1, lett. *d*), vieta qualsiasi forma di comunicazione commerciale audiovisiva per le sigarette e gli altri prodotti a base di tabacco o contenenti nicotina, ivi comprese le sigarette elettroniche e i contenitori di liquido di ricarica. La disposizione ha cura di precisare che

tali comunicazioni sono vietate anche se effettuate in forma indiretta, mediante utilizzo di nomi, marchi, simboli o di altri elementi caratteristici di prodotti del tabacco o di aziende la cui attività principale consiste nella produzione o nella vendita di tali prodotti, quando per forme, modalità e mezzi impiegati ovvero in base a qualsiasi altro univoco elemento tale utilizzo sia idoneo a perseguire una finalità pubblicitaria dei prodotti stessi.

Si tratta di una previsione normativa ragionevole, considerato il fatto che soprattutto in certi contesti non sembra difficile rintracciare conti-

¹⁶¹ Trib. Milano, 19 giugno 2017, in *Rass. dir. farm.*, 5, 2017, p. 1017.

nue forme di pubblicità indiretta, probabilmente psicologicamente più efficaci proprio perché più subdole. Al fine di determinare quale sia l'attività principale dell'azienda deve farsi riferimento all'incidenza del fatturato delle singole attività, di modo che quella principale sia comunque prevalente rispetto a ciascuna delle altre attività di impresa nell'ambito del territorio nazionale. Analogamente, è vietata la sponsorizzazione, da parte di tali aziende, dei servizi di media audiovisivi e dei programmi (art. 46, co. 2, d.lgs. 208/2021).

Sono altresì proibite le televendite di sigarette, sigarette elettroniche, contenitori di liquido di ricarica o altri prodotti del tabacco o contenenti nicotina (art. 47, co. 1).

Essendo vietata la pubblicità palese, a maggior ragione deve essere stigmatizzata quella occulta, come il *product placement* all'interno di programmi e servizi trasmessi tramite il mezzo audiovisivo (art. 48, co. 4, lett. a), del Testo Unico). Vi è il rischio che il consumo di tali prodotti da parte di certi modelli di comportamento – non mancano esempi di rappresentazioni cinematografiche al riguardo – possa risultare suggestivo per il consumatore e al contempo pericoloso per la sua salute in mancanza di controindicazioni sulla pericolosità del fumo.

L'Autorità antitrust ha identificato una pubblicità occulta nell'artificiosa inquadratura di un determinato prodotto da fumo, priva di una giustificazione nel contesto narrativo, che accentui la natura promozionale della fotografia sulla base di elementi gravi, precisi e concordanti, quali per esempio, la posizione del prodotto in modo chiaramente visibile, nonché l'assenza di collegamento tra immagine fotografica dello stesso prodotto e le altre raffigurazioni riportate nel messaggio¹⁶². Diversamente, è stato escluso il carattere occulto di quella pubblicità nella quale sussiste l'esigenza di tutelare la libertà delle creazioni artistiche, o la libera manifestazione del pensiero, in particolare nel caso in cui gli elementi contenuti nella fotografia che richiamino il pacchetto di sigarette assumano un ruolo secondario nell'economia complessiva dell'im-

¹⁶² A.G.C.M., PI/3235, 24 aprile 2001, Provv. n. 9469, in *Giust. civ.*, I, 2001, p. 2860.

magine e del servizio fotografico e risultino pertinenti al contenuto dell'articolo¹⁶³.

Il divieto di pubblicità di prodotti da fumo era stato considerato, già da risalente giurisprudenza di legittimità, esteso a ogni forma di comportamento, diretto o indiretto, destinato al pubblico e idoneo a sollecitarlo all'acquisto¹⁶⁴. Nel caso di specie, riguardante astucci scolastici raffiguranti pacchetti di sigarette di marche note, la Corte ha precisato che l'applicazione del divieto legale si giustifica ogni qualvolta vi sia un effetto evocativo del consumo di prodotti da fumo, anche se l'uso del marchio sia applicato a prodotti di diversa natura.

Occorre però che il divieto non si scontri con la libertà imprenditoriale di commerciare il prodotto da fumo, per cui deve farsi salvo l'inevitabile effetto propagandistico insito nell'offerta al pubblico all'interno dei locali a ciò destinati. Inoltre, deve distinguersi: il caso in cui il marchio in questione sia utilizzato per la prima volta in relazione al prodotto da fumo, per cui vale il divieto di evocarlo successivamente per prodotti diversi; il caso in cui, invece, il marchio nasca per prodotti di diversa natura e venga solo successivamente abbinato a prodotti da fumo, nel qual caso lo stesso è liberamente utilizzabile¹⁶⁵.

Secondo la Cassazione, dunque, deve essere censurata ogni forma di sollecitazione all'acquisto e al consumo di prodotti da fumo, anche indiretta od occulta, ivi compresa la sponsorizzazione di oggetti o eventi¹⁶⁶. Vi rientra la rappresentazione di un segno che richiama o ripete il marchio di prodotti da fumo, pur se usato per prodotti, attività o eventi in astratto diversi, qualora il giudice accerti che questi ultimi, nella percezione del mercato, tenuto anche conto del concreto contesto d'uso del segno, non presentino un sufficiente grado di autonomia, prevalente rispetto al prodotto da fumo, sicché il messaggio pubblicitario che promuove quel segno, lungi dal limitarsi a evocare il marchio originario, finisce pur sempre per ingenerare e incentivare la penetrazione com-

¹⁶³ A.G.C.M., PI/3529, 24 gennaio 2002, Provv. n. 10378, in *Giust. civ.*, I, 2003, p. 561.

¹⁶⁴ Cfr. Cass. Sez. Un., 6 ottobre 1995, n. 10508, in *Giur. it.*, I, 1, 1996, p. 451.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Come confermato da Cass., sez. I, 14 settembre 2004, n. 18431, in *Foro it.*, vol. 128, IV, p. 1099 s.

merciale del prodotto da fumo, così realizzandosi l'effetto pubblicitario proibito dalla legge¹⁶⁷.

La sollecitazione può avvenire anche attraverso *claims* idonei a sminuire gli effetti nefasti per la salute: un caso noto è quello della dicitura "lights" apposta sui pacchetti di sigarette – ormai anch'essa vietata –, la quale è stata considerata dalla Corte di Cassazione pubblicità ingannevole, come tale idonea a integrare un elemento costitutivo della responsabilità aquiliana, idoneo a produrre la lesione di una posizione giuridica altrui tutelata dall'ordinamento giuridico¹⁶⁸.

Quanto al settore autodisciplinare, pur mancando un divieto specifico, la pubblicità di prodotti da fumo è stata inizialmente stigmatizzata alla luce dell'art. 1 del codice, in quanto vietata dalla l. 165/1962¹⁶⁹. Successivamente, tuttavia, il Giurì, sostenendo il principio di separazione tra ordinamento autodisciplinare e ordinamento statale, l'ha ricondotta all'art. 12, dedicato alla pubblicità dei prodotti pericolosi¹⁷⁰, da cui la conseguenza – anomala rispetto al normale standard di valutazione autodisciplinare – di un criterio valutativo più tenue rispetto al divieto legale assoluto: in applicazione dell'art. 12, la pubblicità dei prodotti da fumo sarebbe infatti vietata, come per gli altri prodotti pericolosi, solo se il messaggio sia idoneo a indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza¹⁷¹.

Il Giurì si è pronunciato anche sulla pubblicità dei dispositivi per riscaldare il tabacco, ritenendola legittima in quanto, oltre a non trovare allo stato un divieto legale di promozione pubblicitaria, non risulta in contrasto con le norme del codice di autodisciplina¹⁷².

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ Cass., sez. III, 4 luglio 2007, n. 15131, in *Giust. civ.*, 3, I, 2008, p. 716.

¹⁶⁹ Giurì n. 29/78 e n. 13/77.

¹⁷⁰ Tra le tante, vedi Giurì n. 154/91 e n. 2/80.

¹⁷¹ Così Giurì n. 48/83 e n. 27/79. Cfr., in dottrina, V. FRANCESCHELLI, *Fumo e uso del marchio a fini pubblicitari*, in *Riv. dir. ind.*, 1987, p. 316.

¹⁷² Giurì n. 41/2020.

6.6. La pubblicità dei giocattoli per bambini e dei corsi di istruzione

Il sistema autodisciplinare dedica una regola specifica anche alla pubblicità dei giocattoli per bambini. L'art. 28-*bis* del codice vieta la comunicazione commerciale dei giocattoli, giochi e prodotti educativi per bambini che induca in errore sulla natura e sulle prestazioni e dimensioni del prodotto, sul grado di abilità necessario per utilizzarlo, nonché sull'entità della spesa, specie quando il funzionamento del prodotto richieda l'acquisto di prodotti complementari. Su quest'ultimo aspetto, si precisa che il messaggio non deve minimizzare il prezzo o far credere che l'acquisto del prodotto sia normalmente compatibile con qualsiasi bilancio familiare.

Come può evincersi, si tratta di una particolare specificazione del generale divieto di ingannevolezza pubblicitaria sulle caratteristiche del prodotto, stigmatizzato dall'art. 21 del codice del consumo. Appare significativa la particolare attenzione rivolta al prezzo dei giocattoli e in particolare alle modalità di indicazione. E ciò si giustifica probabilmente per l'ampia diffusione, nella prassi, di *claims* che utilizzano espressioni quali "tutto compreso", per prodotti il cui funzionamento richiede necessariamente l'utilizzo di altri beni non compresi nel prezzo¹⁷³, o "solo" o "appena", ritenute idonee a indurre, in primis agli occhi di un bambino, una minimizzazione del costo del prodotto¹⁷⁴.

Allo stesso modo, manca di una regolazione legislativa *ad hoc* la pubblicità dei corsi di istruzione, spesso oggetto di giudizio negativo, sotto diversi profili, da parte dell'Autorità antitrust. Alcune comunicazioni commerciali sono state stigmatizzate in quanto promettevano di conseguire con certezza determinati risultati entro tempi estremamente ristretti¹⁷⁵; altre lasciavano intendere, contrariamente al vero, che si trattasse di scuole legalmente riconosciute o parificate a quelle statali¹⁷⁶; altre ancora ingannavano sulla possibilità di ottenere un titolo pro-

¹⁷³ Giurì n. 1/84.

¹⁷⁴ *Ex multis*, cfr. Giurì n. 257/96, n. 113/88 e n. 67/87.

¹⁷⁵ A.G.C.M., PI/2850, 28 maggio 2000, Provv. n. 8449, in *Boll.* 26/2000.

¹⁷⁶ Tra i vari casi, si rinvia a: A.G.C.M., PI/6247, 7 febbraio 2008, Provv. n. 17989, in *Boll.* 5/2008; A.G.C.M., PI/6175, 18 ottobre 2007, Provv. n. 17516, in *Boll.* 39/2007; A.G.C.M., PI/4253, 22 dicembre 2003, Provv. n. 12760, in *Giust. civ.*, I, 2004, p. 2882.

fessionale¹⁷⁷. Allo stesso modo, il Consiglio di Stato ha ritenuto decettiva la pubblicità che presentava falsamente un corso come idoneo ad attribuire crediti validi per l'ottenimento di titoli pubblici¹⁷⁸.

Anche in questo caso, una regola è invece contenuta nel codice di autodisciplina. L'art. 26 prevede che

la comunicazione commerciale relativa a corsi di istruzione e metodi di studio o di insegnamento non deve contenere alcuna promessa di lavoro né esagerare le possibilità di impiego o di remunerazione che si offrono a coloro che seguono i corsi stessi o adottano i metodi proposti e neppure offrire titoli e qualifiche non riconosciuti o comunque non ottenibili con questi mezzi.

In applicazione della disposizione, il Giurì ha censurato pubblicità che paventavano falsamente il riconoscimento, al termine del corso di studio, di titoli validi nell'ordinamento giuridico¹⁷⁹, o che esageravano, mediante espressioni tendenzialmente generiche, la possibilità di impiego o remunerazione¹⁸⁰.

6.7. *La comunicazione commerciale in materia creditizia*

Lo sviluppo e l'ampia diffusione che, negli ultimi anni, ha interessato il ricorso ai servizi finanziari da parte dei risparmiatori ha indotto il legislatore a rafforzare la protezione dei c.d. contraenti deboli del rapporto bancario¹⁸¹. L'operazione di credito, infatti, è tipicamente caratte-

¹⁷⁷ A.G.C.M., PS/7482, 4 luglio 2012, Provv. n. 23712, in *Boll.* 27/2012. Più risalente, A.G.C.M., PI/2412, 16 luglio 1999, Provv. n. 7410, in *Boll.* 28/1999.

¹⁷⁸ Cons. St., sez. VI, 31 maggio 2005, n. 2852, in *Ragiusan*, 257, 2005, p. 389.

¹⁷⁹ Tra le tante, vedi Giurì n. 318/2000 e n. 201/2000.

¹⁸⁰ Giurì n. 43/90.

¹⁸¹ Sulla materia bancaria, cfr.: E. CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*, Milano, 2021; F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001; G. CRICENTI, F. GRECO (a cura di), *Il nuovo diritto bancario. Contratti, responsabilità e composizione dei conflitti*, Milano, 2020; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari*, Bologna, 2013; M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007.

rizzata da un'asimmetria informativa¹⁸² e negoziale, dalla quale emerge l'esigenza di adottare precauzioni e formalità negoziali che compensino, almeno in potenza, la condizione di naturale debolezza da cui è affetto il risparmiatore.

Tra i dispositivi di tutela, assume un ruolo centrale la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. La materia era inizialmente regolata, a partire dagli anni Ottanta, attraverso regolamenti autodisciplinari dell'Associazione Bancaria Italiana, tra cui l'accordo interbancario del 1988 sulla pubblicità e la trasparenza delle condizioni applicabili ai clienti degli istituti di credito¹⁸³.

La natura autodisciplinare dei provvedimenti, espressione degli interessi di categoria, minava il pieno raggiungimento dell'obiettivo di tutela del risparmiatore, da cui l'esigenza di un intervento normativo dall'alto. Intervento che si è avuto dapprima tramite la l. 17 febbraio 1992, n. 154 e successivamente con l'introduzione del Titolo VI del Testo Unico Bancario (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385)¹⁸⁴, fonte normativa di riferimento per l'intero settore.

Corollario del principio di trasparenza bancaria è l'obbligo, per il professionista, di fornire un insieme di informazioni corretto e completo, idoneo a consentire anche al contraente più sprovvisto di assumere una decisione negoziale consapevole¹⁸⁵.

In attuazione della delega contenuta nel terzo comma dell'art. 116 t.u.b., il Comitato Interministeriale per il Credito e per il Risparmio (CICR) ha emanato il 4 marzo 2003 un provvedimento sulla "Disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari", con cui ha individuato gli strumenti di pubblicità che gli istituti bancari devono adottare, delegando la Banca

¹⁸² Tra i riferimenti dottrinali allo squilibrio cognitivo nel settore finanziario, cfr.: U. MORERA, F. VELLA (a cura di), *Finanza comportamentale. Investitori a razionalità limitata*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2012. In giurisprudenza, sull'asimmetria informativa cfr. Cass., 16 febbraio 2018, n. 3914, in *Giur. comm.*, 4, II, 2020, p. 805.

¹⁸³ L. MACCHIA, *Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*, in G. CRICENTI, F. GRECO (a cura di), *op. cit.*, p. 219 ss.

¹⁸⁴ Le regole in materia di trasparenza bancaria si applicano a tutti i soggetti che, a prescindere dalla sede legale principale, operano in Italia (art. 115 t.u.b.).

¹⁸⁵ A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, p. 77.

d'Italia a emanare le disposizioni di dettaglio¹⁸⁶. Uno dei principali obiettivi della regolazione è quello di riconoscere un livello elevato di tutela alla clientela attraverso la semplificazione delle informazioni bancarie e dei documenti di trasparenza, con una specifica valorizzazione del *medium* telematico anche nell'ottica di facilitare la comparabilità delle offerte.

La disciplina sulla trasparenza bancaria, sia primaria che secondaria, è stata oggetto di diverse modifiche nel corso del tempo, principalmente in ragione degli interventi normativi di origine comunitaria, stimolati dall'esigenza di rimuovere le distorsioni della concorrenza tra operatori del credito e di creare un mercato più trasparente ed efficiente. Merita di essere menzionata, in questo senso, la dir. 08/48/CE in materia di credito ai consumatori¹⁸⁷, attuata in Italia con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, che ha introdotto nel Titolo VI del t.u.b. il capo II, con riflessi anche sulla normativa secondaria della Banca d'Italia. L'esigenza di garantire un'adeguata informazione vale in particolare per il credito al consumo, inteso, ai sensi dell'art. 121 del t.u.b., come «il contratto con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria».

Il testo unico introduce un insieme di requisiti inderogabili (art. 127) miranti ad assicurare un elevato livello di trasparenza per un'operazione economica, quella finanziaria-bancaria, caratterizzata da una spiccata complessità tecnica, evidentemente al di fuori della portata cognitiva del risparmiatore medio. Tra questi, la forma scritta *ad substantiam* del contratto di credito (art. 125-*bis*), la necessità che lo stesso possieda un contenuto minimo (artt. 117, co. 4 e 125-*bis*), il meccanismo di integrazione delle lacune contrattuali e di sostituzione delle clausole nulle, l'obbligo di comunicazioni periodiche alla clientela (art. 125-*bis*).

Le disposizioni normative convergono nel fine: obbligare gli intermediari finanziari ad assumere pratiche idonee a consentire ai rispar-

¹⁸⁶ Un ruolo di primo piano deve essere riconosciuto al Provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009 concernente la *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*.

¹⁸⁷ Sulla *ratio* della disciplina, si rinvia alla sentenza CGUE, 5 settembre 2019, C-331/2018, *Pohotovost*, punto 41, CELEX:62018CA0331.

miatori una formazione libera del proprio processo decisionale. Il valore della trasparenza deve essere apprezzato con riferimento alla “consapevolezza” delle caratteristiche dei prodotti finanziari e alla “libertà” della relativa scelta contrattuale¹⁸⁸.

Un ruolo centrale, in questo senso, va attribuito agli obblighi informativi imposti agli istituti bancari nella fase antecedente a quella contrattuale, strumentali ad assicurare un flusso minimo di dati alla clientela¹⁸⁹. La trasparenza si traduce nella disponibilità e nell’impegno dell’operatore finanziario a fornire un set informativo completo e corretto ai risparmiatori interessati, evitando a questi ultimi un’erronea percezione delle alternative presenti sul mercato finanziario¹⁹⁰.

Il corretto adempimento degli obblighi informativi deve essere inteso come necessario prerequisite dell’operazione finanziaria, esigibile a prescindere dalle caratteristiche del risparmiatore. Gli strumenti principali di trasparenza e informazione precontrattuale includono le guide pratiche, il foglio informativo, la copia completa del contratto e il documento di sintesi. È bene evidenziare che, per quel che interessa la presente trattazione, l’unico strumento a cui può dedicarsi una certa attenzione è il foglio informativo – l’unico che presenta una struttura e una funzione para-pubblicitaria – diversamente dagli altri che invece si collocano nella fase più strettamente negoziale.

Il foglio informativo è infatti il documento precontrattuale più importante, attraverso cui l’intermediario mostra al pubblico le caratteristiche dei prodotti e le condizioni contrattuali. Per alcune operazioni come il conto corrente per i consumatori, il suo contenuto è stabilito *ex ante* secondo modelli della Banca d’Italia, mentre per le altre si prescrive un contenuto minimo, con informazioni sull’intermediario, sulle ca-

¹⁸⁸ Così D. ROSSANO, *Le «tecniche cognitive» nei contratti di intermediazione finanziaria*, Napoli, 2011, p. 134.

¹⁸⁹ Cfr., sul tema, anche A. BOVE, *Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*, in F. FIORUCCI (a cura di), *La disciplina dei rapporti bancari. Normativa, giurisprudenza e prassi*, Padova, 2012, p. 382.

¹⁹⁰ La trasparenza, se considerata quale tecnica di negoziazione e oggetto di pubblicità commerciale, può essere intesa in termini di intelligibilità. Così Cons. St., sez. VI, 19 settembre 2017, n. 4378, cit.; nel settore autodisciplinare, nello stesso senso cfr. Giur. n. 54/2018.

ratteristiche e i rischi tipici dell'operazione o servizio, sulle condizioni economiche e sulle clausole contrattuali concernenti il diritto di recesso.

Il foglio informativo deve essere messo a disposizione del cliente nei locali aperti al pubblico, anche mediante strumenti tecnologici, mentre nel caso di offerta fuori dai locali deve esserne consegnata necessariamente copia da parte del dipendente bancario che proponga il prodotto o servizio¹⁹¹. Nel caso di offerta a distanza, il foglio informativo viene pubblicato sul sito Internet della banca, o sull'eventuale diverso mezzo utilizzato per la comunicazione a distanza delle caratteristiche dei prodotti offerti.

Occorrerebbe distinguere tra offerta fuori sede, la quale implica contatti diretti e personalizzati con la clientela, anche potenziale, e l'annuncio pubblicitario in senso stretto, non personalizzato e rivolto a una collettività indefinita di destinatari. Non è sempre facile tracciare una linea netta di confine tra le due ipotesi che, specie per talune forme di comunicazione a distanza, tendono a convergere¹⁹²; cionondimeno la dottrina mantiene, almeno sul piano teorico, la distinzione tra la documentazione prenegoziale, in cui rientra il foglio informativo, e la pubblicità in senso stretto, che può anche limitarsi a farvi riferimento.

La prima disposizione in materia di pubblicità bancaria è contenuta nell'art. 116, co. 1, del t.u.b., che stabilisce il dovere delle banche e degli intermediari finanziari di rendere noti in modo chiaro ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi. Per le operazioni di finanziamento, comunque denominate, deve essere pubblicizzato il tasso effettivo globale medio (c.d. TAEG), il quale, consentendo al rispar-

¹⁹¹ Con "offerta fuori sede" deve intendersi, secondo il Provvedimento di Banca d'Italia del 29.07.2009, l'offerta «svolta in un luogo diverso dalla sede o dalle dipendenze dell'intermediario», ivi inclusa la "promozione", la quale, ai sensi del Comunicato n. 11 del 14 gennaio 2006 dell'Autorità di vigilanza, comprende la pubblicizzazione nei confronti della potenziale clientela.

¹⁹² L. MACCHIA, *op. cit.*, p. 266.

miatore di conoscere il costo complessivo del credito, rappresenta un elemento determinante per la sua decisione economica¹⁹³.

La dottrina ha in più occasioni manifestato una certa perplessità sull'utilizzo del termine "pubblicità" per l'informativa precontrattuale, la quale mancherebbe della natura promozionale e indifferenziata tipica della *réclame*, anche se vi è chi ha evidenziato come sia presente un inevitabile effetto promozionale in qualsivoglia messaggio rivolto al pubblico che prospetti le condizioni economiche di un prodotto bancario¹⁹⁴. A ben vedere, l'estensibilità della disposizione alla comunicazione pubblicitaria è espressamente prevista dall'art. 116, co. 3, lett. *d*), che conferisce al CICR il compito di individuare gli elementi essenziali, fra quelli visti sopra, che devono essere indicati negli annunci pubblicitari e nelle offerte, con qualsiasi mezzo effettuati, con cui i soggetti indicati nell'articolo 115 rendono nota la disponibilità delle operazioni e dei servizi; lo conferma il comma successivo, che ha cura di precisare che «le informazioni pubblicizzate non costituiscono offerta al pubblico a norma dell'art. 1336 c.c.», mancando, come nel caso della pubblicità, l'elemento della proposta, in luogo del quale sussiste un mero invito a offrire¹⁹⁵.

È dunque prerogativa anche del semplice messaggio pubblicitario di indicare correttamente i costi derivanti dall'operazione di credito promossa¹⁹⁶, da cui l'identificazione di un contenuto essenzialmente eco-

¹⁹³ Nel caso in cui la Banca non rispetti le disposizioni di cui all'art. 116, la Banca d'Italia può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria da € 30.000 fino al 10% del fatturato e inoltre può inibire o sospendere temporaneamente l'attività della banca, ordinando altresì la restituzione delle somme indebitamente percepite.

¹⁹⁴ Per una ricostruzione della diatriba dottrinale, si rinvia al commento all'art. 116 t.u.b. contenuto in S. BONFATTI, *Commentario al Testo Unico Bancario*, Pisa, 2021, p. 757 ss.

¹⁹⁵ Quest'ultima previsione normativa si giustifica per il fatto che la comunicazione commerciale è parametrata secondo criteri suscettibili di trattative individuali migliorative delle condizioni economiche. Sul tema, cfr. ABF Milano, 15 giugno 2012, n. 2042, in www.arbitrobancariofinanziario.it.

¹⁹⁶ L'Arbitro Bancario Finanziario ha sottolineato come l'art. 116 t.u.b. riconosca la "correttezza" dell'informazione pubblicitaria ancora prima della trasparenza contrattuale. Così ABF Napoli, 10 giugno 2015, n. 4717, ma anche ABF Milano, 19 gennaio 2015, n. 326, entrambe consultabili sul sito dell'autorità www.arbitrobancariofinanziario.it.

nomico della pubblicità bancaria come tipicamente identificata dal legislatore¹⁹⁷. Ad ogni modo, in applicazione della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette (art. 18 ss. cod. cons.), qualsivoglia informazione fornita attraverso il messaggio deve essere corretta, ivi inclusa, per esempio, la qualifica dell'operatore pubblicizzato¹⁹⁸.

L'Antitrust ha stigmatizzato le pratiche che denotano un deficit della specifica competenza e attenzione che dovrebbe attendersi da un istituto bancario, quindi la palese contrarietà alla diligenza professionale delle modalità di indicazione e di redazione delle condizioni economiche sui documenti informativi relativi all'operazione pubblicizzata¹⁹⁹; allo stesso modo, l'ABF ha dichiarato "inopportuna" la prassi della banca di fare ricorso a forme di pubblicità precontrattuale via Internet che presentino profili di decettività, come il *claim* "fido per stare tranquilli" oppure il messaggio che presenti i requisiti oggettivi del finanziamento facendo intendere che non risulti necessaria un'istruttoria²⁰⁰.

La Banca d'Italia ha precisato che i documenti informativi devono essere predisposti secondo correttezza, completezza e comprensibilità dei dati forniti; il che si traduce, da un punto di vista formale, nel necessario utilizzo di forme di esposizione leggibili, nell'adozione di un ordine logico delle informazioni fornite, nell'uso di una sintassi semplice e parametrata al livello di alfabetizzazione finanziaria che ci si può attendere dal destinatario medio del prodotto²⁰¹. Diversamente, si rischierebbe di svilire la *ratio* della disciplina, che è quella di consentire al cliente di valutare con sufficiente certezza la sostenibilità dell'impegno negoziale²⁰².

¹⁹⁷ Così E. CATERINI, G. MURGOLO, *La trasparenza bancaria*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *Contratti bancari*, Milano, 2021, p. 152.

¹⁹⁸ A.G.C.M., PS/7111, 21 dicembre 2011, Prov. n. 23152, in *Boll.* 1/2012.

¹⁹⁹ A.G.C.M., PS/11401, 17 aprile 2019, Prov. n. 27977, in *Boll.* 16/2019.

²⁰⁰ ABF Milano, 23 settembre 2010, 969, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*.

²⁰¹ Si rinvia, sul punto, all'Allegato 1 del Provvedimento di Banca d'Italia del 29 luglio 2009, "Guida alla redazione dei documenti di trasparenza", in cui possono rintracciarsi consigli istituzionali sulle principali indicazioni redazionali adottabili.

²⁰² ABF Roma, 22 dicembre 2014, n. 8605, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*.

Un'altra disposizione dedicata alla comunicazione commerciale in materia bancaria – e in particolare in materia di credito ai consumatori – è l'art. 123, co. 1, t.u.b., rubricato «pubblicità», che stabilisce che

fermo restando quanto previsto dalla parte II, titolo III, del codice del consumo, gli annunci pubblicitari che riportano il tasso d'interesse o altre cifre concernenti il costo del credito indicano le seguenti informazioni di base, in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata con l'impiego di un esempio rappresentativo: a) il tasso d'interesse, specificando se fisso o variabile, e le spese comprese nel costo totale del credito; b) l'importo totale del credito; c) il TAEG; d) l'esistenza di eventuali servizi accessori necessari per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni pubblicizzate, qualora i costi relativi a tali servizi non siano inclusi nel TAEG in quanto non determinabili in anticipo; e) la durata del contratto, se determinata; f) se determinabile in anticipo, l'importo totale dovuto dal consumatore, nonché l'ammontare delle singole rate.

La norma sostanzialmente ricalca il contenuto dell'art. 4 della dir. 08/48/CE, riproposto nell'art. 11 della dir. 14/17/UE in materia di contratto di credito immobiliare ai consumatori, che ha modificato la precedente disciplina ed è stata trasposta agli artt. 120-*bis* ss. del Testo Unico attraverso il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72.

Per il credito immobiliare, l'art. 120-*octies* t.u.b., oltre a imporre per i messaggi pubblicitari che indichino i costi del credito le medesime informazioni di cui all'art. 123 – a cui aggiunge l'indicazione del soggetto finanziatore, dell'eventuale esistenza di ipoteca e, in caso di finanziamenti in valuta estera, di un'avvertenza relativa alle possibili incidenze sul costo del credito derivanti dalle eventuali fluttuazioni del tasso di cambio – introduce una disposizione di principio, secondo cui

gli annunci pubblicitari relativi a contratti di credito sono effettuati in forma corretta, chiara e non ingannevole. Essi non contengono formulazioni che possano indurre nel consumatore false aspettative sulla disponibilità o il costo del credito²⁰³.

²⁰³ Sul tema cfr. S. BELLETTATO, *Obblighi informativi del finanziatore e misure di tutela del consumatore: la disciplina attuativa della direttiva n. 2014/17/UE*, in *Studium iuris*, 3, 2017, p. 292 ss.

Trova conferma la centralità, all'interno della disciplina sul credito, degli obblighi di *disclosure*, progressivamente personalizzati e aggravati nel percorso di avvicinamento all'accordo negoziale, la cui prima fase è quella strettamente pubblicitaria, in cui la banca rende nota al pubblico la propria attività creditizia. Rispetto all'art. 116 t.u.b., l'art. 123 deve considerarsi speciale e autonomo, con la conseguenza che – mentre l'art. 116 stabilisce un connotato di doverosità per la pubblicità relativa a tutte le operazioni di finanziamento – la comunicazione commerciale sul credito al consumo viene lasciata libera nell'*an*, mentre è vincolata nel contenuto solo ove indichi elementi riguardanti il costo del credito, da cui la paradossale circostanza di una tutela deteriore nel caso di credito rivolto ai consumatori. Lo stesso può dirsi per disciplina di cui all'art. 120-*octies* sulla pubblicità del credito immobiliare ai consumatori.

Secondo le disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari del 29 luglio 2009, nel tempo modificate, devono includersi nella nozione di "annuncio pubblicitario" tutti i messaggi, in qualsiasi modo diffusi, con natura promozionale e ogni altra documentazione non personalizzata avente la funzione di rendere note le condizioni dell'offerta alla potenziale clientela²⁰⁴. Nonostante la qualifica legislativa, non può non evidenziarsi il carattere estremamente articolato delle informazioni individuate dall'art. 123, anomalo rispetto alla struttura sintetica del *claim* promozionale; per tali ragioni, è stato evidenziato l'avvicinamento di tale figura di comunicazione commerciale allo schema di cui all'art. 1336 c.c. – che come abbiamo visto sopra viene espressamente escluso per l'ipotesi di pubblicità prevista dall'art. 116 per ogni operazione bancaria –, non senza sottolineare i rischi di confusioni e asimmetrie informative per eccesso a danno del consumatore²⁰⁵.

A ben vedere, l'esistenza di un contenuto più dettagliato del messaggio commerciale non vale per ciò solo ad attrarlo nello schema dell'offerta al pubblico. Semmai, la circostanza potrebbe rilevare quale

²⁰⁴ Vi rientrano i fogli informativi di cui alla Deliberazione del CICR del 4 marzo 2003.

²⁰⁵ G. CARRIERO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in *Riv. dir. civ.*, 5, II, 2009, p. 509 ss.

sintomo di un'attitudine della comunicazione promozionale ad assumere una portata negoziale, preannunciando in sostanza una parte fondamentale del contratto che potrà essere stipulato dal consumatore, come vedremo nel prosieguo²⁰⁶.

Pur non rientrando tra i mezzi dell'informazione obbligatoria, diversamente dall'informazione strettamente precontrattuale, è preclusa la diffusione di annunci pubblicitari ingannevoli, con riguardo sia al contenuto sia alle modalità di indicazione, per le quali si prescrive, nel caso del credito al consumo, l'impiego di un esempio rappresentativo. La regola vale per tutti gli annunci pubblicitari – dunque anche per quelli che non riportino né il tasso di interesse né altre cifre sul costo del credito –, a cui si applicano le previsioni della Sezione II, par. 5, delle Disposizioni di Trasparenza della Banca d'Italia, quindi la disciplina generale della trasparenza bancaria; pertanto, il messaggio pubblicitario deve essere chiaramente riconoscibile, specificando la propria finalità promozionale, e deve far riferimento per le condizioni contrattuali ai fogli informativi, indicando le modalità con cui questi ultimi sono messi a disposizione dei clienti. Tra l'altro, in forza del rinvio contenuto nell'esordio degli artt. 120-*octies* e 123, la pubblicità bancaria rimane in ogni caso soggetta alla disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette (art. 18 ss. cod. cons.), da considerarsi complementare rispetto alla regolazione speciale.

Come può evincersi dalla normativa, assumono un ruolo chiave nell'informazione bancaria i costi dell'operazione e in particolare il TAEG, definito dall'art. 121, lett. *m*), come «costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito», comprensivo dei costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, inclusi i premi assicurativi, se la conclusione di un contratto avente a oggetto tali servizi è un requisito per ottenere il credito, o per ottenerlo alle condizioni offerte (art. 121, co. 2).

In ragione della funzione essenziale che assume nell'economia complessiva della disciplina del credito al consumo, la giurisprudenza amministrativa ha confermato la necessità di indicare il TAEG nelle

²⁰⁶ Così L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2009, p. 785 ss.

pubblicità delle operazioni²⁰⁷. Indicatore sintetico dei costi, il TAEG ha la funzione di consentire al risparmiatore una scelta che sia basata su un'adeguata ponderazione del peso economico che dovrà sostenere²⁰⁸. La sua importanza per la correttezza del negozio è tale che, nel caso in cui taluni costi a carico del consumatore non siano stati inclusi (o siano stati inclusi in modo incorretto) nel TAEG pubblicizzato nella documentazione di cui all'art. 124 t.u.b. – quindi nella documentazione su supporto durevole consegnata al consumatore prima della stipulazione del contratto, dunque nella fase precontrattuale *stricto sensu* – le relative clausole sono nulle (art. 125-*bis*, co. 6, t.u.b.).

Alla nullità consegue l'attivazione *ex lege* di un meccanismo di sostituzione di tutti i costi indicati dall'intermediario con il parametro normativo indicato nell'art. 125-*bis*, corrispondente al tasso nominale minimo dei BOT o di altri titoli similari indicati dal MEF, emessi nei dodici mesi antecedenti; si tratta di un meccanismo analogo a quello previsto dall'art. 117, co. 7, t.u.b. per l'ipotesi in cui il contratto preveda tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati ai sensi dell'art. 116. In questo modo, il contenuto della pubblicità entra a far parte del rapporto negoziale tra le parti, incidendo sull'oggetto del contratto.

L'Autorità antitrust ha più volte ribadito che l'indicazione incorretta, o l'omessa indicazione, degli elementi di costo che compongono il TAEG nei messaggi pubblicitari integra una fattispecie di pubblicità ingannevole scorretta²⁰⁹. Allo stesso modo, l'ABF ha sanzionato un'offerta pubblicitaria che indicava il TAEG “intorno al 7,50%”, salvo poi scoprire che quello effettivo corrispondeva al 17,32%, con una differenza notevole²¹⁰.

²⁰⁷ Così TAR Roma, sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1158, in *Foro amm.*, 1, 2018, p. 91.

²⁰⁸ Vedi, in tal senso, CGUE, 21 aprile 2016, C-377/2015, *Radlinger e Radlingerova*, ECLI:EU:C:2016:283.

²⁰⁹ *Ex multis*, cfr.: A.G.C.M., PS/7008, 7 dicembre 2011, Prov. n. 23077, in *Boll.* 50/2011; A.G.C.M., PS/7388, 30 novembre 2011, Prov. n. 23043, in *Boll.* 48/2011; A.G.C.M., PS/5822, 26 gennaio 2011, Prov. n. 22059, in *Boll.* 4/2011; A.G.C.M., PS/4379, 2 dicembre 2009, Prov. n. 20533, in *Boll.* 48/2009; A.G.C.M., PS/1512, 23 aprile 2009, Prov. n. 19789, in *Boll.* 17/2009.

²¹⁰ ABF Collegio di Milano, 18 febbraio 2011, n. 340, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*.

Il secondo comma dell'art. 123 attribuisce alla Banca d'Italia il compito di precisare, in conformità alle deliberazioni del CICR, le informazioni da includere negli annunci pubblicitari e le modalità della loro divulgazione. Nel caso di annunci pubblicitari via Internet, la Banca d'Italia ha previsto che l'indicazione delle informazioni può essere legittimamente assolta attraverso collegamento diretto, da parte di un messaggio pubblicitario sintetico mediante *link*, a un'altra pagina più dettagliata²¹¹. Si ammette, quindi, analogamente alla posizione del Garante della privacy per l'informativa sul trattamento dei dati, che la comunicazione pubblicitaria bancaria possa informare il consumatore in modo progressivo, *step by step*.

6.8. Gli obblighi informativi relativi ai prodotti finanziari e alla prestazione di servizi di investimento

L'esigenza di un dispositivo di tutela analogo a quello bancario è stata avvertita anche in materia di prodotti finanziari e di servizi di investimento. A essa è dedicato il Testo Unico Finanziario (c.d. "t.u.f.", d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), da ultimo modificato dal d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 17, di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2017/1129, relativo al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di titoli di un mercato regolamentato²¹².

La centralità della trasparenza informativa nella comunicazione finanziaria si evince già dalla definizione di "offerta al pubblico di prodotti finanziari" (art. 1, co. 1, lett. *t*) come

²¹¹ Si rinvia alla Nota relativa alle domande frequenti sul provvedimento del 19 luglio 2009 sul sito della Banca d'Italia.

²¹² La disciplina del t.u.f. si applica, in luogo di quella contenuta nel Titolo VI, capo I, del t.u.b., anche alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati all'art. 25-*bis* e alla parte IV, titolo II, capo I, lasciando invece alla disciplina sulla trasparenza bancaria le operazioni accessorie di strumenti rientranti nel campo del credito immobiliare, oltre che di quello al consumo, e nel campo dei servizi e conti di pagamento.

ogni comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell'offerta e dei prodotti finanziari offerti così da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali prodotti finanziari, incluso il collocamento tramite soggetti abilitati²¹³.

Vi rientra qualsiasi forma di comunicazione commerciale che preveda un dialogo tra il promotore dell'investimento e i destinatari dell'operazione²¹⁴, articolato in una prima fase di informazione indifferenziata alla collettività, a cui segue la descrizione dettagliata in un prospetto informativo, "stella polare" dell'informativa di settore²¹⁵. Nella maggior parte dei casi, la sollecitazione all'investimento è eseguita da un intermediario collocatore nel ruolo di soggetto facilitatore dell'accordo negoziale²¹⁶.

La *ratio* della disciplina è quella di consentire agli investitori di decidere alla luce di un fondato giudizio sulla propria situazione patrimoniale e finanziaria, sulle prospettive dell'emittente e degli altri soggetti coinvolti, sulle caratteristiche e i rischi dei prodotti finanziari. Ciò trova conferma nel regolamento Consob 15 febbraio 2018, n. 20307 (c.d. "regolamento Intermediari"), che impone agli operatori finanziari, nello svolgimento dell'attività di intermediazione mobiliare, di fornire preventivamente in forma comprensibile tutte le informazioni necessarie a consentire al risparmiatore di comprendere il tipo di operazione promossa (art. 36, co. 2); attenzione, la completezza dell'informazione non deve sfociare nel "sovraccarico informativo", ma mantenersi entro i

²¹³ Una particolare ipotesi di offerta al pubblico è l'"offerta pubblica di acquisto o di scambio", cioè «ogni offerta, invito a offrire o messaggio promozionale, in qualsiasi forma effettuati, finalizzati all'acquisto o allo scambio di prodotti finanziari e rivolti a un numero di soggetti e di ammontare complessivo superiori a quelli indicati nel regolamento previsto dall'articolo 100, comma 3, lettere *b*) e *c*); non costituisce offerta pubblica di acquisto o di scambio quella avente a oggetto titoli emessi dalle banche centrali degli Stati comunitari» (art. 1, co. 1, lett. *v*).

²¹⁴ L. PICARDI, *Vendita alla clientela privata di euroobbligazioni collocate presso investitori professionali*, in *Giur. comm.*, II, 2006, p. 711.

²¹⁵ Così F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011, p. 43.

²¹⁶ F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2008, p. 297.

confini dell'“adeguatezza” (art. 21, co. 1, lett. *b*) t.u.f.), intesa come misura nella formulazione della comunicazione²¹⁷.

Come per il settore bancario, il legislatore interviene con lo scopo di eliminare o comunque ridurre le conseguenze negative che possono derivare dalla debolezza contrattuale e informativa del risparmiatore/investitore²¹⁸, nell'ottica di una indissociabile esigenza di tutela del corretto funzionamento del mercato²¹⁹. In linea di principio, nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori, i soggetti abilitati devono utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti (art. 21, co. 1, lett. *c*).

Secondo una recente pronunzia della Cassazione, è dovere primario dell'intermediario fornire agli investitori informazioni chiare, adeguate, attuali, specifiche e immediatamente utilizzabili, che consentano di cogliere concretamente i profili di rischio e le caratteristiche di un prodotto finanziario²²⁰; parimenti l'Autorità antitrust ha chiarito già da tempo che rappresenta un principio orientativo nella prassi decisionale quello per cui la pubblicità delle operazioni finanziarie, nella sua strutturazione ideale, dovrebbe consentire ai destinatari, anche se privi di specifica preparazione, di compiere le proprie scelte in modo consapevole, il che richiede di fornire informazioni chiare ed esaurienti almeno circa il soggetto proponente, la natura della proposta, le condizioni dell'operazione e i rischi connessi²²¹.

Un ruolo centrale nella regolazione di dettaglio della comunicazione pubblicitaria è riconosciuto alla Consob, autorità indipendente di riferimento nel settore. L'art. 6 del t.u.f. prevede che la Consob, sentita la Banca d'Italia, tenuto conto delle differenti esigenze di tutela degli investitori connesse con la qualità e l'esperienza professionale dei mede-

²¹⁷ F. ANNUNZIATA, *Regole di comportamento degli intermediari e riforme dei mercati mobiliari*, Milano, 1993, p. 321.

²¹⁸ Così R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 258.

²¹⁹ V. SCALISI, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in S. MAZZAMUTO, G. TERRANOVA (a cura di), *L'intermediazione mobiliare. Studi in onore di Aldo Maisano*, Napoli, 1993, p. 66.

²²⁰ Cass., 27 aprile 2020, n. 8212, in *Guida al diritto*, 22, 2020, p. 72.

²²¹ Sul punto cfr. la Relazione annuale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 1997, p. 242 sa.

simi, disciplina con regolamento gli obblighi dei soggetti abilitati in materia di trasparenza, specificando le informazioni minime, le modalità e i criteri da adottare nella diffusione di comunicazioni pubblicitarie e promozionali, e di ricerche in materia di investimenti.

Il regolamento Consob 20307/2018, all'art. 36, prevede che gli intermediari forniscono in tempo utile ai clienti o potenziali clienti informazioni riguardanti: l'intermediario e i relativi servizi; gli strumenti finanziari e le strategie di investimento proposte, con opportuni orientamenti e avvertenze sui rischi associati agli investimenti relativi a tali strumenti o a determinate strategie di investimento, nonché l'indicazione se gli strumenti finanziari sono destinati a clienti al dettaglio o professionali, tenuto conto del mercato di riferimento; le sedi di esecuzione; i costi e gli oneri connessi, comprese le informazioni relative ai servizi di investimento e accessori, al costo dell'eventuale consulenza e dello strumento finanziario raccomandato od offerto in vendita al cliente e alle modalità di pagamento da parte del cliente, ivi inclusi eventuali pagamenti di terzi²²².

Sempre alla Consob spetta di individuare con regolamento le modalità e i termini per l'acquisizione della documentazione relativa a qualsiasi tipo di pubblicità effettuata in Italia. Secondo l'art. 101 del t.u.f., la pubblicità relativa a un'offerta al pubblico di prodotti finanziari, diversi dai titoli e dalle quote o azioni di Organismi di Investimento Collettivo del Risparmio (OICR) aperti, è effettuata secondo i criteri stabiliti dalla Consob con regolamento in conformità alle disposizioni europee e, in ogni caso, avendo riguardo alla correttezza dell'informazione e alla sua coerenza con quella contenuta nel prospetto. Tali criteri sono riportati negli articoli 34-*octies* e 34-*novies* del regolamento Consob 14 maggio 1999, n. 11971, concernente la disciplina degli emittenti (c.d. "regola-

²²² Si aggiunge che le informazioni sui costi e oneri, compresi quelli connessi al servizio di investimento e allo strumento finanziario, non causati dal verificarsi di un rischio di mercato sottostante, sono presentate in forma aggregata per permettere al cliente di conoscere il costo totale e il suo effetto complessivo sul rendimento e, se il cliente lo richiede, in forma analitica. Laddove applicabile, tali informazioni sono fornite al cliente con periodicità regolare, e comunque almeno annuale, per tutto il periodo dell'investimento.

mento Emittenti”), riformato a seguito del reg. UE 1129/2017 e, più recentemente, dalla delibera n. 22274 del 24 marzo 2022.

In sintesi, la pubblicità deve rispettare i seguenti requisiti: essere chiaramente riconoscibile in quanto tale; non contenere informazioni imprecise o tali da indurre in errore circa le caratteristiche, la natura e i rischi dei prodotti finanziari offerti e del relativo investimento; essere coerente con le informazioni contenute nel prospetto pubblicato ovvero, relativamente agli strumenti finanziari comunitari, con quelle che devono figurare nel prospetto da pubblicare; recare, con modalità tali da garantire un’immediata e agevole percezione, l’avvertenza “prima dell’adesione leggere il prospetto”, in formato audio nel caso di utilizzazione di strumenti audiovisivi; indicare che un prospetto è stato o sarà pubblicato e il luogo in cui il pubblico può procurarselo, nonché gli altri eventuali mezzi attraverso i quali può procurarselo ovvero può consultarlo (art. 34-*octies* reg. Consob). Come si evince, il prospetto assume un ruolo centrale quale strumento per l’informativa commerciale sui prodotti finanziari, condizionando il contenuto delle pubblicità attraverso indicazioni stabilite dalla Consob in conformità alle disposizioni europee.

Nel caso in cui l’annuncio pubblicitario riporti i rendimenti conseguiti dall’investimento proposto, lo stesso deve: specificare il periodo di riferimento per il calcolo del rendimento; rappresentare in modo chiaro il profilo di rischio connesso al rendimento; operare il confronto con il parametro di riferimento indicato nel prospetto per la rappresentazione del profilo di rischio-rendimento o, in mancanza, con un parametro coerente con la politica d’investimento descritta nel prospetto; indicare tali rendimenti al netto degli oneri fiscali e, ove ciò non sia possibile, specificare che essi sono al lordo degli oneri fiscali; riportare anche l’avvertenza “i rendimenti passati non sono indicativi di quelli futuri”; ove riporti risultati di statistiche, di studi o elaborazioni di dati, o comunque vi faccia riferimento, indicarne le fonti (art. 34-*novies* reg. Consob).

Per consentire le opportune valutazioni, coloro che intendono effettuare sul territorio nazionale una pubblicità concernente un’offerta, trasmettono alla Consob la relativa documentazione contestualmente alla

sua diffusione, secondo le modalità stabilite in apposite istruzioni pubblicate sul sito Internet dell'autorità.

L'art. 101, co. 2, t.u.f. stabilisce inoltre che prima della pubblicazione del prospetto è vietata la diffusione di qualsiasi annuncio pubblicitario riguardante offerte al pubblico di prodotti finanziari diversi dai titoli. A prescindere dall'obbligo di pubblicazione del prospetto, le informazioni rilevanti fornite dall'emittente o dall'offerente agli investitori qualificati o a categorie speciali di investitori, comprese quelle comunicate nel corso di riunioni riguardanti offerte di prodotti finanziari diversi dai titoli, devono essere divulgate a tutti gli investitori a cui l'offerta è diretta in esclusiva (art. 101, co. 5). La medesima disposizione, al quarto comma, riconosce alla Consob una serie di poteri cautelari e inibitori nel caso di violazione, da parte degli istituti abilitati, delle regole in materia di pubblicità.

Anche il codice di autodisciplina si interessa direttamente alle operazioni finanziarie, di risparmio e di investimento immobiliare, regolando la relativa pubblicità all'art. 27, che si applica anche alle operazioni bancarie e assicurative, in quest'ultimo caso ove sia necessario metterne in risalto l'aspetto legato all'investimento²²³. La disposizione si apre con una regola generale, secondo cui la comunicazione commerciale delle operazioni finanziarie, e in particolare delle operazioni di risparmio e investimento in beni mobili e immobili,

deve fornire chiare ed esaurienti informazioni onde non indurre in errore circa il soggetto proponente, la natura della proposta, la quantità e le caratteristiche dei beni o servizi offerti, le condizioni dell'operazione, nonché i rischi connessi, onde consentire ai destinatari del messaggio, anche se privi di specifica preparazione, di assumere consapevoli scelte di impiego delle loro risorse.

Dato il ruolo determinante per la maturazione dell'interesse del potenziale cliente, l'autodisciplina suggerisce l'opportunità di fornire informazioni chiare ed esaurienti, idonee a consentire al consumatore di assumere una decisione consapevole in un settore dalla natura tecnica

²²³ Per approfondimenti, si rinvia a C. ALVISI, V. GUGGINO (a cura di), *op. cit.*, p. 253 ss.

altamente complessa²²⁴. Vista l'elevata tecnicità dei servizi oggetto di *réclame*, per tale settore vale a maggior ragione il principio dell'auto-sufficienza informativa del messaggio pubblicitario²²⁵, il quale va valutato nella sua totalità sin dal primo impatto. È fatta salva l'applicazione dell'art. 16, co. 2, del codice, per cui si ammette un messaggio che non contenga tutte le informazioni prescritte, purché si limiti a enunciazioni generiche e indichi a grandi linee il tipo di attività e i servizi offerti²²⁶.

Sintesi di un percorso interpretativo del Giurì, l'art. 27 – che è stato applicato estensivamente a diverse, numerose, tipologie di operazioni finanziarie²²⁷ –, vieta, in particolare, la pubblicità che: nell'indicare i tassi annui di interesse, utilizzi termini quali “rendita” e “resa” nel senso di sommatoria fra reddito di capitali e incremento del valore patrimoniale; inciti ad assumere impegni e a versare anticipi senza offrire idonee garanzie; proietti nel futuro i risultati del passato o comunichi i rendimenti ottenuti calcolandoli su periodi che non siano sufficientemente rappresentativi in relazione alla particolare natura dell'investimento e alle oscillazioni dei risultati. In applicazione della disposizione, il Giurì ha dichiarato l'illegittimità di un *claim* che presentava un'operazione come “un sicuro investimento”, omettendo di fornire le informazioni necessarie per valutare adeguatamente i rischi²²⁸. Ancora, sono state stigmatizzate pubblicità: che enfatizzavano esageratamente i possibili guadagni senza indicare adeguatamente i rischi di perdita significativi²²⁹; che indicavano un tasso di interesse non reale ma tendenziale e riferito solo a uno degli strumenti finanziari pubblicizzati; che evidenziavano un rendimento di un determinato trimestre, poco signi-

²²⁴ Giurì n. 239/98.

²²⁵ Giurì n. 68/96 e Comitato n. 155/98 e n. 132/98.

²²⁶ Ove però il messaggio si spinga fino a indicare singoli elementi dell'offerta, come il tipo di finanziamento o i tassi di rendimento, allora l'esimente non si applica, lasciando il posto all'art. 27 (Giurì n. 33/91 e n. 68/89).

²²⁷ Tra le numerose decisioni, cfr. Giurì n. 66/2016, n. 365/2000 (sull'adesione a una catena di *franchising*), n. 175/2000 (su un prestito personale), n. 83/92 (sui certificati di deposito), n. 37/90 (su un fondo comune d'investimento), n. 13/82 (su certificati immobiliari). Si rinvia, per ulteriori riferimenti, a M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 132.

²²⁸ Giurì n. 363/2000.

²²⁹ Comitato n. 24/2014.

ficativo rispetto alla natura complessiva dell'investimento e alle ordinarie oscillazioni dei risultati²³⁰. Tra l'altro, il Giuri ha evidenziato come il giudizio sulla pubblicità di operazioni finanziarie debba essere eseguito tenendo conto anche del fatto che il destinatario delle medesime può essere un soggetto che, date le proprie condizioni di difficoltà economica, risulti facilmente suggestionabile²³¹.

La disposizione chiude stabilendo che la comunicazione commerciale per le operazioni immobiliari deve essere espressa in forme atte a evitare l'ingannevolezza derivante dal far passare investimenti mobiliari per immobiliari o dal privilegiare l'aspetto economico immobiliare senza fornire adeguate indicazioni sulla reale natura mobiliare dell'investimento (art. 27, co. 3).

6.9. *Informazione e trasparenza nel settore assicurativo*

Come quelli bancario e finanziario, anche il settore assicurativo presenta particolari profili di interesse per quanto riguarda l'informazione che il professionista deve fornire alla platea di possibili clienti. La ragione è la medesima: compensare l'asimmetria che caratterizza i rapporti giuridici in ambiti tecnicamente complessi²³².

Un ruolo centrale in materia deve riconoscersi al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (c.d. codice delle assicurazioni private), contenente la disciplina organica dell'attività assicurativa, con tale intendendosi l'assunzione e la gestione dei rischi effettuata da un'impresa di assicurazione (art. 1, co. 1, lett. c). Lo scopo della normativa è l'adeguata protezione degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative (art. 3).

Il d.lgs. 12 maggio 2015, n. 74 – di attuazione della direttiva 09/138/CE in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e riassicurazione – ha eliminato dall'art. 3, dedicato alla finalità della vigilanza, il riferimento all'informazione e alla sua finalità protettiva degli

²³⁰ Giuri n. 191/98.

²³¹ Giuri n. 175/2000.

²³² A. DI AMATO, *Commento all'art. 182*, in G. VOLPE PUTZOLU (a cura di), *Commentario breve al codice delle assicurazioni*, Padova, 2010, p. 645.

assicurati. Ciononostante, tale aspetto rimane fermo nell'architettura normativa, in cui assume rilievo la comunicazione preliminare alla potenziale clientela²³³.

Sulla scia del t.u.b. e del t.u.f., il codice ha introdotto una disciplina compiuta della trasparenza all'interno del Titolo XIII (Trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato), dedicato alla comunicazione di informazioni nella fase antecedente alla conclusione del contratto, a cui si aggiungono altre disposizioni finalizzate a consentire all'assicurato di assumere una decisione negoziale consapevole. Tra queste ultime deve menzionarsi l'art. 120, che elenca le informazioni che devono essere fornite dagli intermediari assicurativi²³⁴ e dalle imprese di assicurazione²³⁵ prima della conclusione del contratto e in caso di successive modifiche di rilievo o di rinnovo; come per i settori bancario e finanziario, si tratta di oneri informativi attinenti alla fase più strettamente pre-negoziale, per la quale si prevede l'obbligo dell'assicuratore di conse-

²³³ Sul tema, cfr.: P. CORRIAS, *Informativa contrattuale e trasparenza nei contratti assicurativi tra Testo Unico Finanziario e codice delle Assicurazioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2017, p. 265B; C.G. CORVESE, *La pubblicità dei prodotti assicurativi: un tentativo di ricostruzione della disciplina*, in *Resp. civ. e prev.*, 10, 2010, p. 2130B; A. DI AMATO, *op. cit.*, p. 645.

²³⁴ Si prevede che gli intermediari assicurativi forniscano al contraente le seguenti informazioni: a) nome, cognome o denominazione sociale, indirizzo della sede dell'attività e lo *status* di intermediario assicurativo; b) se fornisce sui prodotti assicurativi offerti la consulenza di cui all'articolo 119-ter, comma 3; c) le procedure di cui all'articolo 7 e relative disposizioni di attuazione che consentono ai contraenti e agli altri interessati di presentare reclamo nei confronti degli intermediari assicurativi nonché le procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie di cui all'articolo 187-ter e relative disposizioni di attuazione; d) la sezione del registro in cui è iscritto e i mezzi esperibili per verificare che sia effettivamente registrato; e) se l'intermediario agisce su incarico del cliente o se agisce in nome e per conto di una o più imprese di assicurazione (art. 120, co. 1).

²³⁵ Le imprese di assicurazione, dal canto loro, devono fornire ai destinatari le seguenti informazioni: a) denominazione sociale, indirizzo della sede legale e lo *status* di impresa di assicurazione; b) se fornisce sui prodotti assicurativi offerti la consulenza di cui all'articolo 119-ter, comma 2; c) le procedure di cui all'articolo 7 e relative disposizioni di attuazione che consentono ai contraenti e agli altri interessati di presentare reclamo nei confronti delle imprese di assicurazione nonché le procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie di cui all'articolo 187-ter e relative disposizioni di attuazione (art. 120, co. 2).

gnare al cliente, prima dell'accordo, un documento informativo che contenga le indicazioni, diverse da quelle pubblicitarie e promozionali, necessarie a una scelta consapevole sui diritti e sugli obblighi contrattuali, e, ove opportuno, sulla condizione patrimoniale dell'impresa (art. 185 ss.)²³⁶. Per l'ipotesi di assicurazione per responsabilità civile auto-veicoli (c.d. r.c. auto), l'art. 131 del codice stabilisce che le imprese mettono a disposizione del pubblico, presso ogni punto di vendita e nei siti Internet, il documento informativo e le condizioni di contratto praticate.

In merito alla distinzione tra la fase propriamente prenegoziale e quella pubblicitaria, la dottrina ha affermato, per il settore assicurativo, che la pubblicità si pone in una fase prodromica rispetto a quella delle trattative, per le quali il legislatore introduce la diversa figura dell'"offerta"²³⁷; rimane chiaro che l'unica pubblicità che rileva ai fini della disciplina in esame è quella che ha a oggetto la promozione della vendita dei prodotti assicurativi e quindi propriamente un'offerta²³⁸.

Per quanto riguarda invece la pubblicità *stricto sensu* dei prodotti assicurativi, l'art. 182 del codice stabilisce, anche per gli intermediari, che deve essere effettuata «avendo riguardo alla correttezza dell'informazione e alla conformità rispetto al contenuto della documentazione informativa e delle condizioni di contratto cui i prodotti stessi si riferiscono»²³⁹. Attraverso tale formulazione di principio, si è inteso stigmatizzare qualsivoglia messaggio commerciale menzognero, o comunque idoneo a ingannare il destinatario sulle caratteristiche del prodotto assi-

²³⁶ Il documento informativo precontrattuale (c.d. DIP) deve essere redatto secondo le indicazioni introdotte dal regolamento di esecuzione della Commissione europea n. 1469 dell'11 agosto 2017, che stabilisce un formato standardizzato del documento con riguardo a qualsiasi prodotto assicurativo.

²³⁷ A. DI AMATO, *op. cit.*, p. 646.

²³⁸ C.G. CORVESE, *op. cit.*, p. 2130B ss.

²³⁹ Una disciplina della *réclame* dei prodotti assicurativi era già presente, seppure *in nuce*, negli artt. 112 e 119 del R.D. 4 gennaio 1925, n. 63 (recante il regolamento di esecuzione del r.d.l. 29 aprile 1923, n. 966) che è stato abrogato solo recentemente ad opera dell'art. 354 del codice delle Assicurazioni. Si rinvia a L.C. UBERTAZZI, *I controlli amministrativi della pubblicità di assicurazioni e valori mobiliari*, in *Dir. banc.*, I, 1995, p. 3 ss.

curativo²⁴⁰, analogamente alle previsioni generali in materia di pratiche commerciali scorrette, rispetto a cui quelle assicurative si pongono in rapporto di *species a genus*. Il rispetto delle regole nazionali in materia di pubblicità è prescritto anche per le imprese assicurative “comunitarie”, dunque aventi sede in altro Stato membro (art. 27).

La normativa codicistica attribuisce all’IVASS (ex ISVAP), autorità di riferimento del settore assicurativo, poteri di sospensione e divieto nel caso, rispettivamente, di fondato sospetto e di accertamento di pubblicità contrarie alle disposizioni in materia di trasparenza e correttezza (art. 182, co. 4 e 5). È invece venuto meno il potere, riconosciuto fino al 2020 all’Autorità, di richiedere la trasmissione del materiale pubblicitario, nelle sue diverse forme, utilizzato dalle imprese e dagli intermediari assicurativi.

In attuazione della delega di cui all’art. 182, co. 7, l’IVASS ha introdotto, con il regolamento del 2 agosto 2018, n. 41, un insieme di disposizioni in materia di informativa, pubblicità e realizzazione dei prodotti assicurativi²⁴¹. Esso disciplina sia la documentazione strettamente precontrattuale, di cui stabilisce i criteri di redazione e comunicazione delle informazioni, sia la comunicazione pubblicitaria. L’art. 30 prevede che quest’ultima sia effettuata nel rispetto dei principi di chiarezza e correttezza e in conformità al contenuto del set informativo cui i prodotti assicurativi si riferiscono. Ancora, il messaggio pubblicitario deve essere strutturato in modo da non indurre in errore circa le caratteristiche, la natura, le garanzie e i rischi del prodotto offerto e deve utilizzare forme espressive e caratteri chiari, ben visibili e leggibili (co. 2); esso deve essere immediatamente riconoscibile come tale e ben distinguibile rispetto a ogni altra forma di comunicazione (co. 3).

Il regolamento prescrive i contenuti minimi che ogni pubblicità assicurativa deve possedere, stabilendo che essa: indichi con chiarezza ed evidenza la denominazione dell’impresa di assicurazione e le caratteristiche del prodotto; riporti, con caratteri che consentono un’immediata

²⁴⁰ Così A. ANTONUCCI, *Commento all’art. 182*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Il codice delle assicurazioni private*, II, 2, Padova, 2007, p. 189 ss.

²⁴¹ Il regolamento del 2018 ha sostituito i precedenti provvedimenti in materia di pubblicità assicurativa: la Circolare ISVAP n. 533/D del 4 giugno 2004 e il regolamento ISVAP n. 35 del 26 maggio 2010, ormai non più in vigore.

e agevole lettura, l'avvertenza «prima della sottoscrizione leggere il set informativo», indicando anche il sito Internet dell'impresa nel quale è pubblicato²⁴²; utilizzi espressioni quali «garantisce», «garantito» o altre che inducano a ritenere sussistente il diritto a una prestazione assicurativa certa, solo nel caso in cui la garanzia sia rilasciata dall'impresa di assicurazione.

Una regola *ad hoc* è prevista per i prodotti d'investimento assicurativi, comprensivi di contratti d'investimento e di gestione di portafogli individuali, per i quali si è parlato di “finanziarizzazione” dell'attività assicurativa²⁴³. Si evidenzia solo *en passant* che i prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione (in particolare le polizze ramo III e V) sono soggetti alle regole sulla trasparenza contenute nel t.u.f. e nei regolamenti della Consob²⁴⁴.

L'art. 32 vieta il messaggio pubblicitario relativo al prodotto di investimento assicurativo che rechi informazioni imprecise o tali da indurre in errore circa le caratteristiche, la natura e i rischi dei prodotti finanziari offerti e del relativo investimento. L'Autorità di vigilanza dedica una particolare attenzione all'elemento del rendimento, posto che è proprio su questo fattore, più di ogni altro, che si annidano i rischi di delusione del messaggio pubblicitario assicurativo-finanziario. In particolare si prevede che, ove riporti i rendimenti del prodotto, il messaggio debba: specificare il periodo di riferimento utilizzato per il calcolo del rendimento pubblicizzato e il periodo di detenzione del prodotto consigliato; rappresentare il rendimento al netto degli oneri che gravano a qualsiasi titolo sul meccanismo di partecipazione agli utili, in

²⁴² Ove la pubblicità sia eseguita tramite mezzi di comunicazione audiovisivi, le informazioni sul set informativo sono riprodotte lentamente, in modo da consentirne un agevole ascolto (art. 30, co. 4).

²⁴³ P. CORRIAS, *op. cit.*, p. 265B.

²⁴⁴ In merito al coordinamento tra il prospetto informativo previsto per il settore finanziario e la nota informativa del settore assicurativo, onde evitare l'inutile duplicazione degli oneri a carico dell'impresa di assicurazione, il regolamento ISVAP n. 35/2010 ha circoscritto esplicitamente l'applicabilità delle disposizioni relative all'informativa precontrattuale – incluse quelle sul fascicolo informativo, ossia sul documento comprensivo della nota informativa – ai soli prodotti assicurativi del ramo vita, con esclusione dei prodotti finanziari assicurativi di cui ai rami III e V. Dunque, per questi ultimi è stata stabilita la prevalenza del prospetto.

termini di quote di rendimento non riconosciute sulle posizioni contrattuali o di commissioni o altre spese prelevate, tenuto conto degli eventuali livelli di rendimento minimo trattenuto; rappresentare in modo chiaro il profilo di rischio connesso al rendimento.

Nelle ipotesi in cui il rendimento riconosciuto dipenda da specifiche variabili contrattuali, quali, per esempio, l'importo del premio pagato, il cumulo dei premi versati, le riserve matematiche accantonate sulla polizza, il messaggio pubblicitario è riferito al rendimento medio del portafoglio di contratti cui il prodotto si riferisce, da determinarsi sulla base della legge di capitalizzazione prevista dalla clausola di rivalutazione delle condizioni di assicurazione. Laddove l'impresa intenda pubblicizzare il rendimento massimo riconosciuto, il messaggio è integrato dall'informazione del tasso di rendimento minimo attribuito²⁴⁵.

Il rendimento eventualmente indicato per un periodo pluriennale è quello medio annuo del periodo preso a riferimento. L'impresa deve indicare la modalità di calcolo della media, o in alternativa il rendimento riferito a ciascuno degli anni considerati senza annualizzare i rendimenti relativi alle eventuali frazioni di anno.

Ove il messaggio pubblicitario faccia riferimento ai rendimenti passati, deve riportare l'avvertenza «attenzione: i rendimenti passati non sono indicativi di quelli futuri», riproducendola lentamente e in modo da consentirne un agevole ascolto nel caso in cui il messaggio sia diffuso tramite mezzi di comunicazione audiovisivi e riportandola con caratteri grafici analoghi a quelli usati per rappresentare i rendimenti passati nell'ipotesi di messaggio pubblicitario scritto. Nel caso in cui la pubblicità riporti i risultati di statistiche, studi o elaborazioni di dati, o comunque vi faccia riferimento, deve indicare le relative fonti.

Per il settore autodisciplinare si rinvia a quanto già detto sopra in merito all'art. 27 cod. aut., applicabile anche al contesto assicurativo.

²⁴⁵ Analogamente, qualora il messaggio pubblicitario sia riferito ai rendimenti riconosciuti da una gestione separata, è pubblicizzato il rendimento medio del portafoglio di prodotti cui la gestione separata si riferisce, da determinarsi sulla base della legge di capitalizzazione prevista dalla clausola di rivalutazione delle condizioni di polizza. Laddove l'impresa intenda pubblicizzare il rendimento massimo riconosciuto in passato, il messaggio deve essere integrato dall'informazione del tasso di rendimento minimo attribuito per quella gestione separata (art. 32, co. 4).

6.10. La pubblicità nel settore turistico

Occorre infine considerare il settore turistico, interessato anch'esso da una specifica attenzione normativa alla trasparenza informativa e alla corretta comunicazione commerciale, soprattutto per talune specifiche categorie di contratti. Uno degli interventi di maggior rilievo è rappresentato, in questo senso, dalla direttiva 08/122/CE sui contratti di multiproprietà, i contratti relativi ai prodotti per le vacanze a lungo termine e quelli di rivendita e di scambio. Essa è stata attuata in Italia con il d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (c.d. codice del turismo), che ha modificato gli artt. 69 ss. cod. cons. e ha abrogato, sostituendoli, gli articoli 82 ss. sui “pacchetti turistici”, con i quali si era recepita, attraverso il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 111, la disciplina contenuta nella dir. 90/314/CEE; quest'ultima è stata successivamente abrogata e sostituita dalla dir. 15/2302/UE, a sua volta trasposta negli articoli 32 ss. del codice del turismo attraverso il d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62.

La normativa sui servizi turistici risulta pertanto distribuita tra il codice del consumo per i contratti di multiproprietà e affini e il codice del turismo, punto di riferimento del settore.

La direttiva del 2015 si è resa necessaria in ragione dei profondi cambiamenti che hanno attraversato il mercato turistico per l'avvento di Internet quale strumento ormai principale di diffusione e promozione dei servizi turistici, con il precipuo obiettivo di «aumentare la trasparenza e rafforzare la certezza giuridica per viaggiatori e professionisti» (considerando 2). Obiettivo che s'intende raggiungere tramite un insieme di regole inderogabili in materia di comunicazione commerciale a tutela del turista²⁴⁶, identificato dalla giurisprudenza come un soggetto “certamente non in grado di conoscere tutta la disciplina che regola

²⁴⁶ Sul tema della comunicazione commerciale nel settore turistico, si rinvia a: C. ALVISI, *Il diritto privato del turismo nell'ordine giuridico del mercato*, Torino, 2007, p. 205 ss.; C. BOITI, *Trasparenza e contratti del turismo organizzato. Quaderni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2019; R. SANTAGATA, *Diritto del turismo*, Milanofiori Assiago, 2014 (III ed.), p. 261 ss.; R. TRANQUILLI LEALI, *La pubblicità ingannevole e comparativa in materia turistica nel nuovo codice del consumo*, in S. BUSTI, A. SANTUARI (a cura di), *Attività alberghiera e di trasporto nel pacchetto turistico all inclusive. Le forme di tutela del turista-consumatore. Atti del Convegno*, Trento, 2006, p. 167 ss.

l'effettuazione di un soggiorno all'estero, a differenza degli operatori professionali del settore»²⁴⁷.

L'art. 70 cod. cons. stabilisce che, se un contratto di multiproprietà²⁴⁸, un contratto relativo a un prodotto per le vacanze di lungo termine²⁴⁹ o un contratto di rivendita²⁵⁰ o di scambio²⁵¹ viene offerto al consumatore «nell'ambito di una promozione o di un'iniziativa di vendita, l'operatore indica chiaramente nell'invito lo scopo commerciale e la natura dell'evento». La regola trae origine dalla consapevolezza di una certa frequenza, nella prassi del settore, di *claims* ingannevoli, soprattutto nel contesto telematico.

Il legislatore prescrive, inoltre, che il professionista debba specificare in ogni pubblicità la possibilità di ottenere le informazioni precontrattuali di cui all'art. 71 cod. cons., indicando le modalità con cui ottenerle: si tratta di indicazioni che il professionista deve fornire, in maniera chiara e comprensibile, a titolo gratuito, attraverso l'utilizzo di "formulari informativi" cartacei o su supporti durevoli, prima che il turista sia vincolato da un contratto o da un'offerta; le informazioni sono elencate negli allegati II-*bis* (per la multiproprietà), II-*ter* (per il prodotto per le vacanze a lungo termine), II-*quater* (per la rivendita) e II-*quinquies* (per lo scambio) del codice del consumo.

²⁴⁷ Così Trib. Milano, 3 giugno 2010, in *Contratti*, 2010, p. 1033 ss.

²⁴⁸ Il contratto di multiproprietà è definito come «un contratto di durata superiore a un anno tramite il quale un consumatore acquisisce a titolo oneroso il diritto di godimento su uno o più alloggi per il pernottamento per più di un periodo di occupazione» (art. 69, co. 1, lett. a), cod. cons.).

²⁴⁹ Il contratto relativo a un prodotto per le vacanze a lungo termine è quel «contratto di durata superiore a un anno ai sensi del quale un consumatore acquisisce a titolo oneroso essenzialmente il diritto di ottenere sconti o altri vantaggi relativamente a un alloggio, separatamente o unitamente al viaggio o ad altri servizi» (art. 69, co. 1, lett. b).

²⁵⁰ È tale quel contratto in cui «un operatore assiste a titolo oneroso un consumatore nella vendita o nell'acquisto di una multiproprietà o di un prodotto per le vacanze di lungo termine» (art. 69, co. 1, lett. c).

²⁵¹ Lo stesso è il contratto in cui «un consumatore partecipa a titolo oneroso a un sistema di scambio che gli consente l'accesso all'alloggio per il pernottamento o ad altri servizi in cambio della concessione ad altri dell'accesso temporaneo ai vantaggi che risultano dai diritti derivanti dal suo contratto di multiproprietà» (art. 69, co. 1, lett. d).

Sempre con l'intento di scongiurare la comunicazione decettiva, il legislatore vieta di presentare come investimenti le multiproprietà o i prodotti per le vacanze a lungo termine (art. 70, co. 3).

Nell'ambito del codice del turismo (art. 32 ss.), occorre in particolare riferirsi alla vendita del "pacchetto" turistico, definito dall'art. 33, co. 1, lett. c), come un viaggio, una vacanza o un circuito "tutto compreso" che contenga la combinazione di almeno due dei seguenti elementi: trasporto, alloggio, altri servizi turistici non accessori al trasporto o all'alloggio (tra cui attività ricreative, spettacoli, visite etc.)²⁵². Per tale figura negoziale, il legislatore prescrive che la comunicazione commerciale possieda una serie di requisiti di forma e di contenuto, strumentali a rendere il potenziale turista edotto delle caratteristiche del servizio acquistato; la disciplina in esame prevale, in quanto *lex specialis*, rispetto a quella prevista dal codice del consumo (art. 32, co. 3).

Ai sensi dell'art. 34 cod. tur. – interamente riscritto dalla riforma del 2018 – prima della conclusione del contratto di pacchetto turistico o di un'offerta corrispondente, «l'organizzatore e, nel caso in cui il pacchetto sia venduto tramite un venditore, anche quest'ultimo, forniscono al viaggiatore» un opuscolo informativo standard contenente talune informazioni minime sul viaggio (indicate nell'allegato A, parte I o parte II, del codice del turismo), nonché le seguenti informazioni: a) le caratteristiche principali dei servizi turistici, quali la destinazione o le destinazioni del viaggio, l'itinerario e i periodi di soggiorno con relative date e, se è incluso l'alloggio, il numero di notti comprese; i mezzi, le caratteristiche e le categorie di trasporto, i luoghi, le date e gli orari di partenza e ritorno²⁵³, la durata e la località di sosta intermedia e le coincidenze; l'ubicazione, le caratteristiche principali e, ove prevista, la cate-

²⁵² Ne rimangono escluse le combinazioni in cui l'eventuale servizio turistico integrativo, combinato al servizio di alloggio e trasporto, non rappresenti una parte pari o superiore al 25% del valore della combinazione e non sia pubblicizzato, né rappresenti altrimenti, un elemento essenziale della combinazione, oppure sia selezionato e acquistato solo dopo l'inizio dell'esecuzione di un servizio turistico consistente nell'alloggio, nel trasporto o nel noleggio di auto (art. 33, co. 2, cod. tur.).

²⁵³ Nel caso in cui l'orario esatto non sia ancora stabilito, l'organizzatore e, se del caso, il venditore, informano il viaggiatore dell'orario approssimativo di partenza e ritorno.

goria turistica dell'alloggio ai sensi della regolamentazione del paese di destinazione; i pasti forniti; le visite, le escursioni o altri servizi inclusi nel prezzo totale pattuito del pacchetto; i servizi turistici prestati al viaggiatore in quanto membro di un gruppo e, in tal caso, le dimensioni approssimative del gruppo; la lingua in cui sono prestati i servizi; se il viaggio o la vacanza sono idonei a persone a mobilità ridotta e, su richiesta del viaggiatore, informazioni precise sull'idoneità del viaggio o della vacanza che tenga conto delle esigenze del viaggiatore; b) la denominazione commerciale e l'indirizzo geografico dell'organizzatore e, ove presente, del venditore, i loro recapiti telefonici e indirizzi di posta elettronica; c) il prezzo totale del pacchetto comprensivo di tasse e tutti i diritti, imposte e altri costi aggiuntivi, ivi comprese le eventuali spese amministrative e di gestione delle pratiche, oppure, ove questi non siano ragionevolmente calcolabili prima della conclusione del contratto, un'indicazione del tipo di costi aggiuntivi che il viaggiatore potrebbe dover ancora sostenere; d) le modalità di pagamento, compresi l'eventuale importo o percentuale del prezzo da versare a titolo di acconto e il calendario per il versamento del saldo, o le garanzie finanziarie che il viaggiatore è tenuto a pagare o fornire; e) il numero minimo di persone richiesto per il pacchetto e il termine di cui all'articolo 41, comma 5, lettera a), prima dell'inizio del pacchetto per l'eventuale risoluzione del contratto in caso di mancato raggiungimento del numero; f) le informazioni di carattere generale concernenti le condizioni in materia di passaporto e visti, compresi i tempi approssimativi per l'ottenimento dei visti e le formalità sanitarie del paese di destinazione; g) le informazioni sulla facoltà per il viaggiatore di recedere dal contratto in qualunque momento prima dell'inizio del pacchetto dietro pagamento di adeguate spese di recesso, o, se previste, delle spese di recesso standard richieste dall'organizzatore ai sensi dell'art. 41, co. 1; h) le informazioni sulla sottoscrizione facoltativa od obbligatoria di un'assicurazione che copra le spese di recesso unilaterale dal contratto da parte del viaggiatore o le spese di assistenza, compreso il rientro, in caso di infortunio, malattia o decesso; i) gli estremi della copertura di cui all'art. 47, co. 1, 2 e 3.

Come può evincersi dall'abbondante contenuto delle informazioni prescritte, il legislatore ha individuato nelle indicazioni precontrattuali lo strumento più efficace per riequilibrare la negoziazione spersonaliz-

zata tipica del settore turistico. Per tale ragione, il professionista deve fornire le informazioni in modo chiaro e preciso, essendo le stesse essenziali a consentire al turista di prendere una decisione consapevole; nel caso in cui siano riportate per iscritto, le informazioni devono essere leggibili (art. 34, co. 4).

Data l'importanza assunta dalle informazioni nell'architettura della normativa, il legislatore ha previsto all'art. 35 cod. tur. un meccanismo di contrattualizzazione automatica²⁵⁴; in altre parole, il contenuto dell'opuscolo informativo viene considerato come un'anticipazione del testo del futuro contratto, idonea a vincolare il professionista²⁵⁵, salvi i casi espressamente previsti in cui si giustifica una variazione del contenuto negoziale²⁵⁶.

In deroga rispetto alla comune interpretazione giuridica della comunicazione commerciale, le informazioni turistiche diffuse dal professionista diventano un'"offerta al pubblico" idonea a impegnare il proferente nei confronti dei destinatari, con la conseguenza che, ove il viaggio non presenti le caratteristiche pubblicizzate, l'acquirente potrà agire per l'inadempimento contrattuale²⁵⁷. Le medesime considerazioni possono

²⁵⁴ C. BOITI, *op. cit.*, p. 36. In realtà, come evidenziato dall'autrice, già prima della riforma normativa la Cassazione riteneva, proprio in materia turistica, che le omissioni di informazioni rilevanti da parte del *tour operator* costituissero violazioni di natura contrattuale, attribuendo addirittura al catalogo informativo dell'operatore natura di prova documentale ai sensi dell'art. 2702 c.c. (*ex multis*, Cass., 20 marzo 2012, n. 4372, in *Danno e resp.*, 2012, p. 845, con nota di L. Caputi, *Inadempimento dell'organizzatore di viaggi, attuazione della finalità turistica e tutela del consumatore*).

²⁵⁵ Non hanno carattere vincolante le informazioni relative alla denominazione commerciale dell'organizzatore; quelle di carattere generale sulle condizioni per il passaporto e i visti e sulle formalità sanitarie del Paese di destinazione; quelle sulla sottoscrizione facoltativa od obbligatoria dell'assicurazione che copra le spese di recesso unilaterale o di assistenza in caso di infortunio, malattia o decesso; quelle sugli estremi della copertura in caso di insolvenza o fallimento dell'organizzatore.

²⁵⁶ In merito alle variazioni, si prevede che il professionista comunichi al viaggiatore tutte le modifiche delle informazioni precontrattuali in modo chiaro ed evidente prima della conclusione del contratto di pacchetto turistico (art. 35, co. 2).

²⁵⁷ Il rilievo cruciale delle informazioni per la valutazione dell'inadempimento del professionista ha trovato conferma nella prima decisione che ha riconosciuto il risarcimento del danno da "vacanza rovinata" a seguito di *class action*: Trib. Napoli, 18 feb-

farsi con riguardo all'omissione delle informazioni prescritte dall'art. 71 cod. cons. per il formulario, che in forza dell'art. 72, co. 4,

costituiscono parte integrante e sostanziale del contratto e non possono essere modificate salvo qualora vi sia l'accordo esplicito delle parti oppure qualora le modifiche siano causate da circostanze eccezionali e imprevedibili, indipendenti dalla volontà dell'operatore, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate neanche con la dovuta diligenza.

La disciplina in materia di pubblicità di pacchetti turistici chiude con una disposizione di principio che vieta di fornire informazioni ingannevoli sulle modalità del servizio offerto, sul prezzo e sugli altri elementi del contratto qualunque sia il mezzo mediante il quale dette informazioni vengono comunicate al viaggiatore (art. 37, co. 2, cod. tur.). È posto in capo al professionista l'onere di provare di aver rispettato gli obblighi di corretta informazione.

Dal momento che i documenti informativi di cui agli artt. 71 cod. cons. e 34 cod. tur. rientrano nella categoria della comunicazione commerciale, secondo l'ampia definizione data dall'Autorità antitrust – che include anche le *brochure* istituzionali e i cataloghi²⁵⁸ – ne consegue che il contenuto degli stessi sarà assoggettabile alla più generica disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette di cui agli articoli 18 ss. del codice del consumo. Pertanto, l'Autorità antitrust sarà competente a intervenire anche oltre i limiti di applicazione delle disposizioni settoriali, quindi per esempio nel caso di pubblicità veicolate senza gli strumenti informativi visti sopra o aventi a oggetto servizi turistici separati (dunque non organizzati in pacchetti), a cui potranno applicarsi le regole generali.

La casistica della prassi amministrativa in materia di pubblicità del settore turistico è notevolmente ricca. In particolare, tra i vari esempi, l'A.G.C.M. ha stigmatizzato: il messaggio diffuso dal *tour operator*

braio 2013, n. 2195, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1612, con nota di F. Porcari, *Le continue oscillazioni dell'azione di classe (ancora alla ricerca della sua vera fisionomia)*.

²⁵⁸ A titolo di esempio, cfr. A.G.C.M., PI/5230, 31 ottobre 2006, Prov. n. 16126, in *Boll.* 44/2006, o anche A.G.C.M., PI/3550, 28 febbraio 2002, Prov. n. 10482, in *Boll.* 9/2002.

tramite il proprio sito Internet, che indicava come localizzata “direttamente sul mare” una struttura ricettiva posta invece su un promontorio²⁵⁹; in quanto ingannevole, un messaggio pubblicitario che indicava come “immerso nel verde” un complesso turistico in realtà adiacente alla strada, contenente solo un giardino antistante²⁶⁰; l’uso decettivo del termine “hotel” per una struttura autorizzata come affittacamere²⁶¹; la mancata indicazione, tra le “notizie utili” riportate nell’opuscolo relativo a un viaggio in un’isola, della circostanza che la spiaggia fosse infestata da insetti che incidevano pesantemente sulla permanenza²⁶². Tra le ipotesi tipiche delle pubblicità del settore turistico riguardanti voli aerei, sono oggetto di stigmatizzazione la scomposizione delle voci di prezzo con omissione di componenti aggiuntive²⁶³ – vietata espressamente dall’art. 21, co. 4-*bis*, cod. cons. –, la mancata precisazione della tariffazione per l’eccedenza bagagli²⁶⁴ e l’indicazione di prezzi scontati in realtà accessibili esclusivamente previa iscrizione a programmi fedeltà a pagamento²⁶⁵.

Nel caso invece in cui il servizio pubblicizzato sia disponibile in più varianti, la Corte di giustizia ha ritenuto sufficiente che la comunicazione commerciale indichi il prezzo minimo a cui è possibile acquistarlo, o anche solo alcune delle caratteristiche principali del servizio, rinviando per il resto al proprio sito Internet²⁶⁶.

Dal canto suo, l’art. 28 del codice di autodisciplina della comunicazione commerciale impone che il messaggio pubblicitario relativo ai viaggi organizzati, sotto qualsiasi forma, debba fornire informazioni complete e accurate, con particolare riguardo al trattamento e alle prestazioni incluse nel prezzo minimo di partecipazione. Come per la normativa, anche l’autodisciplina prescrive un contenuto minimo di informazioni, necessario a consentire al potenziale turista una scelta consa-

²⁵⁹ A.G.C.M., PS/2346, 22 dicembre 2009, Provv. n. 20619, in *Boll.* 1/2010.

²⁶⁰ A.G.C.M., PI/3934, 3 aprile 2003, Provv. n. 11884, in *Boll.* 14/2003.

²⁶¹ A.G.C.M., PI/4226, 27 novembre 2003, Provv. n. 12651, in *Boll.* 48/2003.

²⁶² A.G.C.M., PI/3512, 10 gennaio 2002, Provv. n. 10318, in *Boll.* 1-2/2002.

²⁶³ A.G.C.M., PS/8426, 12 agosto 2013, Provv. n. 24502, in *Boll.* 33-34/2013.

²⁶⁴ A.G.C.M., PS/475, 8 gennaio 2009, Provv. n. 19391, in *Boll.* 4/2009.

²⁶⁵ A.G.C.M., PS/10063, 11 maggio 2016, Provv. n. 26020, in *Boll.* 19/2016.

²⁶⁶ CGUE, 12 maggio 2011, C-122/2010, cit.

pevole. È fatto salvo, ai sensi dell'art. 16 del codice, il *claim* che si limiti a enunciazioni generiche, purché non contenga riferimenti a elementi specifici dell'offerta²⁶⁷, nel qual caso lo stesso deve conformarsi *in toto* a quanto previsto dall'art. 28; in tal senso, è ammissibile un messaggio generico che metta in evidenza un invito a considerare con attenzione le condizioni di partecipazione, di pagamento e di recesso, contenute nella documentazione informativa o nel modulo di adesione (art. 28, co. 2).

In applicazione della disposizione, il Comitato di controllo ha stigmatizzato una pubblicità su Internet che metteva in risalto un prezzo contenuto, salvo poi indicare, con caratteri minuscoli in fondo alla pagina, l'esistenza di oneri aggiuntivi²⁶⁸.

²⁶⁷ Giurì n. 35/89, n. 96/86 e n. 25/86.

²⁶⁸ Comitato n. 9/2008.

CAPITOLO VII

GLI STRUMENTI DI TUTELA CONTRO LE FORME ILLEGITTIME DI PUBBLICITÀ

SOMMARIO: 7.1. *Introduzione agli strumenti di tutela contro la pubblicità illegittima.* 7.2. *Il public enforcement contro le pratiche commerciali scorrette e contro la pubblicità ingannevole e scorretta comparativa.* 7.2.1. *L'avvio del procedimento amministrativo dinnanzi all'Autorità antitrust.* 7.2.2. *I poteri dell'A.G.C.M. durante la fase istruttoria.* 7.2.3. *La fase conclusiva del procedimento e il provvedimento finale.* 7.2.4. *L'assunzione di impegni da parte del professionista e l'opportunità di una decongestione del contenzioso amministrativo in materia pubblicitaria.* 7.3. *Gli strumenti di tutela giurisdizionale attivabili contro la pratica pubblicitaria.* 7.3.1. *L'azione inibitoria collettiva.* 7.3.2. *La nuova class action di cui all'art. 840-bis c.p.c.* 7.3.3. *Gli altri rimedi attivabili dal singolo consumatore avverso la pratica pubblicitaria scorretta.* 7.3.4. *La tutela giurisdizionale dei professionisti concorrenti dalla pubblicità illegittima.* 7.4. *Le Alternative Dispute Resolutions.* 7.5. *Il sistema di tutela previsto dall'Istituto di autodisciplina Pubblicitaria.* 7.5.1. *La procedura dinnanzi ai Giurì di autodisciplina.* 7.5.2. *I poteri del Comitato di controllo e l'ingiunzione di desistenza.*

7.1. Introduzione agli strumenti di tutela contro la pubblicità illegittima

Nel corso della trattazione sono state messe in luce le diverse forme di scorrettezza che una pratica pubblicitaria può integrare in quanto fenomeno giuridicamente rilevante, sia sul fronte della disciplina legislativa che su quello dell'autodisciplina di settore. Mette conto adesso mettere a fuoco gli strumenti procedurali di tutela attivabili contro la comunicazione commerciale illegittima; verranno escluse le procedure per così dire "ordinarie", trattate solo *en passant*, in quanto non strettamente connesse alla comunicazione commerciale.

Come nel caso della disciplina sostanziale, anche quella procedurale risente di una notevole frammentarietà¹. La riconducibilità della *réclame* a diversi prismi del diritto (codice civile, codice del consumo, regolazioni settoriali e codice di autodisciplina) implica infatti la possibilità di innestare una pluralità di meccanismi, ciascuno deputato alla protezione di un particolare valore giuridico.

Le autorità competenti a giudicare sulla pubblicità sono la magistratura ordinaria o amministrativa, le autorità amministrative indipendenti e gli organismi autodisciplinari. La magistratura ordinaria può intervenire sulle controversie riguardanti la violazione di disposizioni di diritto privato a protezione degli interessi dei singoli, individui o imprese, che sostengano di aver subito un pregiudizio a un proprio diritto soggettivo. Si tratta dell'unico organo che, nel settore pubblicitario, può condannare al risarcimento del danno in favore del privato leso.

L'A.G.C.M., invece, si occupa di sanzionare, a tutela di interessi collettivi e in attuazione di norme di diritto pubblico, pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevoli e scorrette comparative. Le relative decisioni sono impugnabili dinnanzi alla magistratura amministrativa, che in tal senso entra in gioco come giudice di secondo grado.

Dal canto suo, l'IAP, composto dal Giurì e dal Comitato di controllo, si occupa dell'accertamento della violazione del codice di autodisciplina nei confronti di coloro che vi abbiano aderito. Gli organi di autodisciplina possono accertare l'illecito, ordinarne la cessazione e, in casi di particolare gravità, disporre la pubblicazione del provvedimento. I provvedimenti del Giurì sono definitivi e non impugnabili, ma a differenza di quelli delle altre autorità mancano di efficacia coercitiva.

Il coinvolgimento delle diverse autorità può avvenire contestualmente, data l'idoneità di una medesima condotta pubblicitaria a integrare illeciti di diversa natura, come nel caso di un messaggio ingannevole che, come spesso avviene, leda contemporaneamente gli interessi dei consumatori e i diritti dei professionisti concorrenti per concorrenza sleale; in questa ipotesi, dunque, potrebbero intervenire sia l'Autorità antitrust sia il giudice ordinario, con l'aggiunta dell'organismo autodi-

¹ Per una panoramica completa sul contenzioso in materia pubblicitaria si rinvia a G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso*, cit., p. 227 ss. e a M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 313 ss.

sciplinare ove il professionista sia assoggettabile al codice di autodisciplina.

I procedimenti attivabili – a cui, come vedremo, si aggiungono altri strumenti di deflazione del contenzioso – si pongono in un rapporto di reciproca indipendenza. Pertanto, se pende un procedimento dinnanzi all'autorità amministrativa o autodisciplinare, rimane aperta la strada della tutela giurisdizionale; viceversa, è sempre attivabile la tutela autodisciplinare nel caso in cui pendano procedimenti giudiziari o amministrativi sul medesimo caso (e il Giurì non è vincolato dalle eventuali pronunce rese nei detti procedimenti).

Risulta evidente il rischio di provvedimenti contraddittori tra loro, aventi a oggetto il medesimo fenomeno pubblicitario.

Secondo il combinato disposto di cui agli articoli 27-ter cod. cons. e 9 d.lgs. 145/2007, ove sia instaurato un procedimento autodisciplinare in pendenza di un procedimento davanti all'A.G.C.M., su istanza motivata di parte può essere sospeso il procedimento amministrativo in attesa della soluzione del primo. In tal modo, il procedimento autodisciplinare viene ad assumere una discreta rilevanza nel sistema statale, ancorché nella sola dimensione amministrativa.

Gli strumenti processuali attivabili contro la pubblicità rispondono a diverse esigenze di tutela: dagli interessi della collettività, come è il caso delle procedure dinnanzi all'Autorità antitrust, ai diritti soggettivi di singoli, nell'ipotesi di c.d. *private enforcement*. È comprensibile che dalla distinzione possano derivare conseguenze sul piano della legittimazione ad agire, della struttura processuale e delle tipologie di provvedimenti finali.

Quanto alla struttura processuale, basti pensare al fatto che, mentre nelle procedure giudiziarie ordinarie continua ad applicarsi il principio di cui all'art. 2697 c.c., secondo cui *onus probandi incumbit eius qui dicit*, nei procedimenti dinnanzi all'Autorità antitrust per pratiche commerciali scorrette e nel settore autodisciplinare vige ormai da tempo il principio secondo cui l'onere di dimostrare la veridicità dei messaggi commerciali grava sul professionista che ha dato vita agli stessi (art. 8, co. 5, d.lgs. 145/2007, art. 27, co. 5, cod. cons., art. 6 cod. aut.).

I diversi strumenti verranno confrontati nella loro efficacia di intervento rispetto al fenomeno pubblicitario. In questo senso, appare inte-

ressante evidenziare che, in ordine cronologico, il primo strumento giuridico contro la pubblicità ingannevole è stato quello della “censura preventiva” da parte dell’ autorità amministrativa televisiva, a ora in vigore per alcuni settori merceologici come quello dei farmaci. Si prevede, altresì, un controllo della pubblicità trasmesse nei canali RAI da parte di una commissione parlamentare che fornisce indirizzi generali con particolare riguardo alla tutela del consumatore e al rispetto delle finalità di pubblico interesse del servizio radiotelevisivo.

Alla protezione preventiva si è sostituita quella successiva di tipo repressivo e sanzionatorio. La repressione è realizzata attraverso una tutela inibitoria, ottenibile sia in sede giurisdizionale (nei procedimenti per concorrenza sleale *ex art. 2598 c.c.* o per inibitoria collettiva ai sensi degli artt. 137 e 140 cod. cons., o anche individuale nel caso di violazione di diritti soggettivi), sia amministrativa (dinnanzi all’ A.G.C.M. per le pubblicità integranti una pratica commerciale scorretta o in violazione di particolari normative settoriali), sia infine autodisciplinare. Una variante interessante di inibitoria è il *corrective advertising*, ovvero l’ intervento dell’ autorità giudicante diretto a modificare la comunicazione commerciale in modo da ripristinare la correttezza del messaggio, che in alcuni casi assurge a ristoro non patrimoniale del soggetto leso. Si tratta di uno strumento ampiamente impiegato negli Stati Uniti dalla *Federal Trade Commission*, ma che trova scarsa attuazione in Italia.

Alla tutela inibitoria si affiancano la repressione sanzionatoria (nel caso del procedimento amministrativo o autodisciplinare) e la tutela risarcitoria (nel caso del procedimento dinnanzi alla giurisdizione ordinaria).

Si può ragionevolmente sostenere che le due istituzioni più rilevanti in materia pubblicitaria sono l’ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato da un lato e l’ Istituto di autodisciplina Pubblicitaria (IAP) dall’ altro. A queste si aggiunge l’ AGCom, con poteri di regolamentazione, vigilanza e sanzione in materia di pubblicità, tra cui quello di esprimere un parere obbligatorio nel procedimento dinnanzi all’ A.G.C.M. per le pubblicità diffuse tramite lo strumento audiovisivo.

Nel giugno 2018 l’ AGCom e l’ IAP hanno stipulato un accordo quadro per il coordinamento delle relative competenze, al fine di garantire una maggiore tutela ai destinatari della comunicazione commerciale,

con una specifica attenzione al contesto digitale, mediante l'approfondimento di tematiche tecniche e regolamentari e l'implementazione di una serie di misure preventive e informative di interesse comune². Si tratta, come evidenziato all'inizio del documento finale, di una forma di "co-regolamentazione", dunque di una combinazione tra autoregolamentazione e legislazione nazionale, precedentemente incoraggiata dalla dir. 10/13/UE sui servizi di media audiovisivi (considerando 44).

L'esigenza di una maggiore protezione del consumatore pare essere stata avvertita dallo stesso mondo imprenditoriale. La questione ancora aperta è quella della possibilità di un marketing "etico", attento alle esigenze concrete, discreto, trasparente e in grado di coinvolgere il consumatore per spontanea decisione, per convincimento razionale³. Spinte in questa direzione sono arrivate dai movimenti anti-pubblicità che, come l'*Adbusters Media Foundation* canadese o i *casseurs de pub* francesi⁴, hanno manifestato, nel corso del tempo, un notevole attivismo politico contro la pubblicità scorretta. Allo stesso modo, un ruolo deve riconoscersi alle associazioni consumeristiche, possibile spazio aggregativo per la diretta informazione ai consumatori e per la progettazione di interventi con il coinvolgimento di esperti del settore e di esponenti della politica.

Un filone che ha assunto un'importanza crescente nel mondo commerciale è quello della responsabilità sociale d'impresa (RSI), per cui talune aziende si sono progressivamente occupate dell'interesse collettivo, considerando in particolare alcuni aspetti, tra cui le condizioni dei lavoratori, la tutela ambientale, il processo produttivo e una maggiore protezione dei consumatori⁵. Un'estensione di questo fenomeno po-

² Cfr. l'accordo al link www.iap.it/2018/06/accordo_quadroagcm_iap/.

³ Tra i testi divulgativi che si occupano di analizzare la questione dell'ecosostenibilità del marketing, si rinvia a G. MORICI, *op. cit.* Sotto una lente giuridica, interessanti suggerimenti in materia di consumo etico possono ricavarsi da A. QUARTA, *Per una teoria dei rimedi nel consumo etico. La non conformità sociale dei beni tra vendita e produzione*, in *Contr. impr.*, 2, 2021, p. 523 ss.

⁴ Sul ruolo delle associazioni e dei movimenti in materia pubblicitaria, cfr. A. ZANACCHI, *op. cit.*, p. 254 ss.

⁵ Per approfondimenti sul tema, *ex multis*, cfr.: G. CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Bari, 2008; G. RUSCONI, M. DORIGATTI (a cura di), *La re-*

trebbe concretizzarsi in un'attività di comunicazione commerciale sviluppata secondo criteri di correttezza e razionalità, in grado di informare sulle reali caratteristiche del prodotto o sulle politiche economiche, lavorative e sociali dell'azienda.

Diversamente, la prassi attuale, soprattutto nei contesti radio-televisivo e digitale, predilige una forma di comunicazione puramente suggestiva, volta più a emozionare che a convincere il destinatario, spesso priva di qualsivoglia riferimento alle caratteristiche del prodotto, rimpiazzato da una rappresentazione semplicemente "spettacolare". Di fronte a questa, la ricostruzione del consumatore medio come soggetto normalmente informato e ragionevolmente attento e avvenuto assume i contorni di una costrizione, se non di un'ipocrisia giuridica.

Vero è che la figura del consumatore medio rappresenta, in sostanza, un compromesso normativo nel bilanciamento tra gli interessi delle imprese e quelli consumeristici; tuttavia, se il consumatore deve essere rispettato quale agente "razionale" a cui spetta il diritto "fondamentale" a un'adeguata informazione e a una corretta pubblicità (art. 2, lett. c), cod. cons.), la pubblicità non può non mantenere un imprescindibile valore informativo⁶.

Allo stato attuale i fenomeni di regolazione spontanea – diversi da quella formalizzata nel sistema autodisciplinare – appaiono privi di una reale capacità di deterrenza rispetto alla diffusione di pubblicità scorrette. Sul versante rimediale, rimane quindi indiscussa l'importanza centrale degli strumenti "coercitivi" di protezione contro la pubblicità illegittima, di cui occorre misurare l'efficacia rispetto all'esigenza di tutela dei destinatari; al contempo, la loro attivazione deve tener conto dell'importanza di salvaguardare la libera iniziativa economica privata, strumento di sviluppo del sistema economico, di cui è parte essenziale la libertà di affermarsi mediante un'efficace comunicazione commerciale.

sponsabilità sociale d'impresa, Milano, 2004; S. ZAMAGNI, *Impresa responsabile e mercato civile*, Bologna, 2013.

⁶ La fidelizzazione razionale del consumatore potrebbe arricchirsi del marketing "relazionale", ovvero del coinvolgimento diretto del medesimo come soggetto attivo con cui dialogare e da cui ottenere risposte consapevoli sulle qualità dei prodotti o dei servizi da vendere. Un riferimento al tema è contenuto in G.P. FABRIS, *op. cit.*, pp. 235-263.

In tal senso, seppur in ipotesi più adatta al fenomeno considerato, nella dimensione capitalistica non pare potersi ammettere spazio alcuno per una censura pubblicitaria preventiva. La protezione dei destinatari della pubblicità può aversi solo *ex post*, attraverso un insieme di rimedi la cui efficacia risulta spesso svilita, se confrontata con i tempi normali della campagna pubblicitaria.

7.2. *Il public enforcement contro le pratiche commerciali scorrette e contro la pubblicità ingannevole e scorretta comparativa*

Per quanto riguarda la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, la direttiva n. 05/29/CE, come modificata dalla dir. 19/2161/UE⁷, se sul versante sostanziale ha optato per l'armonizzazione massima nella regolazione della materia, su quello procedurale lascia agli Stati una notevole autonomia nella scelta degli strumenti di tutela⁸. In tal senso, la stessa sembra inserirsi nell'orizzonte europeo che fa proprio il "principio dell'autonomia processuale" degli Stati membri, per cui, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, spetta a questi ultimi la decisione sugli strumenti procedurali più idonei a garantire la tutela dei diritti previsti dalla normativa europea⁹.

⁷ Il d.d.l. di attuazione della dir. 18/2161/UE è attualmente in corso di esame in commissione, in ritardo rispetto alla *deadline* del recepimento prevista per il 28 maggio 2022.

⁸ Per approfondimenti sul tema degli strumenti di tutela contro le pratiche commerciali scorrette, cfr.: G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 207-229 e p. 539 ss.; M. BINA, *Profili processuali del nuovo statuto della pubblicità*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1383 ss.; M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 313 ss.; A.M. GAMBINO (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Milano, 2011; C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della dir. 2019/2161/UE*, in *I Contratti*, 5, 2021, p. 493 ss.; M. LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, II, 2009, p. 889; V. MELI, *I rimedi per la violazione del divieto di pubblicità ingannevole*, in *Riv. dir. ind.*, 1, 2000, p. 5 ss.; S. STELLA, *Art. 27*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2015, p. 236 ss.

⁹ CGUE, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL*, in *European Court Reports*, 2006, p. I-10421.

Come emerge dall'art. 11 della direttiva, il legislatore comunitario ipotizza due vie percorribili, quella giurisdizionale e quella amministrativa, introducendo un doppio binario di tutela procedurale rispetto a cui la scelta del legislatore nazionale non pare doversi necessariamente articolare in termini di *aut-aut*. Viene pure lasciato uno spazio preliminare ad alternative semplificate come quella autodisciplinare, che analizzeremo più avanti.

La disposizione impone agli Stati membri di assicurare «mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni» nell'interesse dei consumatori. Anche nel caso del giudizio da parte di un'autorità amministrativa, è di fondamentale importanza che le sue decisioni siano sempre motivate e rappresentino il frutto di un percorso valutativo imparziale, suscettibile di contestazione dinnanzi all'autorità giurisdizionale.

Pur nella sua portata delegante, la disposizione del legislatore europeo si orienta verso forme di intervento particolari sull'attività commerciale, volte più ad assicurare una sua correttezza generale che la protezione di concrete posizioni individuali eventualmente lese¹⁰, anche se, come vedremo, queste non possono dirsi abbandonate dal sistema di tutela. La normativa consente alle autorità giudicanti l'emanazione di provvedimenti inibitori, preventivi o successivi, anche in via d'urgenza; inoltre, ove possa contribuire a rendere inoperanti gli effetti pregiudizievoli di una pratica commerciale, si prevede la possibilità di disporre la pubblicazione dei provvedimenti stessi e, nel caso della pratica commerciale comunicativa, di un messaggio rettificativo da parte del professionista, sulla scia del c.d. "corrective advertising" di stampo statunitense. Oltre a ciò, la disciplina europea riconosce all'art. 13 l'im-

¹⁰ L'art. 11 della direttiva infatti prosegue stabilendo che «nel contesto delle disposizioni giuridiche di cui al paragrafo 1, gli Stati membri conferiscono all'organo giurisdizionale o amministrativo il potere, qualora ritengano necessari detti provvedimenti tenuto conto di tutti gli interessi in causa e, in particolare, dell'interesse generale: a) di far cessare le pratiche commerciali sleali o di proporre le azioni giudiziarie appropriate per ingiungere la loro cessazione, o b) qualora la pratica commerciale sleale non sia stata ancora posta in essere ma sia imminente, di vietare tale pratica o di proporre le azioni giudiziarie appropriate per vietarla, anche in assenza di prove in merito alla perdita o al danno effettivamente subito, oppure in merito all'intenzionalità o alla negligenza da parte del professionista».

portanza dell'intervento di tipo sanzionatorio, purché sia effettivo, proporzionato e dissuasivo.

In attuazione di tali previsioni, il legislatore italiano sembra aver optato per un sistema di tutela contro le pratiche commerciali scorrette principalmente amministrativo, che trova la sua sintesi nell'art. 27 cod. cons., anche se, come vedremo, non va esclusa l'azionabilità di rimedi giurisdizionali. La medesima procedura trova applicazione, secondo quanto previsto dall'art. 8 d.lgs. 145/2007, nell'ipotesi di pubblicità ingannevole e scorretta comparativa lesiva degli interessi dei professionisti concorrenti, da cui l'opportunità di una trattazione unitaria in questa sede.

Il sistema presenta un carattere prettamente sanzionatorio, repressivo e inibitorio, prediligendo un intervento *ex post* e accantonando, invece, l'ipotesi di un controllo *ex ante*. Un meccanismo rimediale analogo caratterizzava anche la disciplina precedente, contenuta nel d.lgs. 74/92 attuativo della dir. 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole¹¹.

Si parla, in tal senso, di *public enforcement*, ovvero di un sistema a vocazione pubblicistica che predilige la via amministrativa di protezione collettiva. Un modello analogo è stato adottato nel Regno Unito e, prima ancora, negli Stati Uniti, diversamente da Spagna e Germania, dove la disciplina è confluita in quella della concorrenza sleale, o dalla Francia, dove l'autorità amministrativa ha competenze per lo più istruttorie e lascia a quella giurisdizionale il potere sanzionatorio.

Nell'ambito dell'attività pubblicitaria, il giudizio coinvolge due autorità amministrative: l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, istituita con la l. 10 ottobre 1990, n. 287 (c.d. legge antitrust), e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, nata con l. 31 luglio 1997, n. 249. La prima si occupa, accanto alla generale repressione delle condotte anticoncorrenziali, di tutelare il consumatore (e oggi le microimprese) dalle pratiche commerciali scorrette e dalle clausole vessatorie, nonché il professionista dalla pubblicità ingannevole e comparativa; la seconda si concentra sulla valutazione delle condotte commerciali in materia di editoria, telecomunicazioni, mezzi di comunicazione di mas-

¹¹ Per un approfondimento dei rimedi previsti dalla precedente disciplina, cfr. V. MELI, *I rimedi per la violazione del divieto di pubblicità ingannevole*, cit.

sa e poste, intervenendo nella procedura attraverso l'emissione di un parere all'Autorità antitrust¹².

L'art. 27 del codice del consumo – modificato dapprima dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 e più recentemente dalla l. 23 dicembre 2021, n. 234 – attribuisce all'Autorità antitrust il potere di intervenire per l'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, anche nei settori regolati da specifiche normative, ferme restando la necessità di un parere preventivo delle autorità di settore e la loro competenza nelle ipotesi di violazioni che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta (commi 1 e 1-*bis*)¹³. In tal modo, per scongiurare giudizi contraddittori, si permette un coordinamento tra le autorità competenti in casi “pluri-settoriali”, che può avvenire anche a monte nella regolazione, attraverso protocolli di intesa, degli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze¹⁴.

Nel caso della pubblicità, l'Autorità è competente a giudicare su qualsiasi comunicazione commerciale diffusa sul territorio italiano, in modo da correggerla rispetto a forme di scorrettezza che, anche solo potenzialmente¹⁵, arrechino un pregiudizio alla libertà del consumatore medio o alla posizione dei professionisti concorrenti. La competenza è esclusa – e trasferita alla giurisdizione amministrativa – nel solo caso in cui, come previsto per talune categorie di prodotti, la comunicazione sia stata già preventivamente autorizzata con provvedimento amministrati-

¹² La natura del parere è stata confermata da TAR Roma, sez. I, 3 gennaio 2017, n. 61, in *Foro amm.*, 1, 2017, p. 170 e da TAR Roma, sez. I, 20 luglio 2015, n. 9866, in *Rass. dir. farm.*, 6, 2015, p. 1416.

¹³ La medesima disposizione ha modo di precisare che l'intervento dell'Autorità «è indipendente dalla circostanza che i consumatori interessati si trovino nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito il professionista o in un altro Stato membro».

¹⁴ Tale disposizione va coordinata con quanto previsto dall'art. 19, comma 3, che prevede la prevalenza, in caso di contrasto, delle disposizioni comunitarie che regolino aspetti specifici delle pratiche commerciali. In simili casi l'A.G.C.M. potrà intervenire solo sulla pratica che violi, oltre al codice del consumo, anche la regola di settore, ma non anche su quella che rispetti quest'ultima. Sul coordinamento tra Autorità antitrust e AGCom cfr. Cons. St., ad. plen., 9 febbraio 2016, nn. 3 e 4.

¹⁵ Vedi, *ex pluribus*: TAR Lazio, sez. I, 9 gennaio 2015, n. 238, in *Foro amm.*, 1, 2015, p. 185 e Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050, cit.

vo *ex lege* obbligatorio, indicante i requisiti di legittimità (artt. 27, co. 14, cod. cons. e 8, co. 14, d.lgs. 145/2007).

7.2.1. *L'avvio del procedimento amministrativo dinanzi all'Autorità antitrust*

Per ottenere l'intervento dell'A.G.C.M. occorre avviare un procedimento amministrativo le cui fasi sono scandite da un regolamento emanato dall'Autorità¹⁶ (c.d. PCS), disciplinante l'attività istruttoria nel rispetto del contraddittorio, della piena cognizione e dell'efficacia nell'accertamento dell'illecito (art. 27, co. 11, cod. cons.). Il procedimento è pubblico ma è possibile richiedere che esso si svolga in forma riservata a pena di decadenza con l'istanza introduttiva, indicando le ragioni di riservatezza e inviando, in ogni caso, una versione non riservata dell'istanza.

Fatto salvo il potere dell'Autorità antitrust di attivare il procedimento d'ufficio, legittimati ad agire sono i consumatori, i professionisti, le microimprese e le associazioni rappresentative degli interessi dei consumatori. La procedura è gestita dal Collegio, composto dal presidente, che rappresenta l'Autorità e vigila sull'attuazione delle relative decisioni, dagli altri componenti e dal responsabile del procedimento, preposto all'unità organizzativa competente per materia.

L'istanza è a forma libera, può essere depositata in formato cartaceo o per via telematica e deve contenere: i dati identificativi e di contatto del richiedente; i dati idonei a identificare il professionista e la pratica commerciale contestata (ivi compreso il periodo di diffusione, i mass media utilizzati, luogo e modalità di attuazione), il bene o servizio interessato; ogni altro elemento utile al giudizio, ivi compresi i reclami già presentati avverso la medesima condotta e la corrispondenza col professionista.

Ricevuta l'istanza, l'A.G.C.M. è obbligata a valutare la stessa, ma non ad avviare il procedimento. Quest'ultimo è disposto solo nel caso

¹⁶ Delibera A.G.C.M. n. 25411, 1° aprile 2015, in *Boll.* 14/2015, recante approvazione del regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie.

in cui, durante la fase “pre-istruttoria” (art. 5 PCS), il responsabile dell’unità organizzativa competente accerti: la ricevibilità e la non manifesta infondatezza della segnalazione, dunque che la stessa contenga le informazioni minime necessarie all’identificazione delle parti e della fattispecie, nonché la presenza di elementi tali da giustificare altri accertamenti; la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge; la non avvenuta rimozione dei profili di illegittimità, al termine dell’invito scritto del responsabile del procedimento, sentito il Collegio ed esclusi i casi di particolare gravità (c.d. “moral suasion”); la non manifesta inidoneità del messaggio a falsare in misura rilevante il comportamento del consumatore medio a cui è diretto (c.d. “de minimis”); la non irrilevanza e l’opportunità dell’intervento secondo criteri di razionalizzazione, efficacia ed economicità amministrativa (c.d. “non luogo a provvedere”)¹⁷. L’occasionalità della condotta non rileva, invece, ai fini della sua assoluzione, come precisato dalla Corte di giustizia dell’UE¹⁸.

Nel caso di archiviazione, l’Autorità ha la facoltà, ma non l’obbligo, di comunicare la decisione a chi ha presentato l’istanza.

7.2.2. I poteri dell’A.G.C.M. durante la fase istruttoria

Nel caso in cui accolga l’istanza di avvio della procedura, il responsabile competente introduce la fase istruttoria comunicando alle parti e agli interessati intervenuti – anche mediante avviso sul bollettino del sito o comunicato stampa – l’avvio del procedimento, il suo oggetto, gli elementi ottenuti, il termine dell’istruttoria, gli uffici competenti, la possibilità e il termine per le memorie scritte e i documenti. Il procedimento deve concludersi entro 120 giorni dalla data di protocollo della

¹⁷ Questo sussiste anche nel caso in cui non venga disposto l’avvio del procedimento entro 180 giorni dal ricevimento dell’istanza. Tale termine, tuttavia, non va considerato perentorio, in quanto l’Autorità può continuare ad acquisire, dopo l’istanza di intervento, altri elementi necessari alla decisione di avvio del procedimento (TAR Lazio, sez. I, 8 giugno 2015, n. 8030, in *Banca dati Dejure*).

¹⁸ Vedi, in particolare, CGUE, 16 aprile 2015, C-388/13, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, ECLI:EU:C:2015:225 e CGUE, 19 settembre 2013, C-435/11, *CHS Tour Services GmbH c. Team4 Travel GmbH*, ECLI:EU:C:2013:574.

comunicazione di avvio¹⁹; esso può essere sospeso su istanza di parte nel caso in cui sia pendente in ambito autodisciplinare un procedimento soggettivamente e oggettivamente identico (artt. 27-ter cod. cons. e 9 d.lgs. 145/2007).

Possono partecipare all'istruttoria tutti i soggetti portatori di interessi privati, pubblici o diffusi che possano subire un pregiudizio dai fatti oggetto di valutazione, mediante il deposito di un atto sottoscritto contenente i dati dell'interveniente, gli estremi del procedimento e la motivazione dell'intervento. Se il responsabile del procedimento autorizza l'intervento, il terzo interessato può accedere, previa richiesta scritta e motivata, agli atti e presentare memorie, documenti, deduzioni e pareri. Il responsabile del procedimento decide sulla richiesta entro trenta giorni, nel rispetto degli interessi alla riservatezza e ai segreti commerciali se richiesto.

Durante tale fase l'A.G.C.M. gode di una certa discrezionalità, potendo ricorrere ai poteri investigativi ed esecutivi di cui al reg. UE n. 22394/2017 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori²⁰, anche in relazione alle infrazioni non transfrontaliere. L'Autorità, in particolare, può richiedere documenti necessari e disporre ispezioni presso il professionista con l'ausilio della Guardia di finanza (art. 27, co. 2, cod. cons.).

¹⁹ Questi diventano 150 nel caso in cui l'A.G.C.M. debba richiedere il parere di un'altra autorità di settore (art. 27, comma 6). Il termine si allunga ulteriormente nel caso in cui il professionista risieda, sia domiciliato o abbia sede all'estero. Ulteriori proroghe, fino a massimo 60 giorni, possono essere disposte dall'A.G.C.M. nel caso di particolari esigenze istruttorie, di estensione del procedimento oggettiva o soggettiva, o di presentazione di impegni da parte del professionista. Altri 30 giorni possono aggiungersi nel caso in cui sia necessario ottenere informazioni da altre istituzioni o enti pubblici (art. 7 PCS).

²⁰ Come previsto dall'art. 1, il regolamento stabilisce le condizioni in base alle quali le autorità competenti, designate dai rispettivi Stati, collaborano e coordinano azioni fra loro e con la Commissione al fine di garantire, oltre al rispetto delle norme, il buon funzionamento del mercato interno e di migliorare la tutela degli interessi economici dei consumatori.

Il responsabile del procedimento può ottenere informazioni utili da ogni soggetto pubblico o privato (art. 27, co. 3, cod. cons.)²¹, sentire le parti o terzi nel rispetto del principio del contraddittorio, disporre perizie e analisi statistiche ed economiche²², stabilire che sia il professionista a dover fornire la prova sulla correttezza dei dati relativi alla pratica commerciale. In quest'ultimo caso il responsabile, tenuto conto delle circostanze concrete e dei diritti o degli interessi legittimi delle parti, comunica loro gli elementi di prova richiesti e il termine per la produzione; nel caso di omissione o insufficienza delle prove prodotte, i dati vengono considerati inesatti (artt. 27, co. 5, cod. cons. e 8, co. 5, d.lgs. 145/2007).

Il legislatore specifica che in ogni caso incombe sul professionista l'onere di dimostrare, con allegazioni fattuali, che egli non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto della pratica commerciale su un determinato, specifico, gruppo di consumatori vulnerabili.

7.2.3. La fase conclusiva del procedimento e il provvedimento finale

Conclusa l'istruttoria della pratica, il responsabile comunica alle parti l'avvenuta conclusione disponendo un termine (non inferiore a dieci giorni) per la presentazione di memorie conclusive e di documenti; dunque, rimette la pratica al collegio giudicante per la decisione finale. È proprio in questa fase che il responsabile del procedimento dovrà chiedere il parere delle autorità di settore, tra cui l'AGCom nel caso di pubblicità trasmessa per via telefonica o attraverso i mezzi di comuni-

²¹ Sono previste sanzioni pecuniarie nel caso di informazioni inesatte o di inottemperanza, da parte dei soggetti coinvolti, delle richieste rivolte dall'Autorità, da un minimo di € 2.000 a un massimo di € 40.000 (artt. 27, co. 4, cod. cons. e 8, co. 4, d.lgs. n. 145/2007).

²² L'autorizzazione di perizie, analisi, consultazioni e ispezioni è data dal Collegio su richiesta del responsabile del procedimento. Le ispezioni, in particolare, vengono condotte da funzionari incaricati dal responsabile, che possono accedere a locali e terreni, escluse residenze o domicili estranei alla fattispecie indagata, nonché esaminare documenti (ed estrarne copia), richiedere informazioni e spiegazioni, di cui viene redatto processo verbale. Nel caso di perizie e consulenze, le parti vengono informate in modo da potervi partecipare personalmente o con un proprio consulente.

cazione di massa²³. Il parere, obbligatorio ma non vincolante, non deve essere comunicato alle parti, le quali possono comunque averne conoscenza accedendo agli atti²⁴.

Il collegio giudicante dell'Autorità antitrust può (art. 17 PCS) emanare uno di tali provvedimenti finali: a) dichiarazione di non scorrettezza del messaggio o di chiusura del procedimento per insufficienza di elementi probatori o per una delle ragioni per cui può concludersi negativamente la fase pre-istruttoria; b) dichiarazione di ingannevolezza/aggressività/illiceità del messaggio pubblicitario; c) accoglimento di impegni senza accertamento dell'infrazione contestata.

Nella valutazione dell'idoneità a incidere sulla libertà del consumatore, la gravità della condotta è giudicata tenendo conto della diffusione del messaggio, degli strumenti utilizzati, delle dimensioni economiche del professionista, della capacità di penetrazione della comunicazione e della vulnerabilità dei destinatari²⁵. Nonostante il riferimento *ex art. 20* cod. cons. alla "diligenza professionale", e dunque alla competenza e attenzione del professionista, la prassi applicativa evita ogni riferimento all'elemento soggettivo in generale e a eventuali parametri di valutazione di stampo professionale, piuttosto registrandosi il costante ricorso al parametro oggettivo di imputazione della violazione²⁶; ciò, d'altronde, è quanto richiesto dall'art. 11, par. 2, della direttiva 05/29/CE. Criteri analoghi sono adottati nel giudizio sulla pubblicità lesiva degli interessi dei professionisti concorrenti ai sensi dell'art. 8 d.lgs. 145/2007.

Ove accerti l'esistenza dell'illecito, l'Autorità «vieta la diffusione, qualora non ancora portata a conoscenza del pubblico, o la continuazio-

²³ Il parere dell'AGCom deve essere reso entro 30 giorni dal ricevimento della richiesta, oltre i quali, ove questo non sia pervenuto e l'AGCom non abbia rivolto richieste istruttorie (a cui segue una sospensione di 30 giorni del procedimento), l'A.G.C.M. può procedere indipendentemente dallo stesso.

²⁴ TAR Lazio, sez. I, 3 marzo 2010, n. 3287, in *Foro amm. TAR*, 3, 2010, p. 911.

²⁵ Riprendono i criteri suddetti TAR Lazio, sez. I, 8 ottobre 2014, n. 10236 in *Foro amm.*, 10, 2014, p. 2633 e TAR Lazio, sez. I, 3 settembre 2014, n. 9314, in *Foro amm.*, 9, 2014, p. 2398.

²⁶ *Ex multis*, cfr. A.G.C.M., PI/4891, 23 novembre 2005, Prov. n. 14919, in *Boll.* 47/2005. In sede di gravame, allo stesso modo TAR Lazio, sez. I, 17 settembre 1999, n. 2077, in *Giust. civ.*, I, 2000, p. 601.

ne, qualora la pratica sia già iniziata» (art. 27, co. 8, cod. cons.). Ciò vale anche per le pratiche che non siano più oggetto di diffusione²⁷. Nel caso di violazioni ancora in corso, il provvedimento indica un termine entro cui il professionista deve presentare una relazione di ottemperanza.

Nonostante possa limitarsi al semplice accertamento dell'illecito ove non vi sia pericolo di continuazione o di ripetizione, l'A.G.C.M. tende a farvi conseguire automaticamente l'inibitoria, anche solo "pro-futuro". Risulta chiaro che il messaggio oggetto di censura, se depurato di tutti gli elementi dichiarati ingannevoli, potrà essere oggetto di una nuova campagna. Inoltre, «l'Autorità può disporre, con provvedimento motivato, la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette, laddove sussiste particolare urgenza» (art. 27, co. 3). Allo stesso modo può intervenire sulla pubblicità ingannevole e scorretta comparativa a tutela dei professionisti ai sensi dell'art. 8, co. 3, d.lgs. 145/2007.

Il responsabile del procedimento comunica alle parti le ragioni di gravità e urgenza nella comunicazione di avvio dell'istruttoria o in altra separata comunicazione, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni per la presentazione di memorie scritte e documenti. Scaduto il termine, gli atti sono trasmessi al Collegio per la decisione.

Nel caso in cui sussistano particolari esigenze di indifferibilità, il collegio può sospendere provvisoriamente la pubblicità senza acquisire le memorie delle parti, fatta salva la possibilità di presentarle entro sette giorni dalla comunicazione del provvedimento, che il collegio può revocare o confermare entro trenta giorni. Il professionista deve eseguire immediatamente il provvedimento di sospensione provvisoria, informandone l'Autorità entro cinque giorni dalla sua ricezione²⁸.

Il Collegio può disporre la pubblicazione a cura e spese del professionista della delibera, anche per estratto, o di un'apposita dichiarazione rettificativa in modo da impedire che la pubblicità scorretta continui a

²⁷ Così TAR Lazio, sez. I, 17 gennaio 2005, n. 306, inedita.

²⁸ Sulla sospensione cautelare, cfr. *ex multis*: A.G.C.M., PS/11272, 20 febbraio 2019, Provv. n. 27559, in *Boll.* 8/2019.; A.G.C.M., PS/10460, 15 dicembre 2016, Provv. n. 26300, in *Boll.* 47/2016; A.G.C.M., PS/10460, 1° giugno 2016, Provv. n. 26037, in *Boll.* 19/2016.

produrre effetti (artt. 27, co. 8, cod. cons. e 8, co. 8, d.lgs. 145/2007)²⁹. Una simile misura era già prevista dall'art. 2600 c.c. per le sentenze di condanna di un atto di concorrenza sleale; tuttavia, come sottolineato³⁰, mentre in quest'ultimo caso la sentenza che ordina la pubblicazione ha una funzione risarcitoria, nel caso delle pratiche scorrette – come in quello della pubblicità ingannevole di cui al precedente d.lgs. 74/92 – ha più una funzione sanzionatoria e ripristinatoria della realtà preesistente all'illecito³¹. La pubblicazione deve, in altre parole, contrastare gli effetti fin lì prodotti dalla pubblicità scorretta, intervenendo in modo proporzionale al pericolo e con mezzi idonei, anche per diffusione, a scongiurarlo.

Nelle motivazioni degli ordini di pubblicazione, l'A.G.C.M. ha spesso fatto riferimento a elementi quali la modalità di diffusione, la particolare insidiosità del messaggio (per esempio per le modalità grafiche³² o il contenuto³³) e la particolare gravità della violazione (guardando alla affermazioni o alla sprovvedutezza dei destinatari)³⁴.

A ben vedere, la pubblicazione del provvedimento sanzionatorio e la pubblicazione di una *corrective advertising*, pur rappresentando due possibili, diversi, contenuti del provvedimento amministrativo, assumono, nell'ottica legislativa, la medesima funzione. L'ordine di pubblicazione non è giustificabile nel caso in cui la comunicazione non sia stata diffusa, mancando in tale ipotesi "effetti" da contrastare, mentre mantiene un'utilità nel caso in cui una pratica inizialmente diffusa sia *medio tempore* cessata.

Nel caso di pubblicità televisiva o mediante piattaforme *online*, la comunicazione del provvedimento andrebbe fatta con i medesimi mezzi

²⁹ Tra i casi più recenti, cfr.: A.G.C.M., PS/11232, 23 gennaio 2019, Provv. n. 27545, in *Boll.* 7/2019; A.G.C.M., PS/11039, 25 settembre 2018, Provv. n. 27365, in *Boll.* 40/2018; A.G.C.M., PS/10578, 19 luglio 2017, Provv. n. 26700, in *Boll.* 30/2017.

³⁰ M. LIBERTINI, *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, IV, Padova, 1981, p. 251.

³¹ Così anche V. MELI, *I rimedi per la violazione del divieto di pubblicità ingannevole*, cit., p. 5 ss.

³² A.G.C.M., PI/1385, 5 giugno 1997, Provv. n. 5059, in *Boll.* 23/97.

³³ A.G.C.M., PI/1329, 28 maggio 1997, Provv. n. 5040, in *Boll.* 22/97.

³⁴ A.G.C.M., PI/727, 14 marzo 1996, Provv. n. 3710, in *Boll.* 11/96.

della prima; ove invece si tratti di messaggi inviati individualmente, anche la dichiarazione rettificativa dovrà essere trasmessa nella medesima forma. Per essere efficace, la pubblicazione deve intervenire tempestivamente, secondo le caratteristiche del *medium*.

Tra i destinatari del provvedimento sanzionatorio, accanto al professionista possono figurare anche l'operatore pubblicitario, il committente e l'autore della comunicazione³⁵.

Insieme al divieto di diffusione può essere comminata una sanzione pecuniaria³⁶, con funzione sia educativa che punitiva³⁷, da pagare entro 30 giorni dalla notifica. La quantificazione della sanzione deve basarsi sul principio di proporzionalità³⁸, secondo i parametri di riferimento della l. 24 novembre 1981, n. 689 ("Modifiche al sistema penale")³⁹: gravità della violazione, eventuali tempestivi ravvedimenti da parte del-

³⁵ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso*, cit., p. 245. La precedente disciplina di cui al d.lgs. 74/92, faceva rientrare nella figura dell'operatore pubblicitario il committente, l'autore del messaggio e, nel caso in cui non fosse possibile l'identificazione dei primi, il proprietario del mezzo di comunicazione. Di fatto, l'intervento più efficace per la rimozione del messaggio è quello rivolto al committente, che ha effettivamente il controllo del messaggio, riservando l'estensione ad altri soggetti solo nel caso di effettiva compartecipazione alla diffusione del messaggio illegittimo.

³⁶ La sanzione va da un minimo di € 5.000 a un massimo di € 5.000.000 nel caso di pratica lesiva degli interessi dei consumatori. Mentre il tetto massimo aumenta a € 500.000,00 nel caso di pregiudizio agli interessi dei professionisti; il tetto minimo è pari a € 50.000 nel caso di pubblicità di prodotti pericolosi o destinate ai bambini (artt. 27, co. 9, cod. cons. e 8, co. 9, d.lgs. 145/2007).

Secondo la dir. 19/2161/UE, ancora in fase di attuazione nell'ordinamento nazionale, nel caso di infrazioni che travalicano i confini di uno Stato membro, la sanzione pecuniaria può raggiungere fino a un importo massimo almeno pari al 4% del fatturato annuo realizzato dal professionista nello Stato membro o negli Stati membri interessati (art. 13, par. 3, dir. 05/29/CE, come modificato dalla dir. 19/2161/UE).

³⁷ In tal senso, TAR Lazio, sez. I, 17 giugno 2010, n. 18462, in *Banca dati Dejure*.

³⁸ Cons. St., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4391, in *Foro amm. CDS*, 7-8, 2011, p. 2534.

³⁹ Sulla natura delle sanzioni deve menzionarsi una recente ordinanza del Consiglio di Stato, con cui è stata rimessa alla Corte di giustizia la questione della qualificabilità in chiave sostanzialmente penalistica, da cui deriverebbe l'applicabilità del principio del *ne bis in idem* nel caso di condanna penale sulla medesima condotta intervenuta in altro Stato membro. Cfr. Cons. St., sez. VI, 7 gennaio 2022, n. 68, in *Giur. it.*, 3, 2022, p. 566.

l'impresa⁴⁰, personalità dell'agente⁴¹, patrimonio e dimensione economica del professionista⁴². La recidiva del professionista è considerata circostanza aggravante, con applicazione, da parte dell'A.G.C.M., del criterio del cumulo materiale di sanzioni, piuttosto che di quello giuridico, in presenza di una pluralità di condotte con autonomia strutturale e funzionale⁴³.

La dir. 19/2161/UE ha introdotto, tra i criteri comuni di applicazione delle sanzioni da parte degli Stati membri, anche i benefici finanziari conseguiti dal professionista in conseguenza della scorrettezza e le eventuali sanzioni inflitte in altri Stati per la medesima violazione (art. 13, par. 2, dir. 05/29/CE). L'intervento si giustifica per il semplice fatto che spesso, in vista dei guadagni attesi dall'investimento pubblicitario, le imprese preferiscono rischiare la sanzione, con il paradosso che quest'ultima diventa conveniente in termini di costo opportunità.

Nel procedimento dinnanzi all'Antitrust non vale il principio processuale della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, per cui è ben possibile una decisione che si discosti dai rilievi formulati nell'atto introduttivo⁴⁴. Il provvedimento finale, dopo essere stato comunicato alle

⁴⁰ In questi non rientra l'ottemperanza delle richieste istruttorie dell'Autorità; deve trattarsi, piuttosto, di condotte spontanee di correzione della pratica a brevissima distanza dalla contestazione.

⁴¹ Tra i fattori di valutazione della personalità dell'impresa si considera l'eventuale recidiva sulle condotte contestate. Cfr. Cons. St., sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3896, in *Guida al diritto*, 38, 2014, p. 50.

⁴² La dimensione economica del professionista, che comprende sia la struttura che il fatturato, va valutata da un lato per soppesare la gravità della condotta e dall'altro per garantire l'efficacia deterrente della sanzione pecuniaria secondo proporzionalità e adeguatezza. Vedi TAR Lazio, sez. I, 3 settembre 2014, n. 9314, in *Foro amm.*, 9, 2014, p. 2398. Devono prendersi in considerazione anche il risultato utile o la perdita di esercizio nel cui contesto la sanzione viene comminata (TAR Lazio, sez. I, 17 settembre 2014, n. 9829, inedita), come pure la notorietà dell'operatore e la sua rilevanza nel settore di attività (TAR Lazio, sez. I, 17 marzo 2014, n. 2941, in *Foro amm.*, 3, 2014, p. 912; TAR Lazio, sez. I, 8 gennaio 2013, n. 106, inedita).

⁴³ A.G.C.M., PS/11112, 29 novembre 2018, Provv. n. 27432, in *Boll.* 46/2018. Il criterio è stato condiviso da Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 2012, n. 209, in *Foro amm. CDS*, 1, 2012, p. 148.

⁴⁴ Cfr. TAR Lazio, sez. I, 6 agosto 2010, n. 30326, in G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 208.

parti e agli intervenuti, è pubblicato entro 20 giorni nel bollettino settimanale del sito dell'A.G.C.M., la quale può anche disporre la diffusione attraverso comunicati stampa.

Nel caso di inottemperanza del provvedimento sanzionatorio, come pure di quello cautelare o degli impegni, si prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria⁴⁵, a cui si aggiunge, nell'ipotesi di reiterata inottemperanza, la sospensione dell'attività per massimo trenta giorni.

Avverso la decisione è possibile presentare ricorso entro 60 giorni dinnanzi al TAR del Lazio⁴⁶, che può sindacare i fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato, spingendosi fino ai profili tecnici ove ciò sia necessario per verificarne la legittimità. Tuttavia, nel caso in cui il giudizio tecnico presenti dei profili di discrezionalità, il giudice amministrativo può limitarsi a verificare la non esorbitanza dai margini di opinabilità e la ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione della decisione⁴⁷. La sentenza del giudice amministrativo può essere a sua volta impugnata davanti al Consiglio di Stato.

7.2.4. L'assunzione di impegni da parte del professionista e l'opportunità di una decongestione del contenzioso amministrativo in materia pubblicitaria

In alternativa al provvedimento sanzionatorio il legislatore, in un'ottica di collaborazione tra autorità e professionisti, ha previsto che, a eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della condotta, l'Autorità antitrust possa ottenere dal professionista responsabile l'assunzione dell'impegno di porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della pratica o modificandola in modo da eliminare i profili di

⁴⁵ La sanzione varia da 10.000 fino a 150.000 euro nel caso di pubblicità lesiva degli interessi dei professionisti e fino a 5.000.000 nel caso di pubblicità scorretta secondo il codice del consumo.

⁴⁶ Questi sono aumentati di 30 giorni se le parti risiedono in altro Stato d'Europa, di sessanta se fuori dall'Europa.

⁴⁷ Ciò è stato evidenziato da: Cass. Sez. Un., 14 maggio 2014, n. 10411, in *Foro it.*, I, 2014, p. 3532; Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050, cit. e Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2014, n. 5548, in *Banca dati Dejure*.

illegittimità (artt. 27, co. 7, cod. cons. e 8, co. 7, d.lgs. 145/2007). Mentre la *moral suasion* dell’Autorità, già vista sopra, limitandosi alla fase pre-istruttoria, presenta un’efficacia deflattiva del procedimento amministrativo, riservandolo ai casi particolarmente gravi⁴⁸; gli impegni, invece, possono intervenire spontaneamente in momenti successivi del procedimento (entro 45 giorni dalla comunicazione del suo avvio)⁴⁹ e mirano alla razionalizzazione delle risorse amministrative e alla pronta rimozione dell’illecito, o quantomeno dei profili di illegittimità⁵⁰.

L’opportunità della decongestione dell’attività amministrativa cede, però, di fronte a casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale, nei quali risulta invece prioritario l’accertamento della violazione, con conseguente inammissibilità degli impegni proposti dal professionista; permane in questa ipotesi l’esigenza di una pronuncia sanzionatoria che possa rivestire un’efficacia deterrente *pro futuro*⁵¹.

Esclusi tali casi, l’Autorità verifica discrezionalmente, in apposito sub-procedimento con il contraddittorio delle parti, l’idoneità degli impegni a risolvere le criticità rilevate all’avvio del procedimento⁵². La discrezionalità di giudizio è ampia, potendo l’Autorità decidere di san-

⁴⁸ Il ricorso a essa, secondo la giurisprudenza, è un potere discrezionale del responsabile dell’istruttoria. Cfr. TAR, sez. I, 2 novembre 2012, n. 9001, in *Foro amm. TAR*, 11, 2012, p. 3521.

⁴⁹ Si tratta di un termine che è stato considerato dapprima sollecitatorio (TAR Lazio, sez. I, 19 novembre 2010, n. 33668, inedita) e più recentemente perentorio (TAR Lazio, sez. I, 10 novembre 2015, n. 12705, reperibile in *osservatorioagromafie.it*).

⁵⁰ Cfr. S. PERUGINI, *Presentazione, valutazione e accettazione degli impegni (art. 8, Del. AGCM 15.11.2007, n. 17589)*, in A. CATRICALÀ, P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, p. 2209 ss.

⁵¹ In giurisprudenza, vedi TAR Lazio 10 dicembre 2015, n. 13821, in *Foro amm.*, 12, 2015, p. 3168 e Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1104, in *Foro amm.*, 3, 2015, p. 752.

⁵² Anche in tale fase, se la pubblicità è stata diffusa attraverso la stampa, la radio, la televisione o altro mezzo di comunicazione, l’A.G.C.M. acquisisce il parere dell’AGCom (artt. 27, co. 1-bis e 6, cod. cons. e 8, co. 6, d.lgs. n. 145/2007). Il parere dell’AGCom deve intervenire entro 45 giorni e il termine di conclusione del procedimento è prolungato di 15 giorni.

zionare comunque la condotta in ragione della gravità e della manifesta illegittimità⁵³.

Nel caso in cui valuti gli impegni parzialmente idonei, l'Autorità dispone un termine per l'integrazione degli stessi; se sono ritenuti pienamente idonei, il procedimento termina senza accertamento dell'illecito e senza sanzioni. In quest'ultima ipotesi rimane comunque aperta la possibilità di agire avverso il professionista (individualmente o collettivamente) e di impugnare il provvedimento di accoglimento per coloro che possano subire un danno dagli impegni. Per consentirne la conoscenza al pubblico, se richiesto dall'Autorità la dichiarazione dell'impegno deve essere pubblicata a cura e spese del professionista (artt. 27, co. 7, cod. cons. e 8, co. 7, d.lgs. 145/2007).

Ove gli impegni vengano considerati inidonei, l'Autorità comunicherà al professionista il provvedimento di rigetto, impugnabile solo insieme alla decisione conclusiva del procedimento⁵⁴.

L'assunzione di impegni, come la *moral suasion* o l'intervento sospensivo in urgenza, rappresentano un'alternativa efficace rispetto al percorso fino alla decisione finale. Non può non rilevarsi, infatti, come il procedimento amministrativo si caratterizzi per una fisiologica lentezza del tutto inidonea rispetto ai tempi della pratica pubblicitaria⁵⁵, ulteriormente appesantita dalla possibilità di impugnare in sede giurisdizionale il provvedimento dell'Autorità antitrust.

In sostanza, l'intervento delle autorità amministrative, stando alla procedura prevista normativamente, arriverebbe sempre in ritardo rispetto alla conclusione della campagna pubblicitaria, della durata media di due mesi, potendo tutt'al più avere un qualche effetto *pro-futuro* nella misura in cui inibisca comportamenti analoghi a quello stigmatizzato.

⁵³ Tra i molti casi, cfr.: TAR Lazio, sez. I, 7 maggio 2018, n. 5043, in *Dir. e giust.*, 88, 2018, p. 24, con nota di G. Milizia, *Consumatore correttamente informato, produttore non multato*; TAR Lazio, sez. I, 5 maggio 2016, n. 5220, inedita; TAR Lazio, sez. I, 28 luglio 2015, n. 10352, inedita.

⁵⁴ TAR Lazio, sez. I, 7 settembre 2011, n. 7129.

⁵⁵ Già un *memorandum* della Commissione del 1985 (su "La protezione giuridica dei consumatori") aveva sottolineato la circostanza, indicando gli obiettivi da raggiungere per una maggiore efficacia procedurale. Cfr. G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 565.

A ciò si aggiunge l'incapacità deterrente delle pene pecuniarie generalmente disposte dalle autorità amministrative e giurisdizionali, la cui portata risulta in molte occasioni minima di fronte alla capacità economica dell'impresa sanzionata e agli investimenti utilizzati per le condotte punite.

Per quanto riguarda, poi, lo strumento della pubblicazione, vi è da dire che difficilmente le condanne della pubblicità trovano spazio nei mezzi di comunicazione di massa, spesso poco propensi alla diffusione di informazioni negative su soggetti che rappresentano, in sostanza, potenziali fonti di finanziamento. Qualche pubblicazione sporadica trova spazio all'interno dei giornali in modo del tutto marginale, o in giornali di scarsissima consultazione, con efficacia praticamente nulla se rapportata alla diffusione del messaggio pubblicitario giudicato.

7.3. Gli strumenti di tutela giurisdizionale attivabili contro la pratica pubblicitaria

7.3.1. L'azione inibitoria collettiva

I provvedimenti dell'A.G.C.M. non pregiudicano l'esperibilità di qualsiasi azione civile, amministrativa o penale a cui gli interessati siano legittimati⁵⁶. Nonostante l'art. 27, co. 15, cod. cons. (come pure l'art. 8, co. 15, d.lgs. 145/2007) faccia salva esclusivamente la giurisdizione ordinaria sulla concorrenza sleale ex art. 2598 c.c. e in materia di diritto d'autore, di marchi d'impresa, di denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti, deve ritenersi ammissibile un'estensione della competenza giurisdizionale contro la pratica pubblicitaria illegittima anche al di là di tali materie.

Come vedremo nel prosieguo, data l'ampia varietà di beni giuridici suscettibili di essere lesi da una pubblicità illegittima, non vi è ragione per precludere l'accesso agli ordinari rimedi giurisdizionali, i quali vanno esaminati mettendo in luce le esigenze di tutela poste dal fenomeno.

⁵⁶ Cfr. G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 207.

In ragione della vicinanza alla vocazione pubblicistica della procedura amministrativa, il primo strumento giurisdizionale che s'intende esaminare è quello dell'azione inibitoria collettiva⁵⁷. La sua funzione, infatti, è quella di proteggere interessi diffusi, o comunque superindividuali, diversamente sia dall'azione ordinaria, su cui torneremo brevemente più avanti, sia dall'azione di classe, trattata nell'immediato prosieguo.

L'azione inibitoria collettiva trovava spazio, inizialmente, nel titolo II del codice del consumo (rubricato "Accesso alla giustizia"), il cui articolo 139 riconosceva alle associazioni dei consumatori e degli utenti inserite in un apposito elenco ministeriale la legittimazione esclusiva ad agire, ai sensi dell'art. 140, per l'inibitoria delle pratiche commerciali illegittime a tutela degli interessi collettivi. La giurisprudenza ha definito l'"interesse collettivo" come "l'interesse di una serie indeterminata di consumatori a evitare che nelle singole sfere si verificino danni irreversibili e non altrimenti eliminabili", distinto "dall'interesse indivi-

⁵⁷ Nell'ormai amplissima bibliografia sul tema dell'inibitoria collettiva, si rinvia a: G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 546 ss.; D. AMADEI, *L'azione collettiva inibitoria. Sistema, tutele e attuazione*, Torino, 2018; A. BELLELLI (a cura di), *Azione inibitoria e interessi tutelati. Convegno di studio Perugia, 14-15 aprile 2005*, Napoli, 2007; C. BELLI (a cura di), *Le azioni collettive in Italia. Profili teorici e aspetti applicativi*, Milano, 2007; R. CAPONI, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, V, 2008, p. 1205 ss.; A. CARRATTA, *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, in *Giur. it.*, 10, 2019, p. 2297 ss.; S. CHIARLONI, P.M. FIORIO (a cura di), *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, Torino, 2005; C. CONSOLO, *Artt. 840-bis - 840-sexiesdecies. La nuova azione di classe e la nuova inibitoria*, in ID. (a cura di), *Codice di procedura civile. Commentario*, Milano, 2019; A.D. DE SANTIS, *L'azione inibitoria collettiva*, in *Foro it.*, V, 2019, p. 387 ss.; E. MARINUCCI, *Il rapporto fra le azioni collettive previste nel codice del consumo dopo l'introduzione della nuova azione collettiva risarcitoria*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1024 ss.; E. MINERVINI, *La tutela collettiva dei consumatori e la l. 12 aprile 2019, n. 31*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2, 2020, p. 346 ss.; I. PAGNI, *L'azione inibitoria collettiva*, in *Giur. it.*, 10, 2019, p. 2297 ss.; U. RUFFOLO (a cura di), *Class action e azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Milano, 2021.

duale dei singoli consumatori inteso a riparare i danni verificatisi nelle sfere giuridiche in forza di contratti già conclusi”⁵⁸.

In questi termini, l’azione inibitoria collettiva deve distinguersi dalla *class action*, nella quale il singolo individuo è legittimato a domandare, per sé e per la classe di aderenti, la concessione di rimedi risarcitori e restitutori a tutela di diritti, si omogenei, ma pur sempre individuali⁵⁹; in altre parole, in quest’ultimo caso la lesione rimane circoscritta a interessi individualmente azionabili, ma il suo accertamento, con i relativi effetti, può essere esteso *ultra partes*⁶⁰.

L’art. 140 cod. cons., nella sua formulazione generica, sembrava ammettere la possibilità di ottenere un ampio ventaglio di interventi, consentendo alle associazioni di agire per l’inibizione di qualsivoglia comportamento commerciale lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti, ivi inclusa dunque la comunicazione pubblicitaria. Ciò trovava conferma, tra l’altro, nell’art. 139, co. 1, che rinviava all’art. 2 del codice del consumo, il quale, nell’elencare i diritti dei consumatori, prevedeva già allora anche il diritto «a una adeguata informazione e a una corretta pubblicità» (lett. c), nonché «all’esercizio di pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà» (lett. *c-bis*). L’applicazione estensiva della disposizione ha trovato riscontro anche nella giurisprudenza di merito⁶¹.

⁵⁸ Cit. Trib. Torino, 14 luglio 1996, in *Dir. consumi*, 1997. Conferma la distinzione tra interesse collettivo azionabile dall’associazione di categoria e interessi individuali dei singoli rappresentati TAR Catania, 1° febbraio 2013, n. 356, in *Foro amm. TAR*, 2, 2013, p. 707.

⁵⁹ Così Trib. Milano, 9 novembre 2013, citata da G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 549.

⁶⁰ Per un’analisi critica della distinzione tra le due tipologie di azioni, con una riflessione sulla natura più sfumata della differenza tra interessi collettivi e interessi di classe, si rinvia a P.M. FIORIO, *L’oggetto dell’azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in *Giur. merito*, 5, 2009, p. 1445B.

⁶¹ Cfr., *ex multis*: Trib. Milano, 4 giugno 2018; Trib. Milano, 21 dicembre 2009; Trib. Roma, 23 maggio 2008, in *Giur. it.*, 2008, p. 2751, con nota di P.M. Fiorio, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi dei consumatori di cui all’art. 140 cod. cons. (con una digressione sull’azione collettiva risarcitoria prevista all’art. 140bis)*, confermata in sede di reclamo da Trib. Roma, 22 dicembre 2008.

Oltre all'inibizione delle pubblicità lesive degli interessi collettivi, le associazioni potevano agire per ottenere dal tribunale l'adozione di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti della condotta lesiva, inclusa la pubblicazione del provvedimento su testate giornalistiche.

La disciplina del Titolo II cod. cons. è stata abrogata dalla l. 12 aprile 2019, n. 31, che ha reso strutturale, e invocabile anche oltre il perimetro consumeristico, l'azione inibitoria collettiva e, come vedremo, quella di classe. La disciplina è destinata a subire modifiche con l'attuazione della direttiva 20/1828/UE sulle azioni rappresentative degli interessi collettivi dei consumatori, mirante ad armonizzare a livello unionale le normative nazionali in materia (caratterizzate in alcuni casi da notevoli divergenze) e a incentivare gli Stati ad adottare almeno un rimedio collettivo conforme alla direttiva. Diversamente da altri ordinamenti⁶², quello italiano già presenta un sistema di rimedi, inibitori e risarcitori, a tutela degli interessi collettivi, per cui pare doversi attendere una riforma della disciplina interna solo su alcuni specifici profili; tra questi, assumono un particolare rilievo la distinzione tra fase provvisoria e fase definitiva, nonché i profili riguardanti le azioni di carattere transfrontaliero⁶³.

⁶² Si pensi che ben nove Stati membri non presentano alcun meccanismo di natura collettiva con funzione inibitoria e/o risarcitoria. Ciò era stato messo in luce già nel Libro Verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori, 27 novembre 2008, COM(2008) 794 final.

⁶³ Alla data in cui si predispongono le bozze per la pubblicazione del presente saggio, è in corso di discussione uno schema di decreto legislativo di attuazione della dir. 20/1828/UE che prevede l'introduzione, all'interno del Codice del consumo, del Titolo II.1 (artt. da 140-ter a 140-quaterdecies) espressamente dedicato alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. La riforma, dunque, restituisce al Codice del consumo la disciplina specifica delle azioni collettive consumeristiche (sia inibitorie che compensative) nel caso di violazione di una serie di disposizioni specificamente elencate (all. II-septies), affiancandola a quella generalmente prevista nel codice civile a tutela di ogni altro interesse. Con l'introduzione della nuova normativa, dunque, le azioni inibitorie collettive a tutela dei consumatori saranno disciplinate dagli artt. 140-ter ss. cod. cons. che, se nella sostanza dei provvedimenti ottenibili nulla mutano rispetto alla disciplina esistente, per la procedura rinviano, nei limiti di compatibilità, al rito semplificato di cognizione di cui al libro secondo, capo III-quater, c.p.c., introdotto dal d.lgs. 149/2022 (c.d. "riforma Cartabia"), che ha contestualmente abrogato il rito sommario di cognizione.

Il nuovo art. 840-*sexiesdecies* c.p.c., intervento di rilievo “epocale” nella sistematica del diritto processuale⁶⁴, oltre ad ampliare l’ambito di applicazione dello strumento, ne estende la legittimazione ad agire⁶⁵.

Si prevede infatti che

chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti, può agire per ottenere l’ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva.

Legittimato ad agire per l’inibitoria – oltre alle associazioni od organizzazioni rappresentative degli interessi collettivi pregiudicati – è dunque qualsiasi consumatore o professionista che vi abbia interesse; in questo modo si riduce la distanza prima esistente rispetto all’azione di classe, nella quale la legittimazione attiva spetta a qualsiasi soggetto leso in un interesse individuale di tipo seriale⁶⁶. L’azione inibitoria può essere fatta valere contro imprese o enti gestori di pubblici servizi o di servizi di pubblica utilità (art. 840-*sexiesdecies*, co. 2, c.p.c.) e deve essere ricondotta alla tutela di condanna, come confermato anche dalla previsione dell’*astreinte ex art. 614-bis* c.p.c. (art. 840-*sexiesdecies*, co. 6).

La portata dello strumento risulta ampliata anche con riguardo agli interessi tutelati, che ricomprendono, oltre a quelli consumeristici e ambientali – settori storici delle istanze di tutela superindividuale –, gli interessi imprenditoriali. Vi rientrano certamente quelli prima menzionati dall’abrogato art. 139 cod. cons., anche mediante il rinvio all’art. 2

⁶⁴ Così U. RUFFOLO, *Interessi collettivi (e diffusi), azione inibitoria collettiva e “misure idonee” correttive*, in ID. (a cura di), *Class action e azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, cit., p. 234.

⁶⁵ Si può parlare a ragione di uno strumento “atipico”, come già riconosciuto da A. MOTTO, *Note per uno studio sull’azione di condanna nella giurisdizione civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 911.

⁶⁶ Con l’approvazione dello schema di decreto legislativo attuativo della dir. 20/1828/UE, le azioni collettive a tutela dei consumatori potranno essere esperite dalle associazioni di consumatori e utenti iscritte in apposito elenco del Ministero delle imprese e del Made in Italy, o da eventuali organismi pubblici a ciò autorizzati, ai quali il nuovo art. 140-*septies*, co. 1, cod. cons. attribuisce la legittimazione ad agire.

del codice⁶⁷, che contempla, ancora oggi, il diritto a un'adeguata informazione e a una corretta pubblicità.

Più in generale, possono essere azionati gli interessi ricavabili dai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico, come la libertà consumeristica o il diritto all'iniziativa economica privata. Ben potrebbe aversi, dunque, l'azione inibitoria contro una pubblicità ingannevole, sia nell'interesse della collettività di consumatori, sia a tutela della categoria professionale che si assume lesa. A conferma di ciò, basti pensare che il primo vero *leading case* in cui è stata applicata la l. 30 luglio 1998 – che ha introdotto l'inibitoria collettiva a tutela dei consumatori, poi trasfusa negli artt. 139 ss. cod. cons. – riguardava proprio la materia pubblicitaria e in particolare l'inibizione di messaggi commerciali ingannevoli⁶⁸.

L'interesse all'inibitoria, analogamente alla procedura di cui all'art. 27 cod. cons., sorge nel momento in cui si concretizzi il comportamento anti-giuridico, a prescindere dall'esistenza attuale di un danno; e anzi, è proprio in funzione preventiva che l'inibitoria deve essere attivata, in modo da evitare che la condotta contestata produca, o continui a produrre, i propri effetti dannosi⁶⁹. La pubblicità sarà perseguibile anche qualora nessun consumatore abbia ancora comprato il prodotto promosso, o comunque subito un danno individuale, non ricompresi quindi nell'onere probatorio del soggetto attivo.

L'azione di cui all'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. consente di ottenere sia la cessazione della condotta omissiva o commissiva, sia l'adozione di misure idonee a eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate, ivi compresa, su istanza di parte, la diffusione del provvedimento mediante utilizzo dei mezzi di comunicazione ritenuti più appropriati (co. 7 e 8). Nel caso della pubblicità commerciale, la possibilità di comunicare al pubblico la scorrettezza del messaggio appare particolarmente vantaggiosa in ottica sia di protezione verso la collettività, sia di

⁶⁷ U. RUFFOLO, *Interessi collettivi (e diffusi), azione inibitoria collettiva e "misure idonee" correttive*, cit., p. 239.

⁶⁸ Trib. Roma, 30 gennaio 2004, in *Giur. romana*, 2004, p. 134 ss.

⁶⁹ A.D. DE SANTIS, *L'inibitoria collettiva: profili processuali*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Class action e azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, cit., p. 275.

deterrenza verso l'autore; sempre che, appare evidente, la comunicazione abbia una diffusione pari a quella raggiunta dalla campagna pubblicitaria e utilizzi i medesimi *media*, dovendosi ritenere sostanzialmente inefficace quella, tipica della prassi, confinata a spazi marginali o localmente circoscritti.

Una divergenza di rilievo tra la disciplina attuale e quella abrogata riguarda il rito: secondo l'art. 140 cod. cons. il rito ordinario, con la possibilità del procedimento cautelare d'urgenza secondo il modello previsto dagli artt. 669-*bis* ss. c.p.c.; secondo il nuovo art. 840-*sexiesdecies* c.p.c., la procedura camerale di cui agli artt. 737 ss. dinnanzi alla sezione specializzata in materia di impresa⁷⁰.

Già la precedente inibitoria cautelare presentava una struttura tendenzialmente inidonea a bloccare per tempo una campagna pubblicitaria scorretta; basti considerare la necessità, per l'avvio del processo, del decorso di un termine di 15 giorni dalla richiesta extragiudiziale di cessazione del comportamento scorretto da parte dell'associazione consumeristica⁷¹, a cui occorreva aggiungere i tempi fisiologici della procedura. Questi ultimi, tuttavia, potevano drasticamente ridursi grazie alla possibilità, concessa dall'art. 669-*sexies*, co. 2, c.p.c., di ottenere un decreto urgente *inaudita altera parte*, come avvenuto in un processo avente a oggetto una pubblicità ingannevole, in cui il decreto inibitorio, poi confermato, è intervenuto dopo soli 7 giorni dal deposito del ricorso, interrompendo efficacemente la condotta scorretta dell'imprenditore⁷².

Con la riforma normativa, la speranza in un'inibitoria idonea a intervenire tempestivamente su una pubblicità in corso sembra allontanarsi, non essendo in tal senso appropriato il processo camerale a cui rinvia l'art. 840 *sexiesdecies* del codice di rito. A meno che, come si è

⁷⁰ Come già accennato in precedenza, all'interno dello schema di decreto attuativo della dir. 20/1828/UE si prevede (nuovo art. 140-*septies* cod. cons.) che l'azione inibitoria collettiva a tutela dei consumatori sia regolata dal rito semplificato di cognizione di cui agli artt. 281-*decies* ss. c.p.c., in quanto compatibile.

⁷¹ Il problema si è posto in processo cautelare in cui il giudice ha rilevato che, se il ricorrente avesse atteso i 15 giorni dalla diffida prima di agire in giudizio, il procedimento non avrebbe potuto essere introdotto in quanto la campagna pubblicitaria oggetto di contestazione si sarebbe conclusa *medio tempore*. Cfr. Trib. Milano, 26 novembre 2018, inedita.

⁷² Trib. Torino, 17 novembre 2011, inedita.

affermato in dottrina, non si riconosca, in difetto di una previsione normativa *ad hoc*, l'ammissibilità di una tutela inibitoria cautelare nella forma della protezione d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., compatibile con la forma camerale del contenzioso⁷³. Certo, nell'ipotesi della pubblicità l'esistenza di un "pregiudizio imminente e irreparabile" di natura collettiva potrebbe ipotizzarsi solo ove la condotta sia idonea a incidere negativamente su interessi diffusi, quale la concorrenza del mercato, la tutela dell'ambiente o altri interessi di natura non patrimoniale (si pensi alla reputazione o all'immagine di una collettività di soggetti); diversamente, nel caso di pubblicità che incida semplicemente sulla percezione di un prodotto da parte del consumatore medio, appare difficilmente configurabile il requisito dell'irreparabilità del danno, a meno che non si accompagni il rischio di lesione di un bene fondamentale, tra cui la salute.

Occorre, inoltre, attendere l'applicazione della dir. 20/1828/UE, che ha prescritto che i procedimenti inibitori dovrebbero prevedere la possibilità di ottenere misure provvisorie, precauzionali e preventive, emanate al termine di una fase preliminare e volte a fare cessare una pratica in corso (considerando 40)⁷⁴. In questo senso, il legislatore europeo è ben consapevole del rischio di intempestività del provvedimento giudiziale, che pertanto dovrebbe intervenire anche all'esito di una valutazione sommaria.

Una qualche utilità del provvedimento inibitorio permane in ogni caso *pro-futuro*, nella misura in cui impedisca la reiterazione dell'illecito e imponga di eliminarne o ridurne le conseguenze con una condanna a un *non facere* o a un *facere (rectius, "cessare di non facere")* a seconda che l'illecito sia, rispettivamente, commissivo od omissivo. Nel caso della pubblicità, il giudice potrebbe emettere un provvedimento che proibisce la diffusione futura di messaggi con i medesimi profili di scorrettezza, a cui potrebbe aggiungere l'ordine al professionista responsabile di pubblicare il provvedimento giudiziale o, sulla scia del

⁷³ A.D. DE SANTIS, *L'inibitoria collettiva: profili processuali*, cit., p. 287.

⁷⁴ Lo schema di decreto attuativo della dir. 20/1828 prevede la reintroduzione di una tutela provvisoria cautelare, che può essere richiesta dagli enti legittimati nel caso di giusti motivi d'urgenza, con conseguente applicazione delle disposizioni del codice di rito in materia di procedimenti cautelari (art. 140-*octies*, co. 5 e 6, cod. cons.).

corrective advertising, il messaggio commerciale depurato dagli elementi stigmatizzati; rimarrebbe da capire la portata del divieto giudiziale, se dunque esso debba limitarsi a proibire il medesimo messaggio, oppure – come appare preferibile in un’ottica di reale deterrenza – possa estendersi fino a vietare una “tipologia” di scorrettezza e quindi ogni altro comportamento che, in sostanza, riproduca l’illegittimità riscontrata.

L’eliminazione delle conseguenze dell’illecito potrebbe giustificare l’imposizione di ulteriori comportamenti. Per esempio, in un caso di messaggio ingannevole avente a oggetto la promessa di un servizio poi non tempestivamente attivato, il giudice ha condannato l’operatore a restituire ai clienti i canoni pagati indebitamente e ad attivare il servizio entro un termine specifico⁷⁵. In questo modo, l’inibitoria di una pubblicità è idonea a determinare l’attivazione di rimedi di tipo risarcitorio e restitutorio in favore di una collettività di individui, sulla scia dello strumento della *class action*.

7.3.2. La nuova *class action* di cui all’art. 840-bis c.p.c.

Un altro rimedio attivabile contro la comunicazione commerciale illegittima è la *class action*, originata dalla logica del *common law* statunitense a protezione di interessi seriali⁷⁶. Il riconoscimento ufficiale, dopo un primo inquadramento a opera dell’*associate justice* della Corte

⁷⁵ Trib. Torino, 20 novembre 2006, in *Foro it.*, 4, I, 2007, p. 1298 ss.

⁷⁶ Tra i numerosi contributi sul tema della *class action*, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a: A. CARRATTA, *L’azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 723 ss.; C. CONSOLO, *op. cit.*; A.D. DE SANTIS, *L’azione di classe a dieci anni dalla sua entrata in vigore*, in *Foro it.*, I, 2019, p. 2180 ss.; ID., *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli, 2013; P. DEMARCHI, S. AMBROSINI (a cura di), *I diritti dei consumatori e la nuova class action*, Bologna, 2010; G. MONTELEONE, *Note a prima lettura sulla nuova legge sull’azione di classe (legge 12 aprile 2019, n. 31)*, in *Foro it.*, 2019, p. 633 ss.; R. PARDOLESI, *La classe in azione – Finalmente*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 301 ss.; U. RUFFOLO (a cura di), *Class action e azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, cit.; B. SASSANI (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla l. 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, in *www.judicium.it*.

Suprema Joseph Story nel caso *West v. Randall*⁷⁷, si è avuto da parte della medesima Corte nel 1842 con la promulgazione della *Equity Rule 48*⁷⁸; l'attuale disciplina si ritrova invece all'interno della *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, che fissa i requisiti, le tipologie e i meccanismi di funzionamento del rimedio.

La tutela derivante dall'azione di classe presuppone una tecnica processuale differente rispetto all'azione inibitoria: mentre quest'ultima è strumentale alla protezione di interessi superindividuali, intervenendo sulla condotta scorretta con funzione preventiva; la *class action* rappresenta una forma di tutela collettiva risarcitoria, che presuppone una pluralità di situazioni individuali (già) danneggiate dal medesimo comportamento commerciale⁷⁹.

Sul versante nazionale, l'azione di classe è stata oggetto di riforma con la l. 31/2019 che, abrogando l'art. 140-*bis* cod. cons., l'ha inserita tra i "procedimenti collettivi" di cui al titolo VIII-*bis* c.p.c., con un'operazione analoga a quella realizzata per l'inibitoria collettiva; l'effetto, anche in questo caso, è che il rimedio, inizialmente a tutela dei soli consumatori, è divenuto mezzo generale di protezione contro illeciti pluri-offensivi. Come per l'inibitoria collettiva, la disciplina procedurale

⁷⁷ Cfr. *West v. Randall*, 29 F. Cas. 718, n. 17, 424, 1820.

⁷⁸ Per approfondimenti sulla *class action* nel versante statunitense, tra i molti contributi dottrinali, si rinvia a: E. AL MUREDEN, M. DE PAMPHILIS, *La class action negli Stati Uniti*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Class action e azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, cit.; C. DONELAN, *Prerequisites to a Class Action Under the New Rule 23*, in *B.C.L. Review*, 10, 1969, p. 527; A. GIUSSANI, *Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 157 ss.; N.M. PASTOR, *Equity and Settlement Class Actions: Can There Be Justice For All in Ortiz v. Fibreboard*, in *American University Law Review*, 49, 3, 2000, p. 781 ss.; J. SHAO, *Class Action Mechanisms in the Comparative Contexts: A Law and Economics Perspective*, in *Fordham International Law Journal*, 43, 4, 2019, p. 1174 ss.

⁷⁹ Così anche, A.D. DE SANTIS, *La genesi della nuova tutela giurisdizionale collettiva*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Class action e azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, cit., p. 10. Sempre dello stesso Autore, per un approfondimento delle differenze tra le due azioni in esame, cfr. *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, cit.

della *class action* è destinata a subire modifiche con l'attuazione della dir. 20/1828/UE⁸⁰.

Il nuovo art. 840-*bis* c.p.c. riconosce alle organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro iscritte in un apposito elenco, i cui obiettivi statutari comprendano la tutela di una categoria omogenea di diritti, nonché a ciascun componente della classe interessata, il diritto di agire nei confronti dell'autore della condotta lesiva per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. La *class action*, dunque, può essere promossa anche da un solo individuo, ma deve riguardare una pluralità di soggetti, senza che sia richiesto né un numero adeguato⁸¹, né un "rappresentante" di categoria, purché il promotore sia in grado di curare adeguatamente i diritti individuali omogenei contro la medesima impresa (art. 840-*ter*, co. 4). È fatta salva la possibilità di far valere i diritti in via ordinaria con l'azione individuale.

Un gruppo di individui diventa "classe" quando sussiste una certa omogeneità sia nel contesto commerciale di riferimento che nel contenuto dei diritti fatti valere, i quali devono dunque presentare un nucleo condiviso: l'omogeneità deve rintracciarsi nella comunanza delle questioni di fatto, ma anche di diritto, in misura prevalente rispetto ai profi-

⁸⁰ Lo schema di decreto attuativo della direttiva disciplina l'azione di classe, riconoscendo agli enti legittimati il diritto di ottenere l'adozione di provvedimenti compensativi a tutela degli interessi collettivi dei consumatori danneggiati da una violazione delle disposizioni di cui all'allegato II-*septies* del decreto (nuovo art. 140-*novies*). Poco cambierà nella regolazione, tant'è che, ferme restando le disposizioni di cui all'art. 140-*septies* cod. cons., si applicheranno, in quanto compatibili, le disposizioni previste dal codice di rito per la *class action* (artt. 840-*quater* - 840-*terdecies* e art. 840-*quinguesdecies* c.p.c.).

⁸¹ G. ALPA, *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2010, p. 379. In giurisprudenza, nello stesso senso cfr. Trib. Napoli, 9 dicembre 2011, in *Foro it.*, 6, I, 2012, p. 1909.

li di differenziazione⁸², secondo il criterio della *predominance* di stampo statunitense⁸³.

Uno degli ambiti in cui è possibile un'azione di classe a tutela di diritti omogenei è quello della comunicazione commerciale⁸⁴, come anteriormente previsto dalla lettera *c*) dell'abrogato art. 140-*bis* cod. cons., con la differenza che, mentre prima la tutela era limitata ai soli consumatori, oggi risulta estesa anche alle imprese concorrenti. Nel caso in cui, dunque, un consumatore o un professionista si ritengano lesi da una pubblicità, gli stessi potranno, individualmente o tramite un'associazione di categoria, avviare l'azione di classe o aderire a un'azione già intrapresa contro la medesima condotta⁸⁵.

La lesione, come astrattamente riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, può riguardare anche danni non patrimoniali, sempre che le doglianze risultino suscettibili di valutazione comune e siano omogenee rispetto alla condotta contestata e alle conseguenze pregiudizievoli⁸⁶. Sul fronte del mercato agroalimentare, un danno non patrimoniale si potrebbe individuare nell'offesa morale derivante dalla scoperta della falsità delle informazioni commerciali che avevano indotto a una scelta di consumo per ragioni etiche (per esempio la protezione dell'ambiente nel caso di acquisto di un alimento bio) o religiose (si pensi al cibo Kosher)⁸⁷.

⁸² Altra questione riguarda la qualificazione dell'intensità dell'omogeneità dei diritti (se limitarsi al titolo, o spingersi oltre), come anche la valutazione della categoria stessa di "classe". Si tratta tuttavia di problematiche che, pur interessanti, esulano dall'oggetto della presente trattazione.

⁸³ Trib. Milano, 9 dicembre 2013, in *Foro it.*, 2, I, 2014, p. 590. In dottrina, sul tema cfr.: S. CAPORUSSO, *L'azione di classe nel diritto vivente: un laboratorio in itinere*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2014, p. 1199 ss.; P.M. FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in <https://www.ilcaso.it/>, n. 172/2009, p. 35 ss.; ID., *L'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, cit.

⁸⁴ Come condiviso da M. LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.*, 4-5, 2011, p. 147.

⁸⁵ Per un caso di *class action* contro una comunicazione commerciale ingannevole, poi dichiarata inammissibile dal tribunale, cfr. Trib. Venezia, 12 gennaio 2016, in *Foro it.*, 3, I, 2016, p. 1017.

⁸⁶ Cass., 31 maggio 2019, n. 14886, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2020, p. 238.

⁸⁷ Così U. IZZO, *op. cit.*, p. 6. L'importanza della scelta etica di consumo è stata espressamente riconosciuta da CGUE, 12 novembre 2019, C-954/2019, *Organisation*

Nel caso della pratica pubblicitaria illegittima può risultare problematico l'accertamento del danno e del rapporto di causalità. Un elemento interessante che può essere valorizzato nella prospettiva dell'*enforcement* è rappresentato dalla previsione che abilita il giudice ad avvalersi di dati statistici (oltre che di presunzioni semplici) ai fini dell'accertamento della responsabilità sul versante causale.

Un danno presunto – *rectius*, un danno di cui si presume il rapporto di causalità con una condotta pubblicitaria – può identificarsi nella perdita economica derivante dal pagamento del prezzo per un prodotto le cui caratteristiche rilevanti si siano poi rivelate differenti da quelle rappresentate nel messaggio pubblicitario. In questo caso potrebbe trovare applicazione il meccanismo di contrattualizzazione delle informazioni commerciali previsto dall'art. 129 cod. cons., per cui la conformità al contratto del bene consegnato si presume sussistente quando il bene è conforme «alla descrizione fatta dal venditore», con riconoscimento alle affermazioni pubblicitarie di una valenza para-negoziale; in questo caso, l'elemento statistico contribuirebbe alla verifica dell'intensità e della diffusione della condotta, oltre che delle relative conseguenze sulla condizione giuridica degli appartenenti alla classe.

Ancora, si pensi al danno che può derivare alle imprese concorrenti da una pubblicità ingannevole o scorretta comparativa in termini di sviamento della clientela o di lesione dell'immagine altrui; anche in questa ipotesi l'esistenza e la misurazione del pregiudizio, come pure il rapporto di causalità con la campagna pubblicitaria, potrebbero trovare riscontro in dati statistici e potrebbero presumersi nel caso in cui l'offerta e la domanda collettiva dei beni si modifichino in favore dell'impresa autrice della condotta illecita e a svantaggio delle concorrenti lese.

Sia nell'uno che nell'altro caso sarebbe presente l'elemento dell'omogeneità dei diritti azionati, il nucleo duro della lesione giuridicamente rilevante che sia derivata alla collettività dalla comunicazione commerciale. Ferma restando l'irrilevanza del *quantum* risarcitorio per

juive européenne, Vignoble Psagot Ltd. c. Ministre de l'Economie et des Finances, reperibile sul sito *curia.eu*. Analizza i possibili risvolti rimediali del riconoscimento di un'importanza giuridica alle questioni etiche del consumo – e alle possibili lesioni derivanti da informazioni ingannevoli – A. QUARTA, *op. cit.*, p. 543 ss.

l'accertamento dell'omogeneità⁸⁸, deve pur sempre mantenersi una certa uniformità nel "tipo di danno", senza con ciò pretendersi l'esatta sovrapposibilità tra le situazioni degli aderenti all'azione: ciò ha trovato conferma, per esempio, nel settore della *tobacco litigation*, nel quale azioni di classe sono state ritenute inammissibili in ragione delle diverse variabili incidenti sul danno risarcibile (tra cui il numero di sigarette fumate)⁸⁹.

Per agevolare l'onere probatorio, potrebbe valorizzarsi in questa sede il meccanismo fatto proprio dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 – richiamato dall'art. 840-ter c.p.c. –, secondo cui l'esistenza del danno cagionato a terzi, consumatori o imprese, da una violazione del diritto alla concorrenza andrebbe presunta, salva prova contraria dell'autore della violazione. Nel caso per esempio di pubblicità scorretta comparativa, potrebbe presumersi l'esistenza del nesso di causalità tra *claim* e sviamento della clientela dell'impresa attrice in ragione del semplice accertamento della condotta commerciale e del rapporto di concorrenza diretta con l'impresa responsabile; o ancora, nel caso di pubblicità offensiva della reputazione di una classe di soggetti chiaramente individuabile, tra cui per esempio una minoranza linguistica, il pregiudizio non patrimoniale potrebbe presumersi per tutti coloro che appartengano alla categoria⁹⁰.

Quanto alla procedura della *class action*⁹¹, il sindacato sulla condotta pubblicitaria dovrebbe attendere i tempi della preliminare delibazio-

⁸⁸ Così: G. CONTE, *I diritti individuali omogenei nella disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2011, p. 609 ss.; R. DONZELLI, *L'azione di classe tra pronunce giurisprudenziali e recenti riforme legislative*, in *Corr. giur.*, 1, 2013, p. 110 ss.

⁸⁹ G. VILLA, *Il danno risarcibile nell'azione collettiva*, in *Danno e resp.*, 1, 2009, p. 11.

⁹⁰ L'esigenza di omogeneità si pone a maggior ragione con riguardo ai danni non patrimoniali, per i quali una *class action* è percorribile solo ove il proponente evidenzi e specifichi gli aspetti e le circostanze comuni ai membri della classe sotto il profilo del danno, con la prova degli elementi concreti di danno condivisi dai membri della classe, non personalizzabili per i singoli danneggiati, ma accomunati da caratteristiche tali da giustificarne sia l'apprezzamento seriale, sia la gestione processuale congiunta. Così Cass., 31 maggio 2019, n. 14886, cit.

⁹¹ Per una ricostruzione della procedura prevista dagli artt. 840-bis ss. c.p.c., si rinvia ad A.D. DE SANTIS, *Il procedimento*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Class action e*

ne (e dell'eventuale suo reclamo) sull'esistenza dei presupposti per l'azione⁹², ivi compresa la non manifesta infondatezza⁹³ secondo un giudizio prognostico sommario di ipotetica accoglibilità⁹⁴. Alla fase preliminare possono seguire due fasi di merito: una svolta secondo il rito sommario di cui agli artt. 702-*bis* ss. c.p.c.⁹⁵, mirante alla verifica della fondatezza della domanda; un'altra, nel caso di esito positivo della precedente, dedicata all'accertamento dei diritti individuali omogenei degli aderenti all'iniziativa (c.d. *opt in*). Nel solo caso in cui l'iniziativa provenga dai singoli soggetti pregiudicati, la sentenza di accoglimento provvederà sulle domande risarcitorie o restitutorie (art. 840-*sexies*).

Nonostante la natura sommaria del rito centrale, la procedura poco si presta a un intervento che sia in grado di raggiungere la pubblicità in corso, così riducendo il rischio di ulteriori danni. Basti pensare che, nella fase successiva all'accoglimento della domanda, il termine concesso per l'adesione dei soggetti titolari di diritti omogenei non può essere inferiore a 60 giorni⁹⁶, mentre il resistente può depositare una

azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31, cit., p. 45 ss.

⁹² In questa fase il tribunale verifica la sussistenza di tutti i presupposti richiesti dalla disciplina, tra cui l'omogeneità dei diritti individuali azionati, sospendendo il giudizio nel caso in cui sia in corso un procedimento di un'autorità indipendente o del giudice amministrativo sugli stessi fatti (art. 840-*ter* c.p.c.).

⁹³ Trib. Torino, 4 giugno 2010, in *Foro it.*, I, 2010, p. 2523.

⁹⁴ Come rilevato in dottrina, il richiamo alla non "manifesta infondatezza" sembra ammettere valutazioni di merito. Così D. DALFINO, *Forme di tutela e oggetto del processo*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Class action e azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31, cit.*, p. 26. Sulla natura della delibazione sommaria di non manifesta infondatezza, in giurisprudenza cfr. Cass., 14 giugno 2012, n. 9772, in *Giust. civ.*, 7-8, I, 2012, p. 1667.

⁹⁵ Nonostante ad oggi l'art. 840-*ter*, co. 3, c.p.c. ancora rinvii per la procedura della *class action* agli artt. 702-*bis* ss., la disciplina del rito sommario di cognizione, in forza dell'abrogazione a cura dell'art. 3, co. 48, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. "riforma Cartabia"), è stata sostituita da quella, analoga, del rito semplificato di cognizione di cui agli artt. 281-*decies* ss. c.p.c.. Il rinvio, pertanto, deve ritenersi traslato alla nuova procedura prevista dal codice di rito.

⁹⁶ Questa rappresenta la seconda "porta" attraverso cui il potenziale class member può aderire. La prima si apre con l'ordinanza che ammette l'azione di classe, per cui si prevede anche in questo caso un termine minimo di 60 giorni dalla sua pubblicazione

memoria difensiva entro 120 giorni dalla pubblicazione della sentenza nel portale dei servizi telematici del Ministero (art. 840-*octies*). Si tratta di tempi estremamente dilatati rispetto a quelli di una campagna pubblicitaria ordinaria.

Un aspetto peculiare della *class action* italiana è rappresentato dalla possibilità, concessa a ciascun soggetto leso, di aderire a un'azione già in corso (*opt-in*), con possibili vantaggi rispetto all'iniziativa autonoma; diversamente, la variante statunitense prevede l'automatica estensione degli effetti della decisione ai membri della classe che non abbiano manifestato una volontà contraria (*opt-out*). Si tratta di una differenza di non poco momento, che si riflette negativamente sulla durata e sulla complessità della procedura domestica.

Nell'ipotesi della pratica pubblicitaria l'individuazione dei soggetti danneggiati potrebbe spesso non risultare agevole, dato il carattere tendenzialmente indefinito dei destinatari a cui è rivolta; in tal senso, l'adozione di un sistema di *opt-in* può risultare necessaria per il fenomeno in esame. Tuttavia, nel caso di pubblicità idonea a incidere su un gruppo chiaramente individuato di soggetti – per riprendere gli esempi di prima, talune imprese concorrenti, una minoranza linguistica o un gruppo specifico di consumatori –, allora l'estensione degli effetti della sentenza ai danneggiati non intervenuti dovrebbe ritenersi una misura ragionevole e sicuramente idonea a rafforzare la funzione di deterrenza del rimedio, dati i rischi economici per l'impresa⁹⁷.

Negli *States*, per esempio, una nota società italiana di prodotti dolciari è stata condannata – in ragione di una pubblicità ingannevole che descriveva l'alimento come “nutriente” e “salutare” – al risarcimento di chiunque dimostrasse di aver acquistato un'unità del prodotto tra il 2008 e il 2012, in misura pari a 4 dollari per ogni confezione, così

sul portale del Ministero della giustizia per l'adesione da parte dei terzi interessati, con ulteriore allungamento dei tempi.

⁹⁷ L'adozione di un sistema di *opt-out* aumenterebbe, inoltre, la forza di incentivo verso la composizione bonaria della causa, incentivando il professionista a raggiungere quanto prima un *settlement* che elimini i rischi patrimoniali della condanna. Quest'ultimo, nel modello italiano, è rimesso all'iniziativa dei promotori e quindi alla loro capacità di coinvolgere un alto numero di aderenti, non sempre all'altezza della “capacità di resistenza” della controparte.

aprendo a una moltitudine potenzialmente enorme di presunti danneggiati⁹⁸.

Lo scarto quantitativo rispetto all'*opt-in*, in uno con una maggiore speditezza della procedura, rende palese la preferibilità dell'*opt-out*, soluzione in grado di restituire all'azione di classe l'efficacia riparatoria e deterrente a cui aspira⁹⁹. La dir. 20/1828/UE lascia agli Stati la scelta di optare per l'uno o per l'altro sistema (art. 9, par. 2), per cui potrebbe auspicarsi un mutamento di rotta del legislatore nazionale¹⁰⁰.

Inoltre, se spesso l'esiguità del danno individuale disincentiva l'azione giudiziaria ordinaria, tale ostacolo psicologico (c.d. *rational apathy*)¹⁰¹ può essere superato considerando i vantaggi cumulativi di un'intera classe di soggetti. L'efficacia "sanzionatoria" dello strumento potrà apprezzarsi maggiormente considerando lo svantaggio totale che ne deriverebbe, in chiave economica, per il professionista, potendo la somma delle richieste risarcitorie raggiungere un ammontare non indifferente, soprattutto ove si tratti di una classe di imprese concorrenti. In questo senso, la *class action* conserva, in un'ottica di prevenzione generale, una qualche utilità quale possibile deterrenza rispetto a condotte pubblicitarie scorrette¹⁰², funzione tipicamente riconosciuta nell'ordinamento nordamericano alla pari di altri strumenti di *private enforcement*¹⁰³.

⁹⁸ In re Ferrero Litig., 794 F. Supp. 2d 1107, 2011 U.S. Dist. LEXIS 70629, US District Court for the Southern District of California, 30 giugno 2011, Filed; In re Nutella Mktg. & Sales Practices Litig., 2012 U.S. Dist. LEXIS 181913, US District Court for the District of New Jersey, 31 luglio 2012, Filed.

⁹⁹ Così E. FERRANTE, *Diritti soggettivi e processo di massa*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO, *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, p. 77. Dello stesso autore, cfr. *Opt-out e incentivi oltreoceano: idee per una vera class action in Italia e in Europa*, in *Contr. impr./Eur.*, 2012, p. 487 ss.

¹⁰⁰ Deve rilevarsi, tuttavia, che ad oggi lo schema di decreto legislativo di attuazione della direttiva non prevede l'introduzione dell'*opt-out*, lasciando sostanzialmente invariata la disciplina del codice di rito, a cui rinvia quasi *in toto*.

¹⁰¹ R. VAN DER BERCH, L. VISSCHER, *The preventive function of collective actions for damages in consumer law*, in *Erasmus Law Review*, I, 2008, p. 5 ss.

¹⁰² Sottolinea l'importanza della *class action* quale strumento di protezione in grado di integrare il vuoto lasciato dal *public enforcement* configurato in materia di informazioni alimentari dal reg. UE 1169/2011, U. IZZO, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰³ E. AL MUREDEN, M. DE PAMPILIS, *op. cit.*, p. 379.

7.3.3. *Gli altri rimedi attivabili dal singolo consumatore avverso la pratica pubblicitaria scorretta*

Il *public enforcement*, pur privilegiato dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, non esaurisce di per sé l'insieme degli strumenti di tutela a disposizione del consumatore. Già da tempo, in dottrina si è messa in luce la necessità e l'opportunità di una via individual-privatistica di tutela (c.d. *private enforcement*) degli interessi dei singoli consumatori concretamente lesi da una pratica scorretta¹⁰⁴, prima riconosciuta espressamente dalla normativa solo nella forma della *class action* di cui all'ormai abrogato art. 140-bis cod. cons. Il rapporto tra *public enforcement* e *private enforcement* deve essere inteso in termini di complementarità, quale dispositivo di protezione complessivo contro le condotte commerciali.

La stessa direttiva 05/29/CE, d'altronde, non nasconde una certa attenzione alla possibile lesione della sfera individuale del consumatore e dunque alla necessità della conseguente attivazione processuale. Già il considerando n. 9 afferma chiaramente che «la presente direttiva non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che sono stati lesi da una pratica commerciale sleale», aggiungendo successivamente un riferimento alla materia contrattuale, la cui normativa rimane impregiudicata. Tale ultima circostanza è confermata dall'art. 3, par. 2, della direttiva, che fa salve le norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto.

¹⁰⁴ Per approfondimenti sul tema, in dottrina cfr.: G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 478 ss.; E. BATTELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2016, p. 425 ss.; ID., *L'intervento dell'Autorità antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2014, p. 207 ss.; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 408 ss.; EAD., *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in *Jus civile*, 5, 2013, p. 305 ss.; A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e (apparente) "gap" normativo: il "sistema" dei rimedi negoziali*, in *Studium iuris*, 1, 2015, p. 181 ss.; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. impr.*, 3, 2013, p. 688 ss.; A. NOBILE, *op. cit.*, p. 180 ss.; A.P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore dalle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 689 ss.; D. VALENTINO, *op. cit.*, p. 1157 ss.

Nonostante le prospettive di armonizzazione massima e di elevata tutela del consumatore (considerando 1 e 5), la direttiva lascia agli Stati membri piena discrezionalità nella scelta dei rimedi più idonei in ambito privatistico, probabilmente anche a causa delle divergenze regolative tra i vari ordinamenti statali. Infatti, l'art. 11 riserva agli Stati membri l'introduzione «di mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali», ivi incluso il diritto di agire in via giudiziale di persone od organizzazioni.

Un passo avanti si è registrato con la dir. 19/2161/UE, la quale ha introdotto l'articolo 11-*bis*, rubricato “Rimedi”, che riconosce ai consumatori lesi da pratiche commerciali sleali il diritto di accedere a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto¹⁰⁵. Non facendo riferimento allo strumento contrattuale, la regola apre alla protezione dalla pratica commerciale anche quale possibile illecito civile, quindi a prescindere dall'instaurazione di una relazione negoziale tra il professionista e il consumatore leso.

Anche in questo caso, nel solco del principio dell'autonomia processuale, la disposizione attribuisce agli Stati membri il potere di stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti dei rimedi, tenendo conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze. L'art. 11-*bis* si chiude con una clausola aperta, che fa salva l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto europeo o nazionale; la norma parrebbe sollecitare l'adozione normativa di ulteriori strumenti, demolitori o anche manutentivi, rispetto a quelli generalmente previsti.

Il legislatore interno, lungi dall'individuare delle chiare soluzioni, si è limitato a riprodurre l'art. 3, par. 2, della direttiva, prevedendo all'art. 19, co. 2, lett. *a*), cod. cons. che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette non pregiudica «l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia del contratto». La scelta sembra doversi

¹⁰⁵ Si rinvia a L.G. PESENTI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell'art. 3, co. 1, n. 5), dir. 2019/2161/UE*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2021, p. 635 ss.

leggere nel senso di lasciare alle norme civilistiche sul contratto il compito di regolare tali aspetti¹⁰⁶.

Nulla è invece previsto all'interno del codice sui possibili effetti extracontrattuali delle pratiche commerciali scorrette, se non per quanto riguarda gli atti di concorrenza sleale *ex art. 2598 c.c.* (art. 27, co. 15, cod. cons.), su cui torneremo nel prosieguo.

In assenza di una regola espressa, la dottrina ha cercato di verificare l'applicabilità degli istituti civilistici, tanto contrattuali quanto extracontrattuali, ai casi di lesione concreta di situazioni giuridiche soggettive a seguito di pratiche commerciali scorrette¹⁰⁷. Come più volte sottolineato¹⁰⁸, tuttavia, l'applicazione non può avvenire automaticamente, ma richiede la necessaria verifica dei presupposti di ciascun istituto civilistico, a partire dalla lesione, concreta e attuale, del singolo consumatore, non richiesta, invece, nell'ottica del *public enforcement* tipica della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. Ciò trova conferma, con riguardo agli effetti sul contratto, nella giurisprudenza comunitaria, che ha affermato che dalla decisione amministrativa di accertamento della scorrettezza della pratica non discende, automaticamente, alcuna conseguenza in ordine alla validità dei contratti singolarmente stipulati¹⁰⁹.

Le due conseguenze ipotizzabili sul contratto sono quelle della nullità e dell'annullamento. Per quanto riguarda la prima, disciplinata dagli articoli 1418-1424 c.c., sembra che le caratteristiche dell'istituto collidano con la struttura e con la *ratio* della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. Questa, infatti, contiene norme di comportamento, la

¹⁰⁶ Cfr. in tal senso C.T. SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 775 ss.

¹⁰⁷ La riflessione deve essere necessariamente svolta secondo flessibilità e pragmatività, come evidenziato da P. PERLINGIERI, *"Il giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 6, 2011, p. 1 ss.

¹⁰⁸ In tal senso: G. DE CRISTOFARO, *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali*, in ID. (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., p. 91 ss.; C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 779; A. NOBILE, *op. cit.*, p. 186.

¹⁰⁹ CGUE, 15 marzo 2012, C-453/10, *Jana Perenicová, Vladislav Perenic c. SOS financ, spol s.r.o.*, cit.

cui violazione non può determinare la nullità del contratto¹¹⁰, salvo che la legge non preveda espressamente tale effetto¹¹¹.

Una simile conseguenza potrebbe, semmai, configurarsi in casi in cui una pratica scorretta si introduca nel contenuto del regolamento negoziale¹¹², come nell'ipotesi, di dubbia realizzabilità, di pubblicità che diffondano un messaggio su un bene inesistente o che omettano, in modo ingannevole, elementi sulla natura del prodotto in misura tale da rendere indeterminabile l'oggetto del contratto. Peraltro, l'applicazione dell'istituto della nullità potrebbe danneggiare il consumatore, data l'imprescrittibilità della relativa azione e la legittimazione ad agire anche del professionista.

Beninteso, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette può in taluni casi intersecarsi con quella della nullità di protezione (artt. 33 ss. cod. cons.). Una clausola vessatoria può infatti essere conseguenza di una pratica commerciale scorretta, anche se non sarà semplice per l'interprete individuare e isolare la clausola che si ponga in rapporto di causalità con la pratica commerciale, né per il consumatore dimostrare che lo squilibrio sia effetto della stessa.

Tra l'altro, come precisato dalla Corte di giustizia, l'accertamento della slealtà di una pratica non ha un'automatica incidenza sulla validità delle clausole contrattuali ai sensi dell'art. 6, dir. 93/13/CEE, anche se può rappresentare uno degli elementi in base ai quali valutare l'abusività delle stesse¹¹³.

Sembra che l'istituto dell'annullamento (artt. 1425-1446 c.c.) si presti a intervenire in modo più opportuno sulla vicenda contrattuale compromessa da una pratica commerciale scorretta¹¹⁴. Non può negarsi un

¹¹⁰ Tale soluzione è stata adottata, seppur con talune differenze, dagli ordinamenti lussemburghese, polacco e francese.

¹¹¹ Così anche C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della dir. 2019/2161/UE*, cit., p. 779 ss.; E. LABELLA, *op. cit.*, p. 688 ss.; v. M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *op. cit.*, p. 238 s.

¹¹² A. NOBILE, *op. cit.*, p. 191.

¹¹³ CGUE 15 marzo 2012, C-453/10, *Jana Perenicová, Vladislav Perenic c. SOS financ, spol s.r.o.*, cit.

¹¹⁴ Il ricorso a tale istituto è ritenuto preferibile da: R. CALVO, *Le pratiche commerciali "sleali"*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le "pratiche commerciali sleali" tra*

parallelismo tra le cause di annullamento del contratto (precisamente il dolo e la violenza) e le forme di scorrettezza previste dal legislatore comunitario¹¹⁵.

In particolare, l'art. 1439 c.c. prevede che il dolo è causa di annullamento del contratto quando gli artifici o i raggiri sono «stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato». Si noti l'analogia con la struttura decettiva della pratica di cui all'art. 21, anche in ragione degli elementi ivi indicati sui quali il professionista può indurre il consumatore in errore: molti di essi, come la natura del prodotto, le sue caratteristiche principali, il prezzo o i diritti del consumatore, sembrano infatti poter condizionare l'*an* della contrattazione, influenzando sul contenuto principale del contratto. Deve comunque evidenziarsi che, mentre la disciplina delle pratiche commerciali non richiede l'intenzionalità dell'inganno, il dolo civilistico, secondo la lettura tradizionale, la presuppone, anche se parte della dottrina non esclude la teorizzabilità di un dolo colposo.

Nel caso di dolo incidente a causa di un messaggio commerciale ingannevole, non vi sarà annullamento ma semplice risarcimento del danno. Viceversa, una pubblicità dichiarata ingannevole dall'A.G.C.M. può essere causa di annullamento del contratto in quanto raggiri, sempre che non limitata al *dolus bonus*¹¹⁶; e ciò anche nell'ipotesi in cui il destinatario della pubblicità ingannevole sia un professionista, con un'estensione degli effetti contrattuali della pratica oltre i rapporti *business to consumer*, guardando alla comunicazione commerciale come comportamento generalmente idoneo a incidere sulla posizione giuridica altrui, senza necessariamente passare per la disciplina di cui agli artt. 18 ss. del codice del consumo.

imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano, cit., p. 147 ss.; G. CASABURI, *La tutela civilistica del consumatore avverso la pubblicità ingannevole dal d.lgs. n. 74 del 1992 al codice del consumo*, in *Giur. merito*, 2006, p. 3 ss.; A. NOBILE, *op. cit.*, p. 181 ss.; M. NUZZO, *op. cit.*, p. 235 ss.

¹¹⁵ Mi permetto di rinviare ad A.P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore dalle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 697 ss.

¹¹⁶ Vedi, in tal senso: Trib. Terni, 6 luglio 2012, inedita; Cass., 13 giugno 2008, n. 16079, in *Banca dati Dejure*; Trib. Firenze, 19 aprile 2005, in *Obbl. e contr.*, 2, 2005, p. 176; Pret. Bologna, 8 aprile 1997, in *Foro it.*, I, 1997, C. 3064, con nota di F. D'Aquino.

Per quanto riguarda, invece, la violenza morale (artt. 1434 ss. c.c.), essa consiste in una costrizione psicologica esercitata attraverso la minaccia di un male ingiusto. Sembrano evidenti le assonanze con l'art. 24 cod. cons., che fa riferimento alla molestia, alla coercizione, alla forza fisica e all'indebito condizionamento. Nel caso della pubblicità, si potrebbero considerare i casi, previsti nella *black list* dell'art. 26 cod. cons., delle visite presso l'abitazione del consumatore, ignorandone gli inviti a lasciare la residenza o a non tornarvi, e delle ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono o altro mezzo di comunicazione a distanza.

Ove tali condotte, limitando in misura considerevole la libertà del consumatore (art. 24 cod. cons.), risultino altresì idonee «a fare impressione sopra una persona sensata e a farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male ingiusto e notevole» (art. 1435 c.c.) potrebbero ben comportare anche l'annullamento di un contratto conseguentemente stipulato; il che, francamente, appare difficile nel caso della pubblicità, salvo che in ipotesi estreme in ragione del particolare contenuto del messaggio o della particolare sensibilità e vulnerabilità del destinatario. Se per l'integrazione delle ipotesi previste dal codice del consumo è sufficiente il rischio di incidere sul comportamento di un consumatore medio, per la configurazione dell'annullamento del contratto sarà necessario accertare la concreta lesione del comportamento del singolo destinatario¹¹⁷, non senza rischi di *probatio diabolica*.

Oltre agli effetti negoziali, occorre interrogarsi sulle possibili conseguenze di natura extracontrattuale della comunicazione commerciale. Inserita nella fase precedente alla conclusione del contratto e mirando a quest'ultima, la pubblicità può essere valutata tenendo conto anche della *culpa in contrahendo* (art. 1337 c.c.)¹¹⁸.

¹¹⁷ Le stesse considerazioni valgono per il caso in cui si ipotizzi la configurazione dell'annullamento per incapacità naturale di cui all'art. 428 c.c., in cui rientra la perturbazione che impedisca la seria valutazione del contenuto e degli effetti del negozio, pregiudicando la piena consapevolezza (cfr. Cass., sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1770, in *Giur. it.*, 2012, p. 1724 ss.).

¹¹⁸ Nonostante taluni arresti giurisprudenziali di diverso avviso (cfr. per esempio Cass., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Danno e resp.*, 2016, p. 1051), la *culpa in contrahendo* viene tradizionalmente riconosciuta come *species* della responsabilità

Secondo una lettura ampia dei concetti di “parti” e di “trattative” – ammissibile stante la valenza condivisibilmente attribuita a ogni atto finalizzato alla conclusione di un contratto¹¹⁹ – è possibile riconoscere come giuridicamente rilevanti *ex art. 1337 c.c.* tutte quelle pratiche commerciali con cui il professionista avvicina il consumatore per ottenerne una decisione negoziale¹²⁰. D'altronde, la fase di sviamento del comportamento economico del consumatore combacia con quella precontrattuale, nella quale è possibile che una condotta contraria a buona fede induca il destinatario a una decisione che non avrebbe altrimenti preso¹²¹.

Ove, quindi, una pubblicità condizioni, contro la buona fede, il comportamento del consumatore in modo determinante sull'*an* o sul *quomodo* della contrattazione, sembra potersi configurare la responsabilità precontrattuale. Si pensi, tra gli esempi forniti dal legislatore di pratiche in ogni caso ingannevoli, a quella consistente nel dichiarare, contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità o del tempo

extracontrattuale, con tutte le conseguenze che ne derivano circa i presupposti per la sua integrazione. Tra i numerosi contributi al tema, per una panoramica sull'istituto si rinvia a: F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; C.M. BIANCA, *Diritto Civile. Il contratto*, 3, Milano, 2000, p. 155 ss.; V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1963; V. IANNI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2015; R. SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquilia, culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. dir. comm.*, 3-4, 1951, p. 82 ss.; R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 621 ss. In giurisprudenza, *ex multis* si rinvia a: Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, I, 2013, p. 3122 ss.; Cass., 10 gennaio 2013, n. 477, in *Danno e resp.*, 7, 2013, p. 754; Cass. Sez. Un., 16 luglio 2001, n. 9645, in *Mass. Giur. it.*, 2001; Cass., 30 agosto 1995, n. 9157, in *Giust. civ. mass.*, 1995, p. 1568.

¹¹⁹ A. NOBILE, *op. cit.*, p. 188.

¹²⁰ Così anche E. LABELLA, *op. cit.*, p. 690 e S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012, p. 77.

¹²¹ Il criterio civilistico della buona fede oggettiva sembra doversi arricchire, nel caso delle pratiche commerciali, di maggiori contenuti, data l'articolata definizione (*ex art. 18, comma 1, lett. h*), cod. cons.) della “diligenza professionale” la quale, se comprende in sé la stessa buona fede, vi aggiunge anche la competenza, l'attenzione e la correttezza (intesa come insieme di regole deontologiche del settore).

sufficiente per prendere una decisione consapevole (art. 23, lett. g), cod. cons.); si tratta di pratica idonea a configurare una condotta precontrattuale rilevante ai sensi dell'art. 1337 c.c.

Ove siano integrati i presupposti per la *culpa in contrahendo*, il soggetto interessato potrebbe agire in via giurisdizionale al fine di ottenere un risarcimento del danno, nel caso in cui la pratica abbia portato a una situazione peggiore rispetto a quella raggiungibile in assenza di scorrettezza. Da un lato, si può immaginare il caso in cui le parti non giungano alla conclusione del contratto, per decisione del professionista o dello stesso consumatore: in tal caso il consumatore potrà chiedere il risarcimento del danno nella misura dell'interesse contrattuale "negativo", costituito dalle spese sostenute e dalle occasioni perse in vista del contratto la cui conclusione è stata impedita dalla scorrettezza del professionista. Ma ancora, una responsabilità precontrattuale può nondimeno configurarsi nel caso in cui il contratto sia successivamente concluso e rimanga valido, mantenendo così ferma la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento.

Infine, rimane aperta la questione della configurabilità di una responsabilità civile ex art. 2043 c.c. quale possibile conseguenza di una pubblicità scorretta. La dottrina ha ipotizzato, in ragione del diritto riconosciuto dall'art. 2, c. 2, lett. *c-bis*) cod. cons. all'esercizio di pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà, la possibilità di configurare un risarcimento civile per danno patito dal consumatore a seguito del suo mero contatto con la pratica commerciale¹²², ivi incluso il danno non patrimoniale¹²³.

Ciò potrebbe ipotizzarsi nel caso in cui la condotta commerciale leda beni giuridici diversi da quelli tipicamente ricondotti alla responsabilità precontrattuale; dunque, scissi dall'interesse a una corretta negoziazione. Il carattere atipico del fatto illecito e la natura di clausola aperta dell'art. 2043 c.c., compendiata nella formula "danno ingiusto", consente di ricondurvi ogni lesione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico¹²⁴.

¹²² A. NOBILE, *op. cit.*, p. 190.

¹²³ A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 3, 2010, p. 656.

¹²⁴ Cass., 26 gennaio 2011, n. 1768, in *Foro it.*, I, 2011, p. 2411.

Si pensi, per quanto attiene alla pubblicità, alla violazione del diritto alla riservatezza derivante dal c.d. *intrusive advertising*, stigmatizzato dall'art. 26, lett. c), cod. cons. Ma ancora, le Sezioni Unite della Cassazione hanno riconosciuto la risarcibilità del danno non patrimoniale sotto forma di danno alla salute o danno "esistenziale" dovuto al peggioramento della qualità della vita conseguente allo stress e al turbamento per il rischio del verificarsi di gravi malattie, facendo valere come elemento costitutivo dell'illecito la pubblicità ingannevole del prodotto, consistente nell'apposizione sul pacchetto di sigarette della dicitura "light", espressione diretta a prospettare ingannevolmente il prodotto come meno nocivo¹²⁵.

Come precisato dalle Sezioni Unite in un altro caso riguardante una pubblicità televisiva occulta, non può ritenersi immeritevole di tutela la posizione di un telespettatore che lamenti un danno da stress derivante dalla ripetuta ricezione di un messaggio pubblicitario televisivo occulto, fermo restando che il mero fastidio di livello infimo, il disappunto o il disagio costituiscono sensazioni del tutto naturali, soggettive, bagatellari e comunque evitabili *ex art.* 1227 c.c., che rimangono nella sfera personale e non possono presentare valenza giuridica, essendo prive di incidenza lesiva¹²⁶. L'art. 2043 c.c. è stato invocato anche per la mancata realizzazione, dovuta a una pratica scorretta, di un interesse personale (con conseguente frustrazione), guardando al caso di cui all'art. 23, lett. s), cod. cons., che stigmatizza la comunicazione non veritiera della capacità di un prodotto di curare malattie, disfunzioni o malformazioni¹²⁷.

Sotto il profilo dell'onere della prova del danno da pubblicità ingannevole *ex art.* 2043 c.c., le Sezioni Unite hanno precisato che deve escludersi il mero automatismo tra fatto dannoso e danno risarcibile e quindi che, una volta verificatosi il fatto dannoso, la dimostrazione del danno ingiusto risarcibile sarebbe *in re ipsa*¹²⁸. Il soggetto che si ritenga lesa non assolve al suo onere probatorio dimostrando la sola ingannevolezza (o più in generale la sola scorrettezza) del messaggio, ma è tenuto a provare l'esistenza del danno, il nesso di causalità con la pubbli-

¹²⁵ Cass. Sez. Un., 15 gennaio 2009, n. 794, in *Foro it.*, I, 2009, p. 717 ss.

¹²⁶ Cass. Sez. Un., 29 agosto 2008, n. 21934, in *Riv. dir. ind.*, 4-5, II, 2009, p. 470.

¹²⁷ In tal senso, A. FACHECHI, *op. cit.*, pp. 188-189.

¹²⁸ Così Cass. Sez. Un., 15 gennaio 2009, n. 794, cit.

cità, nonché (almeno) la colpa di chi ha diffuso la pubblicità, intesa come prevedibilità delle conseguenze dannose della propria condotta.

Potrebbe facilitare l'onere probatorio l'applicazione alle pratiche commerciali scorrette della c.d. "prova privilegiata" del comportamento illecito riconosciuta, per i provvedimenti dell'A.G.C.M., nel contesto della disciplina *antitrust* ai fini del risarcimento del consumatore che si ritenga leso dal comportamento anticoncorrenziale¹²⁹. In questo modo, il soggetto che volesse trovare ristoro per i danni subiti da una pubblicità potrebbe basare la propria azione sull'accertamento amministrativo della sua illegittimità.

Una simile posizione, d'altronde, sembra essere stata adottata dalla giurisprudenza di merito¹³⁰ e, con certa moderazione, da quella di legittimità, che ha riconosciuto che l'allegazione del provvedimento inibitorio dell'Autorità antitrust possa fornire al giudice indicazioni in ordine alla natura astrattamente ingannevole della pubblicità¹³¹. Rimane ferma la necessità di provare il danno ingiusto, cioè la lesione non altrimenti giustificata di una posizione giuridica altrui tutelata dall'ordinamento.

Va precisato che la Cassazione esclude, in linea generale, che la lesione del diritto di informazione del consumatore determinata da pubblicità ingannevole costituisca di per sé pregiudizio di un diritto inviolabile della persona umana¹³², essendo necessario, come visto sopra, un *quid pluris* consistente nella violazione di un altro interesse giuridicamente protetto¹³³. Oltre alle ipotesi già esaminate, la pubblicità potrebbe pregiudicare il diritto all'immagine nel caso di uso non autorizzato da parte del titolare: in questo caso la giurisprudenza ha adottato, in mancanza della prova di specifiche voci di pregiudizio¹³⁴, il criterio del "prezzo del consenso", misurando il danno patrimoniale secondo il guadagno che il titolare avrebbe ottenuto se avesse concesso l'uso per

¹²⁹ Cass., sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Riv. dir. ind.*, 2009, p. 587.

¹³⁰ Trib. Milano, 2 aprile 2013, n. 4500, in G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 482.

¹³¹ Cass. Sez. Un., 15 gennaio 2009, n. 794, cit.

¹³² Cass., sez. III, 30 aprile 2009, n. 10120, in *Guida al diritto*, 23, 2009, p. 72.

¹³³ Così anche Cass., sez. III, 17 dicembre 2009, n. 26517, in *Dir. econ. assicur.*, 2, 2011, p. 689.

¹³⁴ Cass., sez. III, 12 aprile 2022, n. 11768, in *Giust. civ. mass.*, 2022.

le vie negoziali, considerati per esempio i compensi solitamente percepiti o il generale “valore di mercato” della persona ritratta¹³⁵.

Ancora, si pensi ai riflessi che una pubblicità ingannevole di prodotti alimentari, medicinali e cosmetici può avere sulla salute, nel caso in cui presenti un prodotto come privo di sostanze che risultino nocive per un determinato *target* di consumatori (in ragione di intolleranze o allergie). In questo caso potrebbe configurarsi una responsabilità del produttore, o di colui che realizza nel suo interesse il messaggio commerciale, secondo quanto previsto in materia di prodotti difettosi (art. 114 ss. cod. cons.), che, tra gli elementi che determinano il carattere difettoso del prodotto, menziona “la sua presentazione” ove idonea a renderlo inidoneo a offrire “la sicurezza che ci si può legittimamente attendere”; si attiverebbe in tal modo un meccanismo di contrattualizzazione delle informazioni pubblicitarie che agevolerebbe, sotto il profilo dell’onere probatorio, l’azione giudiziale del consumatore, spesso disincentivata dall’impossibilità di dimostrare i presupposti della responsabilità.

Come nel caso della *culpa in contrahendo*, il ristoro della singola posizione lesa da una pubblicità illecita avverrebbe attraverso la via risarcitoria, la cui importanza, oggi espressamente riconosciuta dall’art. 11-*bis* dir. 05/29/CE, era stata riconosciuta dalla Corte di giustizia UE proprio nel caso di violazione degli obblighi informativi precontrattuali¹³⁶. Data la competenza della giurisdizione ordinaria e l’applicazione delle comuni regole processuali, occorre evidenziare anche in questo caso la naturale intempestività, rispetto al fenomeno pubblicitario, dello strumento di tutela, sia pure ove fosse esperito in via cautelare. L’efficacia riparatoria dell’intervento giudiziale può apprezzarsi solo *ex post*, anche se sotto tale profilo l’esiguità del danno individuale e gli elevati costi processuali possono rappresentare un forte disincentivo per l’azione risarcitoria del singolo.

¹³⁵ Vedi, *ex multis*: Trib. Palermo, 12 aprile 2018, n. 2002, in *AIDA*, 1, 2019, p. 602; C. App. Ancona, 6 aprile 2018, n. 424, in *AIDA*, 1, 2019, p. 757; Cass., sez. I, 11 agosto 2009, n. 18218, in *Riv. dir. ind.*, 4-5, II, 2010, p. 394; Cass., sez. I, 11 novembre 1997, n. 9880, in *AIDA*, 1998, p. 510.

¹³⁶ CGUE 17 settembre 2002, C-253/00, *Muñoz y Cia SA e Superior Fruiticola SA c. Frumar Ltd e Redbridge Produce Marketing Ltd.*, in *European Court Reports*, 2002, p. I-7289.

Nel caso di accoglimento della domanda, il soggetto leso da una comunicazione commerciale illecita può ottenere anche l'inibitoria e ogni altro provvedimento che elimini le tracce del comportamento dannoso, ivi compreso l'ordine di pubblicazione della decisione. Forse questi aspetti, piuttosto che l'elemento risarcitorio, restituiscono al *private enforcement* una qualche utilità nell'ottica di una generale stimolazione alla correttezza mercantile.

7.3.4. La tutela giurisdizionale dei professionisti concorrenti dalla pubblicità illegittima

L'art. 8 del d.lgs. 145/2007 predispone, analogamente a quanto previsto dall'art. 27 cod. cons. un sistema di tutela a doppio binario, di tipo amministrativo e giurisdizionale. Quello amministrativo, come già visto, è affidato all'Autorità antitrust e segue la medesima procedura prevista a tutela del consumatore.

Quanto a quello giurisdizionale, accanto alla giurisdizione amministrativa quale sede di impugnazione dei provvedimenti dell'A.G.C.M., il legislatore fa salva la competenza della giurisdizione ordinaria in materia di atti di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598 c.c. e, per la pubblicità comparativa, in ipotesi di violazione della disciplina sul diritto d'autore (l. n. 633/1941), dei marchi d'impresa (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30), delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti (art. 27, co. 15 cod. cons. e art. 8, co. 15, d.lgs. 145/2007).

L'imprenditore che si ritenga leso dalla pubblicità illegittima realizzata da un professionista concorrente potrà quindi accedere ai rimedi previsti in materia di concorrenza sleale dagli artt. 2599 e 2600 c.c. secondo un approccio analogo a quanto previsto dal codice della proprietà industriale¹³⁷. Sotto il profilo soggettivo, nonostante l'art. 2598 c.c. uti-

¹³⁷ Sui rimedi avverso gli atti di concorrenza sleale, tra le numerose opere, cfr.: N. ABRIANI, G. COTTINO, *La concorrenza sleale*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale - vol. II: Il Diritto industriale*, Padova, 2001, p. 271 ss.; G. GHIDINI, *Della concorrenza sleale (artt. 2598-2601)*, cit., p. 4 ss.; M. LIBERTINI, *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, cit., p. 243 ss.; L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, cit., p. 247 ss.; M.S. SPOLIDORO, *op. cit.*

lizzi il termine “chiunque”, l’interpretazione prevalente della dottrina e della giurisprudenza identifica il soggetto attivo e quello passivo in due imprenditori tra i quali sussista un rapporto di concorrenza¹³⁸: dal lato attivo, la legittimazione ad agire spetta anche alle associazioni professionali e agli enti rappresentativi di una categoria professionale nel caso in cui l’atto di concorrenza sleale pregiudichi gli interessi dell’intera categoria (art. 2601 c.c.); dal lato passivo, l’impresa concorrente può essere citata anche per gli atti posti in essere da soggetti terzi, purché sia provata la sussistenza di un rapporto idoneo a qualificare la condotta come funzionale ad assicurare un profitto all’impresa, salvo che il terzo abbia agito in rapporto di subordinazione con quest’ultima, con conseguente applicazione del meccanismo di imputazione diretta dell’atto all’impresa, secondo quanto previsto dall’art. 2049 del codice¹³⁹. Con l’imprenditore nel cui interesse è stato compiuto l’atto di concorrenza sleale risponde solidalmente l’autore materiale della condotta ai sensi dell’art. 2598 c.c., anche nel caso in cui non sia imprenditore¹⁴⁰.

La competenza spetta al giudice ordinario, salvo il caso in cui un atto di concorrenza sleale interferisca anche con l’esercizio di diritti di proprietà industriale, per cui l’art. 133 c.p.i. prevede la competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa.

Il rimedio principale, in funzione preventiva, è quello dell’azione inibitoria (art. 2599 c.c.). Come già visto quando abbiamo analizzato la disciplina sostanziale della materia, il rimedio è attivabile a prescindere dalla sussistenza di un danno effettivo e dell’elemento soggettivo del dolo o della colpa del soggetto agente; per l’applicazione della misura inibitoria è dunque sufficiente l’idoneità degli atti a danneggiare l’altrui

¹³⁸ Si rinvia ai riferimenti contenuti all’interno del paragrafo 4.2. Oltre a quelli, in dottrina vedi: T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 26 ss.; G. GHIDINI, *La concorrenza sleale: i presupposti*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, cit., p. 45 ss.

¹³⁹ Così N. ABRIANI, G. COTTINO, *op. cit.*, p. 271. In giurisprudenza, cfr. sul tema: Trib. Torino, 14 marzo 2006, in *Giur. it.*, 11, 2006, p. 2102; App. Milano, 5 giugno 1987, n. 2180, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1987, 2180, p. 587; Trib. Torino, 29 febbraio 1996, in *Giur. piemontese*, 1997, p. 239; Cass., 16 aprile 1983, n. 2634, in *Foro it.*, I, 1983, c. 2160.

¹⁴⁰ Trib. Modena, 3 settembre 2012, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1, 2012, p. 1068.

azienda¹⁴¹. Dal punto di vista oggettivo, l'atto illecito deve essere in corso, anche se nella fase del tentativo¹⁴², o comunque, anche se cessato, vi deve essere il rischio di una sua reiterazione¹⁴³.

Trattandosi di un ordine di “non fare”, può trovare applicazione anche il rimedio dell'*astreinte* di cui all'art. 614-*bis* c.p.c.¹⁴⁴. Oltre al divieto di proseguire l'attività illecita, il giudice può adottare anche gli eventuali ulteriori provvedimenti ritenuti opportuni per eliminare gli effetti dannosi (art. 2599 c.c.).

Nel caso in cui la condotta abbia arrecato un danno, l'imprenditore leso può accedere al rimedio risarcitorio per la reintegrazione del patrimonio, anche in forma simbolica attraverso la pubblicazione della sentenza. Per il risarcimento troverà applicazione la disciplina generale in materia di illecito aquiliano¹⁴⁵, a cui rinvia l'art. 2600 c.c., che però introduce una presunzione *iuris tantum* di colpa¹⁴⁶, superabile dal convenuto con una prova contraria non sempre agevole¹⁴⁷.

In merito alla quantificazione dei danni, questi potranno *ex art.* 1223 c.c. ricomprendere sia il danno emergente – consistente nelle spese ne-

¹⁴¹ Trib. Milano, 15 gennaio 2019, in *AIDA*, 1, 2019, p. 695.

¹⁴² Così P.G. JAEGER, *Inibitoria, «pericolo di ripetizione», «tentativo» di concorrenza sleale*, in *Studi in onore di Domenico Pettiti*, II, Milano, 1973, p. 779 ss.

¹⁴³ Cfr., *ex multis*: Cass., 20 ottobre 1982, n. 5462, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1982, 1473, p. 63; Trib. Milano, 10 dicembre 1996, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1997, 3631, p. 458; App. Milano, 1° ottobre 1993, in *Riv. dir. ind.*, II, 1994, p. 5.

¹⁴⁴ Ciò risulta ammesso dalla dottrina maggioritaria, tra cui: A. FRIGNANI, *Ancora sulle penalità di mora nella concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1976, p. 207 ss.; M. LIBERTINI, *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, cit., p. 252; G. MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, cit., p. 44. In giurisprudenza, se in passato si registrava un orientamento maggioritario contrario, oggi sembra prevalere una posizione tendenzialmente favorevole al riconoscimento dell'*astreinte* nei casi di violazione dell'inibitoria da concorrenza sleale. *Ex multis*, vedi Trib. Milano, 16 novembre 2012, in *Giur. ann. dir. ind.*, I, 2013, p. 762.

¹⁴⁵ Dal punto di vista processuale, sulle conseguenze derivanti dalla sussunzione della concorrenza sleale negli schemi della responsabilità extracontrattuale, cfr. Cass., 25 luglio 1986, n. 4755, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, p. 387.

¹⁴⁶ Cass., 3 aprile 2009, n. 8119, in *Riv. dir. ind.*, 6, II, 2009, p. 587.

¹⁴⁷ Affronta la questione Trib. Genova, 5 luglio 1989, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1989, 2432, p. 491.

cessarie a opporsi all'illecito¹⁴⁸ o negli investimenti pubblicitari pregiudicati¹⁴⁹ – sia il lucro cessante, comprensivo del mancato guadagno derivante dalla condotta sleale; sotto quest'ultimo profilo occorre provare sia il calo di fatturato che il nesso eziologico tra esso e l'atto di concorrenza sleale contestato¹⁵⁰. Appare evidente la difficoltà di dimostrare quest'ultimo profilo, soprattutto nel caso in cui la concorrenza sleale si concretizzi in una comunicazione pubblicitaria; in simili casi potrebbe agevolare l'onere probatorio la richiesta della liquidazione in via equitativa del danno, ammessa dalla giurisprudenza purché comunque sia dimostrata la sua esistenza e la difficile determinazione dell'ammontare¹⁵¹.

La pubblicazione della sentenza rientra, infine, tra i poteri discrezionali del giudice, esercitabile su domanda di parte (art. 2600, co. 2, c.c.). Di essa è stata data una diversa lettura dottrinale, alcuni vedendovi un risarcimento in forma specifica, altri un rimedio reintegrativo e altri ancora una misura preventiva¹⁵²; si tratta, nei fatti, di una sanzione, autonoma rispetto alle altre, volta a rendere noto al pubblico l'accertamento dell'illecito. Pur facendo riferimento a «uno a più giornali», si ritiene pacificamente che la pubblicazione possa avvenire anche in altri *media*¹⁵³, tra cui Internet.

La giurisprudenza tende ammetterla anche in assenza di danni concretamente risarcibili¹⁵⁴, ove la pubblicazione sia necessaria e proporzionale rispetto all'esigenza riparatoria, da escludere nel caso di condotta ormai lontana nel tempo e con diffusione ampiamente circoscrit-

¹⁴⁸ Trib. Cremona, 22 gennaio 1977, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1977, 916, p. 215.

¹⁴⁹ M. LIBERTINI, *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, cit., p. 257.

¹⁵⁰ Così Trib. Bologna, 9 dicembre 2016, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1, 2018, p. 289 e Trib. Milano, 5 novembre 1987, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1987, 2215, p. 824.

¹⁵¹ Tra le tante, cfr.: Trib. Venezia, 8 ottobre 2019, in *AIDA*, 1, 2020, p. 796; Cass., 10 gennaio 1986, n. 69, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1986, 1984, p. 51.

¹⁵² Si rinvia a L. NIVARRA, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, cit., p. 251.

¹⁵³ Così P.G. JAEGER, *La pubblicazione della sentenza come sanzione della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1973, p. 231 ss.

¹⁵⁴ Cass., 9 aprile 1996, n. 3276, in *Foro it.*, I, 1996, c. 1606.

ta¹⁵⁵. Tra gli altri “opportuni provvedimenti” reintegrativi viene fatta rientrare anche la condanna alla diffusione di messaggi rettificativi, per esempio con lettere circolari sui giornali, misura particolarmente significativa nel caso della pratica pubblicitaria¹⁵⁶.

Nell’ipotesi in cui la pubblicità violi l’altrui diritto d’autore oppure il marchio o gli altri segni distintivi di un’impresa concorrente, troverà applicazione il ventaglio di rimedi previsti dalla disciplina di settore, del tutto analogo a quello in materia di concorrenza sleale. L’azione inibitoria è infatti espressamente riconosciuta per la tutela contro violazioni sia del diritto d’autore (artt. 156 e 163 l. 633/1941), sia dei diritti di proprietà industriale (artt. 124 e 131 d.lgs. 30/2005)¹⁵⁷. Allo stesso modo, il professionista leso può richiedere il risarcimento del danno subito secondo le ordinarie regole in materia di responsabilità aquiliana, con la precisazione che la presunzione di colpa opera *iuris tantum* anche per i marchi registrati o preusati¹⁵⁸ e in generale per la violazione dei diritti di proprietà industriale, in ragione della pubblicità legale dei relativi titoli¹⁵⁹.

Come per la concorrenza sleale, la sentenza può preventivamente stabilire una somma dovuta per ogni successiva violazione del diritto di proprietà industriale (art. 124, co. 2, d.lgs. 30/2005) o del diritto d’autore (art. 163, co. 2, l. 833/1941). Tra le misure adottabili, la legge prevede che possa essere ordinata la distruzione delle opere eseguite in violazione dell’altrui diritto d’autore (artt. 158, 159, 160, l. 633/1941) o privata industriale (art. 124 d.lgs. 30/2005). Si potrebbe immaginare, nel caso di condotta consistente in una comunicazione commerciale, la distruzione (anche “virtuale”) del materiale pubblicitario illecito.

Nel caso di violazione dei diritti di proprietà industriale, l’art. 126, co. 1, d.lgs. 30/2005 prevede espressamente la pubblicazione della sen-

¹⁵⁵ App. Milano, 30 ottobre 1998, in *Dir. ind.*, 1999, p. 347.

¹⁵⁶ N. ABRIANI, G. COTTINO, *op. cit.*, p. 329.

¹⁵⁷ Sullo strumento inibitorio in generale, cfr. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2019, p. 559 ss.

¹⁵⁸ N. ABRIANI, *La tutela del marchio e il giudizio di contraffazione*, in G. COTTINO (diretto da), *op. cit.*, p. 90.

¹⁵⁹ Trib. Torino, 21 novembre 2012, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1, 2013, p. 784.

tenza con valore riparatorio, recentemente ribadito dalla Cassazione¹⁶⁰. Analogamente è previsto dall'art. 166 per la violazione del diritto d'autore.

Come per il *private enforcement* giurisdizionale a tutela del consumatore, in chiusura deve evidenziarsi che anche i rimedi appena esaminati soffrono di una fisiologica intempestività rispetto alla normale durata di una campagna pubblicitaria. La questione non sembra venir meno, come già sottolineato sopra, nel caso in cui, sussistendo i presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, il professionista agisca in via cautelare avverso la comunicazione commerciale illegittima.

7.4. *Le Alternative Dispute Resolutions*

Prima di procedere all'analisi dei rimedi autodisciplinari, occorre dedicare una brevissima riflessione alla soluzione stragiudiziale delle controversie quale possibile alternativa per la composizione del contenzioso in materia pubblicitaria. Sviluppatisi nell'esperienza di alcuni ordinamenti stranieri, *in primis* nel contesto statunitense, lo strumento conciliativo rappresenta un passaggio di enorme utilità per entrambe le parti della controversia: per il soggetto passivo dell'azione, il quale può in questo modo aggirare gli effetti, giuridici ed economici, che possono derivare da un provvedimento di condanna e dalla sua *discovery* da parte del pubblico; per il soggetto leso, il quale può ottenere una tutela più tempestiva ed efficiente, anche in termini di risparmio di spesa, rispetto a quella giurisdizionale.

Il codice del consumo prevede, al titolo II-*bis*, un insieme di disposizioni (artt. 141-141-*decies*), dedicate alle *Alternative Dispute Resolutions*, espressione anglofona con cui si allude al complesso di strumenti di risoluzione delle controversie alternativi al giudizio¹⁶¹. Occorre sin da subito evidenziare che la loro applicazione è, a oggi, limitata dall'art. 141 del codice alle controversie sulle obbligazioni contrattuali, mentre non è stata estesa dal legislatore alle pratiche commerciali scor-

¹⁶⁰ Cass., 7 aprile 2022, n. 11362, in *Giust. civ. mass.*, 2022.

¹⁶¹ Per un'analisi complessiva del fenomeno si rinvia a G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *op. cit.*, p. 563 ss.

rette. Analoghe considerazioni possono farsi con riguardo alle *online dispute resolution*, previste dal regolamento UE n. 524/2013 e riguardanti la risoluzione, tramite apposite piattaforme di mediazione *online*, delle controversie originate dagli acquisti eseguiti sul *Web*.

La limitazione alla materia contrattuale delle ADR e delle ODR andrebbe rivista in ragione di quanto previsto dall'art. 11 della dir. 05/29/CE, che attribuisce a ciascuno Stato membro il potere di decidere se sia opportuno che l'organo giurisdizionale o amministrativo esiga che si ricorra in via preliminare ad altri mezzi per risolvere le controversie derivanti dalle pratiche commerciali. Ciò conferma il ruolo crescente che gli strumenti alternativi di composizione del contenzioso stanno acquisendo nel contesto della regolazione europea e nazionale, caratterizzata da un *trend* diretto a una generale semplificazione degli strumenti di tutela. In questi termini, non va esclusa, anzi va piuttosto auspicata, una loro estensione anche alle *querelle* riguardanti forme di scorrettezza commerciale che non si traducano necessariamente in illegittimità di natura negoziale.

Al di là delle soluzioni suddette, rimane dunque spazio, anche nella materia pubblicitaria, per l'accesso alle generali forme di risoluzione extragiudiziale del contenzioso, il cui sviluppo è stato stimolato nel contesto europeo a partire dalla fine del secolo scorso¹⁶², con il consueto metodo comparatistico delle esperienze nazionali e un occhio di riguardo per le controversie *business to consumer*¹⁶³.

Un ruolo di evidente importanza è da attribuire, in tale percorso, alla direttiva 08/52/CE per la regolazione di determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, applicabile anche al contenzioso tra soli professionisti, nelle ipotesi in cui il diritto nazionale ammetta o prescriva la mediazione. Il considerando 6 evidenzia come la mediazio-

¹⁶² Si ricorda, al riguardo, il *memorandum* presentato dalla Commissione al Consiglio il 4 gennaio 1985 su "La protezione giuridica dei consumatori", in cui si è evidenziata l'importanza della effettività della protezione consumeristica, rispetto a cui risulta strumentale l'agevole accesso alla giustizia, comprensivo anche delle tecniche di conciliazione e arbitrato. Il provvedimento è reperibile in *Boll. CE*, 1985, suppl. 2.

¹⁶³ In questa prospettiva si iscrive anche il Libro verde della Commissione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e sulla regolazione delle controversie nel mercato unico del 16 novembre 1993, COM(93) 576.

ne possa fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale, attraverso procedure concepite tenendo conto delle esigenze delle parti; tra l'altro, precisa il considerando, gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti.

In Italia la mediazione per le controversie civili e commerciali è disciplinata dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28. In breve, si consente al privato di risolvere, con l'assistenza degli avvocati, la propria controversia con un altro privato attraverso un'intesa da raggiungere dinnanzi a un organismo di conciliazione; se raggiunta, l'intesa diventa oggetto di verbale che costituirà titolo esecutivo. Si tratta di una forma di giustizia privata, idonea a consentire il raggiungimento di un risultato soddisfacente in tempi decisamente più rapidi della giustizia, i quali dipendono in sostanza dal carico di lavoro degli organismi di mediazione, fino a un massimo di tre mesi (art. 3 d.lgs. 28/2010).

Un'alternativa analoga, ma senza l'intervento di un organismo terzo, è rappresentata dalla negoziazione assistita di cui al d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162, il cui ambito di applicazione è stato recentemente ampliato dalla l. 26 novembre 2021, n. 206, di riforma del processo civile. Si tratta di un accordo, costituente titolo esecutivo, attraverso il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e lealtà per risolvere in via bonaria la controversia con l'assistenza dei propri avvocati. Per quel che qui interessa, lo strumento della negoziazione può essere attivato nel caso in cui una condotta pubblicitaria violi diritti disponibili, potendo anche definirsi in un tempo di 30 giorni, termine minimo della procedura; nel caso in cui, attraverso la negoziazione, il soggetto attivo intenda ottenere un risarcimento del danno derivante dalla pratica commerciale inferiore a cinquantamila euro, la negoziazione è prevista a pena di improcedibilità (art. 3, co. 1, d.l. 132/2014)¹⁶⁴.

Tutti gli strumenti alternativi di risoluzione si caratterizzano per la particolare atecnicità (da cui l'espressione "giustizia informale"), per la

¹⁶⁴ La negoziazione è esclusa per le controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori (art. 3, co. 1).

rapidità di esecuzione e per una ridotta onerosità. Tali fattori risultano del tutto compatibili con la necessità di un'efficace protezione nei confronti della pratica pubblicitaria: da un lato, la tempistica ridotta potrebbe consentire un intervento preventivo contro un messaggio commerciale scorretto, idoneo a evitare il prodursi di ulteriori effetti pregiudizievoli; dall'altro, soprattutto nel caso del *private enforcement* del consumatore, i costi dello strumento di tutela potrebbero non rappresentare più un ostacolo all'accesso alla giustizia.

Sulla qualità della tutela, si rileva che, negli ultimi anni, il successo delle *Alternative Dispute Resolutions* è cresciuto anche in ragione dell'indipendenza, imparzialità e professionalità dei soggetti deputati alla risoluzione delle controversie. In una logica di generale miglioramento e decongestionamento del sistema giustizia e di incentivo all'accesso agli strumenti di protezione da parte di chi si ritenga leso da una pratica pubblicitaria, gli strumenti di soluzione extragiudiziale (ed extra-amministrativa) del contenzioso rappresentano un'alternativa valida ed efficace, idonea a consentire una più semplificata soluzione delle controversie.

7.5. Il sistema di tutela previsto dall'Istituto di autodisciplina Pubblicitaria

Tra gli strumenti alternativi di protezione contro la comunicazione commerciale illegittima, un ruolo di primo piano deve certamente riconoscersi al sistema dell'Istituto di autodisciplina pubblicitaria. Ciò trova conferma nella disciplina prevista dalla dir. 05/29/CE, il cui articolo 10 incentiva il ricorso agli strumenti previsti dai codici di condotta settoriali, inclusi dall'art. 11 tra i mezzi alternativi di soluzione stragiudiziale delle controversie attivabili sia dai consumatori che dai professionisti concorrenti¹⁶⁵.

Sulla scia della disciplina comunitaria, il legislatore nazionale ha introdotto nel codice del consumo talune disposizioni operative riguar-

¹⁶⁵ L'art. 17 prevede inoltre che gli Stati membri «se del caso, incoraggiano i professionisti e i responsabili del codice a informare i consumatori in merito ai propri codici di condotta».

danti l'autodisciplina, a cui si riconosce una funzione deflattiva del contenzioso¹⁶⁶. In particolare, l'art. 27-*bis* prevede la possibilità di adottare codici di condotta settoriali a cui i professionisti possano aderire e che devono essere resi conoscibili ai consumatori, anche per via telematica¹⁶⁷. L'art. 27-*ter*, dal canto suo, stabilisce che

i consumatori, i concorrenti, anche tramite le loro associazioni od organizzazioni, prima di avviare la procedura di cui all'articolo 27, possono convenire con il professionista di adire preventivamente il soggetto responsabile o l'organismo incaricato del controllo del codice di condotta relativo a uno specifico settore la risoluzione concordata della controversia volta a vietare o a far cessare la continuazione della pratica commerciale scorretta.

Il ricorso allo strumento amministrativo può quindi essere evitato attraverso un preliminare tentativo di risoluzione della controversia in sede autodisciplinare; ad ogni modo, come previsto dal secondo comma, rimane salva la possibilità di ricorrere all'Autorità antitrust o al giudice ordinario, qualunque sia il risultato raggiunto in sede autodisciplinare. Ciò, evidentemente, toglie a quest'ultima qualsiasi efficacia vincolante, potendo le relative decisioni essere contestate dalle parti e non tenute in considerazione dalle autorità giudicanti ordinarie.

È altresì prevista una forma di coordinamento tra il procedimento autodisciplinare e quello amministrativo. Precisamente, il terzo comma dell'art. 27-*ter* dispone che

iniziata la procedura davanti a un organismo di autodisciplina, le parti possono convenire di astenersi dall'adire l'Autorità fino alla pronuncia

¹⁶⁶ Per approfondimenti sugli strumenti di protezione autodisciplinare vedi: G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso*, cit., p. 249 ss.; M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, cit., p. 321 ss.; M. FUSI, P. TESTA, *L'autodisciplina pubblicitaria in Italia*, Milano, 1983; V. GUGGINO, M. DAVÒ, S. PASTORELLO, *op. cit.*, p. 70 ss.; G. MANFREDI, *Giurì di autodisciplina, autorità indipendenti e autorità giudiziaria*, in *Dir. ind.*, 2011, p. 61 ss.; G. SENA, *Il sistema dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1988, p. 188 ss.; L.C. UBERTAZZI, *La giurisprudenza dei giurì di autodisciplina pubblicitaria: alcune osservazioni*, in *Foro it.*, 1982, p. 2947 ss.

¹⁶⁷ Oltre al riferimento alla lingua del codice, la disposizione richiede che lo stesso assicuri la protezione di minori e la salvaguardia della dignità umana.

definitiva, ovvero possono chiedere la sospensione del procedimento innanzi all'Autorità, ove lo stesso sia stato attivato anche da altro soggetto legittimato, in attesa della pronuncia dell'organismo di autodisciplina. L'Autorità, valutate tutte le circostanze, può disporre la sospensione del procedimento per un periodo non superiore a trenta giorni.

La *ratio* è quella di evitare che si instaurino due procedimenti paralleli aventi a oggetto la medesima fattispecie, in modo da escludere sia la possibilità di pronunce discordanti che un inutile spreco di risorse.

Come già anticipato, le autorità principali del sistema autodisciplinare sono il Giurì e il Comitato di controllo. Entrambi gli organi presentano una struttura collegiale e durano in carica due anni, con possibile rielezione. Per quanto riguarda la composizione, il Giurì è formato da «esperti di diritto, di problemi dei consumatori e di comunicazione» (art. 29 cod. aut.), mentre il Comitato è costituito «da esperti di problemi dei consumatori, di tecnica pubblicitaria, di mezzi di comunicazione e di materie giuridiche» (art. 30). Evidentemente, la competenza specifica dei componenti in materia pubblicitaria rappresenta un elemento vantaggioso, rispetto agli organi ordinari, ai fini di un adeguato giudizio sulla struttura della *réclame*¹⁶⁸.

Mentre il Giurì può essere considerato il vero e proprio collegio giudicante, il Comitato possiede compiti ausiliari e complementari: in particolare, esso è tenuto a denunciare al Giurì le pubblicità ritenute in contrasto col codice, può intervenire contro singole imprese per intimare la cessazione di una campagna pubblicitaria, emettere provvedimenti monitori e pareri preventivi (sulle pubblicità non ancora diffuse) alle imprese, o di natura consultiva su richiesta del presidente del Giurì (art. 32 cod. aut.).

La procedura autodisciplinare si presenta più efficace e tempestiva di quelle analizzate nei paragrafi precedenti. Tuttavia, come più volte sottolineato, deve ricordarsi che l'applicazione delle disposizioni del codice di autodisciplina e delle decisioni del Giurì è subordinata alla

¹⁶⁸ A tutela dell'imparzialità e indipendenza degli organi, si prevede che i componenti non possano essere scelti fra esperti che esercitino attività professionali nel settore dell'autodisciplina (artt. 29 e 30 cod. aut.). Un regolamento a garanzia dell'imparzialità del giudizio autodisciplinare, consultabile sul sito dell'IAP, introduce altre regole volte a evitare conflitti di interessi per gli esperti chiamati a valutare la pubblicità.

spontanea adesione degli operatori pubblicitari e dei proprietari dei mezzi di comunicazione, mediante accettazione diretta dello stesso, o della propria associazione di appartenenza, ovvero mediante l'inserimento di un'apposita clausola nei contratti pubblicitari.

Ciò si traduce, dal punto di vista procedurale, nella necessaria verifica preliminare, da parte dell'organo giudicante, dell'adesione o meno al sistema autodisciplinare dell'autore della pubblicità¹⁶⁹, cioè di colui che ha deciso e gestito la comunicazione commerciale. Occorre che vi sia una relazione significativa (c.d. *material connection*) tra l'autore del messaggio e l'inserzionista, in modo da poter imputare oggettivamente a quest'ultimo la comunicazione e, dunque, da poter gli ascrivere una responsabilità vicaria per fatto dell'ausiliario¹⁷⁰.

Il Giurì di autodisciplina ha ritenuto sufficiente, per ritenere sussistente la propria competenza, che la pubblicità sia stata commissionata a società notoriamente associate al sistema autodisciplinare o comunque diffusa attraverso un *medium* aderente, fatta salva la presenza di una clausola contrattuale di esclusione della competenza¹⁷¹. La tendenza a estendere l'applicabilità delle regole dello IAP trova conferma anche nell'interpretazione propria del Giurì secondo cui la clausola di accettazione costituisce una clausola d'uso che integra automaticamente, ai sensi degli artt. 1340 e 1374 c.c., ogni contratto di pubblicità tra l'inserzionista aderente e soggetti non vincolati. Tra l'altro, l'adesione al sistema autodisciplinare è stata spesso oggetto di presunzione in base ai comportamenti delle parti che facciano intendere un'implicita accettazione del giudizio del Giurì, o anche semplicemente dalle prassi notorie degli inserzionisti desunte dalle clausole generali ordinariamente applicate¹⁷².

¹⁶⁹ Non mancano casi in cui il Giurì si è dichiarato impossibilitato a intervenire perché nessuna delle parti era aderente al sistema autodisciplinare (Giurì n. 32/2003). Non mancano neppure i casi, ben più gravi, di imprese aderenti al sistema, ma che ritirano la propria adesione per non sottostare a decisioni del Giurì, o addirittura che non si presentano al procedimento. Per approfondimenti, vedi A. ZANACCHI, *op. cit.*, p. 221.

¹⁷⁰ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso*, cit., p. 250.

¹⁷¹ Giurì n. 84/2018, n. 52/2014, n. 26/2011.

¹⁷² Vedi Giurì n. 3/2019, n. 22/2016 e n. 50/88.

Rispettate le condizioni anzidette, si considera legittimato passivo chiunque abbia partecipato alla creazione e alla diffusione della pubblicità. La dimostrazione di tale circostanza spetta a colui che ha avviato il procedimento disciplinare¹⁷³.

Nonostante l'ampia adesione al sistema dell'IAP da parte delle associazioni degli operatori del settore pubblicitario e dei mezzi di comunicazione nazionali¹⁷⁴, deve comunque rilevarsi come l'assenza di strumenti di applicazione coattiva della decisione autodisciplinare, in uno con la mancanza di un suo carattere vincolante per le autorità giudicanti ordinarie, rappresentano un grave *vulnus* per l'effettività del sistema di tutela in esame. Inoltre, la portata sanzionatoria dei provvedimenti è evidentemente svuotata dall'impossibilità, per il Giurì, di emettere condanne al risarcimento dei danni o sanzioni pecuniarie.

Tra l'altro, pur prevedendosi una procedura snella, lo stesso Giurì ha ammesso che possa avvenire non solo che vengano diffusi messaggi pubblicitari ingannevoli, ma anche che la loro ulteriore diffusione non venga (tempestivamente) fatta cessare¹⁷⁵, evidenziando l'opportunità di un intervento preventivo dei mezzi di comunicazione¹⁷⁶.

7.5.1. La procedura dinnanzi al Giurì di autodisciplina

Il procedimento dinnanzi al Giurì si caratterizza per l'assenza di particolari formalità ed è regolato, nella sua struttura ordinaria, da tre sole disposizioni¹⁷⁷. L'avvio della procedura avviene con il deposito di

¹⁷³ Giurì n. 85/2010.

¹⁷⁴ È però capitato, seppur sporadicamente, che i mezzi di comunicazione aderenti all'autodisciplina abbiano omesso di inserire nei contratti di pubblicità l'obbligo della sua accettazione da parte degli inserzionisti, consentendo in tal modo di sfuggire all'applicazione del codice. Tale circostanza è stata definita dal Giurì un comportamento grave (Giurì n. 133/2002).

¹⁷⁵ Così Giurì n. 176/2002.

¹⁷⁶ Giurì n. 49/82.

¹⁷⁷ Per gli aspetti non direttamente regolati dal codice, il Giurì ha sempre fatto riferimento al codice di procedura civile, applicabile in funzione integrativa (Giurì n. 57/93 e n. 103/91). Un esempio è dato dall'applicazione del principio del *petitum*, per cui la materia del contendere sarebbe limitata alle contestazioni degli atti introduttivi, fatta salva la facoltà prevista dall'art. 37, co. 7, lett. c), del codice.

un'istanza in forma libera, indicante la condotta contestata, i motivi della contestazione e i documenti a sostegno della richiesta (art. 36 cod. aut.)¹⁷⁸. Non è necessario che la parte indichi le norme violate, essendo la qualifica della fattispecie un compito spettante al Giurì¹⁷⁹.

Legittimato ad agire è «chiunque ritenga di subire pregiudizio da attività di comunicazione commerciale contrarie al codice di autodisciplina» (art. 36 cod. aut.), consumatore o professionista che sia. Occorre anche un interesse ad agire attuale e concreto¹⁸⁰, il quale può sussistere anche nei confronti di una campagna pubblicitaria ormai conclusa¹⁸¹, conservando il sindacato una qualche utilità *pro futuro*, quale disincentivo alla reiterazione¹⁸².

Legittimato ad agire dinnanzi al Giurì è anche il Comitato di controllo, in via autonoma o su segnalazione dei consumatori, nei casi di pubblicità che ledano interessi consumeristici o quelli generali del settore della comunicazione commerciale, rispetto ai quali dunque si pone quale organo garante¹⁸³.

Il presidente del Giurì nomina fra i membri del collegio un relatore e, qualora risulti necessario in ragione della complessità del caso, un consulente tecnico *ex art. 32-bis* esperto nella materia del contendere. Il presidente dispone dunque la comunicazione degli atti al convenuto, assegnando un termine non inferiore agli otto e non superiore ai dodici giorni liberi lavorativi per il deposito delle deduzioni e di eventuali documenti, e convoca le parti «entro il termine più breve possibile per la discussione orale» (art. 37).

Come suggerito dal contenuto della disposizione, il procedimento autodisciplinare si caratterizza per una certa celerità, essendo l'IAP ben consapevole delle brevi tempistiche delle campagne pubblicitarie. A conferma di ciò, l'art. 37 prosegue stabilendo che ove la comunicazione

¹⁷⁸ In linea con l'assenza di formalità procedurali, nel caso in cui la parte istante si faccia rappresentare da un avvocato non è necessario depositare il relativo mandato (Giurì n. 26/83).

¹⁷⁹ Giurì n. 33/84.

¹⁸⁰ Giurì n. 32/2013.

¹⁸¹ Giurì n. 14/2019 e n. 120/2003.

¹⁸² Giurì n. 306/2001 e n. 3/2001.

¹⁸³ V. GUGGINO, M. DAVÒ, S. PASTORELLO, *op. cit.*, p. 73.

oggetto dell'istanza consista in una comparazione diretta, oppure riguardi un'offerta promozionale di durata pari o inferiore a trenta giorni, su richiesta dell'istante il termine assegnato alla parte resistente per il deposito di deduzioni e documenti è di otto giorni liberi lavorativi e l'udienza di discussione avanti il Giurì ha luogo, salvo casi eccezionali, non oltre i dieci giorni liberi lavorativi dalla presentazione dell'istanza.

La parte resistente può presentare domande riconvenzionali che, se connesse all'istanza principale per oggetto o titolo, vengono trattate in un'unica udienza; viceversa, sono considerate una nuova istanza, con conseguente applicazione della procedura appena vista¹⁸⁴.

L'udienza prevede una discussione orale a cui partecipano, oltre alle parti ed eventualmente i loro difensori e consulenti, un rappresentante del Comitato di controllo che manifesta la propria posizione, e, se del caso, il consulente tecnico nominato dal presidente. Al termine del dibattimento, rinviabile solo per casi eccezionali o su accordo delle parti, il Giurì: qualora ritenga la pratica sufficientemente istruita, emette la propria decisione; ove ritenga necessario acquisire ulteriori elementi di prova rimette gli atti al relatore, il quale provvede al più presto e senza formalità alla assunzione degli atti istruttori ritenuti necessari, esauriti i quali restituisce gli atti al Giurì per la prosecuzione del procedimento; nel caso in cui durante quest'ultimo siano emersi elementi tali da fare ritenere esistenti violazioni non previste nell'istanza in esame, le accerta, le contesta e le dichiara d'ufficio, salva la necessità di disporre la relativa istruttoria (art. 37, ult. co.). In quest'ultimo caso, il Giurì concede, su richiesta delle parti, eventuali termini a difesa.

Dopo aver deciso il caso in camera di consiglio¹⁸⁵, il presidente del Giurì comunica il dispositivo alle parti, disponendo la cessazione della pubblicità ritenuta non conforme al codice e fornendo, ove opportuno, precisazioni sugli elementi riprovati (art. 38). Per quanto riguarda il grado di accertamento della veridicità del messaggio pubblicitario – il cui onere della prova spetta, come visto sopra, al soggetto passivo della

¹⁸⁴ Cfr. Giurì n. 1/2019, n. 24/2017, n. 29/2016 e n. 38/2011.

¹⁸⁵ Alla camera di consiglio può, ove il Giurì lo ritenga opportuno, partecipare il consulente tecnico, ma senza diritto di voto.

procedura ex art. 32¹⁸⁶ – è stato evidenziato che la estrema concentrazione temporale della procedura confligge con l'esigenza, maggiore nei casi tecnicamente più complessi, di valutare adeguatamente la natura scorretta delle informazioni pubblicitarie¹⁸⁷.

Lo stesso Giurì ha ritenuto di non doversi spingere fino a valutare la correttezza delle conclusioni di eventuali studi tecnici o scientifici nel caso in cui i risultati appaiano contraddittori e sia necessario un accertamento approfondito¹⁸⁸. Evidente appare il rischio di pervenire a un sindacato presuntivo dell'ingannevolezza del messaggio, anche se, come visto nel corso della trattazione, le pronunce del Giurì sono tendenzialmente caratterizzate da un'articolazione strutturale tutt'altro che semplicistica.

Nel più breve termine la pronuncia è depositata presso la segreteria che ne trasmette copia alle parti e agli enti interessati. La motivazione viene ordinariamente depositata dopo la decisione, ma quest'ultima ha effetto dalla sua emissione.

Il provvedimento deve essere eseguito entro massimo cinque giorni lavorativi dalla lettura del dispositivo nel caso di pubblicità radio-televisiva e per le affissioni¹⁸⁹, salvo che il Giurì ritenga necessari tempi più ampi a causa di particolari esigenze tecniche¹⁹⁰. Le parti devono comunicare alla segreteria dell'IAP, entro il giorno lavorativo successivo alla pronuncia, di essersi già attivate per sospendere il messaggio entro i termini assegnati.

Tale inibitoria risulta efficace rispetto ai tempi della pubblicità, potendo intervenire mentre la campagna è ancora in corso. Accanto all'or-

¹⁸⁶ L'inversione nell'ambito autodisciplinare dell'onere della prova sull'autore della pubblicità è stata giustificata – vista l'adesione sostanzialmente negoziale al sistema dell'IAP – sulla base del principio civilistico per cui grava sul soggetto contestato dimostrare il proprio adempimento e al principio processualistico della vicinanza della prova, per cui chi è più vicino al *thema probandum* è tenuto a dimostrare la verità dei fatti (Giurì n. 43/2014 e n. 88/2011).

¹⁸⁷ G. DE CRISTOFARO, *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso*, cit., p. 257.

¹⁸⁸ Giurì n. 65/2015.

¹⁸⁹ Nel caso della stampa periodica l'ordine di cessazione va eseguito entro i tempi tecnicamente indispensabili.

¹⁹⁰ Quando si tratta di pubblicità sulle confezioni dei prodotti il termine è prolungato a 120 giorni.

dine di cessazione, pubblicato sul sito Internet dell'IAP, il Giurì può disporre la pubblicazione della decisione per estratto, anche in forma non anonima, nei modi e sugli organi di stampa ritenuti opportuni, a cura dell'Istituto e a spese della parte soccombente in via immediata (art. 40)¹⁹¹. A quest'ultima deve riconoscersi portata sanzionatoria, giustificandosi nei casi più gravi per la natura della condotta (diffusività, numero di messaggi, eventuale reiterazione, elemento soggettivo)¹⁹², delle disposizioni violate¹⁹³, dei danni arrecati¹⁹⁴, o per la particolare esigenza di informare la collettività¹⁹⁵.

Come nel procedimento amministrativo e giurisdizionale, la pubblicità dei provvedimenti possiede una funzione dissuasiva¹⁹⁶. Vi è da dire, tuttavia, che l'impatto mediatico risulta grandemente limitato dal fatto che, da un lato i mezzi di comunicazione di massa si mostrano restii alla pubblicazione di notizie negative sulle imprese per paura di ritorsioni economiche, dall'altro il "consumatore medio" non sembra interessarsi molto all'informazione contenuta nel sito dell'IAP.

Come previsto dall'art. 41, le decisioni, inappellabili, vincolano anche i mezzi di comunicazione aderenti al codice, ancorché non siano parti del procedimento. Dalla natura definitiva della pronuncia deriva per le parti la rinuncia a sue revisioni, fatto salvo il caso di eventi sopravvenuti, non precedentemente valutati, o di contestazioni di soggetti estranei al procedimento concluso¹⁹⁷.

Qualora il destinatario passivo della decisione non vi si attenga nei tempi previsti, il Giurì o il suo presidente reiterano l'ordine di cessazio-

¹⁹¹ Qualora la parte soccombente sia inadempiente, la parte vittoriosa, su richiesta dello IAP, sosterrà le spese con diritto di rivalsa.

¹⁹² Giurì n. 69/2016, n. 77/2008, n. 92/2005.

¹⁹³ Giurì n. 72-73/2017.

¹⁹⁴ Giurì n. 117/2003.

¹⁹⁵ È stata respinta, per mancanza di gravità dell'illecito, la richiesta di pubblicazione in un caso di pubblicità denigratoria di un concorrente che ha immediatamente reagito diffondendo un annuncio con termini analoghi e contrari a quello offensivo (Giurì n. 31/78).

¹⁹⁶ Le parti nei cui confronti la decisione è stata pronunciata devono astenersi da ogni utilizzo della stessa per fini commerciali (art. 40 cod. aut.).

¹⁹⁷ Così Giurì n. 18/2007. Si è ammessa, tuttavia, la contestazione di vizi procedurali o errori materiali (Giurì n. 339-351/97 e n. 181/91).

ne della condotta interessata e dispongono che si dia notizia al pubblico dell'inottemperanza, per estratto, con i nomi delle parti, nei modi e sugli organi di stampa ritenuti opportuni (art. 42). Chiunque vi abbia interesse può presentare istanza per l'accertamento dell'inottemperanza, la quale sussiste anche ove sia diffuso un nuovo *claim* che corrisponda sostanzialmente o funzionalmente a quello stigmatizzato¹⁹⁸. Si aprirà un nuovo giudizio, in cui il Giurì si limita ad accertare e inibire il comportamento scorretto del professionista, senza tuttavia rivalutare il contenuto del precedente provvedimento¹⁹⁹.

Ove l'inottemperanza non sia manifesta, il soggetto passivo può opporsi entro cinque giorni; nel caso in cui non lo faccia, o l'opposizione sia manifestamente infondata, la decisione di inottemperanza diventa definitiva e viene emesso un nuovo ordine di cessazione, del quale potrà essere disposta o meno la pubblicazione.

7.5.2. I poteri del Comitato di controllo e l'ingiunzione di desistenza

Una procedura può essere attivata anche dinnanzi al Comitato di controllo. In quanto organo garante degli interessi collettivi dei consumatori e della correttezza pubblicitaria, chiunque può sollecitarne l'attenzione contro una comunicazione commerciale scorretta.

Se il Comitato ritiene che la segnalazione di un messaggio pubblicitario sia meritevole di essere approfondita, può chiedere all'inserzionista la dimostrazione della correttezza del suo contenuto, secondo il principio previsto dall'art. 6 del codice.

Ai sensi dell'art. 39, nel caso in cui la comunicazione commerciale presa in esame appare manifestamente contraria a una o più norme del codice, il presidente del Comitato di controllo può ingiungere alle parti di desistervi. Entro sette giorni dall'ingiunzione di desistenza, ciascuna

¹⁹⁸ Tra i casi di inottemperanza per reiterazione di messaggi sostanzialmente analoghi a quelli vietati, cfr. Giurì n. 82/2018, n. 60/2017, n. 81/2014, n. 68/2014 e n. 176/2005. In tali ipotesi, il Giurì valuterà la corrispondenza semantica e simbolica dei messaggi, in modo da verificare se, dietro un'apparente divergenza contenutistica e di forma, si celi una sostanziale equivalenza nel senso della comunicazione e nell'idea veicolata (Giurì n. 39/2015, n. 83/2008 e n. 213/2004).

¹⁹⁹ Giurì n. 12/2017.

delle parti può presentare opposizione motivata, in assenza della quale la decisione diventa definitiva e viene pubblicata sul sito. Nel caso in cui sia presentata opposizione, l'efficacia della decisione è sospesa fino a quando il presidente, sentito il Comitato: non decida di archiviare il caso, ritenendo l'opposizione fondata; non trasmetta gli atti al presidente del Giurì, ove il Comitato la consideri non convincente.

Se anche il presidente del Giurì ritiene non convincenti le ragioni dell'opposizione, può restituire gli atti al presidente del Comitato, rendendo definitiva l'ingiunzione; se, invece, il presidente ritenga opportuna una decisione del collegio giudicante, convoca le parti per la discussione della vertenza entro il termine più breve possibile e comunque non oltre i termini previsti per la procedura ordinaria; con ciò l'ingiunzione si considera revocata.

In alternativa all'ingiunzione di desistenza, il Comitato può invitare l'inserzionista a modificare il messaggio per eliminare il profilo di scorrettezza, o presentare l'istanza al Giurì introducendo il relativo procedimento. Ove il Comitato non individui violazioni delle regole autodisciplinari, può archiviare il caso per "non contrasto"; dispone, invece, il "non luogo a procedere" nell'ipotesi di incompetenza.

Le decisioni del Comitato divenute definitive determinano sul destinatario l'obbligo di uniformarsi (art. 41) entro termini analoghi a quelli previsti per la procedura dinnanzi al Giurì, decorrenti però dalla scadenza del termine per l'opposizione.

Il Comitato di controllo svolge anche un'attività consultiva, consistente nel rilascio di pareri su pubblicità non ancora diffuse, dando la possibilità alle imprese di intervenire a correzione dei messaggi, evitando costi inutili e possibili contenziosi²⁰⁰. Il parere non rimane privo di conseguenze: fatta salva la verifica della validità e completezza dei dati forniti dall'impresa, il Comitato non potrà agire contro la comunicazione commerciale su cui ha espresso un parere favorevole, anche ove segnalata dal pubblico²⁰¹.

²⁰⁰ V. GUGGINO, M. DAVÒ, S. PASTORELLO, *op. cit.*, p. 71.

²⁰¹ Si rinvia al regolamento per i pareri preventivi del Comitato di controllo, al link <https://www.iap.it/codice-e-altre-fonti/regolamenti-autodisciplinari/pareri-preventivi/>.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAMONTE G.B., *The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition*, in S. WEATHERILL, U. BERNITZ (a cura di), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, Oregon, 2007, p. 24 ss.
- ABRIANI N., *La tutela del marchio e il giudizio di contraffazione*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale - vol. II: Il Diritto industriale*, Padova, 2001, p. 90
- ABRIANI N., COTTINO G., *La concorrenza sleale*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale - vol. II: Il Diritto industriale*, Padova, 2001, p. 271 ss.
- ABRUZZESE A., COLOMBO F. (a cura di), *Dizionario della pubblicità. Storie. Tecniche. Personaggi*, Bologna, 1994
- AL MUREDEN E., DE PAMPHILIS M., *La class action negli Stati Uniti*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Class action e azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Milano, 2021
- ALBANESE A., *Immagine: lesione del diritto e consenso tacito allo sfruttamento commerciale*, in *Resp. civ.*, 2004, p. 112
- ALBERONI F., *L'élite senza potere*, Milano, 1963
- ALPA G., *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2010, p. 379 ss.
- ALPA G., *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, II, 6, 2009, p. 241 ss.
- ALPA G., CATRICALÀ A. (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016
- ALPA G., CONTE G. (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, Milano, 2015
- ALPA G., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005
- ALVISI C., *Il diritto privato del turismo nell'ordine giuridico del mercato*, Torino, 2007
- ALVISI C., BOLDRIN F., *La tutela del cittadino*, in C. ALVISI, V. GUGGINO (a cura di), *Autodisciplina pubblicitaria. La soft law della pubblicità italiana*, Torino, 2020, p. 91 ss.
- ALVISI C., COSTA F., REALE M.C., *La tutela del consumatore*, in C. ALVISI, V. GUGGINO (a cura di), *Autodisciplina pubblicitaria. La soft law della pubblicità italiana*, Torino, 2020, p. 137 ss.

- ALVISI C., GUGGINO V. (a cura di), *Autodisciplina pubblicitaria. La soft law della pubblicità italiana*, Torino, 2020
- AMADEI D., *L'azione collettiva inibitoria. Sistema, tutele e attuazione*, Torino, 2018
- AMATO V., *Osservazioni in tema di divieto di propaganda pubblicitaria dei prodotti da fumo*, in *Giur. it.*, 1989, p. 366
- AMMENDOLA M., *Product placement e direttiva sull'esercizio delle attività televisive*, in *AIDA - Annuali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2008, p. 233 ss.
- ANDRINI M.C., *Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 156 ss.
- ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2008
- ANNUNZIATA F., *Regole di comportamento degli intermediari e riforme dei mercati mobiliari*, Milano, 1993
- ANTONUCCI A., *Commento all'art. 182*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Il codice delle assicurazioni private*, II, 2, Padova, 2007, p. 189 ss.
- APA E., *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Napoli, 2011
- ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Bari, ed. 2005
- ASCARELLI T., *Ordinamento giuridico e processo economico (trad. del discorso pronunciato a Bruxelles il 14 giugno 1958 a chiusura del secondo Congresso internazionale di diritto sociale)*, in *Riv. dir. lav.*, I, 1958, p. 275 ss.
- ASCARELLI T., *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 53, 1952, p. 47 ss.
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore (prolusione al corso di Diritto industriale nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma del 27 novembre 1953)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 873 ss.
- AULETTA G.G., *Della concorrenza sleale*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Libro V, articoli 2555-2642, Bologna, 1956, p. 355 ss.
- AUTERI P., *La pubblicità comparativa secondo la direttiva n. 97/55/CE*, in *Contr. impr./Eur.*, 1998, p. 601 ss.
- AUTERI P., FLORIDIA G., MANGINI V.M., OLIVIERI G., RICOLFI M., ROMANO R., SPADA P., *Diritto Industriale. Proprietà Intellettuale e concorrenza*, Torino, 2016
- BALLIO L., ZANACCHI A., *Carosello story. La via italiana alla pubblicità televisiva*, Roma, 2009

- BARELA M., *La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)*, in *Riv. dir. ind.*, 3, 2019, p. 171 ss.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984
- BASSAN F., *Il Product Placement negli ordinamenti dell'Unione europea e italiano*, in F. BASSAN, E. TOSI (a cura di), *Diritto degli audiovisivi. Commento al nuovo Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici come modificato dal d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44*, Milano, 2012, pp. 253 ss.
- BASSAN F., TOSI E. (a cura di), *Diritto degli audiovisivi. Commento al nuovo Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici come modificato dal d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44*, Milano, 2012
- BATTELLI E., *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2016, p. 425 ss.
- BATTELLI E., *L'intervento dell'Autorità antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2014, p. 207 ss.
- BAUDRILLARD J., *L'échange symbolique et la mort*, Parigi, 1976, ed. italiana *Lo scambio simbolico e la morte*, Milano, 2015
- BAUDRILLARD J., *La société de la consommation*, Paris, 1970, ed. italiana *La società dei consumi*, Bologna, 2010
- BAUMAN Z., *Consuming Life*, Cambridge, 2007, ed. italiana *Homo consumens*, Trento, 2016
- BAUMAN Z., *Does ethics have a chance in a world of consumers?*, Cambridge, 2008, ed. italiana *L'etica in un mondo di consumatori*, Bari, 2011
- BEDESCHI V., "Creativi" e tutela di opere dell'ingegno. *Natura ed effetti del contratto con i pubblicitari*, nota a Cass., 11 novembre 2003, n. 16919, in *Dir. e giust.*, 45, 2003, p. 42
- BELLELLI A. (a cura di), *Azione inibitoria e interessi tutelati. Convegno di studio Perugia, 14-15 aprile 2005*, Napoli, 2007
- BELLETTATO S., *Obblighi informativi del finanziatore e misure di tutela del consumatore: la disciplina attuativa della direttiva n. 2014/17/UE*, in *Studium iuris*, 3, 2017, p. 292 ss.
- BELLI C. (a cura di), *Le azioni collettive in Italia. Profili teorici e aspetti applicativi*, Milano, 2007
- BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963
- BERGER J., *Influenza invisibile*, Milano, 2016
- BERTANI M., *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2016
- BERTI ARNOLDI E., *Product placement*, in *Riv. dir. ind.*, 1994, p. 62 ss.

BIBLIOGRAFIA

- BIANCA C.M., *Diritto Civile. Il contratto*, 3, Milano, 2000
- BINA M., *Profili processuali del nuovo statuto della pubblicità*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1383 ss.
- BOCCHINI R., *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione dei contenuti illeciti*, in *Giur. it.*, 3, 2017, p. 632 ss.
- BOGART L., *Strategia in pubblicità*, Milano, 1990, p. 9
- BOITI C., *Trasparenza e contratti del turismo organizzato. Quaderni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2019
- BOLOGNINI S., *La disciplina della comunicazione business to consumer nel mercato agro-alimentare europeo*, Torino, 2012
- BOMBI M., *Impianti pubblicitari e norme edilizie*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2017, n. 244, in *Dir. e giust.*, 17, 2017, p. 16 ss.
- BOMBI M., *Pubblicità dei farmaci, autorizzazione ministeriale e diritto comunitario*, nota a Cons. Stato, sez. III, 12 maggio 2017, n. 2217, in *Dir. e giust.*, 85, 2017, p. 1 ss.
- BONFATTI S., *Commentario al Testo Unico Bancario*, Pisa, 2021
- BONINI N., HADJICHRISTIDIS C., *Il sesto senso. Emozione e ragione nella decisione*, Milano, 2009
- BONOMO G., *La sponsorizzazione e le televendite*, in A. FRIGNANI, E. PODDIGHE, V. ZENO-ZENCOVICH, *La televisione digitale: temi e problemi. Commento al d.lgs. 177/05 T.U. della radiotelevisione*, Milano, 2006, p. 434 ss.
- BONOMO G., *Le televendite*, in F. BASSAN, E. TOSI (a cura di), *Diritto degli audiovisivi. Commento al nuovo Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici come modificato dal d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44*, Milano, 2012, p. 250 ss.
- VAN BOOM W.H., *Price Intransparency, Consumer Decision Making and European Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 34-3, 2011, p. 359 ss.
- BORGHİ P., CANFORA I., DI LAURO A., RUSSO L. (a cura di), *Trattato di diritto agroalimentare italiano e dell'Unione europea*, Milano, 2021
- BOVE A., *Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*, in F. FIORUCCI (a cura di), *La disciplina dei rapporti bancari. Normativa, giurisprudenza e prassi*, Padova, 2012, p. 382
- BRAVO F., *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*, Milano, 2013
- CALVO R., *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contr. impr./Eur.*, 2007, p. 63 ss.

- CALVO R., *Le pratiche commerciali "sleali"*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Torino, 2007, p. 147 ss.
- CAMARDI C., *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in *Jus civile*, 5, 2013, p. 305 ss.
- CAMARDI C., *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. e contr.*, 6, 2010, p. 408 ss.
- CANDIDO A., *La nudge regulation. Interpretazioni dottrinali e prime applicazioni pratiche*, in *Amministrazione in cammino*, 7, 2012, p. 1 ss.
- CANFORA I., *Informazioni a tutela della salute e conformazione del contenuto negoziale tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Riv. dir. agrario*, 2014, p. 125 ss.
- CANTARELLI F., *Comunicazione e mercato alimentare*, in E. ROOK BASILE, A. GERMANÒ (a cura di), *Agricoltura e alimentazione tra diritto, comunicazione e mercato. Verso un diritto agrario e agro-alimentare della produzione e del consumo*, Atti del Convegno Gian Gastone Bolla, Firenze, 9-10 novembre 2001, Milano, 2003, p. 128 ss.
- CANTRIL H., ALLPORT G.W., *The psychology of radio*, New York-London, 1935
- CAPOBIANCO E. (a cura di), *Contratti bancari*, Milano, 2021
- CAPONI R., *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, V, 2008, p. 1205 ss.
- CAPORUSSO S., *L'azione di classe nel diritto vivente: un laboratorio in itinere*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2014, p. 1199 ss.
- CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001
- CAPUTI L., *Inadempimento dell'organizzatore di viaggi, attuazione della finalità turistica e tutela del consumatore*, nota a Cass. civ., 20 marzo 2012, n. 4372, in *Danno e resp.*, 2012, p. 845 ss.
- CARBALLO-CALERO FERNANDEZ P., *Pubblicità occulta e product placement*, Padova, 2004
- CARETTI P., *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza: stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, internet, teatro e cinema*, Bologna, 2019
- CARONNA F., *Tackling aggressive commercial practices: Court of Justice case law on the UCPD ten years on*, in *European Law Review*, 43 (6), 2018, p. 880 ss.

- CARRATTA A., *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, in *Giur. it.*, 10, 2019, p. 2297 ss.
- CARRATTA A., *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 723 ss.
- CARRERA L., *La tutela del minore nelle comunicazioni televisive e nell'informazione*, in *Dir. famiglia*, 2, 2001, p. 503 ss.
- CARRIERO G., *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in *Riv. dir. civ.*, 5, II, 2009, p. 509 ss.
- CARUSO M.A., *Il telemarketing come pratica aggressiva e come atto di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 4-5, 2010, p. 365 ss.
- CASABURI G., *La tutela civilistica del consumatore avverso la pubblicità ingannevole dal d.lgs. n. 74 del 1992 al codice del consumo*, in *Giur. merito*, 2006, p. 3 ss.
- CASSANO G. (a cura di), *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, Milano, 2003
- CASTELLI L., *Patto di non concorrenza e livelli diversi di mercato*, in *I Contratti*, 7, 2004, p. 707 ss.
- CATERINA R. (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto*, Milano, 2008
- CATERINA R., *Pratiche commerciali scorrette e psicologia della decisione*, in *Studi in onore di Aldo Frignani - Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011
- CATERINA R., *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2012, p. 67 ss.
- CATERINA R., *Psicologia della decisione e tutela del consumatore: il problema delle «pratiche ingannevoli»*, in *Sistemi Intelligenti*, XXII, 2010, p. 221 ss.
- CESERANI G.P., *Storia della pubblicità in Italia*, Roma-Bari, 1988
- CHIARLONI S., FIORIO P.M. (a cura di), *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, Torino, 2005
- CHIOLA C., voce *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Enc. giur. Trecani*, Roma, 1990, p. 1 ss.
- CIANCI G., *Comunicazione pubblicitaria e contratti del consumatore. Dal motivo allo status relazionale*, Milano, 2013
- CODELUPPI V., *Il potere della marca*, Torino, 2012
- CODELUPPI V., *Storia della pubblicità italiana*, Roma, 2013
- CONSOLO C., *Artt. 840-bis - 840-sexiesdecies. La nuova azione di classe e la nuova inibitoria*, in ID. (a cura di), *Codice di procedura civile. Commentario*, Milano, 2019

- CONTARTESE M., *Evoluzione della disciplina in materia di pubblicità ingannevole*, in *Dir. merc. tecn.*, 2012
- CONTE G. (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Bari, 2008
- CONTE G., *I diritti individuali omogenei nella disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2011, p. 609 ss.
- CONTESSA C., DEL VECCHIO P., *Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici*, Milano, 2021
- CONTI G., *Lineamenti di diritto delle piattaforme digitali - Volume I. Le tutele del consumatore e dell'utente commerciale nei confronti dei cybermediary*, Santarcangelo di Romagna, 2020
- CONTI R., *La nozione di consumatore nella convenzione di Bruxelles I. Un nuovo intervento della Corte di giustizia*, nota a CGUE, 20 gennaio 2015, C-464/01, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1381
- CORRIAS P., *Informativa contrattuale e trasparenza nei contratti assicurativi tra Testo Unico Finanziario e codice delle Assicurazioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2017, p. 265B
- CORVESE C.G., *La pubblicità dei prodotti assicurativi: un tentativo di ricostruzione della disciplina*, in *Resp. civ. e prev.*, 10, 2010, p. 2130B
- COSTATO L., *Sicurezza alimentare, etichettatura e informazione. Una ricognizione sui principi fondanti del diritto alimentare*, in *Econ. e dir. agroalimentare*, 2, 2005, p. 17 ss.
- COSTATO L., BORGHI P., RIZZIOLI S., PAGANIZZA V., SALVI L., *Compendio di diritto alimentare*, Padova, 2019
- CRICENTI G., GRECO F. (a cura di), *Il nuovo diritto bancario. Contratti, responsabilità e composizione dei conflitti*, Milano, 2020
- CRISCUOLO F., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato del diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2008
- CRUGNOLA P., *Pubblicità delle bevande alcoliche*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, p. 73 ss.
- CUFFARO V., voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1963
- CUFFARO V., RICCIUTO V., ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1999
- CUFFARO V., RICCIUTO V., D'ORAZIO R. (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019
- D'ARRIGO R., *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Service Providers*, Milano, 2012, p. 78 ss.

BIBLIOGRAFIA

- D'ORTA C., FIORENTINO F., *Riflessioni civilistiche sul contratto di sponsorizzazione sportiva*, in *Comparazione e diritto civile*, 2014
- DAMASIO A., *L'errore di Cartesio*, Milano, 1995
- DARDANO V., *Il TAR riduce la sanzione comminata dall'Agcm a Ryanair in relazione alla pratica commerciale scorretta consistente nel richiedere, senza pubblicizzarlo, un supplemento per il pagamento con carta di credito al termine del processo di prenotazione*, in *Il nuovo dir. amm.*, 2014
- DASSI A., *La natura atipica del contratto di sponsorizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 4-5, 1998, p. 1067 ss.
- DE CATA M., *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Milano, 2010
- DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Torino, 2007
- DE CRISTOFARO G., *Diritto della Pubblicità. Tutele e contenzioso*, Milano, 2020
- DE CRISTOFARO G., *Interruzioni pubblicitarie e limiti di affollamento nella direttiva 2010/13/UE e nel t.u. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, in *AIDA*, 2010, p. 88 ss.
- DE CRISTOFARO G., *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali*, in ID. (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008, p. 91 ss.
- DE CRISTOFARO G., *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 5, 2014, p. 917 ss.
- DE CRISTOFARO G., *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in ID. (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008, p. 143 ss.
- DE CRISTOFARO G., *Le nozioni di pratica commerciale e di pubblicità e il rapporto fra gli artt. 18 ss. cod. cons. e il d. legisl. 2 agosto 2007, n. 145*, in *AIDA*, 2009, p. 195 ss.
- DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il d.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007*, in *Studium iuris*, 2007, p. 1181 ss.
- DE POLI M., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002
- DE PRÀ A., *Associazioni professionali e concorrenza sleale per pubblicità ingannevole*, in *Dir. ind.*, 2000, p. 141
- DE SANCTIS V., *Le sponsorizzazioni. Analisi di un fenomeno*, Napoli, 2006
- DE SANTIS A.D., *L'azione di classe a dieci anni dalla sua entrata in vigore*, in *Foro it.*, I, 2019, p. 2180 ss.

BIBLIOGRAFIA

- DE SANTIS A.D., *L'azione inibitoria collettiva*, in *Foro it.*, V, 2019, p. 387 ss.
- DE SANTIS A.D., *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli, 2013
- DEBORD G., *La Société du spectacle*, Parigi, 1971, ed. italiana *La società dello spettacolo*, Milano, 2013
- DELFINI F., *Il Commercio Elettronico*, in C. VACCÀ (a cura di), *Il commercio elettronico, il documento digitale, Internet, la pubblicità on-line*, Milano, 1999, p. 29 ss.
- DELFINI F., *Il commercio elettronico*, Padova, 2004
- DEMARCHI P., AMBROSINI S. (a cura di), *I diritti dei consumatori e la nuova class action*, Bologna, 2010
- DI AMATO A., *Commento all'art. 182*, in G. VOLPE PUTZOLU (a cura di), *Commentario breve al codice delle assicurazioni*, Padova, 2010, p. 645 ss.
- DI CATALDO V., *Natura giuridica dell'autodisciplina pubblicitaria e ambito soggettivo di applicazione del codice di autodisciplina*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 111 ss.
- DOLMETTA A.A., *Trasparenza dei prodotti bancari*, Bologna, 2013
- DOMURATH I., *The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law - An Inquiry into the Paradigms of Consumer Law*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 3, 2013, p. 124 ss.
- DONA M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, Torino, 2008
- DONELAN C., *Prerequisites to a Class Action Under the New Rule 23*, in *B.C.L. Review*, 10, 1969, p. 527 ss.
- DONZELLI R., *L'azione di classe tra pronunce giurisprudenziali e recenti riforme legislative*, in *Corr. giur.*, 1, 2013, p. 110 ss.
- DORR A., *Televisione e bambini. Un mezzo speciale per un pubblico speciale*, Torino, 1990
- DUIVENVOORDE B.B., *The consumer benchmark in the Unfair Commercial Practices Directive*, Overijssel, 2014
- DUIVENVOORDE B.B., *The Protection of Vulnerable Consumers under the Unfair Commercial Practices Directive*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2, 2013, p. 69 ss.
- ECO U., *Apocalittici e integrati*, Milano, 2016
- ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958

- ESPOSITO A.S., *Trattamento dei dati personali e rischi correlati, nel prisma dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica* (II), 4, 2019, p. 1071 ss.
- FABRIS G.P., *Il comportamento del consumatore: psicologia e sociologia dei consumi*, Milano, 1972
- FABRIS G.P., *La pubblicità. Teorie e prassi*, Milano, 2002
- FABRIS G.P., *Societing: il marketing nella società postmoderna*, Milano, 2013
- FACHECHI A., *Pratiche commerciali scorrette e (apparente) "gap" normativo: il "sistema" dei rimedi negoziali*, in *Studium iuris*, 1, 2015, p. 181 ss.
- FAURE M.G., LUTH H.L., *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms*, in *Journal of Consumer Policy*, 34 (3), 2011, p. 337 ss.
- FERRANTE E., *Diritti soggettivi e processo di massa*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI, V. VARANO, *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, p. 67 ss.
- FERRANTE E., *Opt-out e incentivi oltreoceano: idee per una vera class action in Italia e in Europa*, in *Contr. impr./Eur.*, 2012, p. 487 ss.
- FERRARESI M. (a cura di), *Pubblicità: teorie e tecniche*, Roma, 2017
- FERRARI M., IZZO U., *Diritto alimentare comparato. Regole del cibo e ruolo della tecnologia*, Bologna, 2012
- FINAZZO V., *Il TAR Lazio avalla l'approccio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato rispetto alle legittime modalità di rappresentazione del prezzo di un servizio/prodotto in materia di prestazione dei servizi aerei*, nota a TAR Lazio, sez. I, 8 ottobre 2014, n. 10236, in *Il nuovo dir. amm.*, 2014
- FINOCCHI R., *Il commercio del senso: linguaggi e forme della pubblicità*, Sesto San Giovanni, 2006
- FIORIO P.M., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in <https://www.ilcaso.it/>, 172, 2009, p. 1 ss.
- FIORIO P.M., *L'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in *Giur. merito*, 5, 2009, p. 1445B
- FIORIO P.M., *Le azioni a tutela degli interessi collettivi dei consumatori di cui all'art. 140 cod. cons. (con una digressione sull'azione collettiva risarcitoria prevista all'art. 140bis)*, nota a Trib. Roma, 23 maggio 2008, in *Giur. it.*, 2008, p. 2751
- FIORUCCI F. (a cura di), *La disciplina dei rapporti bancari. Normativa, giurisprudenza e prassi*, Padova, 2012
- FLETCHER S., FUSSING P., INDRACCOLO A., *Comparisons and Conclusions: Welcome Clarification from the European Court of Justice on the Interpretation of Article 140bis*, in *Journal of Consumer Policy*, 34 (3), 2011, p. 337 ss.

- tation of the Comparative Advertising Directive, in *Eur. Intell. Prop. Rev.*, 2003, pp. 570 ss.
- FLORIDIA G., *Il divieto della pubblicità camuffata*, in *AIDA*, 1994, p. 5 ss.
- FOIS S., *Censura e pubblicità economica*, nota a Corte cost. 12 luglio 1965, n. 68, in *Giur. cost.*, 1965, p. 838 ss.
- FOIS S., *Informazione e diritti costituzionali*, in *Dir. inf.*, 2000, p. 249 ss.
- FORMICHELLI A., *Note in tema di concorrenza sleale, pubblicità ingannevole e pubblicità comparativa denigratoria*, in *Giust. civ.*, 4, 2000, p. 1189 ss.
- FRANCARIO L., *La valorizzazione del patrimonio gastronomico italiano attraverso i segni del territorio*, in M. D'ADDEZIO, A. GERMANÒ (a cura di), *La regolazione e la promozione del mercato alimentare nell'Unione europea. Esperienze giuridiche comunitarie e nazionali*, Atti del Convegno di Udine, 24-25 novembre 2006, Milano, 2007
- FRANCESCHELLI R., *Concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1956, p. 265 ss.
- FRANCESCHELLI R., *L'elemento temporale nella concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. ind.*, II, 1985, p. 3 e ss.
- FRANCESCHELLI V. (a cura di), *Commercio elettronico*, Milano, 2001
- FRANCESCHELLI V., *Fumo e uso del marchio a fini pubblicitari*, in *Riv. dir. ind.*, 1987, p. 316 ss.
- FRANCESCHELLI V., *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vividown*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 347 ss.
- FRATERNALE A., *I contratti a distanza*, Milano, 2002
- FRERICHS S., *False Promises? A Sociological Critique of the Behavioural Turn in Law and Economics*, in *Journal of Consumer Policy*, 34, 2011, p. 289 ss.
- FREUD S., *Inibizione, sintomo e angoscia*, in ID., *Introduzione al narcisismo*, Torino, 2017
- FREUD S., *Introduzione al narcisismo*, Torino, 2017
- FREUD S., *Psicologia delle masse e analisi dell'io*, Torino, 2016
- FREUD S., *Totem e tabù*, Torino, 2011
- FRIGNANI A., *Ancora sulle penalità di mora nella concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1976, p. 207 ss.
- FRIGNANI A., *L'affollamento pubblicitario*, in V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La nuova televisione europea*, Rimini, 2010, p. 73 ss.
- FRIGNANI A., PODOGHE E., ZENO-ZENCOVICH V., *La televisione digitale: temi e problemi. Commento al d.lgs. 177/05 T.U. della radiotelevisione*, Milano, 2006

BIBLIOGRAFIA

- FROMM E., *Avere o essere?*, Milano, 2001
- FROMM E., *La disobbedienza e altri saggi*, Milano, 1988
- FROMM E., *Psicanalisi della società contemporanea*, Milano, 1977
- FUSI M., *Il Product Placement fra divieto di pubblicità non trasparente e nuova disciplina del Cinesponsoring*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, p. 5 ss.
- FUSI M., *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, in *Riv. dir. ind.*, 1, 2009, p. 5 ss.
- FUSI M., *Pubblicità occulta e globalizzazione della comunicazione*, in *Studi di diritto industriale in onore di A. Vanzetti*, Milano, 2004, p. 641 ss.
- FUSI M., *Telesponsorizzazioni, telepromozioni, televendite*, in *Dir. inf.*, 1993, p. 811 ss.
- FUSI M., TESTA P., *Diritto e pubblicità*, Milano, 2006
- FUSI M., TESTA P., *L'autodisciplina pubblicitaria in Italia*, Milano, 1983
- FUSI M., TESTA P., COTTAFANI P., *Le nuove regole per la pubblicità comparativa*, Milano, 2000
- GALBRAITH J.K., *The Affluent Society*, Boston, 1958, ed. italiana *La società opulenta*, Roma-Ivrea, 2014
- GAMBINO A.M. (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Milano, 2011
- GAMBINO A.M., *I contratti di pubblicità e di sponsorizzazione*, Torino, 2012
- GAMBINO A.M., FALCE V., STAZI A., *Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (2009 e 2010)*, in *Conc. merc.*, 0, 2011, p. 449 ss.
- GARRONE P., MARIOTTI S. (a cura di), *L'economia digitale*, Bologna, 2001
- GENTILI A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 3, 2010, p. 656 ss.
- GERMANÒ A., ROOK BASILE E., RAGIONIERI M.P., *Diritto agroalimentare. Le regole del mercato degli alimenti e dell'informazione alimentare*, Torino, 2020
- GHIDINI G., *Della concorrenza sleale (artt. 2598-2601)*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 1991, p. 4 ss.
- GHIDINI G., *La concorrenza sleale: i presupposti*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, IV, Padova, 1981, p. 45 ss.
- GHIDINI G., *Concorrenza sleale*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, III, Milano, 1999, p. 378 ss.
- GIDLÖF K., WALLIN A., HOLMQVIST K., MØGELVANG-HANSEN P., *Material Distortion of Economic Behaviour and Everyday Decision Quality*, in *Journal of Consumer Policy*, 36, 2013, p. 389 ss.

- GIUSSANI A., *Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 157 ss.
- GRANELLI C., *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 779 ss.
- GRANELLI C., *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della dir. 2019/2161/UE*, in *I Contratti*, 5, 2021, p. 493 ss.
- GREENBERG J.R., MITCHELL S.A., *Le relazioni oggettuali nella teoria psicoanalitica*, Bologna, 1986
- GUÉGUEN N., *Psychologie du consommateur*, Paris, 2011, ed. italiana *Psicologia del consumatore*, Bologna, 2009
- GUÉGUEN N., LE GUELLEC H., JACOB C., *Sound level of background music and consumer behavior: an empirical evaluation*, in *Perceptual and Motor Skills*, 99, 2004, p. 34 ss.
- GUÉGUEN N., PETR C., *Odor and consumer behavior in a restaurant*, in *International Journal of Hospitality Management*, 25, 2006, p. 208 ss.
- GUGGINO V., DAVÒ M., PASTORELLO S., *La natura, l'organizzazione dello IAP e il procedimento autodisciplinare*, in C. ALVISI, V. GUGGINO (a cura di), *Autodisciplina pubblicitaria. La soft law della pubblicità italiana*, Torino, 2020
- HANSON J.D., KYSAR D.A., *Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation*, in *Harvard Law Review*, 112/7, 1999, p. 1420 ss.
- HANSON J.D., KYSAR D.A., *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*, in *New York University Law Review*, 74, 1999, p. 630 ss.
- HEINER R.A., *Imperfect Decision and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules*, in *Journal of Legal Studies*, 15, 2, 1986, p. 227 ss.
- HOFFMAN A., *The best puffery article ever*, in *Iowa Law Review*, 91, 2006, p. 1395 ss.
- IANNI V., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2015
- INCARDONA R., PONCIBÒ C., *The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution*, in *Journal of Consumer Policy*, 30, 2007, p. 21 ss.
- ITALIA V., *Considerazioni su propaganda e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, 1985, p. 353 ss.
- IULIANI A., *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2018, p. 293 ss.
- IZZO U., *«Awakening the Sleeping Dog»: The Promises and Pitfalls of Enforcing Food Information Rules via Tort Law*, in S. CARMIGNANI, N. LUCIFE-

- RO (a cura di), *Le regole del mercato agroalimentare tra sicurezza e concorrenza: diritti nazionali, regole europee e convenzioni internazionali su agricoltura, alimentazione, ambiente (atti del Convegno di Firenze del 21 e 22 novembre 2019 in onore della prof.ssa Eva Rook Basile)*, Napoli, 2020, p. 297 ss.
- JAEGER P.G., *Inibitoria, «pericolo di ripetizione», «tentativo» di concorrenza sleale*, in *Studi in onore di Domenico Pettiti*, II, Milano, 1973, p. 779 ss.
- JAEGER P.G., *La pubblicazione della sentenza come sanzione della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1973, p. 231 ss.
- JANNARELLI A., *La fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori nel nuovo reg. n. 1169/2011 tra l'onnicomprendività dell'approccio e l'articolazione delle tecniche performative*, in *Riv. dir. agr.*, I, 2012, p. 38 ss.
- JANNARELLI A., *Profili giuridici del sistema agroalimentare tra ascesa e crisi della globalizzazione*, Bari, 2011
- KAHNEMAN D., *Thinking fast and slow*, New York, 2011, ed. italiana *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2017
- KLEIN N., *No logo*, Milano, 2010
- KOTLER P., *Atmospherics as a Marketing Tool*, in *Journal of Retailing*, 49 (4), 1974, p. 48 ss.
- KRUGMAN H.E., HARTLEY E., *Passive Learning from Television*, in *Public Opinion Quarterly*, 34, 2, 1970, p. 184 ss.
- KRUGMAN H.E., *Memory without Recall, Exposure without Perception*, in *Journal of Advertising Research*, 17, 4, 1970, p. 7 ss.
- LABELLA E., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. impr.*, 3, 2013, p. 688 ss.
- LAMANNA DI SALVO D., *La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici*, in *Giur. merito*, 12, 2013, p. 2658B ss.
- LATTANZI P., *Tutela del consumatore e informazione «rafforzata» a proposito di prodotti alimentari scaduti*, nota a Corte giust. UE, 13 marzo 2003, C-229/2001, *Unabhängiger Verwaltungssenat im Land Niederösterreich c. Müller*, in *Dir. giur. agr. e amb.*, II, 2003, p. 615 ss.
- LATTANZI P., *La futura disciplina delle informazioni alimentari (Prima parte)*, in *Agr. ist. merc.*, 3, 2008, p. 50 ss.
- LAZZARO G., *La libertà di stampa in Italia: dall'Editto albertino alle norme vigenti*, Milano, 1969
- LE DOUX J., *The Emotional Brain: The Mysterious Underpinnings of Emotional Life*, New York, 1996, ed. italiana *Il cervello emotivo. Alle origini delle emozioni*, Milano, 2014

- LEMA DEVESA C., *La pubblicità comparativa nell'Unione europea*, in *Riv. dir. ind.*, 1, 2014, p. 5 ss.
- LEONARDI F., *Claims nutrizionali: profili di azione e omissione ingannevoli e buona fede del comportamento imprenditoriale*, in *Dir. giur. agr.*, 2013
- LESSIG L., *Code. Version 2.0*, New York, 2006
- LIBERTINI M., *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, IV, Padova, 1981, p. 251 ss.
- LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 54 ss.
- LIBERTINI M., *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.*, 4-5, 2011, p. 147 ss.
- LIBERTINI M., *La regolazione amministrativa del mercato*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2006, p. 532 ss.
- LIBERTINI M., *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, II, 2009, p. 889 ss.
- LIBERTINI M., *Lezioni di diritto industriale*, Camerino, 2016
- LISSOWSKA M., *Overview of BE elements in the OECD Consumer policy toolkit*, in *Journal of Consumer Policy*, 34, 2011, p. 393 ss.
- LO FRANCO N., *Deroghe all'ordinario regime di responsabilità del provider, e dubbi alla luce dell'orientamento della Corte di giustizia*, Nota a Corte App. Milano, 7 gennaio 2015, n. 29, in <https://www.ilcaso.it/>
- LOSAVIO C., *Il consumatore di alimenti nell'Unione europea e il suo diritto a essere informato*, Milano, 2007
- MACCHIA L., *Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*, in G. CRICENTI, F. GRECO (a cura di), *Il nuovo diritto bancario. Contratti, responsabilità e composizione dei conflitti*, Milano, 2020, p. 219 ss.
- MACCHIAFAVA S., *La disciplina europea del settore digitale in itinere: le proposte*, in A. CONTALDO (a cura di), *Le piattaforme digitali. Profili giuridici e tecnologici nel nuovo ecosistema*, Pisa, 2021
- MAGELLI S., *La pubblicità redazionale*, in *Dir. ind.*, 8, 1999, p. 701 ss.
- MAGLIO V., *Il nuovo regolamento sull'informazione al consumatore relativa ai prodotti alimentari*, in *Contr. impr./Eur.*, 2011, p. 743 ss.
- MANCALEONI A.M., *La tutela del consumatore nei contratti a distanza alla luce della futura direttiva sul commercio elettronico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 307 ss.

- MANDEL N., JOHNSON E., *When web pages influence choice: Effects of visual primes on experts and novices*, in *Journal of Consumer Research*, 29 (2), 2002, p. 235 ss.
- MANES P., *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001
- MANFREDI G., *Giurì di autodisciplina, autorità indipendenti e autorità giudiziaria*, in *Dir. ind.*, 2011, p. 61 ss.
- MANGIONE G., *Osservazioni sulla pubblicità comparativa alla luce della direttiva n. 97/55/CE*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 1031 ss.
- MANTELERO A., *La responsabilità degli intermediari di rete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario*, in *Contr. impr./Eur.*, 2010, p. 529 ss.
- MANZELLI S., *Al bando tutti gli impianti pubblicitari visibili dalle autostrade e dai relativi raccordi*, nota a Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2017, n. 4091, in *Dir. e giust.*, 136, 2017, p. 1 ss.
- MARINUCCI E., *Il rapporto fra le azioni collettive previste nel codice del consumo dopo l'introduzione della nuova azione collettiva risarcitoria*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1024 ss.
- MARTINELLI S., *Diritto all'oblio e motori di ricerca. Memoria e privacy nell'era digitale*, Milano, 2017
- MARX K., *Das Kapital*, Amburgo, 1867, ed. italiana *Il capitale*, Torino, 2009
- MASINI S., *Diritto all'informazione ed evoluzione in senso «personalista» del consumatore (Osservazioni a margine del nuovo regolamento sull'etichettatura di alimenti)*, in *Riv. dir. agr.*, I, 2011, p. 576 ss.
- MASINI S., *Informazioni e scelte del consumatore*, in P. BORGHI, I. CANFORA, A. DI LAURO, L. RUSSO (a cura di), *Trattato di diritto agroalimentare italiano e dell'Unione europea*, Milano, 2021, p. 293 ss.
- MAURIZI D., *Etichettatura degli alimenti e informazioni ai consumatori. Commento tecnico e pratico al reg. UE 1169/2011 e alla normativa verticale di settore*, Roma, 2015
- MELI V., *“Diligenza professionale”, “Consumatore medio” e regola di “de minimis” nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa*, in V. MELI, P. MARANO (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, 2011, p. 1 ss.
- MELI V., *I rimedi per la violazione del divieto di pubblicità ingannevole*, in *Riv. dir. ind.*, 1, 2000, p. 5 ss.
- MELI V., *Le pratiche sleali ingannevoli*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova, 2008, p. 87 ss.
- MELI V., voce *Pubblicità ingannevole*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIX, 2006

- MENON G., RAGHUBIR P., *Ease-of-Retrieval as an Automatic Input in Judgments: A Mere-Accessibility Framework?*, in *Journal of Consumer Research*, 30, 2003, p. 230 ss.
- MILIZIA G., *Consumatore correttamente informato, produttore non multato*, nota a TAR Lazio, sez. I, 7 maggio 2018, n. 5043, in *Dir. e giust.*, 88, 2018, p. 24 ss.
- MINA E., *La nuova regolamentazione del “product placement” nelle opere cinematografiche*, in *Dir. ind.*, 2004, p. 589 ss.
- MINERVINI E., *La tutela collettiva dei consumatori e la l. 12 aprile 2019, n. 31*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2, 2020, p. 346 ss.
- MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007
- MINERVINI G., *Concorrenza e consorzi*, in G. GROSSO, F. SANTORO-PASSARELLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milano, 1965, p. 14 ss.
- MODICA L., *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2009, p. 785 ss.
- MONTAGNANI M.L., *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Segrate, 2018, p. 3 ss.
- MONTANARI M., *Il cibo come cultura*, Roma-Bari, 2010
- MONTELEONE G., *Note a prima lettura sulla nuova legge sull'azione di classe (legge 12 aprile 2019, n. 31)*, in *Foro it.*, 2019, p. 633 ss.
- MORELLI M., *Il commercio elettronico: dall'immagine al profitto*, Milano, 2005
- MORERA U., VELLA F. (a cura di), *Finanza comportamentale. Investitori a razionalità limitata*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2012
- MORICI G., *Fare marketing rimanendo brave persone*, Milano, 2016
- MOSCA V., *Il d.lgs. n. 145 del 2007: ambito applicativo e rapporto con le norme in tema di pratiche commerciali scorrette*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto Antitrust*, Milano, 2021, p. 1457 ss.
- MOTTO A., *Note per uno studio sull'azione di condanna nella giurisdizione civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 911 ss.
- NADOTTI M., *Necrologhi: pamphlet sull'arte di consumare*, Milano, 2015
- NIGER S., *Diritto all'informazione, diritti della persona e archivi giornalistici online*, in *federalismi.it*, XI, 2013
- NIVARRA L., *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010
- NOBILE A., *Le tutele civilistiche avverso le pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr./Eur.*, 2014, p. 180 ss.

BIBLIOGRAFIA

- NORTH A.C., SHILCOCK A., HARGREAVES D.J., *The effect of musical style on restaurant consumers' spending*, in *Environment and Behavior*, 35, 2003, p. 712 ss.
- ODDI S., *La tutela dei minori nella disciplina della radiotelevisione*, in *Giur. cost.*, 6, 2007, p. 5053 ss.
- OLIVERO N., RUSSO V., *Psicologia dei consumi*, Milano, 2013
- PACKARD V., *The Hidden Persuaders*, New York, 1957, ed. italiana *I persuasori occulti*, Torino, 1989
- PAGNI I., *L'azione inibitoria collettiva*, in *Giur. it.*, 10, 2019, p. 2297 ss.
- PAPPALARDO C., *L'inganno sul prezzo nella prassi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e nella giurisprudenza del Giurì di autodisciplina pubblicitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 6, 2017, p. 609 ss.
- PARDOLESI R., *La classe in azione – Finalmente*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 301 ss.
- PASCHI C., *La concorrenza parassitaria ex art. 2598 n. 3 c.c. e la sua interpretazione nella giurisprudenza più recente*, in *Riv. dir. ind.*, 4-5, 2012, p. 223 ss.
- PASCUZZI G., *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2020
- PASTOR N.M., *Equity and Settlement Class Actions: Can There Be Justice For All in Ortiz v. Fibreboard*, in *American University Law Review*, 49, 3, 2000, p. 781 ss.
- PELLEGRINI M., *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007
- PENNISI R., *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, in *Giur. comm.*, 5, 2012, p. 653 ss.
- PERLINGIERI C., *Profili civilistici del social network*, Napoli, 2014
- PERLINGIERI P., *"Il giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 6, 2011, p. 1 ss.
- PERLOFF J.M., *Microeconomia*, Milano, 2003
- PERUGINI S., *Presentazione, valutazione e accettazione degli impegni (art. 8, Del. AGCM 15.11.2007, n. 17589)*, in A. CATRICALÀ, P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, p. 2209 ss.
- PESENTI L.G., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell'art. 3, co. 1, n. 5), dir. 2019/2161/UE*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2021, p. 635 ss.
- PETTY R.E., CACIOPPO J.T., *Central and Peripheral Routes to Persuasion: Application to Advertising*, in L. PERCY, A. WOODSIDE, *Advertising and Consumer Psychology*, Lexington, 1983, p. 3 ss.

- PETTY R.E., CACIOPPO J.T., *Effects of Issue Involvement on Attitudes in an Advertising Context*, in G.G. GORN, M.E. GOLDBERG (a cura di), *Proceedings of the Division 23 Program*, Montreal, 1980, p. 75 ss.
- PETTY R.E., CACIOPPO J.T., SCHUMANN D., *Central and Peripheral Routes to Advertising Effectiveness: The Moderating Role of Involvement*, in *Journal of Consumer Research*, 10, 1983, p. 135 ss.
- PICARDI L., *Vendita alla clientela privata di euroobbligazioni collocate presso investitori professionali*, in *Giur. comm.*, II, 2006, p. 708 ss.
- PINCAS S., LOISEAU M., *A History of advertising*, Köln, 2008
- PINCHERLE G., *La legge e la stampa. Studio di dottrina e giurisprudenza penale*, Firenze, 1981
- PIRAINO F., *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service providers*, in *AIDA*, 2017, p. 468 ss.
- PIRO E., *Tutela del consumatore e terzo contratto*, Roma, 2013
- PITTÈRI D., *La pubblicità in Italia. Dal dopoguerra a oggi*, Roma-Bari, 2002
- PIZZETTI F., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46 al nuovo regolamento europeo*, Torino, 2016
- POLLICINO O., *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in www.giurcost.org/studi/pollicino1.pdf, 2014
- POPPER K.R., *Cattiva Maestra Televisione*, Venezia, 2002
- PORCARI F., *Le continue oscillazioni dell'azione di classe (ancora alla ricerca della sua vera fisionomia)*, nota a Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, n. 2195, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1612 ss.
- QUARTA A., *Per una teoria dei rimedi nel consumo etico. La non conformità sociale dei beni tra vendita e produzione*, in *Contr. impr.*, 2, 2021, p. 523 ss.
- RAFFI M., *La tutela giuridica dell'idea pubblicitaria*, in *Studi Urbinati, A. Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 56 (4), 2005, p. 575 ss.
- RAMELLA F., MANZO C., *L'economia della collaborazione. Le nuove piattaforme digitali della produzione e del consumo*, Bologna, 2019
- RAMELLA F., *Sociologia dell'innovazione economica*, Bologna, 2013
- REISCH L.A., ZHAO M., *Behavioural economics, consumer behaviour and consumer policy: state of the art*, in *Behavioural Public Policy*, 1 (02), 2017, p. 190 ss.
- RESTA G., ZENO-ZENCOVICH V., *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2018, p. 411 ss.
- RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012
- RODOTÀ S., *Il mondo nella rete. Quali diritti e quali vincoli*, Roma-Bari, 2014

- RODOTÀ S., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995
- ROJAS ELGUETA G., VARDI N. (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014
- ROPPO E., ZACCARIA R. (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Milano, 1991
- ROPPO V., *Informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 757 ss.
- ROSSANO D., *Le «tecniche cognitive» nei contratti di intermediazione finanziaria*, Napoli, 2011
- ROSSI CARLEO L., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 699 ss.
- ROSSI CARLEO L., *Diritto comunitario, «legislazione speciale» e «codici di settore»*, in *Riv. not.*, 2009, p. 13 ss.
- ROSSI G., *Informazione e suggestione del consumatore nella pubblicità comparativa (Nota a C. giust., 8 aprile 2003, causa C-44/01)*, in *Foro it.*, 4a-5a, 2003, p. 458 ss.
- RUBINO V., *I limiti alla tutela del «Made in» fra integrazione europea e ordinamenti nazionali*, Torino, 2018
- RUFFOLO U. (a cura di), *Class action e azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Milano, 2021
- RUFFOLO U. (a cura di), *Commentario al codice dell'autodisciplina pubblicitaria*, Milano, 2003
- RUFFOLO U., *Manifestazione del pensiero e pubblicità redazionale: il percorso tortuoso di una libertà scomoda*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, p. 132 ss.
- RUSCONI G., DORIGATTI M. (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa*, Milano, 2004
- RUSSO V., *Neuromarketing, comunicazione e comportamenti di consumo*, Milano, 2015
- SACCO R., *Culpa in contrahendo e culpa aquilia, culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. dir. comm.*, 3-4, 1951, p. 82 ss.
- SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto*, in R. SACCO, G. DE NOVA (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004
- SALVETTI S., *Il product placement cinematografico nel nuovo branded entertainment*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, p. 51 ss.
- SANTAGATA R., *Diritto del turismo*, Milanofiori Assiago, 2014
- SARDINI A., *La «product liability» e il commercio elettronico*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2021, p. 81 ss.
- SARTORI F., *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011

- SARTORI G., *Homo Videns*, Bari, 2007
- SASSANI B. (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla l. 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019
- SCALISI V., *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in S. MAZZAMUTO, G. TERRANOVA (a cura di), *L'intermediazione mobiliare. Studi in onore di Aldo Maisano*, Napoli, 1993, p. 66 ss.
- SCARSELLI G., *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, in *www.judicium.it*
- SCHUMAN D.W., THORSON E., *Internet advertising theory and research*, Mahwah (NJ), 2007
- SCOGNAMIGLIO C., *Il diritto all'utilizzazione del nome e dell'immagine delle persone celebri*, in *Dir. inf.*, 1988, p. 38 ss.
- SCREPANTI E., ZAMAGNI S., *Profilo di storia del pensiero economico*, Roma, 2014
- SEMINARA A.P., *Cookie e libertà del consenso al trattamento dei dati personali*, in *Pers. e merc.*, 4, 2021, p. 857 ss.
- SEMINARA A.P., *La disciplina delle piattaforme digitali di ristorazione: profili di tutela tra corretta informazione e privacy*, in *Dir. agroalimentare*, 2, 2022, p. 311 ss.
- SEMINARA A.P., *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, in *I Contratti*, 6, 2018, p. 689 ss.
- SEMINARA A.P., *Libertà del consumatore e psicologia della pubblicità*, in *Contr. impr.*, 1, 2020, p. 493 ss.
- SENA G., *Il sistema dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1988, p. 188 ss.
- SENIGALLIA R., *Informazione contrattuale nella net Economy e trasparenza del mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 245 ss.
- SHAO J., *Class Action Mechanisms in the Comparative Contexts: A Law and Economics Perspective*, in *Fordham International Law Journal*, 43, 4, 2019, p. 1174 ss.
- SHAPIRO S., MACINNIS D.J., HECKLER S.E., *The effect of incidental ad exposure on the formation of consideration set*, in *Journal of Consumer Research*, 24, 1997, p. 102 ss.
- SIGNORINI C., *Concorrenza sleale e pratiche commerciali scorrette*, in G. GHIDINI, G. CAVANI (a cura di), *Lezioni di diritto industriale*, Milano, 2014, p. 112 ss.
- SILLANI C.T., *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 775 ss.
- SIMON H., *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985

- SIMON H., *Theories of Decision-Making in Economics and Behavioural Science*, in *The American Economic Review*, 49, 3, 1959, p. 253 ss.
- SOLOMON M.R., *Consumer Behaviour: Buying, Having & Being*, London, 1999
- SPINK P., PETTY R.E., *Comparative Advertising in the European Union*, in *Int. & Comp. Law Quart.*, 1998, p. 855 ss.
- SPOLIDORO M.S., *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano, 1982
- STELLA S., Art. 27, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2015, p. 236 ss.
- STRAETMANS G., *Misleading practices, the consumer information model and consumer protection*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 5, 2016, p. 199 ss.
- STONESTON C.R., *Endogenous Preferences, Environmental Law*, in *Journal of Legal Studies*, 22, 2, 1993, p. 217 ss.
- TAMPONI M., *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, in L. COSTATO, A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE (diretto da), *Trattato di diritto agrario*, vol. 3, *Il diritto agroalimentare*, Torino, 2011, p. 579 ss.
- TESTA A., *La pubblicità. Suscitare emozioni per accendere desideri*, Bologna, 2007
- TESTA P., *Libertà d'espressione e pubblicità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Gerhard Schricker*, Milano, 2005, p. 529 ss.
- THALER R.H., SUNSTEIN C.R., *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2009
- THOBANI S., *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, in *Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino*, Milano, 2018
- TOMMASI S., *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012
- TOSI E. (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico*, Milano, 2012
- TOSI E., *L'evoluzione della responsabilità civile dell'Internet Service Provider passivo e attivo*, in *Dir. ind.*, 6, 2019, p. 590 ss.
- TRABUCCHI A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937
- TRANQUILLI LEALI R., *La pubblicità ingannevole e comparativa in materia turistica nel nuovo codice del consumo*, in S. BUSTI, A. SANTUARI (a cura di), *Attività alberghiera e di trasporto nel pacchetto turistico all inclusive*.

- Le forme di tutela del turista-consumatore. Atti del Convegno*, Trento, 2006, p. 167 ss.
- TREVISANI D., *Psicologia di marketing e comunicazione. Pulsioni d'acquisto, leve persuasive, nuove strategie di comunicazione e management*, Milano, 2017
- TRICARICO A., *Il problema del riparto di competenze dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato e dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni in punto di tutela del consumatore*, nota a TAR Lazio, sez. I, 29 marzo 2010, n. 4931, in *Foro amm. TAR*, VII/VIII, 2010, p. 2448
- TRIMARCHI P., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2019
- TRIPODI E.M., *Alcuni interrogativi sul d. lg. 70/2003 di recepimento della direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 829 ss.
- TRIPODI E.M., SANTORO F., MESSINEO S., *Manuale di commercio elettronico*, Milano, 2000
- TRZASKOWSKI J., *Lawful Distorsion of Economic Behaviour: Collateral Damage Under the Unfair Commercial Practices Directive*, in *European Business Law Review*, 27, I, 2016, p. 25 ss.
- TRZASKOWSKI J., *Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practises Directive*, in *Journal of Consumer Policy*, 34, 2011, p. 377 ss.
- TUNGATE M., *Storia della pubblicità. Gli uomini e le idee che hanno cambiato il mondo*, Milano, 2010
- TUVERI C., *Il labile confine tra diritto di cronaca e pubblicità redazionale*, nota a TAR Roma, sez. I, 16 aprile 2007, n. 3292, in *Giur. merito*, 4, 2008, p. 1150 ss.
- TVERSKY A., *Rational Theory and Constructive Choice*, in *The Rational Foundation of Economic Behaviour*, 1997, p. 185 ss.
- TVERSKY A., KAHNEMAN D., *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 185, 1974, p. 1124 ss.
- TVERSKY A., KAHNEMAN D., *Prospect Theory: an analysis of Decision under risk*, in *Econometrica*, 47, 1979, p. 263 ss.
- TVERSKY A., KAHNEMAN D., *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in *Science*, 211, 1981, p. 453 ss.
- UBERTAZZI L.C. (a cura di), *Giurisprudenza pubblicitaria*, Milano, 1996
- UBERTAZZI L.C., *Codice della pubblicità*, in *ubertazzi.it*
- UBERTAZZI L.C., *Concorrenza sleale e pubblicità. Estratto da Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2008

BIBLIOGRAFIA

- UBERTAZZI L.C., *I controlli amministrativi della pubblicità di assicurazioni e valori mobiliari*, in *Dir. banc.*, I, 1995, p. 3 ss.
- UBERTAZZI L.C., *La giurisprudenza del giurì di autodisciplina pubblicitaria: alcune osservazioni*, in *Foro it.*, 1982, p. 2945 ss.
- UBERTAZZI L.C., MARCHETTI P.G., *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2016
- ULMER E., BEIER F.K., *La repressione della concorrenza sleale negli Stati membri della Comunità Economica Europea*, Milano, 1968
- VALENTINO D., *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2013, p. 1157 ss.
- VAN DER BERCH R., VISSCHER L., *The preventive function of collective actions for damages in consumer law*, in *Erasmus Law Review*, I, 2008, p. 5 ss.
- VIDIRI G., *Il contratto di sponsorizzazione: natura e disciplina*, in *Giust. civ.*, II, 2001, p. 3 ss.
- VIGNUDELLI A., *Aspetti giuspubblicistici della comunicazione pubblicitaria*, Rimini, 1983
- VILLA G., *Il danno risarcibile nell'azione collettiva*, in *Danno e resp.*, 1, 2009, p. 11 ss.
- VISCONTI G., *La disciplina della pubblicità ingannevole e di quella comparativa: il decreto legislativo n. 145 del 2007*, disponibile su diritto.it
- VOLLI U., *Semiotica della pubblicità*, Roma, 2003
- WATSON J., *Behaviourism*, Chicago, 1925
- WESTCOMBE A., WARDLE J., *Influence of relative fat content information on responses to three foods*, in *Appetite*, 28 (1), 1997, p. 49 ss.
- WILLETT C., *Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive*, in *Journal of Consumer Policy*, 2010, p. 260 ss.
- ZAMAGNI S., *Impresa responsabile e mercato civile*, Bologna, 2013
- ZANACCHI A., *Il libro nero della pubblicità. Potere e prepotenze della pubblicità sul mercato, sui media, sulla cultura*, Pavona di Albano Laziale (Castelli Romani, Roma), 2010
- ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *La nuova televisione europea*, Rimini, 2010
- ZENO-ZENCOVICH V., *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Riv. dir. media*, 2, 2018, p. 5 ss.
- ZENO-ZENCOVICH V., *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004

BIBLIOGRAFIA

- ZENO-ZENCOVICH V., *Profili negoziali degli attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 1993, p. 545 ss.
- ZENO-ZENCOVICH V., GIANNONE CODIGLIONE G., *Ten legal perspectives on the “big data revolution”*, in *Conc. merc.*, 23, 2016, p. 39 ss.
- ZORZI GALGANO N., *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. 62, Padova, 2012
- ZORZI GALGANO N., *Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. impr./Eur.*, 2010, p. 549 ss.

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *Il GEIE «italiano» tra impresa e società* - ALESSIO BARTOLACELLI (2014)
2. *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale* - FLAVIO GUELLA (2014)
3. *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche. Uno studio di diritto comparato* - MATTEO FERRARI (2015)
4. *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita* - SIMONE PENASA (2015)
5. *Diritto e teologia alle soglie dell'età moderna. Il problema della potentia Dei absoluta in Giordano Bruno. Prefazione di Diego Quaglioni* - MASSIMILIANO TRAVERSINO (2015)
6. *La successione a titolo particolare nel diritto controverso* - PAOLA WIDMANN (2015)
7. *Contributo allo studio del filtro in appello* - SILVANA DALLA BONTÀ (2015)
8. *«BONUS IUDEX». Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna* - CECILIA NATALINI (2016)
9. *BANNITI NOSTRI TEMPORIS. Studi su bando e consuetudine nel diritto comune* - CHRISTIAN ZENDRI (2016)

10. *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali* - SERGIO BONINI (2016)

11. *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema* - ANTONIA MENGHINI (2016)

12. *L'abbandono mero degli immobili* - CARLO BONA (2017)

13. *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale* - MATTEO COSULICH (2017)

14. *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale* - ELENA MATTEVI (2017)

15. *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive* - EMANUELE CORN (2017)

16. *L'illecito dell'amministrazione. Questioni attuali e spunti ricostruttivi alla luce dell'indagine comparata* - SILVIA PELLIZZARI (2017)

17. *Contrasto al lavoro infantile e decent work* - MATTEO BORZAGA (2018)

18. *Retroattività e diritti reali* - CARLO BONA (2018)

19. *Fallimento e arbitrato rituale. Profili di interrelazione e autonomia tra i due procedimenti* - LAURA BACCAGLINI (2018)

20. *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico* - SERGIO BONINI (2018)

21. *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato* - UMBERTO IZZO (2018)

22. *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità* - MARTA TOMASI (2019)

23. *L'analisi economica del diritto penale dalla teoria alla pratica. Il livello di efficienza delle opzioni normative in tema di tossicodipendenza e criminalità correlata* - FRANCESCA PESCE (2019)
24. *Interdetti 'de locis publicis' ed emersione della categoria delle res in usu pubblico* - ALVISE SCHIAVON (2019)
25. *Vestire a modo altrui. Dal sumptus medioevale al luxus d'età moderna tra diritto e morale* - CECILIA NATALINI (2020)
26. *La transazione amministrativa* - ANTONIO CASSATELLA (2020)
27. *Il sistema penale della navigazione. Contributo allo studio del diritto penale marittimo* - STEFANIA ROSSI (2020)
28. *Federalismo e immigrazione. Un'indagine comparata* - DAVIDE STRAZZARI (2020)
29. *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio* - ANDREA PERIN (2020)
30. *Il giudizio di querela di falso: natura ed oggetto* - PAOLA WIDMANN (2020)
31. *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo* - ANDREA MAGLIARI (2020)
32. *Giustizia divina, diritti umani. Il conflitto tra diritti umani e diritti religiosi nell'Europa multiculturale* - FRANCESCA OLIOSI (2020)
33. *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica* - PAOLO GUARDA (2021)
34. *La postergazione legale dei crediti. L'incentivazione delle condotte finanziarie virtuose di fronte alla crisi* - DANILO GALLETTI (2021)

35. *I paradigmi giuridici della pianificazione per lo sviluppo. Un'indagine di diritto comparato dell'economia* - GIANMATTEO SABATINO (2022)

36. *Studi sul diritto pubblico nell'età della Riforma* - LUCIA BIANCHINI (2022)

37. *(In)visibile bodies: disability, sexuality and fundamental rights* - CARLA MARIA REALE (2022)

38. *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta. Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa* - ELENA MATTEVI (2022)

39. *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti* - ANTONIA MENGHINI (2022)

40. *Diritto internazionale e migrazioni irregolari via mare nell'esperienza italiana* - FRANCESCA MUSSI (2023)

41. *L'indicizzazione del regolamento contrattuale* - FEDERICO PISTELLI (2023)

42. *L'informazione pubblicitaria nella regolamentazione giuridica dei mercati* - ANTONIO PAOLO SEMINARA (2023)