

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA

DIRITTO CIVILE

Ciclo XX

Settore scientifico disciplinare di afferenza: IUS/01

TITOLO TESI

***PRODUCT PLACEMENT E LIBERTA' DI
ESPRESSIONE***

Presentata da: Dott.ssa LAURA FIORI

Coordinatore Dottorato

**Chiar.ma Prof.ssa
DANIELA MEMMO**

Relatore

**Chiar.mo Prof.
UGO RUFFOLO**

Esame finale anno 2008

INDICE

CAPITOLO I

LA LIBERTA' DI ESPRESSIONE: CONTENUTO E LIMITI

1. Origine, evoluzione e limiti della libertà di espressione prevista all'interno dell'ordinamento italiano. pag. 1
2. La definizione di manifestazione del pensiero contenuta nell'art. 21 Cost.. pag. 5
3. Il contenuto della libertà di espressione: la "nascita" della libertà di informazione. pag. 9
 - 3.1. Il diritto di informare: il diritto di cronaca, il diritto di critica e la satira. pag. 10
 - 3.2. Il diritto di informarsi e ad essere informato. pag. 16
 - 3.3. Il cosiddetto "diritto al silenzio". pag. 23
 - 3.4. La propaganda e la pubblicità. Cenni. pag. 24
4. Le garanzie costituzionali della libertà di espressione. pag. 26
5. Il sistema dei limiti costituzionali alla libertà di manifestazione del pensiero. pag. 33
 - 5.1. Il limite esplicito del buon costume. pag. 35
 - 5.1.1. Le diverse teorie interpretative e l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. pag. 36
 - 5.1.2. Le misure a tutela del buon costume. pag. 40
 - 5.2. I cosiddetti limiti impliciti alla libertà di manifestazione del pensiero. pag. 43
 - 5.2.1. La tutela dell'onore. pag. 46
 - 5.2.2. La tutela della riservatezza ed il diritto all'oblio. pag. 51
 - 5.2.3. La tutela, ove ammessa, dei "segreti". pag. 59
6. L'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero in forma collettiva. Cenni. pag. 69

CAPITOLO II

LA PUBBLICITA'

1. Nozione. pag. 72
 - 1.1. La pubblicità come attività di iniziativa economica privata. pag. 74
 - 1.2. Definizione e distinzione rispetto alle altre forme di comunicazione d'impresa. pag. 76
2. I diversi ambiti di tutela della pubblicità. pag. 80
 - 2.1. La tutela costituzionale. Problemi di coordinamento

con l'art. 21 Cost.. Cenni.	pag. 81
2.2. La pubblicità come atto di concorrenza fra imprese: la normativa statale in materia di concorrenza sleale.	pag. 84
2.3. La disciplina statale della pubblicità: dal D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 alle recenti modifiche introdotte per effetto dei D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 145 e n. 146.	pag. 88
2.4. L'ordinamento autodisciplinare: natura, finalità e rapporti con l'ordinamento statale.	pag. 97
3. Gli organi deputati al controllo della ingannevolezza della pubblicità.	pag. 105
3.1. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: ambito di competenza e poteri.	pag. 106
3.2. Il Giurì di Autodisciplina ed il Comitato di Controllo: natura, competenza e poteri.	pag. 114
3.3. Il coordinamento tra le decisioni del Giurì e quelle rese dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.	pag. 126
4. Le singole fattispecie di pubblicità.	pag. 131
4.1. La pubblicità ingannevole.	pag. 132
4.2. La pubblicità comparativa ed il <i>warentest</i> pubblicitario.	pag. 139
4.3. Il problema delle fattispecie di pubblicità non palese: il principio della trasparenza pubblicitaria ed il rapporto tra art. 21 Cost. e art. 41 Cost..	pag. 147
4.3.1. Dalla pubblicità redazionale ...	pag. 153
4.3.2. ... alle ulteriori fattispecie di pubblicità occulta.	pag. 164
4.3.3. Segue: il fenomeno del cosiddetto <i>product placement</i> . Cenni.	pag. 168

CAPITOLO III

IL *PRODUCT PLACEMENT*: NATURA ED INQUADRAMENTO GIURIDICO

1. Nozione ed origine storica del piazzamento di prodotto: dalla nascita negli USA al suo approdo nel panorama cinematografico italiano.	pag. 175
2. Le differenti tipologie di <i>product placement</i> .	pag. 181
3. Natura del piazzamento di prodotto.	pag. 183
3.1. Il rapporto con altre forme di comunicazione pubblicitaria.	pag. 184
3.1.1. Dalla pubblicità indiretta...	pag. 184
3.1.2. ... alla pubblicità subliminale ...	pag. 185
3.1.3. ... alla pubblicità occulta.	pag. 187
3.2. Il rapporto con la libertà di manifestazione del pensiero.	pag. 191
4. L'inquadramento giuridico del piazzamento di prodotto.	pag. 195
4.1. Le posizioni tradizionali precedenti all'introduzione della disciplina normativa: l'orientamento maggioritario	

sulla censurabilità del piazzamento di prodotto.	pag. 197
4.1.1. Il <i>serial</i> televisivo “Un commissario a Roma”.	pag. 198
4.1.2. Le successive pronunce rese dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.	pag. 201
4.2. Segue: l’orientamento minoritario sul <i>product placement</i> quale tecnica lecita di comunicazione pubblicitaria.	pag. 206
4.3. Le novità introdotte dal D.Lgs. n. 28/2004, recante la riforma della disciplina in materia di attività cinematografiche.	pag. 210
4.3.1. Ambito di applicazione e limiti di tutela: i requisiti di “ammissibilità” del piazzamento di prodotto.	pag. 212
4.3.2. Gli effetti della disciplina legislativa sul fenomeno del <i>product placement</i> : verso una effettiva (o soltanto apparente?) liceità del piazzamento di prodotto.	pag. 216

CAPITOLO IV

L’INQUADRAMENTO DEL PIAZZAMENTO DI PRODOTTO DA UN PUNTO DI VISTA NEGOZIALE

1. I contratti pubblicitari nel sistema italiano: l’assenza di una disciplina organica ed il contributo del modello anglosassone.	pag. 224
2. Le fonti dei contratti pubblicitari in Italia.	pag. 229
3. Il contratto di pubblicità: natura e soggetti.	pag. 233
4. Il <i>product placement</i> quale contratto pubblicitario.	pag. 237
4.1. Qualificazione giuridica e contenuto del contratto.	pag. 238
4.2. Analogie e differenze tra il piazzamento di prodotto e contratti pubblicitari affini.	pag. 243
4.2.1. Il contratto di sponsorizzazione.	pag. 244
4.2.2. I contratti per lo sfruttamento pubblicitario del nome e dell’immagine altrui.	pag. 247
4.3. I riflessi negoziali della disciplina legislativa sul <i>product placement</i> .	pag. 252

BIBLIOGRAFIA

pag. 257

Capitolo I

La libertà' di espressione: contenuto e limiti

Sommario: 1. Origine, evoluzione e limiti della libertà di espressione prevista all'interno dell'ordinamento italiano. – 2. La definizione di manifestazione del pensiero contenuta nell'art. 21 Cost.. – 3. Il contenuto della libertà di espressione: la "nascita" della libertà di informazione. – 3.1. Il diritto di informare: il diritto di cronaca, il diritto di critica e la satira.– 3.2. Il diritto di informarsi e ad essere informato. – 3.3. Il cosiddetto "diritto al silenzio". – 3.4. La propaganda e la pubblicità. Cenni. – 4. Le garanzie costituzionali della libertà di espressione. – 5. Il sistema dei limiti costituzionali alla libertà di manifestazione del pensiero. – 5.1. Il limite esplicito del buon costume. – 5.1.1. Le diverse teorie interpretative e l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. – 5.1.2. Le misure a tutela del buon costume. – 5.2. I cosiddetti limiti impliciti alla libertà di manifestazione del pensiero. – 5.2.1. La tutela dell'onore. – 5.2.2. La tutela della riservatezza ed il diritto all'oblio. – 5.2.3. La tutela, ove ammessa, dei "segreti". – 6. L'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero in forma collettiva. Cenni.

1. Origine, evoluzione e limiti della libertà di espressione prevista all'interno dell'ordinamento italiano.

“Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto ed ogni altro mezzo di diffusione”.

Così si apre l'art. 21 Cost., norma introdotta nella nostra Carta Costituzionale per disciplinare una delle più importanti libertà individuali riconosciute al cittadino: la libertà di manifestazione del pensiero¹.

¹ Per una panoramica generale sul tema della libertà di manifestazione del pensiero, si vedano: Amato, Voce *Libertà (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 272 ss.; Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 424 ss.; Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; Barile, Cheli, Voce *Corrispondenza (Libertà di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 744 ss.; Cereti, Voce *Pensiero (Libertà di)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XII, Torino, 1965, 865 ss.; Cerri, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.*, 1969, 1178 ss.; Chiola, Voce *Manifestazione del pensiero*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1990, 1 ss.; Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del*

Trattasi di disposizione dal contenuto, da un lato, senza dubbio innovativo, soprattutto se confrontata con la tutela fino ad allora apprestata a tale libertà, dall'altro e al contempo, cionondimeno, conservatore.

Prendendo le mosse dal primo dei menzionati profili, è, infatti, indiscussa la maggior tutela che, nel testo costituzionale, si è cercato di fornire ad una delle libertà, quale quella di manifestazione del pensiero, che più contraddistinguono i rapporti tra lo Stato ed il cittadino².

Tanto emerge, come anticipato, se solo si confronta la definizione data della libertà di espressione nel testo costituzionale e quella che si rinviene, invece, nello Statuto Albertino. Ed infatti, giova ricordare che, pur essendo, in quella sede, proclamata la libertà di stampa, purtuttavia, veniva, al contempo, rimessa alla più assoluta discrezionalità del legislatore la possibilità di limitare tale libertà (“*ma una legge ne reprime gli abusi*”)³.

Diversamente, nel testo costituzionale, non solo è stata data una definizione, per così dire, più ampia, della libertà di manifestazione del pensiero, ma sono stati, altresì, individuati, in maniera più analitica e dettagliata, sia i limiti all'esercizio di tale libertà, sia una serie di garanzie a tutela della stessa.

Cionondimeno, come si è anticipato, la definizione di libertà di espressione contenuta nell'art. 21 Cost., presenta, sotto certi aspetti, non poche lacune: ovvero, vuoti di tutela e, dunque, limiti sottesi alla tutela apprestata a tale

pensiero, Milano, 1988; Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; Fiore, *I reati d'opinione*, Padova, 1972; Fois, *Principi costituzionali e libertà manifestazione del pensiero*, Milano 1957; Pizzorusso, *Tutela della libertà di manifestazione del pensiero e punizione dei reati commessi per esprimere un'opinione*, in *Foro it.*; 1968, IV, 145; Rescigno, *Il diritto all'intimità della vita privata*, in *Scritti in onore di F. Santoro Passarelli*, IV, Napoli, 1972, 130 ss.; Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 1998, 35 ss..

² Così, Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 35.

³ Art. 28 Statuto Albertino: “*la stampa sarà libera, ma una legge ne reprime gli abusi*”.

libertà, frutto, molto probabilmente, di una tendenza del Costituente “a non rompere con il passato”⁴.

In particolare, un primo limite che emerge dalla definizione codicistica si rinviene nel contenuto di tale libertà quale individuato dalla norma, essendo, la libertà di espressione disciplinata dall’art. 21 Cost., al pari di quella prevista dallo Statuto Albertino, circoscritta esclusivamente alla stampa.

Tanto, nonostante all’epoca della elaborazione del testo costituzionale fossero già noti altri “strumenti” attraverso cui manifestare il proprio pensiero: ovvero, la radio e la televisione, la prima delle quali, peraltro all’epoca già molto diffusa.

Un ulteriore limite della libertà di espressione prevista dal dettato costituzionale emerge ove si operi un confronto tra l’art. 21 Cost. ed analoghe disposizioni previste, da altri ordinamenti, con riferimento a tale libertà.

Più nel dettaglio, giova ricordare, quanto al limite rinvenuto nell’art. 21 Cost. proprio in relazione al contenuto della libertà di espressione, il dettato dell’art. 5 della Carta Costituzionale tedesca, che determina, quale “espressione” di tale libertà, “*il diritto di informarsi senza ostacoli da fonti accessibili a tutti*”⁵. Sempre nella definizione della libertà di espressione contemplata dall’ordinamento tedesco si specifica, altresì, che l’oggetto di

⁴ In tali termini, Zaccaria, *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, cit., 36; Paladin, *Problemi e vicende della libertà di informazione nell’ordinamento giuridico italiano*, in *La libertà d’informazione*, Torino, 1979, 6 ss..

⁵ Zaccaria, *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, cit., 37. Osserva, inoltre, l’Autore, ad ulteriore conferma della *ratio* precorritrice che ha ispirato la Costituzione tedesca, come questa sia stata approvata in data 23 maggio 1949, dunque a distanza di pochi mesi da quella italiana.

tutela non è limitato alla libertà di stampa, bensì anche alla “libertà di informare mediante radio e film”⁶.

In linea con i precetti confluiti nell’art. 5 della Costituzione tedesca, si pongono le norme introdotte, a tutela della libertà di espressione, dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, che dedica, infatti, ben due articoli alla predetta libertà, prevedendo, in particolare, come essa comprenda “il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere”⁷.

Evidenti e tutt’altro che trascurabili sono, dunque, le differenze tra la disciplina della libertà di manifestazione del pensiero contenuta nel nostro testo costituzionale e la maggior tutela apprestata a tale libertà sia dagli altri ordinamenti, sia a livello internazionale.

Tanto, peraltro, con una doverosa precisazione: di fronte ai vuoti di tutela rinvenibili nel dettato dell’art. 21 della nostra Costituzione, importante (ed anzi, fondamentale) é stato, come nel prosieguo si vedrà, il contributo fornito dalla Corte Costituzionale in materia, nel senso, cioè, di giungere ad una definizione quanto più estesa possibile della libertà di manifestazione del pensiero, anche alla luce delle continue e repentine evoluzioni del contesto sociale.

⁶ Zaccaria, *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, cit., 37.

⁷ Si allude, in particolare, agli artt. 18 e 19, che, nel testo adottato dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, prevedevano, rispettivamente:

- art. 18: “ogni individuo ha il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, e la libertà di manifestare, isolatamente o in comune, sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo, nell’insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell’osservanza dei riti”;
- art. 19: “ogni individuo ha il diritto alla libertà di opinione e di espressione, incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere”.

2. La definizione di manifestazione del pensiero contenuta nell'art. 21

Cost..

La libertà di manifestazione del pensiero trova, come detto, la propria disciplina all'interno del testo costituzionale e, in particolare, nell'art. 21 Cost.⁸.

Trattasi, a ben vedere, di norma dal contenuto assai ampio, solo a considerare l'ambito di applicazione soggettivo della stessa, esteso a "tutti" e non già limitato a determinate categorie.

Preliminare rispetto al profilo della titolarità della libertà di manifestazione del pensiero, risulta, però, l'individuazione della natura giuridica di tale libertà: se, cioè, essa debba essere intesa come vero e proprio diritto soggettivo, ovvero quale mero interesse legittimo, o, infine, quale diritto funzionale.

In particolare, i fautori della tesi dell'interesse legittimo muovono, sostanzialmente, dall'espresso riconoscimento, che sarebbe contenuto

⁸ Art. 21 Cost.: *"Tutti hanno il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione.*

La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure.

Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili.

In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto.

La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica.

Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni".

nell'art. 1 Cost., di uno specifico intervento dell'Autorità⁹. Una simile impostazione rischia, peraltro, di confondere quelli che sono i limiti all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero con i poteri ablatori riconosciuti alle Autorità.

Quanto, invece, alla qualificazione della libertà di manifestazione del pensiero quale diritto funzionale, essa sembrerebbe fondarsi sulla negazione di qualsivoglia profilo di rilevanza dei mezzi attraverso i quali viene diffuso il pensiero, laddove, invece, è proprio il ricorso a determinati mezzi di diffusione a consentire l'individuazione dei diversi diritti contemplati dall'art. 21 Cost.: ovvero, quello individuale alla manifestazione del pensiero, a tutela della personalità dell'uomo, e quello di informare, svolto, invece, dai mezzi di comunicazione¹⁰.

Le rappresentate riserve in ordine tanto alla tesi dell'interesse legittimo, quanto a quella del diritto funzionale, sembrerebbero far propendere per la qualificazione della libertà di manifestazione del pensiero quale diritto soggettivo, e, in particolare, quale diritto fondamentale dell'uomo: qualificazione, quest'ultima, che trova conferma, altresì, nella accennata titolarità universale di tale libertà.

Ed infatti, come detto, trattasi di libertà estesa a "tutti": dunque, tanto nei confronti degli stranieri quanto delle cosiddette formazioni sociali¹¹.

⁹ Si pensi alla previsione, contenuta nell'art. 21 Cost., dell'adozione di misure preventive a tutela del buon costume.

¹⁰ Chiola, *Manifestazione del pensiero, cit.*, 1 ss..

¹¹ In merito alla titolarità della libertà di manifestazione del pensiero, significativo è stato il contributo della giurisprudenza costituzionale. In particolare, quanto all'estensione di tale libertà agli stranieri, la Consulta ha avuto modo di osservare, per di più ripetutamente, il principio dell'eguaglianza dello straniero rispetto al cittadino con riferimento alla sfera dei diritti fondamentali dell'uomo, fra i quali non può non essere compreso, appunto, quello di manifestare il proprio pensiero (si vedano, in particolare, Corte Cost., 24.2.1994, n. 62, in *Riv. dir. internaz.*, 1994, 1054 ss.; Corte Cost., 21.6.1979, n. 54, in *Riv. dir. internaz.*, 1979, 802 ss.). Analogamente, sempre la Corte Costituzionale ha ribadito la tutela apprestata dall'art. 21 Cost. anche alle cosiddette

Peculiarità, questa, che non può non trovare il proprio fondamento nella natura giuridica della libertà di manifestazione del pensiero: ovvero, quale diritto fondamentale dell'uomo¹².

Prima di procedere nell'esame dei singoli precetti costituzionali, si reputa, peraltro, opportuno individuare l'oggetto della libertà contemplata dall'art. 21 Cost.: ovvero, che cosa si debba intendere per "manifestazione del pensiero". Tanto, al fine di individuare la sfera di operatività della tutela costituzionale apprestata a tale libertà.

A tal proposito, fondamentale è stato il contributo dato dalla Corte Costituzionale, la quale ha effettuato una vera e propria opera di ampliamento dell'alquanto restrittivo dettato costituzionale, chiarendo che per "manifestazione del pensiero" deve intendersi non soltanto l'esternazione agli altri di proprie idee ed opinioni, bensì anche una qualsiasi espressione di notizie, o informazioni in genere¹³.

Altro aspetto da non trascurare è costituito dal rapporto tra la libertà di manifestazione del pensiero, da un lato, e le altre libertà che godono di una tutela costituzionale, dall'altro.

In una tale prospettiva, un primo collegamento si rinviene con tutte quelle libertà tese a tutelare singoli e peculiari aspetti della libertà di espressione: si pensi alla libertà religiosa¹⁴, alla libertà dell'arte e della scienza¹⁵, o alla libertà di insegnamento¹⁶.

formazioni sociali, precisando, al riguardo, che "*la forma collettiva è necessaria al fine di dar corpo e voce ai movimenti di opinione concernenti interessi superindividuali*" (così, Corte cost., 2.5.1985, n. 126, in *Giur. Cost.*, 1985, 894 ss.).

¹² Così, Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 40.

¹³ In particolare, come ha avuto modo di sottolineare Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 44, è tale qualsiasi espressione di "pensiero", anche quella "*diretta a determinare, anche, o esclusivamente, uno stato emotivo o passionale*". In una simile ottica, l'Autore è giunto a ricomprendere nell'ambito della tutela costituzionale prevista dall'art. 21 Cost. fenomeni quali la pubblicità, la propaganda e l'apologia.

¹⁴ Art. 8 Cost.: "*Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge.*"

Se evidente e diretto è il collegamento tra l'art. 21 Cost. e le suddette libertà, non meno importante, sebbene indiretto, risulta il collegamento con libertà quali la libertà di riunione (art. 17 Cost.) e quella di associazione (art. 18 Cost.), siccome, entrambe, espressioni del fondamentale principio della sovranità popolare, che non può non trovare necessario ed indefettibile “strumento di attuazione” nella libertà tutelata dall'art. 21 Cost..

Diverso risulta, invece, il rapporto tra la libertà di manifestazione del pensiero e quella di comunicazione quale disciplinata dall'art. 15 Cost.¹⁷, diverso essendo l'oggetto della tutela apprestata a quest'ultima libertà rispetto a quella disciplinata dall'art. 21 Cost.. Differenze sulle quali, peraltro, non è dato rinvenire un orientamento unanime in dottrina.

Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano. I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze”.

¹⁵ Art. 33 Cost.: “L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento.

La Repubblica detta le norme generali sull'istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi.

Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato.

La legge, nel fissare i diritti e gli obblighi delle scuole non statali che chiedono la parità, deve assicurare ad esse la piena libertà e ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali.

E' prescritto un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l'abilitazione all'esercizio professionale.

Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato”.

¹⁶ Art. 34 Cost.: “La scuola è aperta a tutti.

L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita.

I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi.

La Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso”.

¹⁷ Art. 15 Cost.: “La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili.

La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge”.

In particolare, se taluni Autori si sono soffermati sul diverso destinatario delle due libertà¹⁸ – ovvero, il pubblico in generale, laddove si tratti di libertà di espressione, destinatari determinati, nel caso della libertà di comunicazione – altra parte della dottrina sembrerebbe, invece, prediligere un’impostazione differente, nel senso, cioè, di rinvenire nella libertà di comunicazione una sorta di garanzia ulteriore rispetto alla libertà tutelata dall’art. 21 Cost., che riguarderebbe il “mezzo di comunicazione”¹⁹. In altri termini, secondo tale ultima prospettiva, l’obbligo di segretezza sancito dall’art. 15 Cost. opererebbe soltanto laddove si utilizzasse un mezzo di comunicazione.

Individuato l’oggetto della libertà di manifestazione del pensiero, si esamineranno, nei successivi paragrafi, contenuto e limiti di tale libertà.

3. Il contenuto della libertà di espressione: la “nascita” della libertà di informazione.

L’evoluzione della società e, in particolare, per quel che in questa sede rileva, l’affermarsi di sempre più innovativi mezzi di comunicazione (da ultimo, la rete telematica), ha indotto la dottrina e la giurisprudenza ad una rivisitazione del contenuto della libertà tutelata dall’art. 21 Cost., arrivando ad affermare l’esistenza di una vera e propria libertà di informazione.

Tanto ha portato, altresì, ad individuare due ulteriori specifiche libertà riconducibili (in un rapporto, per così dire, di *species a genus*) alla libertà di informazione: ovvero, la cosiddetta libertà di informare e la speculare libertà di essere informati²⁰.

¹⁸ Zaccaria, *op. cit.*, 46; Barile, Cheli, *Corrispondenza (Libertà di)*, *cit.*, 744.

¹⁹ Così, Chiola, *op. cit.*, 1.

²⁰ Sulla libertà di informazione, si vedano: Bevere, Cerri, *Il diritto di informazione e i diritti della persona. Il conflitto della libertà di pensiero con l’onore, la riservatezza,*

Trattasi, in realtà, non già di autonomi e separati diritti, quanto, piuttosto, di due diverse forme di espressione di una unica libertà (ovvero, il diritto di informazione), che si differenziano per il diverso angolo prospettico da cui vengono esaminate.

Si parlerà, infatti, di libertà di informare laddove si ponga attenzione al lato cosiddetto attivo, ovvero sul soggetto che diffonde le informazioni, mentre “entrerà in gioco” la libertà di essere informati o all’informazione qualora, invece, sia preso in considerazione il destinatario dell’attività di manifestazione del pensiero.

Una simile impostazione ha indotto, altresì, ad una rivisitazione della funzione della libertà di espressione, ritenuta, oggi, non più, o, comunque, non solo in una prospettiva individualista, bensì anche sociale. In altri termini, attraverso la libertà di manifestazione del pensiero, si garantisce, oltre che la libertà di espressione del singolo in quanto tale, altresì il diritto di informazione in generale, inteso, cioè, come formazione ed orientamento della pubblica opinione, in una prospettiva democratica²¹.

3.1. Il diritto di informare: il diritto di cronaca, il diritto di critica e la satira.

Affermata, dunque, l’esistenza, nella realtà odierna, di una vera e propria libertà di informazione, che trova tutela nelle previsioni di cui all’art. 21

l’identità personale, Milano, 2006; Chiola, *L’informazione nella Costituzione*, Padova, 1973; Corasaniti, *Diritto dell’informazione*, Padova, 1999; Crisafulli, *Problematica della «libertà di informazione»*, in *Il Politico*, 1964, 286 ss.; Frosini, *Contributi ad un diritto dell’informazione*, Napoli, 1991; Lipari, *Libertà di informare o diritto ad essere informati?*, in *Dir. radiodiff.*, 1978, 1 ss.; Lojodice, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Napoli, 1969; Paladin, *Problemi e vicende della libertà di informazione nell’ordinamento giuridico italiano*, cit., 6 ss.; Zaccaria, *Diritto all’informazione e riservatezza*, in *Dir. radiodiff.*, 1982, 527 ss..

Cost. e procedendo nell'analisi del cosiddetto lato attivo di tale libertà, il riferimento corre, in primo luogo, all'esercizio del diritto di cronaca. Tanto è stato costantemente ribadito dalla nostra Corte Costituzionale, la quale ha, infatti, sin dall'inizio, avuto modo di osservare come la stampa, mezzo principale attraverso cui viene esercitato il diritto di cronaca, *“per il suo carattere di strumento di diffusione del pensiero”*, incorra negli *“stessi limiti che circoscrivono la libertà di manifestazione del pensiero”*²².

In altri termini, dal momento che, come abbiamo visto²³, fondamento della libertà di manifestazione del pensiero si individua nell'esternazione, oltre che di idee ed opinioni personali, altresì di notizie, o informazioni in genere, è immediato il collegamento tra questa libertà ed il diritto di cronaca, il cui scopo consiste, appunto, nel fornire (e, dunque, pervenire ad) una corretta informazione.

Da una simile premessa si è arrivati ad includere il diritto di cronaca, proprio in quanto “figlio” della libertà di manifestazione del pensiero, nell'ambito delle cause di giustificazione previste dal Codice Penale, e, in particolare, in quella dell'esercizio di un diritto²⁴ e, conseguentemente, ad investigare quali possano essere i presupposti per un esercizio legittimo di tale diritto.

Tanto ha portato, così, alla enunciazione dei cosiddetti limiti all'esercizio del diritto di cronaca, individuati, a partire dal noto “decalogo dei giornalisti”, nella concorrenza delle condizioni della utilità sociale dell'informazione (da intendersi quale interesse della collettività alla conoscenza di fatti di rilevanza pubblica), della “forma civile” o continenza

²¹ Così, Alessandrini, *E' la stampa, bellezza, la stampa. E tu non puoi farci niente (Diffamazione e libertà di stampa: un'indagine)*, in *Giur. merito*, 2004, 5, 1047 ss..

²² Così, Corte Cost., 10.2.1981, n. 18, in *Foro it.* 1981, I, 601 ss..

²³ Cfr., *supra*, § 2.

nell'esposizione dei fatti (intesa sia in senso formale, sia da un punto di vista sostanziale, tenendo conto, ad esempio, delle tecniche di narrazione utilizzate), nonché della verità della notizia²⁵.

In particolare, con riferimento a quest'ultimo, la giurisprudenza, se, da un lato, ha mostrato un atteggiamento poco elastico nello stabilire quando possa ritenersi rispettato il limite della verità della notizia, dall'altro lato, ha ammesso che esso possa consistere anche nella mera verità putativa²⁶.

Diverso dal diritto di cronaca ma sempre riconducibile nell'ambito della tutela apprestata dall'art. 21 Cost., siccome anch'esso forma di manifestazione del pensiero, è il cosiddetto diritto di critica, in quanto espressione di idee e/o pensieri.

²⁴ Art. 51 c.p.: *“L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità”*.

²⁵ Cass. civ., sez. I, 18.10.1984, n. 5259, in *Dir. inf.*, 1985, 143 ss., secondo cui *“il diritto di stampa, cioè la libertà di diffondere attraverso la stampa notizie e commenti, è legittimo quando concorrono le seguenti tre condizioni: a) utilità sociale dell'informazione; b) verità – oggettiva o anche soltanto putativa purché, in quest'ultimo caso, frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca – dei fatti esposti; c) forma civile dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, cioè non eccedente rispetto allo scopo informativo da conseguire, improntata a serena obiettività almeno nel senso di escludere il preconcepito intento denigratorio e, comunque, in ogni caso, rispettosa di quel minimo di dignità cui ha sempre diritto anche la più riprovevole delle persone”*.

²⁶ Cfr., quale espressione del segnalato “compromesso” cui è giunta la giurisprudenza, Cass. civ., sez. III, 16.5.2007, n. 11259, in *Giust. civ.*, 2007, 9 1851 ss., secondo cui *“L'esercizio del diritto di cronaca può ritenersi legittimo quando sia riportata la verità oggettiva (o anche solo putativa) della notizia purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca dei fatti esposti (il cui onere probatorio, in sede processuale, grava sul giornalista unitamente a quello del riscontro delle fonti utilizzate), che non può ritenersi configurabile quando, pur essendo vere le singole vicende riferite, siano dolosamente, o anche soltanto colposamente, taciuti altri fatti, tanto strettamente ricollegabili ai primi da mutarne completamente il significato. A questo fine, pertanto, il giudizio di liceità sull'esplicazione del diritto di cronaca non può limitarsi ad una valutazione degli elementi formali ed estrinseci, ma deve estendersi anche ad un esame dell'uso di espedienti stilistici, che possono trasmettere ai lettori, anche al di là di una formale – ed apparente – correttezza espositiva, giudizi negativi sulla persona che si mira a mettere in cattiva luce, per cui, in definitiva, ogni accostamento di notizie vere può considerarsi lecito se esso non produce un ulteriore significato che le trascenda e che abbia autonoma attitudine lesiva”*.

Se, infatti, il diritto di cronaca, come detto, costituisce forma di manifestazione del pensiero in quanto esposizione di fatti e notizie in genere, il diritto di critica costituisce, del pari, una diversa espressione della medesima libertà, in quanto estrinsecazione di giudizi e valutazioni riguardanti episodi di varia natura²⁷.

Cionondimeno, proprio una siffatta peculiarità rispetto al diritto di cronaca ha indotto dottrina e giurisprudenza ad una rilettura dei menzionati limiti dell'utilità sociale, della continenza e della verità della notizia, che, dunque, assumono caratteristiche, quantomeno in parte, diverse laddove riferite alla critica.

Ed infatti, se, con riferimento al cosiddetto interesse pubblico, la giurisprudenza non ha individuato particolari differenze rispetto al diritto di cronaca, gli altri due limiti sembrerebbero atteggiarsi, entrambi, in maniera del tutto autonoma e distinta laddove si tratti di diritto di critica.

In particolare, è bene ricordare come la giurisprudenza sia giunta a circoscrivere le condizioni per il legittimo esercizio del diritto di critica, esclusivamente all'interesse pubblico ed alla continenza²⁸, in tal modo determinando, se non una totale esclusione, in ogni caso una non irrilevante compressione, del limite della verità²⁹. D'altra parte, posto che il diritto di critica non si concreta, come quello di cronaca, nella narrazione di fatti, ma si esprime mediante un giudizio o un'opinione, che, come tali, non possono essere rigorosamente obiettivi, tanto non può non riflettersi in termini

²⁷ E' bene, peraltro, segnalare, quali peculiari forme di esercizio dei diritti di cronaca e di critica, la cronaca e la critica giudiziaria, che si contraddistinguono per riguardare, entrambe, la materia giudiziaria.

²⁸ Così, Cass. civ., sez. III, 13.6.2006, n. 13646, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 6.

²⁹ Osserva, infatti, Alessandrini, *op. cit.*, 1060, come non possa parlarsi di una vera e propria recisione del limite della verità, residuando essa, anche nella critica, quantomeno con riferimento ai presupposti di fatto su cui si fondano i giudizi: presupposti che, a detta dell'Autore, dovranno essere veri, almeno in via putativa.

negativi sulla condizione della verità, invece, per sua stessa natura, necessariamente neutrale.

Quanto, poi, al presupposto della continenza, anche esso si atteggia in maniera del tutto peculiare nell'ambito del diritto di critica, attesa la natura stessa di un simile diritto.

Conseguentemente, la giurisprudenza è giunta a ritenere rispettato un simile limite anche laddove si sia fatto uso di un linguaggio “*più pungente ed incisivo*”³⁰, il quale, tuttavia, non abbia ecceduto in veri e propri attacchi gratuiti ed immotivati rispetto ai fatti narrati.

Ulteriore espressione della cosiddetta libertà di informazione deve individuarsi, inoltre, nella satira, intesa come facoltà di irridere e motteggiare personaggi noti³¹.

Molto si è dibattuto circa la natura di tale diritto: in particolare, ci si è interrogati sul rapporto tra la satira e le altre forme di manifestazione del pensiero, quali la cronaca e la critica, per stabilire se la prima debba considerarsi quale *tertium genus* delle altre due, o piuttosto, quale mera esternazione del diritto di critica e, sotto certi aspetti, di quello di cronaca³².

³⁰ Cass. civ., sez. III, 18.10.2005, n. 20140, in *D&G - Dir. e giust.*, 2006, 433 ss..

³¹ In una simile prospettiva, il fondamento della satira è stato individuato, oltre che nel dettato dell'art. 21 Cost., altresì nelle previsioni di cui agli artt. 9 e 33 Cost.. Al riguardo, peraltro, taluni Autori hanno manifestato le proprie riserve, osservando come una simile impostazione possa indurre a ritenere lecita e meritevole di tutela esclusivamente la satira cosiddetta “colta”, quella cioè, in un certo senso riconducibile ad un contesto artistico-culturale. Così, ad esempio: Mantovani, *Profili penalistici del diritto di satira*, in *Dir. Inf.*, 1992, 308 ss.; Alessandrini, “*Le Iene*” *portano bene (alla satira)*, in *Giur. merito*, 2006, 4, 903 ss.. E' bene, inoltre, ricordare come la satira possa anche non far riferimento ad un personaggio determinato, ad esempio qualora sia tesa a “colpire” una specifica categoria sociale.

³² Sulla qualificazione della satira quale *species* del più ampio genere della critica, si veda Trib. Napoli, 19.11.2001, in *Giur. napoletana*, 2002, 163 ss.. Nel senso, invece, di ravvisare nella satira uno strumento di veicolazione dell'informazione, cfr. Trib. Milano, 26.5.1994, in *Dir. inf.*, 1995, 615 ss..

Al di là della soluzione che si predilige, è indubbio il collegamento tra il diritto di satira e quello di critica, essendo entrambi finalizzati, a differenza della cronaca, alla realizzazione di un controllo sociale³³, sebbene con le peculiarità proprie di tale ultima forma di manifestazione del pensiero.

Ed infatti, come ha avuto modo di affermare la stessa giurisprudenza, unico limite all'esercizio del diritto di satira deve rinvenirsi nella forma civile della stessa, che, peraltro, proprio alla luce della natura intrinseca di tale diritto, potrà, a differenza della critica, assumere contenuti anche ben più ampi, sebbene non illimitati³⁴.

Cionondimeno, non è mancato chi ha ravvisato un ulteriore limite all'esercizio del diritto di satira nella cosiddetta “*coerenza causale*” tra il contenuto stesso della satira e la notorietà del personaggio sbeffeggiato³⁵.

In ogni caso, poi, non è mancato chi ha ritenuto che, qualora la satira venisse utilizzata, non soltanto per il fine sotteso alla stessa, ma anche quale

³³ Cfr. nota a commento a Trib. Roma, ord. d.d. 19.9.1997, in *Resp. Com. Impr.*, 1997, n. 4, 713 ss.. La fattispecie che ha portato all'ordinanza dei giudici capitolini riguardava il noto “caso Vattimo”: durante la trasmissione “Striscia La Notizia”, trasmessa su reti Mediaset, venivano mandati in onda alcuni stralci di una trasmissione RAI nella quale veniva ripreso un diverbio verbale tra personaggi noti, tra cui, appunto, il Prof. Vattimo. Quest'ultimo adiva, in via d'urgenza, il Tribunale di Roma, lamentando di non aver concesso alcuna liberatoria alla divulgazione delle proprie immagini e, conseguentemente, chiedendo, ex art. 669 *sexies* cpv. c.p.c., che venisse disposta l'inibitoria alla (ri)trasmissione e comunque alla diffusione ulteriore di simili immagini. Il Tribunale, dapprima accoglieva, con provvedimento emesso *inaudita altera parte*, le richieste del ricorrente, quindi, a seguito dell'instaurazione del contraddittorio, concludeva per l'insussistenza dei due presupposti necessari per la concessione della chiesta misura cautelare (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Proposto reclamo avverso tale decisione, il Tribunale di Roma, nell'ordinanza d.d. 19.9.1997, da un lato riteneva sussistere “*il probabile fondamento del diritto vantato dal ricorrente Vattimo*”, dall'altro, però, non rinveniva l'ulteriore presupposto del pregiudizio imminente e irreparabile e, conseguentemente, rigettava il reclamo.

³⁴ Cfr., in tal senso, Cass. pen., 2.12.1999, n. 2128, in *Dir. inf.*, 2001, 258 ss.; Trib. Trento, 15.1.1999, in *Giust. pen.*, 1999, II, 362 ss..

³⁵ Così, in dottrina: nota a commento di Trib. Roma, ord. d.d. 19.9.1997, *cit.*; Alessandrini, *E' la stampa, bellezza, la stampa. E tu non puoi farci niente (Diffamazione e libertà di stampa: un'indagine)*, *cit.*, 1064; in giurisprudenza: Trib. Roma, 5.6.1991, in *Dir. inf.*, 1992, 64 ss.; Trib. Roma, 13.2.1992, in *Dir. inf.*, 1992, 844 ss..

strumento di veicolazione di informazioni, ciò imporrà l'assoggettamento della stessa ai medesimi limiti caratterizzanti l'esercizio del diritto di cronaca³⁶.

Tali limiti, è bene rilevare, trovano la loro ragion d'essere nella natura stessa della satira, che, proprio in quanto forma di manifestazione del pensiero, non può essere ritenuta meritevole di una tutela assoluta e più ampia rispetto a quella contemplata dall'art. 21 Cost..

3.2. Il diritto di informarsi e ad essere informato.

Ulteriore forma di espressione della libertà di informazione può rinvenirsi, come visto, nel cosiddetto diritto o libertà del soggetto destinatario dell'informazione di informarsi e/o all'informazione. Occorre, peraltro, fare una precisazione al riguardo. Trattasi, infatti, di due espressioni tra di loro non equivalenti, in quanto relative a fattispecie diverse e, soprattutto, a diversi ambiti di tutela.

Prendendo le mosse dalla prima – il cosiddetto diritto di informarsi – essa si identifica nel diritto del soggetto di ricevere informazioni o, più in generale, tutte quelle notizie diffuse dai vari mezzi di comunicazione.

Per usare un'espressione della nostra Corte Costituzionale, si è di fronte ad un "interesse generale all'informazione"³⁷, dunque, non un vero e proprio diritto, e, cionondimeno, tutelato dall'art. 21 Cost.. Un interesse che, oggi, nella realtà contemporanea, assume sempre maggiore importanza, solo a considerare, da un lato, l'affermarsi dei mezzi di diffusione delle informazioni (fra tutti, come visto, Internet), dall'altro,

³⁶ Così, Cass. pen., sez. V, 22.12.1998, in *Resp. Civ.*, 1999, 1309 ss.; Trib. Milano, 26.5.1994, in *Dir. inf.*, 1995, 615 ss..

³⁷ Corte cost., 30.5.1977, n. 94, in *Giur. cost.*, 1977.

quale conseguenza di quanto appena detto, la sempre più rapida circolazione delle notizie.

Altro settore nel quale si registrano forme di estrinsecazione di tale interesse-diritto, è quello dei servizi sociali, la cui fruibilità presuppone, infatti, che i destinatari siano adeguatamente informati di tutto (ad esempio, del tipo di servizio, delle condizioni e delle modalità di erogazione del servizio stesso)³⁸.

Il diritto di informarsi è stato, altresì, oggetto di una interessante pronuncia del Tribunale di Roma, al quale era stata richiesta la concessione di un provvedimento cautelare di condanna della società concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo a trasmettere un determinato spettacolo: obbligo cui la RAI sarebbe stata tenuta in forza di accordi negoziali intercorsi con il ricorrente³⁹. In quell'occasione, non veniva, peraltro, concessa l'invocata tutela cautelare, sulla base della considerazione che non sussisteva, nella fattispecie, un diritto assoluto che potesse essere minacciato da un pregiudizio grave ed irreparabile, dal momento che, ad avviso dell'organo giudicante, il rifiuto di RAI a trasmettere lo spettacolo in oggetto era tale da determinare ragioni di credito discendenti da un inadempimento contrattuale e, soprattutto, in quanto «*il diritto di informare*» (*il diritto di diffondere il proprio pensiero*), *come ha avuto modo di rilevare ripetutamente la giurisprudenza, non comporta l'accesso generalizzato dei cittadini all'uso del mezzo radiotelevisivo pubblico, rimanendo escluso, alla stregua della vigente normativa e dei principi*

³⁸ Zencovich, *Il «diritto ad essere informati» quale elemento del rapporto di cittadinanza*, in *Dir. inf.*, 2006, 1 ss..

³⁹ Così, Trib. Roma, ord. del 16.2.1996, in *Resp. Com. Impr.*, 1996, I, 21 ss.. In quell'occasione, il comico televisivo Beppe Grillo aveva adito il Tribunale di Roma per ottenere «*un provvedimento che imponesse alla RAI S.p.A. di adempiere alle obbligazioni contrattuali assunte con lo stesso artista, trasmettendo la riduzione televisiva dello*

elaborati in subiecta materia del Giudice delle Leggi, la configurabilità di un corrispondente diritto soggettivo nei confronti della concessionaria pubblica e ciò in considerazione della natura del «servizio radiotelevisivo» diretto al soddisfacimento di interessi della collettività e non del singolo utente». Si sottolineava, infine, che nella fattispecie “non viene in questione il diritto di manifestazione del pensiero dell’artista, quanto piuttosto l’accertamento del legittimo esercizio della autonomia negoziale delle parti nello svolgimento delle trattative e/o nella esecuzione del contratto eventualmente concluso”.

Un ulteriore aspetto della libertà di informazione può, altresì, rinvenirsi nel cosiddetto interesse a ricercare le notizie, meglio noto come diritto di accesso alle fonti, il quale ha trovato una prima generale e compiuta disciplina con la legge 7 agosto 1990, n. 241, recante “*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*”⁴⁰.

spettacolo che l’attore aveva portato in scena nelle principali città d’Italia e che era stato ripreso e trasmesso all’estero da alcune emittenti televisive”.

⁴⁰ Art. 22 (“Definizioni e principi in materia di accesso”):

Ai fini del presente capo si intende:

- a) per "diritto di accesso", il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi;*
- b) per "interessati", tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso;*
- c) per "controinteressati", tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza;*
- d) per "documento amministrativo", ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale;*
- e) per "pubblica amministrazione", tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario.*

Trattasi, in particolare, di un diritto riconosciuto ai cittadini nei confronti degli atti e documenti delle pubbliche amministrazioni: diritto al quale viene apprestata, altresì, una autonoma tutela giurisdizionale avanti l'autorità amministrativa ed in relazione al quale sono, inoltre, ammesse limitazioni al suo esercizio soltanto in presenza di valori meritevoli di una peculiare tutela⁴¹.

L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza, ed attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione. Resta ferma la potestà delle regioni e degli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di garantire livelli ulteriori di tutela.

Tutti i documenti amministrativi sono accessibili, ad eccezione di quelli indicati all'articolo 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6.

Non sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo, salvo quanto previsto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in materia di accesso a dati personali da parte della persona cui i dati si riferiscono.

L'acquisizione di documenti amministrativi da parte di soggetti pubblici, ove non rientrante nella previsione dell'articolo 43, comma 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, si informa al principio di leale cooperazione istituzionale.

Il diritto di accesso è esercitabile fino a quando la pubblica amministrazione ha l'obbligo di detenere i documenti amministrativi ai quali si chiede di accedere”.

⁴¹ Art. 24 (“Esclusione dal diritto di accesso”):

Il diritto di accesso è escluso:

- a) per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801, e successive modificazioni, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo;*
- b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano;*
- c) nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione;*
- d) nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi.*

Le singole pubbliche amministrazioni individuano le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del comma 1.

Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni.

Come detto, accanto al diritto di informarsi, si pone, quale ulteriore profilo della libertà di informazione, il cosiddetto diritto all'informazione.

Trattasi di un aspetto del tutto autonomo della libertà di informazione, che si estrinseca nel generale diritto di qualsiasi persona di ottenere determinate informazioni da chi fornisce le notizie stesse⁴². Un tale diritto, ad avviso di taluni Autori, troverebbe il proprio fondamento costituzionale sempre nell'art. 21 Cost., quale norma, dunque, posta a tutela, tanto del cosiddetto lato attivo della libertà di informare, quanto del profilo passivo, garantendo,

L'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento. I documenti contenenti informazioni connesse agli interessi di cui al comma 1 sono considerati segreti solo nell'ambito e nei limiti di tale connessione. A tale fine le pubbliche amministrazioni fissano, per ogni categoria di documenti, anche l'eventuale periodo di tempo per il quale essi sono sottratti all'accesso. Con regolamento, adottato ai sensi dell' articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400 , il Governo può prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi:

- a) *quando, al di fuori delle ipotesi disciplinate dall' articolo 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, dalla loro divulgazione possa derivare una lesione, specifica e individuata, alla sicurezza e alla difesa nazionale, all'esercizio della sovranità nazionale e alla continuità e alla correttezza delle relazioni internazionali, con particolare riferimento alle ipotesi previste dai trattati e dalle relative leggi di attuazione;*
- b) *quando l'accesso possa arrecare pregiudizio ai processi di formazione, di determinazione e di attuazione della politica monetaria e valutaria;*
- c) *quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini;*
- d) *quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono;*
- e) *quando i documenti riguardino l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato.*

Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall' articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale?.

sotto quest'ultimo aspetto, l'esigenza di pervenire ad una informazione corretta e completa. In altri termini, si verrebbe a creare un vero e proprio rapporto giuridico di comunicazione, con conseguente rilevanza, da un punto di vista giuridico, e, dunque, di meritevolezza di tutela, tanto del lato attivo, quanto di quello passivo⁴³.

Una simile impostazione non è andata, peraltro, esente da critiche. Non è mancato, infatti, chi ha avuto cura di precisare come l'adesione alla suddetta tesi sarebbe fonte di una contraddizione in termini, determinando, il coevo riconoscimento dei due profili della libertà di informazione, l'effetto di una reciproca recisione degli stessi⁴⁴.

Tanto ha indotto, pertanto, altri Autori a ricercare altrove il fondamento del diritto all'informazione e, in una tale prospettiva, indispensabile è stato, ancora una volta, il contributo fornito dalla giurisprudenza costituzionale.

Si è così, giunti a riconoscere, quale fonte primaria del progressivo affermarsi del diritto all'informazione, il principio del pluralismo, a sua volta estrinsecazione del principio di eguaglianza sostanziale quale tutelato dall'art. 3, comma 2, Cost.⁴⁵.

E' stato, infatti, osservato come garantire, attraverso la pluralità dei mezzi di comunicazione di massa, una pluralità di fonti di diffusione del pensiero, e, dunque, scongiurando il rischio che tale libertà possa diventare un

⁴² Così, Zaccaria, *op. cit.*, 105.

⁴³ Così, Lipari, *Libertà di informare o diritto ad essere informati?*, *cit.*, 1 ss..

⁴⁴ E' stato, in particolare, osservato da Zaccaria, *op. cit.*, 127-128, come riconoscere un diritto del soggetto destinatario dell'informazione ad avere notizie obiettive e quanto più complete comporterebbe una ingiustificata compromissione della garanzia costituzionale apprestata alla libertà di espressione.

⁴⁵ Art. 3, comma 2, Cost.: "*E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese*".

privilegio di pochi eletti, consenta di apprestare una tutela reale e concreta alla libertà di manifestazione del pensiero⁴⁶.

E' stato, altresì, evidenziato, come il diritto all'informazione si configuri come diritto sociale, ovvero come aspettativa del singolo nei confronti dello Stato, affinché quest'ultimo ponga in essere determinati comportamenti tesi a realizzare la pretesa del singolo. Un diritto, inoltre, che non può non essere inteso quale diritto di portata generale e non già eccezionale. E', infatti, innegabile la sempre maggiore importanza assunta da un simile diritto nella realtà contemporanea, caratterizzata, appunto, da un repentino ed inarrestabile sviluppo della società dell'informazione, tale, dunque, da determinare il riconoscimento di un generale diritto ad essere informati. Tale, del resto, sembra essere stata la *ratio* della disciplina introdotta con il Codice del Consumo, nel quale, appunto, da un lato, è stato espressamente riconosciuto, quale diritto dei consumatori, il diritto “*ad una adeguata informazione*” (così, art. 2, comma 2, lett. c) D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206), dall'altro, sono stati analiticamente indicati, in relazione a ciascun settore, i contenuti minimi delle informazioni, nonché le modalità operative mediante cui garantire il rispetto dell'obbligo informativo.

⁴⁶ In particolare, come ha avuto cura di precisare la Corte costituzionale nella sentenza 7.12.1994, n. 420, in *Arch. civ.*, 1995, 25 ss.: “*il diritto all'informazione, garantito dall'art. 21 cost., implica indefettibilmente il pluralismo delle fonti e importa per il legislatore il vincolo di emettere norme preordinate ad impedire la formazione di posizioni dominanti, al fine di favorire l'accesso nel sistema radiotelevisivo del massimo numero possibile di voci diverse. Pertanto deve essere evitata la formazione di una posizione preminente di un soggetto o gruppo privato. Tale posizione causa la riduzione dell'ambito della libertà di manifestazione del pensiero di coloro che sono privi delle condizioni tecniche ed economiche. Non è sufficiente a bilanciare la posizione*

3.3. Il cosiddetto “diritto al silenzio”.

Accanto alle descritte forme di estrinsecazione della libertà di informazione, si pone, quale ulteriore aspetto della libertà tutelata dall’art. 21 Cost., specularmente a quelli finora analizzati, la libertà negativa di manifestazione del pensiero.

Costituisce, infatti, un corollario di tutte le moderne democrazie il riconoscimento di una tutela del cosiddetto “diritto al silenzio”, costituendo esso, al pari dei descritti profili “positivi” della libertà di manifestazione del pensiero, una forma di espressione di tale libertà.

Conseguentemente, posto che, come detto, oggetto della libertà tutelata dall’art. 21 Cost. sono tanto i pensieri, le opinioni personali e le idee, quanto le notizie e/o le informazioni in genere⁴⁷, anche il diritto al silenzio, siccome forma peculiare di manifestazione (anzi, di non manifestazione) del pensiero, potrà estrinsecarsi nel diritto a non esprimere propri pensieri, e/o opinioni, nonché a non rivelare notizie o fatti di cui si sia stati in precedenza informati.

E’ bene, inoltre, rilevare come, al pari della libertà “positiva” di manifestazione del pensiero, anche il diritto al silenzio presenti non pochi profili di collegamento con altre libertà costituzionali, le quali si pongono in un rapporto di *species* a *genus* con la prima. Si pensi alle norme, espressamente previste nel testo costituzionale, in materia di segretezza, e, in particolare (ma non solo), alle previsioni di cui all’art. 15 Cost., sulla segretezza della corrispondenza⁴⁸, nonché al precetto contenuto nel successivo art. 48, sulla segretezza del voto⁴⁹.

preminente del privato la presenza di un organismo concessionario del servizio pubblico radiotelevisivo”.

⁴⁷ Si rinvia a quanto osservato, *supra*, al § 2.

⁴⁸ Si veda, *supra*, nota 16.

⁴⁹ Art. 48, comma 2: “*Il voto è personale ed eguale, libero e segreto*”.

Si precisa, inoltre, come anche tale forma di manifestazione del pensiero, al pari delle altre, non potrà non essere sottoposta ai medesimi limiti sottesi all'esercizio di tale libertà: limiti per i quali si rinvia a quanto si esporrà nei successivi paragrafi⁵⁰.

3.4. La propaganda e la pubblicità. Cenni.

Si è già accennato alla possibilità di ricomprendere nell'ambito della tutela costituzionale prevista dall'art. 21 Cost. fenomeni quali la pubblicità e la propaganda⁵¹.

In particolare, quanto all'attività pubblicitaria, una simile impostazione trova il proprio fondamento da un lato, come detto, nella amplissima accezione in cui si è soliti intendere la libertà di espressione, tale, cioè, da ricomprendere qualsiasi forma di manifestazione del pensiero, dall'altro, nella duplice natura di tale libertà, ovvero quale libertà tanto di tipo individuale, quanto, però, e al contempo, che ben può essere esercitata anche in forma di impresa⁵².

Si precisa, peraltro, come la qualificazione della pubblicità quale forma di manifestazione del pensiero abbia dato luogo ad un ampio dibattito circa le forme di tutela da apprestare alla stessa: se, cioè, tale attività possa essere ricondotta nell'ambito di protezione di cui all'art. 21 Cost.⁵³, in considerazione della natura di manifestazione del pensiero dell'attività pubblicitaria o se, piuttosto, tale attività rimanga al di fuori di un simile

⁵⁰ Cfr., *infra*, § 5.

⁵¹ Si veda, *supra*, nota 12.

⁵² Si pensi, sotto quest'ultimo profilo, al sempre maggior sviluppo, nella realtà odierna, della cosiddetta imprenditoria della comunicazione.

⁵³ In tali termini Vignudelli, *Aspetti giuspubblicistici della comunicazione pubblicitaria*, Rimini, 1983, 100 ss.; Ghidini, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, 1968, 288 ss.; Fusi, *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Milano, 1970, 9 ss..

ambito, dovendo, al contrario, invocarsi, quale fondamento costituzionale dell'attività pubblicitaria, il dettato dell'art. 41 Cost.⁵⁴, attesa la sua natura di attività di impresa.

Nell'ambito di tale *querelle*, si è inserita la nota pronuncia n. 68 del 1965⁵⁵ della Corte costituzionale, con la quale si è esclusa, in maniera, per così dire, perentoria, la tutela della pubblicità sulla base dell'art. 21 cost.⁵⁶.

Cionondimeno, non è mancato chi ha preferito privilegiare la peculiare natura della comunicazione pubblicitaria, il cui fondamento deve rinvenirsi tanto nell'art. 21 Cost., quanto nella previsione di cui all'art. 41 Cost.. Secondo i fautori di tale teoria, infatti, essendo la pubblicità una forma di manifestazione del pensiero, non potrà non invocarsi, in relazione ad essa, la tutela prevista dall'art. 21 Cost.; cionondimeno, trattandosi, al contempo, di manifestazione del pensiero tesa a realizzare fini di lucro, e, dunque, obiettivi economici in senso stretto, dovrà parimenti applicarsi, ai fini della tutela del fenomeno pubblicitario ed in combinato disposto con il menzionato art. 21 Cost., la disciplina costituzionale dettata in materia di attività economica di impresa.

Analogamente, anche l'attività di propaganda è stata interessata da un acceso dibattito in merito alla riconducibilità di tale fenomeno nell'ambito di tutela fornita dall'art. 21 cost..

In particolare, a sostegno della estensione anche a tale attività della tutela costituzionale apprestata alla libertà di espressione, si è fatto leva sulla *ratio* dell'art. 21 Cost., la quale dovrebbe indurre a preferire una nozione ampia

⁵⁴ Stabilisce l'art. 41 Cost.: "*L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*".

⁵⁵ Corte cost., 12.7.1965, n. 68, in *Rass. dir. pen.*, 1965, II, 813 ss..

di tale libertà. In una simile prospettiva, è stato osservato come costituisca una delle funzioni peculiari della libertà di manifestazione del pensiero proprio quella di “persuadere altri della bontà di determinate ideologie o fedi”⁵⁷: ciò che costituirebbe, appunto, lo scopo precipuo della attività di propaganda.

In una diversa prospettiva, altri Autori hanno messo in evidenza le differenze tra la libertà tutelata dall’art. 21 Cost. e la propaganda, quest’ultima ritenuta non riconducibile nell’ambito di protezione apprestato alla prima, siccome finalizzata esclusivamente a “colpire” la sfera emotiva ed irrazionale delle persone⁵⁸.

E’ bene, peraltro, precisare come, indipendentemente dalla tesi cui si voglia aderire, l’interrogativo principale da porsi sembrerebbe attenersi alla corretta individuazione del contenuto e dell’oggetto dell’attività di propaganda⁵⁹, considerando, in particolare, come essa debba essere distinta dal fenomeno della istigazione, che, proprio perché tesa a “condizionare” in maniera diretta la volontà dei soggetti cui è rivolta, non potrà essere ricompresa nell’ambito di protezione di cui all’art. 21 Cost..

4. Le garanzie costituzionali della libertà di espressione.

Una volta individuati oggetto e contenuto della libertà di manifestazione del pensiero, si reputa opportuno, in linea con il dettato dell’art. 21 Cost.,

⁵⁶ Cfr., al riguardo, Fois, *Censura e pubblicità economica*, in *Giur. cost.*, 1965, 852 ss..

⁵⁷ Così, fra i tanti, Balladore-Pallieri, *Diritto costituzionale*, Milano, 1972, 413 ss..

⁵⁸ Così, Bettiol, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, 13 ss..

⁵⁹ In proposito, peraltro, affatto chiaro risulta l’orientamento della Corte costituzionale, la quale, se ha ritenuto ammissibile la propaganda cosiddetta “generica”, ha, invece, ritenuto inammissibile qualsiasi “indiscriminata pubblica propaganda” (Corte cost., 19.2.1965, n. 9, in *Giur. Cost.*, 1965, 61 ss.).

procedere nell'esame dei principi costituzionali preposti a tutela della stampa⁶⁰.

In una simile prospettiva, una prima garanzia apprestata alla libertà di espressione è costituita dal divieto di sottoporre la stampa ad autorizzazioni o censure⁶¹.

Trattasi di norma la cui *ratio* deve rinvenirsi, sotto un primo profilo, nel contesto storico in cui venne emanata, ovvero immediatamente dopo l'esperienza fascista, dunque, nell'intento di evitare di sottoporre la stampa a quegli interventi di controllo politico effettuati dagli organi di polizia.

D'altra parte, un simile divieto trova il proprio fondamento, altresì, nella natura stessa della libertà di manifestazione del pensiero: una libertà, cioè, di carattere inviolabile ed indisponibile, come recita l'*incipit* dell'art. 21 Cost., laddove afferma che *“tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione”*, nei confronti della quale, pertanto, qualsiasi vincolo preventivo non può non risultare incostituzionale⁶².

⁶⁰ Il riferimento alla stampa deve, peraltro, essere inteso non come un privilegio attribuito ad essa rispetto agli altri mezzi di diffusione del pensiero, i quali, pertanto, godranno delle medesime tutele e garanzie apprestate alla stampa.

⁶¹ La Corte costituzionale ha avuto cura di delinearne il contenuto, rilevando, in particolare, quanto alla nozione di autorizzazione, come siano tali tutti quei *“provvedimenti preventivi che, rimessi al potere discrezionale dell'autorità amministrativa, potrebbero eventualmente impedire la pubblicazione degli scritti destinati al pubblico, come appunto i giornali ed i periodici”* (Corte cost., 26.1.1957, n. 51, in *Giur. cost.*, 1957, 420 ss.). Quanto, invece, alla censura, anch'essa è stata intesa, al pari dell'autorizzazione, quale forma di controllo preventivo sulla stampa, effettuato attraverso un *“giudizio sulla manifestazione del pensiero rimesso alla pubblica amministrazione”* (Corte cost., 18.5.1972, n. 93, in *Giur. cost.*, 1972, 1156 ss.).

⁶² In questi termini, Ruffolo, *Manifestazione del pensiero e pubblicità redazionale: il percorso tortuoso di una libertà scomoda*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, 132 ss.. L'Autore affronta, in particolare, il tema dell'autodisciplina dell'attività giornalistica, ritenendola *“inaccettabile ... soprattutto in considerazione delle profonde ragioni di incompatibilità con il dettato costituzionale, che non sembrano difficili da evidenziare”*, in quanto qualsiasi forma di autodisciplina dell'attività giornalistica *“verrebbe a tradursi, di fatto, in uno strumento di preventiva (disciplina e conseguente) censura”*.

Non è mancato, peraltro, chi si è interrogato sul reale ambito di operatività del predetto divieto: se, cioè, esso sia riferito esclusivamente alla stampa (intendendosi per tale, come detto, tutti i mezzi di veicolazione della manifestazione del pensiero), ovvero debba essere esteso a qualsiasi stampato, indipendentemente dal contenuto dello stesso⁶³.

E' stato, in particolare, osservato come l'adesione alla prima delle prospettate tesi presupporrebbe un necessario e preventivo controllo teso ad individuare il contenuto della stampa, in tal modo, però, ponendo nel nulla il precetto stesso di cui all'art. 21, comma 2, Cost..

Sulla base di una simile premessa, i fautori della seconda delle menzionate tesi, prendendo spunto dal tenore letterale della norma, ove si specifica che *“la stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure”*, sono giunti ad affermare l'estensione delle garanzie costituzionali contemplate dall'art. 21 Cost. anche a fenomeni diversi dalla manifestazione del pensiero e, in particolare, alla pubblicità commerciale, laddove essi vengano veicolati attraverso la stampa⁶⁴.

Altro precetto costituzionale finalizzato alla tutela della stampa è contenuto nel successivo terzo comma dell'art. 21 Cost., laddove viene sancito un generale divieto di sottoporre a sequestro la stessa, ammettendo il ricorso a tale misura soltanto in due ipotesi (ovvero, *“nel caso di delitti”* e *“nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei*

⁶³ Così, Principato, *La pubblicità redazionale fra libertà di cronaca e libertà di comunicazione pubblicitaria*, in *Riv. inf. e informatica*, 2003, 4-5, 855 ss.. Negli stessi termini, Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., 122 ss..

⁶⁴ In tal senso, sembrerebbe far propendere anche la definizione di stampa contenuta nella legge 8.2.1948, n. 47 (recante *“Disposizioni sulla stampa”*), ove, all'art. 1, si legge: *“sono considerate stampe o stampati, ai fini di questa legge, tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione”*, senza specificare alcunché in ordine al contenuto della stampa.

responsabili”), peraltro prevedendo, anche in relazione a tali ipotesi, specifiche ed ulteriori cautele.

Procedendo nell’esame del contenuto specifico della suddetta disposizione, è bene preliminarmente individuare la portata del precetto contenuto nel terzo comma dell’art. 21 Cost. e, in particolare, l’oggetto del divieto.

In particolare, il dettato costituzionale, se, da un lato, limita la possibilità di ricorrere al sequestro per accertate violazioni della legge penale e, nella specie, nel caso di delitti, dall’altro introduce tanto una riserva di legge quanto una riserva di giurisdizione, in tal modo circoscrivendo ancor di più il già ristretto ambito di operatività della menzionata misura inibitoria.

Come visto, infatti, con riferimento alla cosiddetta riserva di legge, si stabilisce che il sequestro può essere ammesso soltanto nel caso di delitti per i quali la legge sulla stampa⁶⁵ lo autorizzi espressamente. In altri termini, affinché possa essere disposto il sequestro della stampa, è richiesto il verificarsi di una delle seguenti ipotesi: che sussista una fattispecie

⁶⁵ In proposito, peraltro, la Corte costituzionale ha inteso il riferimento alla legge sulla stampa come esteso a tutte quelle leggi che abbiano ad oggetto tale mezzo di diffusione del pensiero e, dunque, non soltanto la legge n. 47/1948, non essendo in contrasto con il precetto costituzionale, ad avviso della Consulta, la previsione di casi di sequestro contenuta all’interno di tali leggi. Così, Corte Cost., 19.1.1972, n. 4, in *Giur. cost.*, 1972, 12 ss.. Del resto, numerosi sono i casi di sequestro della stampa contemplati da leggi diverse dalla L. n. 47/48. Tra queste, la legge 20 giugno 1952, n. 645, recante “*Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione*”, la quale, all’art. 8 (“*Provvedimenti cautelari in materia di stampa*”) così dispone:

“Anche prima dell’inizio dell’azione penale, l’autorità giudiziaria può disporre il sequestro dei giornali, delle pubblicazioni o degli stampati nella ipotesi del delitto preveduto dall’art. 4 della presente legge.

Nel caso previsto dal precedente comma, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell’autorità giudiziaria, il sequestro dei giornali e delle altre pubblicazioni periodiche può essere eseguito dagli ufficiali di polizia giudiziaria, che debbono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, farne denuncia all’autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro si intende revocato e privo di ogni effetto.

Nella sentenza di condanna il giudice dispone la cessazione dell’efficacia della registrazione, stabilita dall’art. 5, L. 8 febbraio 1948, n. 47, per un periodo da tre mesi a un anno e, in caso di recidiva, da sei mesi a tre anni”.

delittuosa, in relazione alla quale la legge espressamente autorizzi il ricorso alla predetta misura inibitoria (condizioni, queste, entrambe imprescindibili), ovvero che vi sia stata una violazione delle norme “*che la legge stessa prescriva per l’indicazione dei responsabili*”. Conseguentemente, qualora non ricorra nessuna delle due fattispecie contemplate dal precetto costituzionale oppure difetti, con riferimento alla prima, uno soltanto dei presupposti richiesti *ex lege*, dovrà ritenersi operante il generale divieto di sequestro.

Accanto alla riserva assoluta di legge, il comma 3 dell’art. 21 Cost. prevede, come detto, anche una riserva di giurisdizione in ordine alla possibilità di procedere a forme di sequestro della stampa, laddove richiede, appunto, “*un atto motivato dell’autorità giudiziaria*”. Riserva, anch’essa, al pari di quella di legge, intesa in termini molto rigorosi, come si evince dalla articolata disciplina, prevista, nel successivo comma quarto, con riferimento alle ipotesi in cui sia ammesso derogare a tale riserva (ovvero, “*quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell’autorità giudiziaria*”). Ed infatti, il Costituente ha avuto cura di specificare che, qualora ricorra una simile situazione, sarà ammesso soltanto il sequestro “*della stampa periodica*”, effettuato da “*ufficiali di polizia giudiziaria*”, i quali, inoltre, saranno tenuti, “*immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore*”, a “*fare denuncia all’autorità giudiziaria*”.

Da ultimo, si precisa nella norma, verrà meno qualsiasi effetto del provvedimento di sequestro in precedenza disposto, che dovrà, pertanto, essere ritenuto *tamquam non esset*, qualora non si abbia la convalida dello stesso “*nelle ventiquattro ore successive*”.

Trattasi, dunque, di norma tesa a precludere una qualsivoglia, seppur minima, inibizione alla libertà di manifestazione del pensiero. Conseguentemente, anche laddove tale libertà risulti oggetto di un abuso e/o

di un contegno illecito, opererà il menzionato divieto, non essendo consentito, in tali casi, essere sottratta, la libertà di parola, alla garanzia costituzionale ad essa apprestata, ma potendo, tutt'al più, costituire, i predetti contegni illeciti, fonte di responsabilità per gli autori degli stessi⁶⁶.

In altri termini, qualora si faccia un uso illecito della libertà di manifestazione del pensiero, ad esempio diffondendo uno scritto slealmente concorrenziale, esso non potrà, in alcun modo, “annullare” la garanzia costituzionale di cui gode lo stesso scritto, siccome forma di manifestazione del pensiero, che, dunque, non potrà essere sottoposto a forme di censure né di inibizione, ma potrà, semmai, generare una responsabilità sulla base della disciplina dettata in materia di concorrenza sleale⁶⁷.

E' bene, inoltre, precisare come il divieto contenuto nell'art. 21, comma terzo, Cost. sia stato interpretato dalla giurisprudenza non già in termini restrittivi, nel senso, cioè, di riferirsi esclusivamente al sequestro, bensì esteso a tutti quei provvedimenti, anche meramente interdittivi, tali da determinare i medesimi effetti del sequestro vietato dall'art. 21 Cost., e, dunque, parimenti inammissibili in quanto in contrasto con la garanzia costituzionale⁶⁸.

Il riferimento corre, in particolare, allo strumento della tutela d'urgenza previsto dall'art. 700 c.p.c., cui spesso si è fatto ricorso per ottenere pronunce di inibizione dell'ulteriore diffusione di forme di manifestazione del pensiero, ritenute lesive dell'onore e/o della dignità di determinati

⁶⁶ In questi termini. Ruffolo, *Pubblicità redazionale, manifestazione del pensiero e limiti (anche costituzionali) al rimedio inibitorio/censorio*, in *Resp. Com. Impr.*, 1996, 167 ss..

⁶⁷ A tal proposito, un ambito nel quale trovano applicazione i menzionati principi è stato quello della cosiddetta vendita di quotidiani sottocosto, nota anche come “*Dumping interno*” ed analizzata da dottrina e giurisprudenza sulla base della disciplina concorrenziale, ed, in particolare, alla luce del disposto dell'art. 2598 n° 3 c.c..

⁶⁸ Ruffolo, *Pubblicità redazionale, manifestazione del pensiero e limiti (anche costituzionali) al rimedio inibitorio/censorio*, cit., 175.

soggetti. In tali ipotesi, infatti, la giurisprudenza è giunta a ritenere inammissibile la richiesta di un provvedimento cautelare, ad esempio, di divieto di diffusione di periodici, argomentando, appunto, dal fatto che esso *“si risolverebbe in un sequestro di copia della rivista, con evidente aggiramento della norma costituzionale dell’art. 21 Cost.”*⁶⁹.

Altro settore nel quale è stata ribadita la impossibilità di sottoporre a forme di inibizione la libertà di espressione è quello della televisione. In particolare, come ha avuto modo di precisare la Pretura di Roma, adita per ottenere un provvedimento di inibizione della futura trasmissione televisiva dalla quale sarebbero scaturiti pregiudizi alla reputazione del ricorrente, *“la trasmissione in parola, integralmente in diretta... non potrebbe subire un controllo preventivo perché questo costituirebbe una inammissibile violazione del diritto di manifestazione del pensiero garantito dall’art. 21 Cost. ... Non esiste, infatti, nel nostro ordinamento una possibilità di comprimere preventivamente qualsivoglia espressione del pensiero, a prescindere dal mezzo di cui ci si serva per la sua diffusione. Nella specie sarebbe, infatti, necessario sindacare l’argomento del programma, indagando sulle intenzioni del conduttore e degli esperti, stabilendo in maniera inammissibile cosa possa e cosa non possa dirsi”*⁷⁰.

⁶⁹ Così, Pret. Verona, 18.10.1991, in *Dir. inf.*, 1992, 103 ss.. Negli stessi termini, Trib. Perugia, 17.6.1995, in *Rass. Giur. umbra*, 1995, 448 ss., che ha precisato che *“i limiti a cui l’art. 21 comma 3 cost. subordina la concessione del sequestro di pubblicazioni a stampa trovano applicazione anche in caso di adozione di provvedimenti d’urgenza interdittivi ex art. 700 c.p.c.”*.

⁷⁰ Pret. Roma, ord. d.d. 4.2.1992, in *Resp. Com. Impr.*, 1997, 187 ss.. In quella circostanza, il ricorrente adiva il giudice capitolino assumendo di essere rimasto vittima di una crisi finanziaria che aveva determinato la dichiarazione di fallimento di alcune società da lui amministrare e di altre a lui collegate e rilevando che a tale circostanza era stato dato ampio risalto dalla stampa nazionale nonché dalla trasmissione televisiva RAI *“Mi manda Lubrano”*. Rilevava, in particolare, il ricorrente, che di un tale argomento si sarebbe trattato nella puntata che avrebbe dovuto essere stata trasmessa il 29.1.1992, di cui si dava notizia su vari settimanali di programmi tv, ove si specificava che sarebbe stata ricostruita *“una truffa organizzata da un imprenditore napoletano”*. Conseguentemente,

Un simile indirizzo seguito dalla giurisprudenza svela, dunque, la maggiore attenzione che si è inteso dare, più che all'illecito in sé, allo strumento attraverso cui viene perpetrato l'illecito, ovvero qualsiasi mezzo di veicolazione della libertà di parola, pervenendo, in tal modo, alla conclusione per cui, se il ricorso alla tutela d'urgenza è ammissibile per ottenere provvedimenti inibitori nei confronti di condotte illecite, non è, al contrario, consentito laddove i medesimi illeciti vengano realizzati mediante uno strumento che goda della tutela di cui all'art. 21 Cost.⁷¹. Impostazione, questa, che d'altra parte, risponde alla *ratio* stessa degli analizzati precetti costituzionali in ordine alle garanzie di cui gode la libertà di manifestazione del pensiero.

5. Il sistema dei limiti costituzionali alla libertà di manifestazione del pensiero.

Individuati contenuto e garanzie costituzionali della libertà di espressione, occorre esaminare i limiti sottesi all'esercizio di tale libertà, concorrendo, un simile profilo, a delineare la portata effettiva ed i contorni di tale diritto.

Al riguardo, è bene anticipare come, sebbene il dettato costituzionale individui esplicitamente un unico limite all'esercizio della libertà di espressione, ovvero quello del buon costume, esso non esaurisce la categoria dei limiti opponibili alla predetta libertà, essendo dato rinvenire ben altri limiti, cosiddetti impliciti, la cui previsione risulta, d'altra parte, necessitata dall'esigenza di un contemperamento tra la libertà di

chiedeva il ricorrente che fosse inibita alla RAI la trasmissione televisiva "Mi manda Lubrano" nella parte relativa alla descritta vicenda.

⁷¹ Ruffolo, *Pubblicità redazionale, manifestazione del pensiero e limiti (anche costituzionali) al rimedio inibitorio/censorio*, cit., 175.

manifestazione del pensiero ed altri valori ed interessi parimenti meritevoli di tutela.

E', infatti, evidente che circoscrivere i limiti della libertà di manifestazione del pensiero al solo limite contemplato dal comma sesto dell'art. 21 Cost. comporterebbe una espansione smisurata di tale libertà, con serio pregiudizio per altri valori ed interessi di pari rango costituzionale.

Quanto da ultimo detto consente di individuare in cosa consista un simile limite: tale è quel diritto e/o interesse individuale contrastante con altro diritto e/o interesse individuale meritevole della medesima tutela costituzionale⁷².

Non è mancato, peraltro, chi ha operato una distinzione in ordine ai limiti opponibili alla libertà di manifestazione del pensiero, a seconda dell'ambito di riferimento della libertà stessa. Si è, così, proceduto alla distinzione tra forme di manifestazione del pensiero in materie cosiddette privilegiate ed in materie non privilegiate, includendo, in particolare, fra le prime le manifestazioni religiose, scientifiche, artistiche e politiche⁷³, siccome riguardanti specifici profili della diffusione del pensiero, fra le seconde, invece, tutte quelle non ricomprese nelle prime.

Sulla scorta di una simile differenziazione, taluni Autori hanno escluso, in relazione alle materie privilegiate, un, ancorché minimo, intervento del Legislatore ordinario teso a limitare l'esercizio della libertà di parola⁷⁴, ritenendo operanti, in tali materie, gli specifici precetti costituzionali relativi alle stesse (quali l'art. 19 Cost., con riferimento alla libertà religiosa, l'art.

⁷² Così, Vignudelli, *cit.*, 90.

⁷³ Fois, *Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero*, *cit.*, 78 ss..

⁷⁴ Critico in ordine alla distinzione tra materie privilegiate e non, Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, *cit.*, 424 ss., il quale, in particolare, osserva come la stessa porterebbe alla antigarantista conclusione della legittimità dell'imposizione di qualsiasi limite sulle manifestazioni del pensiero in materie non privilegiate.

33 Cost., quanto, invece, alla libertà dell'arte e della scienza). Diversamente, maggiore discrezionalità sembrerebbe prospettarsi quanto alle materie cosiddette non privilegiate. A supporto di una simile teoria, si è, ad esempio, osservato che, laddove il Costituente ha voluto ritenere operante il limite del buon costume, lo ha espressamente previsto⁷⁵, con la conseguenza che, laddove, al contrario, tale limite non sia stato previsto (come, appunto, nel caso della libertà dell'arte e della scienza), esso non potrà ritenersi operante.

Cionondimeno, si è avuto modo di rilevare come, qualora prevalga il mezzo del pensiero rispetto alla materia, anche in relazione alle materie privilegiate potrebbero ritenersi operanti i limiti opponibili alla libertà di manifestazione del pensiero, venendo in considerazione non tanto il peculiare oggetto della libertà di espressione, bensì la stessa manifestazione del pensiero, e, dunque, dovendosi invocare la tutela di cui all'art. 21 Cost.⁷⁶.

5.1. Il limite esplicito del buon costume.

Come si è già anticipato, l'unico limite all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero espressamente previsto dal dettato costituzionale è quello contemplato dal comma sesto dell'art. 21 Cost., che vieta *“le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume”*. Prosegue, poi, la norma nel

⁷⁵ Il riferimento è al contenuto dell'art. 19 Cost., sulla libertà religiosa, nel quale si rinvia, con riferimento alla nozione di buon costume, una previsione del tutto analoga rispetto a quella contenuta nell'art. 21 Cost.: analogia dalla quale, dunque, ben può desumersi una parimenti analoga tutela apprestata alle due libertà, quantomeno con riferimento al predetto limite.

⁷⁶ Così Chiola, *cit.*, 8.

rimandare alla legge l'adozione di “*provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni*”.

Volendo tentare una prima definizione di buon costume, la nozione che si ricava dal dettato costituzionale, pur nella sua indeterminatezza e genericità, sembrerebbe rinviare, quantomeno in un primo momento, a quel complesso di regole, di natura etico-morale, proprie di una determinata società in uno specifico contesto storico, tese a tutelare il sentimento etico e la morale sessuale⁷⁷.

Un simile significato non troverebbe, peraltro, conferma nei lavori preparatori alla nostra Carta costituzionale, in occasione dei quali la nozione di buon costume veniva preferita a quella di “pubblica moralità”⁷⁸, con la conseguenza che al concetto di buon costume quale contenuto nell'art. 21 Cost. veniva attribuita una portata ben più ristretta rispetto al significato comunemente dato allo stesso.

Già queste poche considerazioni svelano i non pochi dubbi ed incertezze in ordine alla nozione di buon costume che emerge dal dettato costituzionale. Dubbi che hanno interessato tanto la dottrina quanto la stessa Corte Costituzionale, la quale ultima, peraltro, si è preoccupata di adeguare il contenuto di tale limite al mutare del contesto sociale.

5.1.1. Le diverse teorie interpretative e l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale.

Passando ad esaminare le teorie che si sono sviluppate in ordine alla nozione di buon costume quale limite opponibile all'esercizio della libertà di espressione, un primo orientamento, peraltro minoritario, ha cercato di

⁷⁷ In questi termini, Vignudelli, *cit.*, 91.

⁷⁸ Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, *cit.*, 460.

elaborare una definizione di buon costume alla luce del diritto civile. In una simile prospettiva, il predetto limite, lungi dall'essere circoscritto alla sfera della morale sessuale, ricomprenderebbe anche la più generale sfera dell'*honeste vivere* (la cosiddetta morale pubblica)⁷⁹.

Non poche, peraltro, sono state le critiche all'accezione civilistica di buon costume, le quali hanno evidenziato, in particolare, come, aderendo a tale impostazione, si perverrebbe ad un'opera di sostanziale svuotamento della libertà di manifestazione del pensiero.

Diverso, sebbene parimenti minoritario, è l'orientamento che, forse nel timore di "affidare" la definizione di buon costume al legislatore ordinario, riconduce tale limite ai valori etici della Costituzione⁸⁰.

Maggior seguito ha avuto, invece, l'orientamento cosiddetto penalistico, il quale ha elaborato una definizione del limite previsto dall'art. 21, comma sesto, Cost., sulla base delle norme dell'ordinamento penale a tutela del relativo bene e, dunque, lo ha circoscritto alla nozione penalistica di buon costume⁸¹. In una simile impostazione, è stato individuato, quale contenuto di tale limite, il comune senso del pudore e di pubblica decenza: ovvero, più in generale, la nozione di morale sessuale⁸².

Cionondimeno, è bene precisare come, nonostante l'orientamento prevalente sembri prediligere la "lettura" penalistica, non sono del tutto scomparsi i dubbi circa il significato da attribuirsi a tale limite.

⁷⁹ Così, in dottrina Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1989. In giurisprudenza, Cass. 17.6.1950, n. 1552, in *Foro it. Mass.*, 1950, 326 ss..

⁸⁰ Così, De Roberto, *Buon costume*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988.

⁸¹ Così, Esposito, *cit.*.

⁸² Stabilisce, infatti, l'art. 529 c.p. ("*Atti e oggetti osceni: nozione*"): "*Agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore*".

In particolare, è stata evidenziata la non esaustività del riferimento alle norme del diritto penale⁸³, ben potendo il limite del buon costume, da un lato, essere circoscritto ai delitti relativi al pudore sessuale (Libro II, Titolo IX, c.p.), dall'altro lato, essere esteso anche a quei delitti che si riferiscano, più in generale, alla pubblica decenza, la quale, non necessariamente, attiene alla sfera sessuale, dall'altro lato ancora, essere ricondotto a quei reati che presentino un collegamento con la sfera sessuale e, purtuttavia, siano diversamente rubricati⁸⁴.

In tale contesto, si sono inserite le numerose pronunce rese dalla Corte costituzionale, la quale, nel tentativo di comporre i diversi indirizzi affermatasi nel tempo, ha, in un primo momento, precisato che rimangono estranei alla nozione penalistica di buon costume concetti quali la morale o la coscienza etica, dovendo il predetto limite essere interpretato, piuttosto, come complesso di precetti riguardanti specifici comportamenti da tenere nella vita di relazione, l'inosservanza dei quali determina *“la violazione del pudore sessuale, della dignità personale che con esso si congiunge, e del sentimento morale dei giovani”*⁸⁵. Proprio nei confronti dei giovani è apprestata una tutela, per così dire rafforzata⁸⁶, nel senso, cioè, che la giovane età dei destinatari della manifestazione del pensiero impone, conformemente alla esplicita tutela costituzionale della gioventù⁸⁷, una maggior protezione, attuata, appunto, attraverso lo strumento del limite del buon costume.

⁸³ In questi termini, Chiola, *Manifestazione del pensiero*, cit., 9.

⁸⁴ Fra questi, i delitti contro la famiglia.

⁸⁵ Corte cost., 19.2.1965, n. 9, in *Giur. cost.*, 1965, 61 ss..

⁸⁶ Così, Zaccaria, cit., 61.

⁸⁷ Il riferimento è all'art. 31 Cost., che al comma secondo prevede espressamente che la Repubblica *“protegge la maternità e l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo”*.

La Corte Costituzionale ha, inoltre, ribadito, a più riprese, la peculiare natura della nozione di buon costume, quale concetto continuamente *in fieri*, attesa la necessità di un costante adeguamento al mutare del contesto sociale di riferimento⁸⁸. Si pensi, ad esempio, all'evoluzione in materia di incitamento a pratiche contro la procreazione, con riferimento alla quale i giudici costituzionali hanno ritenuto la previsione, all'interno del codice penale, della relativa fattispecie criminosa, dapprima conforme al dettato costituzionale, siccome considerata relativa alla tutela del buon costume (inteso dalla Corte come coincidente con la morale pubblica, ma non anche con la distinta nozione di morale individuale)⁸⁹, successivamente, invece, illegittima⁹⁰. Nel rilevare l'illegittimità della fattispecie di reato, la Corte costituzionale ha specificato il contrasto della norma penale con quanto prescritto dagli art. 18, 21 e 32 Cost., evidenziando, in particolare, l'utilità, a livello informativo, della propaganda anticoncezionale, rinvenendo, per contro, la *ratio* della prima in ragioni di carattere storico-demografico, ritenute, cionondimeno, non sussistenti nella fattispecie all'esame della Consulta⁹¹.

Una simile evoluzione ha, peraltro, determinato non poche perplessità e riserve in dottrina, ove si è evidenziato, infatti, come proprio l'elasticità della nozione di ordine pubblico potrebbe risultare in contrasto con i

⁸⁸ Si è, in particolare, osservato come “*il buon costume è diretto a significare un valore riferibile alla collettività in generale, nel senso che denota le condizioni essenziali che, in relazione ai contenuti morali e alle modalità di espressione del costume sessuale in un determinato momento storico, siano indispensabili per assicurare, sotto il profilo considerato, una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali inviolabili di tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone (art. 2 Cost.)*” (Corte cost., 27.7.1992, n. 368, in *Giur. cost.*, 1992, 2936 ss.).

⁸⁹ Corte cost., n. 9/1965, *cit.*.

⁹⁰ Corte cost., 16.3.1971, n. 49, in *Giur. cost.*, 1971, 525 ss..

⁹¹ In questi termini, Vignudelli, *cit.*, 93.

principi di tassatività e determinatezza delle fattispecie penali, a loro volta espressioni del più generale principio di legalità⁹².

5.1.2. Le misure a tutela del buon costume.

Come si è anticipato all'inizio della analisi sul limite del buon costume, la previsione contenuta nel comma sesto dell'art. 21 Cost., se, da un alto, introduce un limite esplicito, di rango costituzionale, opponibile all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, dall'altro lato, demanda al legislatore ordinario la disciplina dei provvedimenti preventivi e repressivi da adottare nei confronti del limite stesso. L'espressa previsione di una riserva di legge per l'adozione di misure preventive e/o repressive delle violazioni del limite del buon costume comporta, dunque, quale diretta conseguenza, l'impossibilità di reprimere, ad esempio, forme di manifestazione del pensiero soltanto per essere, queste ultime, in contrasto con il limite, costituzionalmente previsto, del buon costume. Occorrerà, infatti, una espressa previsione di legge affinché possano essere adottate le misure repressive (ma analogo discorso deve essere fatto per le misure preventive) delle forme di diffusione del pensiero rientranti tra quelle comprese nel limite posto alla libertà di espressione.

La norma costituzionale precisa, inoltre, come i provvedimenti da adottare (di natura preventiva o repressiva) debbano essere, oltre che espressamente previsti dal legislatore, altresì "adeguati"⁹³. In altri termini, nei confronti di manifestazioni del pensiero in contrasto con il limite del buon costume potranno essere adottate dal legislatore non già tutte le misure di carattere repressivo o preventivo, bensì soltanto quelle che risultino adeguate, tali,

⁹² Così, Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 1992, 102.

⁹³ Da tanto non può non discenderne la necessità di un controllo di legittimità sulla scelta delle misure da adottare, compiuta dal legislatore.

cioè, da consentire un equo bilanciamento tra la tutela del buon costume, da un lato, e la protezione della libertà di parola, dall'altro, al fine di evitare che l'esigenza di prevenire o reprimere forme lesive del primo possano, di fatto, determinare una indebita compressione della seconda.

In particolare, una prima forma di applicazione del precetto costituzionale in commento si è avuta nel settore cinematografico, con l'introduzione, nel 1962, della legge sulla revisione dei film e dei lavori teatrali (l. 21 aprile 1962, n. 161), tuttora vigente⁹⁴. Con tale intervento normativo è stato, infatti, demandato all'allora Ministero del turismo e dello spettacolo, attraverso una articolata procedura di revisione, il controllo sulle "proiezioni in pubblico dei film" nonché sui film nazionali destinati al mercato estero. Controllo che richiede, ai fini del rilascio del nulla osta alla proiezione della pellicola, come previsto all'interno della legge, un preventivo parere di conformità rilasciato da apposite commissioni, le quali abbiano prima esaminato il film.

Viene, altresì, specificato, nella legge in commento, come le Commissioni procedano alla valutazione delle pellicole sulla base del criterio del buon costume, quale espressamente previsto dal comma 6 dell'art. 21 Cost.⁹⁵: è, infatti, alla stregua di tale parametro che viene valutata la concessione o meno del nulla-osta alla proiezione della pellicola.

Accanto ad un simile criterio, la legge ne ha previsti di ulteriori, finalizzati alla tutela dei minori, individuati nella "particolare sensibilità dell'età

⁹⁴ Per un esame della legge n. 161/62, si veda, Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 593 ss..

⁹⁵ Stabilisce, infatti, l'art. 6, comma 1, L. n. 161/1962: "La Commissione di primo grado dà parere contrario, specificandone i motivi, alla proiezione in pubblico, esclusivamente ove ravvisi nel film sia nel complesso, sia in singole scene o sequenze, offesa al buon costume", precisando, altresì, nel successivo comma 2, che "il riferimento al buon costume contenuto nel primo comma s'intende fatto ai sensi dell'art. 21 della Costituzione".

evolutiva” e nelle “*esigenze della tutela morale*” degli stessi⁹⁶, con la conseguenza che soltanto laddove siano rispettati simili criteri, alla proiezione del film potranno “*assistere i minori degli anni 14, o i minori degli anni 18*”.

Sono state, altresì, previste, sanzioni per l’ipotesi in cui le pellicole non vengano sottoposte alla descritta procedura di revisione⁹⁷.

Con riferimento alle opere teatrali, l’iniziale previsione, contenuta nella medesima legge, di provvedimenti di censura è stata successivamente abrogata⁹⁸.

Con un successivo intervento normativo, sono state introdotte particolari “limitazioni” anche per le trasmissioni televisive di opere destinate alla televisione⁹⁹. In particolare, il legislatore ha, da un lato, limitato ad una determinata fascia oraria (“*fra le 23 e le 7*”) la trasmissione di opere che “*contengano immagini di sesso o di violenza tali da poter incidere negativamente sulla sensibilità dei minori*”¹⁰⁰, dall’altro, previsto la possibilità, per i produttori, distributori e/o concessionari televisivi che intendano trasmettere le opere fuori della suddetta fascia oraria, di richiedere, “*ai sensi della L. 21 aprile 1962, n. 161, il nullaosta*”.

Da ultimo, è bene precisare che le misure, tanto preventive quanto repressive, non potranno ritenersi operanti per le manifestazioni del pensiero diffuse a mezzo stampa, per le quali, infatti, dovrà farsi riferimento, come visto¹⁰¹, alla particolare garanzia costituzionale prevista

⁹⁶ Così, art. 5 L. n. 161/62.

⁹⁷ Art. 15 L. n. 161/62.

⁹⁸ Si veda, art. 8, D.Lgs. 8.1.1998, n. 3.

⁹⁹ L. 30.5.1995, n. 203, con la quale è stato convertito in legge il D.L. 29.3.1995, n. 97, in materia di “*Riordino delle funzioni in materia di turismo, spettacolo e sport*”.

¹⁰⁰ Art. 3, comma 4, D.L. 29.3.1995, n. 97.

¹⁰¹ Si rinvia, *supra*, a quanto detto al § 4.

dal comma 2 dell'art. 21 Cost., secondo cui “*la stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure*”.

5.2. I cosiddetti limiti impliciti alla libertà di manifestazione del pensiero.

Esaurita la trattazione del limite del buon costume, passiamo ad esaminare gli ulteriori limiti all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, i quali, come si è già detto¹⁰², sebbene non espressamente previsti dal dettato costituzionale, producono, sulla libertà tutelata dall'art. 21 Cost., il medesimo effetto inibitorio proprio del menzionato limite esplicito.

E' bene, peraltro, sin da subito, rilevare come, pur trattandosi di limiti impliciti, dunque non esplicitamente individuati dalla nostra Costituzione, il fondamento degli stessi non può rinvenirsi in leggi ordinarie, bensì soltanto nello stesso testo costituzionale. La ragione di ciò, d'altra parte, è facilmente intuibile: evitare, cioè, una pericolosa amplificazione della categoria di siffatti limiti – laddove, ad esempio, l'individuazione degli stessi fosse demandata al legislatore ordinario – che potrebbe condurre ad una inammissibile limitazione della libertà di espressione.

Del resto, poi, la natura stessa di quest'ultima libertà non può non far giungere alla medesima conclusione. Ed infatti, posto che la libertà di manifestazione del pensiero rappresenta un diritto fondamentale, tanto del singolo, quanto della collettività¹⁰³, di tutti gli attuali ordinamenti democratici, l'esercizio della stessa potrà essere limitato soltanto laddove si avverta l'esigenza di un bilanciamento di tale libertà con valori ed interessi, per così dire, “di pari grado”, meritevoli, cioè, al pari della libertà di

¹⁰² Si rinvia, *supra*, a quanto detto al § 5.

¹⁰³ Si rinvia, sul punto, *infra*, a quanto si dirà al § 6.

espressione, di una equivalente tutela costituzionale. Al contrario, non potrebbe ammettersi una, seppur minima, compressione dell'esercizio di tale libertà dettata dall'esigenza di garantire beni e/o valori di rango non costituzionale.

Ciononostante, non è mancato chi ha inteso ulteriormente restringere il fondamento costituzionale di tali limiti, forse indotto dalla necessità di evitare una rischiosa moltiplicazione esponenziale dei limiti opponibili alla libertà di manifestazione del pensiero, attesa la vastità, peraltro *in fieri*, degli interessi costituzionalmente protetti. Si è così rilevato come il fondamento dei cosiddetti limiti impliciti debba rinvenirsi nel disposto dell'art. 2 Cost. e, in particolare, nella previsione relativa all'adempimento dei doveri costituzionalmente previsti¹⁰⁴; conseguenza di una simile impostazione sarebbe, dunque, quella di rinvenire gli unici limiti, diversi dal buon costume, opponibili alla libertà di espressione in quelli che rispondano ai doveri previsti all'interno della Costituzione¹⁰⁵.

Nonostante quanto finora detto possa ritenersi principio condiviso tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza¹⁰⁶, tutt'altro che pacifica risulta l'individuazione in concreto di tali limiti o, da altra prospettiva, dei valori costituzionali la cui tutela richieda una compressione della libertà di manifestazione del pensiero. La predetta difficoltà è dovuta, sotto un certo aspetto, all'essere, taluni dei predetti limiti, fondati su valori ed interessi sì di rango costituzionale, e, ciononostante, non ricavabili da specifiche norme, bensì dal testo costituzionale complessivamente considerato. In una

¹⁰⁴ “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”.

¹⁰⁵ Chiola, *Manifestazione del pensiero*, cit., 11.

¹⁰⁶ Tale principio ha trovato conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale ha avuto modo di rilevare che limiti all'esercizio della libertà di manifestazione del

tale ottica, il riferimento è al “bene” dell’onore, o alla riservatezza, entrambi pacificamente riconosciuti quali limiti impliciti opponibili alla libertà di espressione, nonostante non sia dato rinvenire, all’interno della Costituzione, un esplicito e specifico riferimento agli stessi.

Sotto un altro profilo, poi, la non facile individuazione di simili limiti è riconducibile anche all’orientamento, tutt’altro che restrittivo, in taluni casi tenuto dalla Corte Costituzionale, la quale ha incluso nella categoria dei limiti impliciti alla libertà di espressione beni e valori la cui tutelabilità non è sempre risultata di immediata percezione, quali, ad esempio, il prestigio del governo¹⁰⁷, la morale¹⁰⁸ e, soprattutto, l’ordine pubblico. In particolare, con riferimento a quest’ultimo, i giudici costituzionali non si sono limitati a riconoscerne l’operatività quale limite opponibile alla libertà tutelata dall’art. 21 Cost., ma si sono spinti oltre, arrivando, addirittura, ad affermare che l’ordine pubblico “*inteso nel senso di ordine legale su cui poggia la convivenza sociale, è un bene collettivo, che non è da meno della libertà di manifestazione del pensiero*”, la quale, ad avviso della Corte, “*incontra un limite nell’esigenza di prevenire o far cessare turbamenti dell’ordine pubblico*”¹⁰⁹.

Sotto un ulteriore profilo, poi, le rappresentate difficoltà ben potrebbero ricollegarsi alla molteplicità dei beni di rango costituzionale, atteso che, laddove si includesse ognuno di tali beni nella categoria dei limiti impliciti alla libertà di parola, si verrebbe ad un sostanziale svilimento di

pensiero non possono essere posti “*se non per legge (riserva assoluta di legge) e devono trovare fondamento in precetti e principi costituzionali*” (Corte cost., n. 9/1965, cit.).

¹⁰⁷ Corte cost., 16.5.1962, n. 19, in *Giur. Cost.*, 1962, 189 ss..

¹⁰⁸ Corte cost., 14.4.1965, n. 25, in *Giur. Cost.*, 1965, 241 ss..

¹⁰⁹ Corte cost., n. 19/1962, cit.; Corte cost., 9.5.1985, n. 138, in *Giur. Cost.*, 1985, 986 ss.. Molto critica è stata, invece, la dottrina in relazione ad un simile orientamento. Fra tutti, Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, cit., 121 ss..

quest'ultima libertà, con conseguente svuotamento della tutela che si è inteso dare alla stessa.

Prospettate le cause della non facile individuazione dei limiti impliciti alla libertà di espressione, prima di procedere all'esame, in concreto, dei principali fra i predetti limiti, è bene fare un'ultima precisazione: ci si riferisce al diverso inquadramento di tali limiti, a seconda che siano tesi a tutelare diritti e/o interessi di soggetti privati, ovvero interessi di natura pubblicistica. Fra i primi si fanno rientrare, ad esempio, gli accennati limiti dell'onore e della riservatezza, e, più in generale, i diritti della personalità; fra i secondi, invece, quei limiti, quali il prestigio del governo o la sicurezza dello Stato, che si è visto essere stati ripetutamente riconosciuti dalla Corte costituzionale quali limiti opponibili all'esercizio della libertà tutelata dall'art. 21 Cost..

5.2.1. La tutela dell'onore.

Come si è anticipato nel paragrafo precedente, il limite dell'onore non presenta un immediato ed esplicito collegamento con una determinata norma della Costituzione italiana. Di qui, il dibattito in dottrina circa l'individuazione del "referente costituzionale" dell'interesse sotteso all'operatività del predetto limite all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero¹¹⁰. Dibattito che non ha, peraltro, portato ad un orientamento unitario.

In particolare, mentre taluni hanno rinvenuto la norma di riferimento del predetto limite nella generale previsione contenuta nell'art. 2 Cost., talaltri hanno, invece, preferito fare riferimento al disposto del successivo art. 3

Cost.¹¹¹, e, più nel dettaglio, alla nozione di “*pari dignità sociale*”, arrivando, così a qualificare il limite dell’onore come dovere di astensione dal proferire giudizi sull’altrui indegnità¹¹².

In tale ultima prospettiva, si è giunti alla conclusione per cui non comporterebbe limitazione all’esercizio della libertà di espressione l’addebito di fatti lesivi altrui che, però, non determinino un contestuale giudizio disonorevole sulla persona¹¹³.

Non è mancato, peraltro, chi ha rinvenuto il fondamento costituzionale della tutela dell’onore proprio nel dettato dell’art. 21, comma primo, Cost.. Si è infatti, rilevato come tale disposizione, nella misura in cui estende la tutela in essa prevista anche alla libertà negativa di manifestazione del pensiero, ovvero il cosiddetto diritto al silenzio¹¹⁴, non può non estendere tale protezione, altresì, alla esigenza di non divulgare notizie e/o giudizi disonorevoli.

A prescindere dalla tesi cui si intenda aderire, il problema principale attiene alla esatta individuazione dell’interesse, costituzionalmente tutelato, dell’onore.

Ancora una volta, numerose sono state le definizioni di tale bene fornite dalla dottrina: fra le tante, l’individuazione, nell’onore, di quel complesso di

¹¹⁰ E’ incontestabile, in ogni caso, il collegamento tra il bene dell’onore ed altre norme costituzionali poste a tutela di ulteriori beni di pari rango: fra queste, l’art. 13 Cost., in materia di libertà personale, o l’art. 19 Cost., riguardante la libertà religiosa.

¹¹¹ “*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione; di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*

E’ compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e la uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

¹¹² Esposito, *cit.*, 44.

¹¹³ Così, Chiola, *Manifestazione del pensiero*, *cit.*, 11.

¹¹⁴ Si rinvia, in proposito, a quanto *supra* rilevato, al § 3.3..

condizioni da cui dipende il valore sociale della persona¹¹⁵, ovvero dell'opinione che delle qualità di un individuo ha la persona stessa o la società¹¹⁶.

Costituisce, peraltro, principio pacifico quello secondo cui l'onore rappresenta un valore intrinseco ed imprescindibile della persona, in quanto tale meritevole di tutela sempre e senza distinzione alcuna, costituendo un aspetto della personalità di ogni singolo uomo in quanto tale¹¹⁷. Di qui, si è giunti, altresì, ad una definizione dell'onore che tenga conto di entrambi gli aspetti dello stesso: da un lato, quello soggettivo, ovvero il sentimento che ogni soggetto ha della propria persona e dignità; dall'altro, quello più propriamente oggettivo, da intendersi quale giudizio e/o opinione e, più in generale, l'opinione che la collettività ha di quel soggetto.

Del resto, una simile definizione trova conferma nella tutela apprestata a tale bene dal codice penale, che, nel prevedere, quali delitti contro l'onore, le fattispecie criminose dell'ingiuria e della diffamazione, svela la natura ambivalente del bene dell'onore: la natura soggettiva, tutelata dalla norma relativa al reato dell'ingiuria, quella, invece, oggettiva, garantita dalla disciplina del reato di diffamazione¹¹⁸.

¹¹⁵ Antolisei, *Manuale di diritto penale – parte speciale*, Milano, 1986, vol. I, 153.

¹¹⁶ Mancini, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1964, 475.

¹¹⁷ Alessandrini, *E' la stampa, bellezza, la stampa. E tu non puoi farci niente (Diffamazione e libertà di stampa: un'indagine)*, cit., 1051.

¹¹⁸ Art. 594 c.p. ("Ingiuria"): "Chiunque offende l'onore o il decoro di una persona presente è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a euro 516.

Alla stessa pena soggiace chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa.

La pena è della reclusione fino a un anno o della multa fino a euro 1.032 se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato.

Le pene sono aumentate qualora l'offesa sia commessa in presenza di più persone".

Art. 595 c.p. ("Diffamazione"): *Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, comunicando con più persone, offende l'altrui reputazione, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a euro 1.032.*

Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena è della reclusione fino a due anni, ovvero della multa fino a euro 2.065.

Non sono, peraltro, mancate critiche ad una tale teoria, le quali hanno fatto leva, in particolar modo, sul rischio che la dicotomia del bene dell'onore possa far venir meno l'unitarietà dell'interesse stesso, nel senso di individuare nei due menzionati aspetti, quello soggettivo e quello oggettivo, due diversi beni giuridici: ovvero, da un lato, il bene dell'onore, dall'altro, quello della reputazione.

In ogni caso, indipendentemente dalla tesi cui si intenda aderire, il problema principale resta quello del contemperamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela dell'onore. Bilanciamento che si pone, in primo

Se l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a euro 516.

Se l'offesa è recata a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza o ad una autorità costituita in collegio, le pene sono aumentate”.

Al di là della tutela penale, unico strumento contemplato dall'ordinamento a tutela del bene dell'onore è costituito dal diritto di rettifica, così come previsto dall'art. 8 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, il quale così dispone: “Il direttore o, comunque, il responsabile è tenuto a fare inserire gratuitamente nel quotidiano o nel periodico o nell'agenzia di stampa le dichiarazioni o le rettifiche dei soggetti di cui siano state pubblicate immagini od ai quali siano stati attribuiti atti o pensieri o affermazioni da essi ritenuti lesivi della loro dignità o contrari a verità, purché le dichiarazioni o le rettifiche non abbiano contenuto suscettibile di incriminazione penale.

Per i quotidiani, le dichiarazioni o le rettifiche di cui al comma precedente sono pubblicate, non oltre due giorni da quello in cui è avvenuta la richiesta, in testa di pagina e collocate nella stessa pagina del giornale che ha riportato la notizia cui si riferiscono.

Per i periodici, le dichiarazioni o le rettifiche sono pubblicate, non oltre il secondo numero successivo alla settimana in cui è pervenuta la richiesta, nella stessa pagina che ha riportato la notizia cui si riferisce.

Le rettifiche o dichiarazioni devono fare riferimento allo scritto che le ha determinate e devono essere pubblicate nella loro interezza, purché contenute entro il limite di trenta righe, con le medesime caratteristiche tipografiche, per la parte che si riferisce direttamente alle affermazioni contestate.

Qualora, trascorso il termine di cui al secondo e terzo comma, la rettifica o dichiarazione non sia stata pubblicata o lo sia stata in violazione di quanto disposto dal secondo, terzo e quarto comma, l'autore della richiesta di rettifica, se non intende procedere a norma del decimo comma dell'articolo 21, può chiedere al pretore, ai sensi dell'articolo 700 del codice di procedura civile, che sia ordinata la pubblicazione.

La mancata o incompleta ottemperanza all'obbligo di cui al presente articolo è punita con la sanzione amministrativa da lire 15.000.000 a lire 25.000.000.

La sentenza di condanna deve essere pubblicata per estratto nel quotidiano o nel periodico o nell'agenzia. Essa, ove ne sia il caso, ordina che la pubblicazione omessa sia effettuata.”

luogo, in relazione ad una peculiare forma di manifestazione del pensiero, costituita dal cosiddetto *ius narrandi*, ovvero il diritto di cronaca, suscettibile di essere sottoposto a specifici limiti in vista della tutela del diverso bene, costituzionalmente tutelato, dell'onore¹¹⁹.

In secondo luogo, poi, è innegabile come la necessità di un coordinamento tra i contrapposti beni della libertà di espressione e dell'onore emerga, in maniera ancora più evidente, laddove si realizzino le peculiari forme di manifestazione del pensiero rappresentate dal diritto di critica e da quello di satira¹²⁰.

E' bene, inoltre, rilevare come il bene dell'onore, se riconosciuto come valore, interesse del singolo, è stato, a più riprese, individuato dai giudici costituzionali anche quale interesse delle cosiddette formazioni sociali, nonché dello stato, ivi comprese le istituzioni appartenenti allo stesso.

Quanto al primo profilo, costituisce oggi un principio consolidato nella giurisprudenza quella della tutelabilità della reputazione, non soltanto delle persone fisiche, bensì anche di quelle giuridiche. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla particolare disciplina prevista per i segni distintivi (marchio, insegna, ditta) di una azienda, quale espressione, appunto, della necessità di tutelare l'immagine e la reputazione dell'azienda stessa.

Quanto, invece, alla estensione della tutela dell'onore anche allo Stato, importante è stato il contributo fornito dalla Corte costituzionale, la quale ha costantemente riconosciuto la necessità di apprestare una particolare tutela al cosiddetto prestigio della pubblica amministrazione¹²¹. Espressione

¹¹⁹ Si rinvia, sul punto, a quanto rilevato, *supra*, al § 3.1..

¹²⁰ Si rinvia, sul punto, a quanto rilevato, *supra*, al § 3.1..

¹²¹ In una tale prospettiva, la Consulta ha rilevato, in particolare, come l'esigenza di tutelare tale bene importi una differente considerazione dell'offesa del bene dell'onore e

di una simile *ratio* sembra potersi rinvenire nella fattispecie criminosa del reato di oltraggio a pubblico ufficiale¹²², oggi, peraltro, abrogata¹²³, con riferimento alla quale, appunto, la Consulta aveva avuto modo di ribadire la necessità di dare una protezione rafforzata all'onore delle persone investite di funzioni pubbliche¹²⁴.

5.2.2. La tutela della riservatezza ed il diritto all'oblio.

Un secondo limite “ulteriore” alla libertà di manifestazione del pensiero è costituito dalla tutela della riservatezza, che, come detto, appartiene, al pari dell'onore, alla categoria dei limiti volti a tutelare interessi e/o diritti di soggetti privati, siccome diritto della personalità.

Altra analogia con il bene dell'onore, anch'essa già accennata, è costituita dall'essere il diritto alla riservatezza un diritto che non trova un esplicito fondamento all'interno della nostra Carta costituzionale. Circostanza, quest'ultima, che ha dato luogo alla *querelle*, che ha interessato tanto la

del decoro delle persone investite di pubbliche funzioni (In questi termini, Corte cost., 19.7.1968, n. 109, in *Giur. Cost.*, 1968, 1697, ss.).

¹²² Art. 341 c.p. (“*Oltraggio a un pubblico ufficiale*”): “*Chiunque offende l'onore o il prestigio di un pubblico ufficiale, in presenza di lui e a causa o nell'esercizio delle sue funzioni, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni.*

La stessa pena si applica a chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritto o disegno, diretti al pubblico ufficiale, e a causa delle sue funzioni.

La pena è della reclusione da uno a tre anni, se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato.

Le pene sono aumentate quando il fatto è commesso con violenza o minaccia, ovvero quando l'offesa è recata in presenza di una o più persone”.

¹²³ Il reato previsto dall'art. 341 c.p. è stato abrogato dall'art. 18 L. 25 giugno 1999, n. 205, recante la “*Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario*”.

¹²⁴ In relazione a tale fattispecie di reato, peraltro, la Corte Costituzionale, con sentenza d.d. 25.7.1994, n. 341 (in *Giur. Cost.*, 1994, 2802 ss.), aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'ora abrogato art. 341 c.p., nella parte in cui prevedeva, come minimo edittale, la reclusione per mesi sei, ritenendola sproporzionata ed eccessiva se riferita al minor minimo edittale previsto per il reato di ingiuria.

dottrina quanto la giurisprudenza, in merito all'individuazione, oltre che dei principi costituzionali di tale diritto, altresì del contenuto dello stesso.

Tale dibattito ha assunto toni ancor più forti rispetto a quello formatosi in merito al bene dell'onore, attesa la molteplicità delle esigenze sottese al diritto alla riservatezza e, soprattutto, la tendenza di tale diritto a trovare applicazione nelle più varieguate discipline: per limitarsi ad alcune, le norme a tutela del diritto all'immagine, le norme penali in materia di segretezza della corrispondenza o di segreto professionale, le quali, tutte, presentano un collegamento molto stretto con il bene della riservatezza, quale presupposto indefettibile e *ratio* informatrice delle citate discipline.

Di qui, le diverse teorie sul fondamento costituzionale di tale diritto, da alcuni ravvisato nelle norme costituzionali a tutela della libertà di domicilio¹²⁵ e di comunicazione e corrispondenza¹²⁶; da altri, invece, analogamente a quanto osservato in merito al bene dell'onore, nella tutela del diritto al silenzio quale ricavata dal primo comma dell'art. 21 Cost.; da altri ancora, infine, nella tutela costituzionale della libertà personale¹²⁷.

L'orientamento prevalente rimane, peraltro, attestato nel rinvenire il fondamento costituzionale del diritto alla riservatezza nell'art. 2 Cost., argomentando dall'essere, la norma contenuta nel citato articolo, una previsione di carattere generale, in cui ricomprendere la cosiddetta "categoria aperta" dei diritti della personalità.

Parimenti problematica è stata l'individuazione del contenuto del diritto alla riservatezza, tematica nell'ambito della quale si è inserita quella relativa

¹²⁵ Art. 14 Cost.: *"Il domicilio è inviolabile.*

Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale. Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali".

¹²⁶ Si veda, *supra*, nota 16.

alla natura di tale valore: se, cioè, esso debba qualificarsi quale interesse meritevole di tutela costituzionale, ovvero se assurga a vero e proprio diritto. Mentre in relazione al primo profilo, sembrano non esserci dubbi, essendo ormai pacifico il riconoscimento di un generale interesse alla riservatezza costituzionalmente tutelato (argomentando dall'art. 2 Cost., ovvero dagli artt. 13 Cost., 14 Cost., 15 Cost.), non così facile parrebbe la qualificazione della riservatezza quale vero e proprio diritto soggettivo¹²⁸.

In ogni caso, a prescindere dalla tesi cui si voglia aderire, resta centrale il problema della concreta individuazione del contenuto del bene della riservatezza. Al riguardo, fondamentale è stato il contributo della giurisprudenza di legittimità, la quale è riuscita, nel corso degli anni, a separare la nozione di riservatezza dall'ambito penalistico, rinvenendone il fondamento, appunto, nei precetti costituzionali contenuti negli artt. 2 e 3 Cost. ed arrivando ad affermare che la personalità *“postula un diritto di concretizzazione, cioè un diritto di libertà di autodeterminazione, nei limiti consentiti dell'ordinamento, verso cui si impone un divieto generale di non ingerenza”*¹²⁹.

Il cosiddetto “diritto ad essere lasciati soli” ha avuto, peraltro, un lento “sviluppo normativo”: dalla sua prima affermazione in ambito giurisprudenziale si è, infatti, dovuto attendere molto tempo per un primo intervento del legislatore. In particolare, soltanto con la L. 31 dicembre 1996, n. 675¹³⁰, il legislatore italiano ha inteso adeguarsi a quello che era il

¹²⁷ Art. 13 Cost.: *“La libertà personale è inviolabile”*.

¹²⁸ E' stato, in particolare, osservato come, qualora si fondasse la riservatezza sull'art. 2 Cost., separandola, così, dalle libertà tutelate dagli artt. 14 e 15 Cost., diverrebbe ancor più aleatoria la configurabilità di un diritto alla riservatezza.

¹²⁹ Cass. civ., 27.5.1975, n. 2199, in *Giur. it.*, 1976, 1, I, 970 ss..

¹³⁰ Con tale legge è stata introdotta la disciplina relativa alla *“tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali”*.

panorama europeo, nel quale la maggior parte dei Paesi aveva provveduto a prevedere una disciplina relativa al trattamento dei dati personali¹³¹.

Cionondimeno, a seguito della novella del 1996, si è assistito ad un vero e proprio “boom normativo”, essendo intervenute molteplici modifiche e/o integrazioni alla L. n. 675/96, le quali hanno condotto ad un evidente disordine normativo. Ad esso si è tentato di rimediare con l’emanazione di un “*Codice in materia di protezione dei dati personali*”, introdotto con D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, noto come “Codice della privacy”, all’interno del quale sono, appunto, confluite tutte le accennate modifiche.

Tale recente intervento legislativo, che pur non ha apportato significative innovazioni rispetto alla normativa precedente, ha espressamente introdotto un diritto alla protezione dei dati personali¹³², spettante a chiunque. Un diritto, quest’ultimo, diverso tanto dal diritto alla riservatezza, quanto da quello all’identità personale, identificandosi nel diritto di ciascun soggetto ad esercitare un controllo, in qualsiasi momento, su tutte le informazioni che lo riguardano, ivi comprese quelle non necessariamente riservate, ed indipendentemente dalle modalità utilizzate. Cionondimeno, è molto difficile stabilire quali informazioni non costituiscano dati personali, essendo tale qualunque notizia, fatta eccezione per i dati anonimi e,

¹³¹ Cfr. Zaccaria, *Diritto dell’informazione e della comunicazione, cit.*, 101. Osserva, infatti, l’Autore, quanto al ritardo del nostro Paese rispetto agli altri ordinamenti, come l’Italia avesse provveduto a ratificare, con legge 21.2.1989, n. 98, la Convenzione Internazionale di Strasburgo sulla protezione dell’individuo in relazione al trattamento automatizzato dei dati personali. Tale convenzione prevedeva, però, affinché la ratifica potesse essere depositata, l’emanazione di una legge di carattere generale in materia di tutela del diritto alla riservatezza, cui si è giunti soltanto con la n. 675/96, a sua volta di recepimento della Direttiva CE 95/46, recante norme in materia di trattamento automatizzato dei dati personali. Per una rapida disamina della nascita del diritto alla privacy, si veda Elli, Zallone, *Il nuovo Codice della privacy (commento al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196)*, Torino, 2004.

¹³² Art. 1: “*Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano*”.

ovviamente, per quelli riguardanti cose, in quanto non riferibili ad un soggetto¹³³.

Brevemente accennata la nascita ed evoluzione del diritto alla riservatezza e tornando sulla questione che più interessa ai fini della presente trattazione, anche per tale diritto, come si è già rilevato a proposito della tutela dell'onore, il problema del bilanciamento con la libertà di manifestazione del pensiero si è posto, principalmente, in relazione alle fattispecie peculiari dei diritti di cronaca, di critica e di satira.

In particolare, la questione del contemperamento tra tali opposti interessi ha riguardato, soprattutto, le ipotesi in cui fossero coinvolti personaggi noti. Al riguardo, infatti, la giurisprudenza si è orientata nel senso di ridurre la portata scriminante attribuita alla notorietà del soggetto: si è, in altri termini, stabilito che, benché il fatto che un soggetto sia conosciuto possa comportare una minor tutela dei diritti della personalità dello stesso, ciò non può condurre ad affermare che esista una sorta di rinuncia implicita, da parte dei personaggi noti, alla tutela della propria riservatezza¹³⁴.

Altro ambito nel quale il problema del bilanciamento con la libertà di espressione ha assunto risvolti particolari è quello della cronaca giudiziaria¹³⁵. In tale settore, infatti, se, da un lato, risulta indiscusso l'interesse ad informare stante la sempre maggiore attenzione manifestata da gran parte della collettività per le vicende giudiziarie, dall'altro lato, è parimenti incontestabile come esso possa confliggere con il diritto alla

¹³³ Il testo normativo definisce, infatti, “*dato personale*” “*qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale*” (art. 4, lett. b)).

¹³⁴ Così, Pret. Roma, 15.7.1986, in *Dir. Inf.*, 986, 930 ss..

¹³⁵ Cfr., *supra*, nota 25.

riservatezza dei soggetti coinvolti in prima persona in quei procedimenti¹³⁶. Contrasto di interessi che si è cercato di superare, in un'ottica di bilanciamento, con l'introduzione dell'art. 147 dis. Att. Cod. proc. pen.¹³⁷, con il quale sono state previste due condizioni perché possa procedersi alle riprese: ovvero, la strumentalità all'esercizio del diritto di cronaca e la necessità che le riprese non rechino pregiudizio al regolare svolgimento del giudizio. Cionondimeno, nonostante nella previsione normativa sia stata specificata la necessità di un consenso delle parti coinvolte nel procedimento ai fini della ripresa del giudizio, un ruolo del tutto secondario è stato attribuito al diritto alla riservatezza delle parti medesime, atteso che, se viene richiesto, in via generale, il consenso espresso delle parti alle riprese, cionondimeno tale consenso diviene del tutto irrilevante laddove ricorra un "*interesse sociale particolarmente rilevante*"¹³⁸.

Da ultimo, un'ulteriore limite all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, strettamente connesso con il diritto alla riservatezza, è costituito dal cosiddetto "*diritto all'oblio*", ovvero quel diritto a che non vengano divulgate notizie relative a vicende personali di un individuo che si riferiscano alla sua vita passata¹³⁹.

¹³⁶ Secondo taluni Autori, peraltro, entrerebbe in gioco un terzo interesse, quello alla amministrazione della giustizia, alla "*integrità-ingenuità del dibattimento*". Così Zaccaria, *cit.*, 98; Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1993, 770.

¹³⁷ "*Ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca, il giudice, con ordinanza, se le parti consentono, può autorizzare in tutto o in parte la ripresa fotografica, fonografica o audiovisiva ovvero la trasmissione radiofonica o televisiva del dibattimento, purché non ne derivi pregiudizio al sereno e regolare svolgimento dell'udienza o alla decisione*".

¹³⁸ Stabilisce, infatti, il comma secondo dell'art. 147 disp. att. c.p.p.: "*l'autorizzazione può essere data anche senza il consenso delle parti quando sussiste un interesse sociale particolarmente rilevante alla conoscenza del dibattimento*".

¹³⁹ Su tale peculiare aspetto della libertà di manifestazione del pensiero, si vedano: Auletta, *Diritto alla riservatezza e «droit à l'oubli»*, in *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983, 127 ss.; Cassano, *Il diritto all'oblio esiste: è il diritto alla riservatezza*, Milano, 1998; Crippa, *Il diritto all'oblio: alla ricerca di un'autonoma definizione*, in *Giust. civ.*, 1997, 1979; Ferri, *Privacy e identità personale*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, 379 ss.; Ferri, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990,

Trattasi di un diritto la cui origine è al di fuori del nostro ordinamento e, in particolare, in quello francese. In entrambi i Paesi, peraltro, l'affermazione di un vero e proprio diritto all'oblio è stata tutt'altro che immediata, atteso l'atteggiamento piuttosto cauto mostrato dalla giurisprudenza in relazione a tale diritto. Atteggiamento che ha indotto, quantomeno nelle primissime pronunce, ad individuare, più che un autonomo diritto all'oblio, una fattispecie riconducibile al diritto alla riservatezza, con la conseguenza che, in relazione al primo, si sono riproposte le problematiche emerse con riferimento al secondo, e, in particolare, quelle riguardanti il riconoscimento di un simile diritto¹⁴⁰.

Con il tempo, però, i nostri giudici sono giunti ad individuare nel diritto all'oblio un diritto autonomo e distinto da quello alla riservatezza, del quale costituirebbe, infatti, una specificazione: si è, così, giunti a definire il diritto all'oblio come quel diritto che *“a differenza del diritto alla riservatezza, non è volto ad impedire la divulgazione di notizie e fatti appartenenti alla sfera intima dell'individuo e tenuti fino ad allora riservati, ma ad impedire che fatti già resi di pubblico dominio (e quindi sottratti al riserbo) possano essere rievocati – nonostante il tempo trascorso ed il venir meno del requisito della attualità – per richiamare su di essi “ora per allora” l'attenzione del pubblico, proiettando l'individuo, all'improvviso e senza il suo consenso, verso una nuova notorietà indesiderata”*¹⁴¹. In altri termini, un diritto a che non vengano divulgate notizie riguardanti la vita passata di un soggetto, che, dunque, si distingue dal diritto alla riservatezza per l'elemento caratterizzante costituito dal decorso del tempo¹⁴².

I, 801 ss.; Laghezza, *Il diritto all'oblio esiste (e si vede)*, in *Foro it.*, 1998, n. 6, I, 1835; Roversi, *Il diritto all'oblio*, in *Problemi dell'informazione*, n. 1, 101 ss..

¹⁴⁰ Sul punto, si rinvia, *infra*, a quanto si dirà nel successivo § 5.2.2..

¹⁴¹ Così, Trib. Roma, 20.11.1996, in *Giust. civ.*, 1997, 1982.

¹⁴² Così, Crippa, *Il diritto all'oblio: alla ricerca di un'autonoma definizione*, cit., 1993.

Anche in relazione a tale fattispecie, la giurisprudenza ha fatto applicazione dei surriferiti limiti all'esercizio del diritto di cronaca, riproponendosi, anche con riferimento, a quello che in Francia è stato definito *droit à l'oubli*, il problema di un contemperamento tra la libertà di manifestazione del pensiero, da un lato, e la tutela di diritti della personalità, dall'altro. Cionondimeno, i predetti limiti e, in particolare, quello della utilità sociale, presentano, nel diritto all'oblio, peculiarità proprie, che si ricollegano all'elemento caratterizzante tale diversa fattispecie. E' evidente, infatti, come, nell'ambito del diritto all'oblio, l'interesse alla divulgazione della notizia non potrà essere ritenuto sussistente sulla base della sussistenza, nel passato, di un simile interesse, dovendo, al contrario, essere valutata la sussistenza, per così dire, attuale, di quel medesimo interesse, ovvero che ricorra un interesse ad una ulteriore divulgazione di quelle notizie. Interesse che, peraltro, assume un carattere più attenuato con riferimento ai personaggi pubblici, quali ad esempio, i personaggi politici, atteso il ruolo dagli stessi rivestito nella collettività¹⁴³. Sarà dunque, la valutazione della sussistenza delle accennate condizioni di liceità a determinare la prevalenza dell'uno o dell'altro diritto costituzionalmente tutelati: se, cioè, quello alla libera manifestazione del pensiero, quale tutelato dall'art. 21 Cost., ovvero quello all'oblio, riconducibile, al pari degli altri diritti della personalità, nell'ambito di tutela di cui all'art. 2 Cost..

¹⁴³ In questi termini, si veda Trib. Roma, 4.2.2004, in *Giur. romana*, 2004, 284. In quell'occasione, i giudici capitolini avevano escluso, infatti, la sussistenza di un diritto all'oblio di un uomo politico che ricopriva anche cariche istituzionali, ritenendo sussistente "un rilevante ed oggettivo interesse generale alla conoscenza della storia personale di quell'uomo politico".

5.2.3. La tutela, ove ammessa, dei “segreti”.

Ulteriori limiti opponibili all’esercizio della libertà di manifestazione del pensiero devono individuarsi nei cosiddetti segreti.

In relazione a tale categoria, peraltro, è bene preliminarmente precisare come non sia possibile rinvenire un unico fondamento costituzionale, attesa la riconducibilità dei segreti a più valori e/o interessi da tutelare. Una simile difficoltà si riflette sulla individuazione di una nozione unitaria di segreto, la quale, come si vedrà nell’esame delle singole fattispecie riconducibili a tale categoria, trova un imprescindibile fonte nel diritto penale¹⁴⁴.

Conseguenza della “indeterminatezza” dei segreti é, altresì, la sottoposizione di siffatti limiti ad un duplice vaglio costituzionale: se, infatti, come si è visto, in relazione agli altri limiti all’esercizio della libertà di espressione, è necessario operare un bilanciamento tra gli stessi e la libertà tutelata dall’art. 21 Cost., quanto ai segreti sarà necessario, prima ancora di procedere ad un simile controllo, valutare, con riferimento a ciascuna previsione normativa sui segreti, il fondamento costituzionale della stessa: se, cioè, essa miri a tutelare un valore e/o interesse costituzionalmente protetto¹⁴⁵.

In ogni caso, volendo tentare una definizione di segreto, essa non può prescindere dal significato che il segreto assume nel linguaggio comune, e, in particolare, la situazione che lo caratterizza, tale per cui *“una determinata notizia è conosciuta da una sola persona (o da una ristretta*

¹⁴⁴ Sul tema generale dei segreti, si veda, Ruffolo, Voce *Segreto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, 1015 ss.. L’Autore fornisce, in particolare, una visione generale delle problematiche sottese all’analisi del segreto da un punto di vista del diritto privato, investigando, nello specifico, i tipi di tutela azionabili sotto un profilo strettamente civilistico, sia in una prospettiva generale, sia con riferimento alle singole fattispecie di segreti.

*cerchia di persone) interessata ad escludere gli altri da quella conoscenza (interessata cioè, al mantenimento di quella data situazione di fatto)*¹⁴⁶. In altri termini, con l'espressione "segreto" si intende far riferimento a quell'obbligo imposto ad un soggetto di non diffondere, e/o rivelare, ad altri soggetti determinate notizie e, dunque, specularmente, quale diritto relativo, e non già assoluto, di un soggetto nei confronti di determinati altri soggetti.

Tanto ha indotto taluna dottrina ad individuare un collegamento tra l'istituto del segreto ed il cosiddetto diritto alla riservatezza, nel senso, cioè, di rinvenire nel primo una forma di espressione, in positivo, della seconda, identico essendo il bene oggetto di tutela, ovvero la riservatezza¹⁴⁷.

Quello surriferito non rappresenta, peraltro, l'unico requisito caratterizzante un simile istituto. Ed infatti, come si è anticipato, accanto ad esso si pongono, quali ulteriori presupposti del segreto, sia l'interesse a che la notizia non venga divulgata, sia, e soprattutto, la imprescindibile sussistenza di una tutela giuridica che l'ordinamento riconosce a tale interesse. Tanto, al fine di evitare un vero e proprio moltiplicarsi delle fattispecie di segreti cosiddetti "di fatto"¹⁴⁸, in relazione alle quali, cioè, non è dato rinvenire alcuna specifica tutela da parte dell'ordinamento giuridico dell'interesse alla non diffusione delle notizie.

Nonostante le prospettate difficoltà circa la riconducibilità dei segreti ad una categoria unitaria, può, in ogni caso, distinguersi tra due diverse

¹⁴⁵ In questi termini, Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 113; analogamente, Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 32; Ruffolo, Voce *Segreto*, cit., 1018.

¹⁴⁶ Così Ruffolo, Voce *Segreto*, cit., 1017. Osserva, in particolare, l'Autore come, in una simile prospettiva, "la non notorietà della notizia viene così generalmente assunta quale limite logico-naturale del segreto, per quanto taluno vi scorge piuttosto un elemento di valutazione giuridica sfavorevole verso l'interesse al silenzio altrui".

¹⁴⁷ Così, per tutti, Rescigno, *Persona e famiglia*, II, 1, Torino, 1982, 143 ss..

¹⁴⁸ L'espressione è di Ruffolo.

tipologie di segreti: quelli, cioè, relativi a situazioni soggettive di privati, e quelli, invece, finalizzati alla tutela di interessi di rango pubblicistico¹⁴⁹.

Prendendo le mosse da questi ultimi, una prima fattispecie collocabile nella categoria dei segreti afferenti a situazioni di rango pubblicistico è costituita dal “segreto di Stato”.

Trattasi di espressione di carattere generale nella quale si è inteso ricomprendere tutte quelle norme poste dal nostro ordinamento (in particolar modo, quello penale) a tutela di interessi fondamentali dello Stato.

Una prima compiuta definizione di tale fattispecie si rinviene nella legge 24 ottobre 1977, n. 801¹⁵⁰, la quale, peraltro, ha recepito l’orientamento della giurisprudenza costituzionale teso ad individuare nel segreto di Stato la tutela del bene della sicurezza nazionale¹⁵¹. Muovendo da una simile premessa, la Corte ha rinvenuto il fondamento costituzionale di tale limite, in primo luogo, nel dettato dell’art. 52 Cost., laddove afferma, appunto, che “*la difesa della patria è sacro dovere del cittadino*”, quindi, nei precetti

¹⁴⁹E’ proprio in relazione a quest’ultima categoria che sorgono i maggiori dubbi in ordine alla qualificazione di tali segreti quali limiti all’esercizio della libertà di espressione. Tanto, in quanto, come ha osservato Zaccaria, *cit.*, mentre in relazione alle situazioni soggettive facenti capo a privati, la disciplina sui segreti risulta rispondente alla tutela della riservatezza e, più in generale, dei diritti della personalità dell’individuo, nel settore pubblicistico, invece, il segreto costituirebbe “l’eccezione” e, conseguentemente, il vaglio di costituzionalità assume un’importanza preponderante in questo settore.

¹⁵⁰ Con tale legge, il legislatore ha inteso fornire una disciplina in materia di “*servizi per le informazioni e la sicurezza e disciplina del segreto di Stato*”. Tale legge è stata di recente abrogata dalla legge 3.8.2007 n. 124, recante la disciplina del “*sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*”.

¹⁵¹ In questi termini, Corte cost., 14.4.1976, n. 82, in *Giur. cost.*, 1976, 459 ss.; Corte cost., 24.5.1977, n. 86 in *Giur. cost.*, 1977, 696 ss.. Il riferimento corre, a titolo meramente esemplificativo, alla fattispecie di reato prevista dall’art. 261 c.p. (“*Rivelazioni di segreti di Stato*”): “*chiunque rivela taluna delle notizie di carattere segreto indicate nell’articolo 256 è punito con la reclusione non inferiore a cinque anni*”. Trattasi, in particolare, di notizie “*nell’interesse della sicurezza dello Stato o, comunque, nell’interesse politico, interno o internazionale*” (art. 256, comma 1, c.p.), ovvero di

contenuti negli artt. 5, 87 e 126 Cost., volti a tutelare, rispettivamente, l'unità ed indivisibilità dello Stato, l'organismo del Consiglio Supremo di difesa, nonché il generale concetto di sicurezza nazionale.

In altri termini, una nozione (recepita poi, dalla citata disciplina legislativa) che mette in luce una duplice esigenza di tutela, riguardante, cioè, tanto la difesa interna, relativa alla protezione dell'integrità dello Stato e delle istituzioni che lo compongono, quanto quella esterna, nei confronti, cioè, degli altri Stati e nei rapporti con gli stessi¹⁵². In una simile prospettiva, pertanto, dovranno intendersi come riferite alla prima esigenza quelle notizie dannose per l'integrità dello Stato, nonché per la difesa delle istituzioni poste a fondamento dello stesso. Atterranno, invece, alla tutela della difesa esterna tutte quelle notizie che possano nuocere all'indipendenza del Paese sia rispetto agli altri Stati sia nelle relazioni con gli stessi. Conseguentemente, ai fini del contemperamento tra la tutela del segreto di stato e quella della libertà di espressione, dovrà valutarsi se la divulgazione delle predette informazioni possa, in qualche modo, risultare "pericolosa" nei confronti degli interessi dello Stato, nella duplice accezione in cui deve essere intesa la tutela dello stesso.

Diversamente, è stata ritenuta estranea alle prospettate esigenze la tutela del libero esercizio delle funzioni da parte degli organi costituzionali. E' stato, infatti, rilevato, al riguardo, come la non divulgazione di notizie dettata dall'esigenza di garantire il buon funzionamento degli organi costituzionali non potrebbe rinvenire il proprio fondamento in valori costituzionalmente

"quelle contenute in atti del Governo, da esso non pubblicati per ragioni d'ordine politico, interno o internazionale" (art. 256, comma 2, c.p.).

¹⁵² Si è, peraltro, da più parti dubitato della tutela del segreto di stato nella seconda delle surriferite accezioni, rilevando come essa potrebbe indurre ad estendere la tutela a tutte le notizie anche soltanto astrattamente dannose con riferimento ai rapporti con gli altri Stati.

garantiti, risultando in contrasto con il principio democratico alla base della nostra Carta costituzionale¹⁵³.

Altra norma tesa a tutelare interessi fondamentali dello Stato si rinviene nella disciplina, ancora una volta penale, del cosiddetto “segreto d’ufficio”¹⁵⁴. Cionondimeno, le peculiarità proprie della disciplina penale di tale fattispecie, la quale, diversamente dalla previsione contenuta nell’art. 261 c.p. (che, come visto, punisce “*chiunque*” riveli notizie coperte dal segreto di Stato), limita l’applicabilità della norma ai soli pubblici ufficiali ed incaricati di un pubblico servizio, hanno indotto a qualificarla, più che quale limite oggettivo alla libertà di manifestazione del pensiero, in termini di limite soggettivo¹⁵⁵.

Quanto al fondamento costituzionale di tale norma, esso è stato individuato da taluna parte della dottrina nel dovere, per chi esercita funzioni pubbliche, “*di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge*” (art. 54, comma 2, Cost.), da talaltra, invece,

¹⁵³ Si veda, in proposito, Chiola, *Manifestazione del pensiero*, cit., 12, il quale, nell’affermare un simile principio, osserva, altresì, che potrebbe, anzi, prospettarsi, un vero e proprio obbligo di pubblicità delle notizie a carico degli organi costituzionali, al fine di tutelare il diritto del popolo a conoscere l’operato delle istituzioni.

¹⁵⁴ Art. 326 c.p. (“*Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio*”): “*Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio, o comunque abusando della sua qualità, rivela notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, o ne agevola in qualsiasi modo la conoscenza, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.*

Se l’agevolazione è soltanto colposa, si applica la reclusione fino a un anno.

Il pubblico ufficiale o la persona incaricata di un pubblico servizio, che, per procurare a sè o ad altri un indebito profitto patrimoniale, si avvale illegittimamente di notizie di ufficio, le quali debbano rimanere segrete, è punito con la reclusione da due a cinque anni. Se il fatto è commesso al fine di procurare a sè o ad altri un ingiusto profitto non patrimoniale o di cagionare ad altri un danno ingiusto, si applica la pena della reclusione fino a due anni”.

¹⁵⁵ Tali limiti sono stati definiti da taluna dottrina quali limiti alla libertà di manifestazione del pensiero dipendenti dall’essere, la attività, svolta in determinate circostanze spazio-temporali: in altri termini, divieti con un’efficacia limitata nel luogo e nel tempo.

nel generale principio di correttezza e trasparenza cui deve essere improntato l'operato della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.).

Ulteriore limite opponibile all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, riconducibile ai segreti, è costituito dalla categoria dei cosiddetti "segreti processuali". Con tale espressione si intende quel limite alla libertà di espressione volto a tutelare il bene della amministrazione della giustizia: ovvero, nel caso di specie, l'interesse a che il corso della giustizia non venga "ostacolato" da una indebita divulgazione di notizie.

Fondamento costituzionale di un simile limite può rinvenirsi nell'art. 24 Cost., nella misura in cui riconosce a tutti il diritto di azione¹⁵⁶ e, dunque, specularmente, un corretto svolgimento del processo, siccome strumento attraverso cui garantire la tutela dei diritti ed interessi di chi abbia promosso l'azione. Interesse, quello all'amministrazione della giustizia, che ben può comportare, dunque, una compressione della libertà di espressione.

Diversa, risulta, peraltro, la disciplina dei segreti processuali a seconda della natura del procedimento.

Prendendo le mosse dal giudizio civile, in relazione ad esso il legislatore si è limitato a stabilire il divieto di accesso al pubblico¹⁵⁷, non anche un generale divieto di diffusione delle notizie.

Quanto, invece, al procedimento penale, la disciplina risulta più articolata.

Possono, in particolare, individuarsi due distinti aspetti di tale limite: da un lato, quello che è propriamente definito come segreto investigativo,

¹⁵⁶ "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi".

¹⁵⁷ Art. 84 disp. att. c.p.c. ("Svolgimento delle udienze"): "Le udienze del giudice istruttore non sono pubbliche.

Per ciascuna causa sono ammessi davanti al giudice i difensori delle parti e le parti stesse. Queste debbono assistere all'udienza in silenzio, salvo che non ottengano dal giudice, a mezzo del proprio difensore, l'autorizzazione ad interloquire.

consistente nel divieto di rivelazione di atti delle indagini preliminari; dall'altro lato, il divieto di pubblicazione di determinati atti relativi al procedimento penale, anche noto come segreto esterno¹⁵⁸.

Con riferimento alla prima delle suindicate fattispecie, il cosiddetto segreto investigativo, si é rilevato come, se, nella soluzione inizialmente prospettata, si era inteso attribuire una rilevanza maggiore alla protezione della segretezza, attualmente la direzione sembra mutata, risultando sempre più avvertita l'esigenza di tutela dell'interesse ad una corretta informazione¹⁵⁹. In tale ottica, attualmente è riconosciuto al Pubblico Ministero un vero e proprio potere di disporre la pubblicazione “*di singoli atti o di parti di essi*”¹⁶⁰: potere, questo, cui si affianca quello speculare, riconosciuto sempre al Pubblico Ministero, di disporre la “secretazione” di atti non più coperti dal segreto¹⁶¹.

Analoga tendenza (nel senso, cioè, di attribuire, un rilievo predominante alla libertà tutelata dall'art. 21 Cost.) sembrerebbe ravvisarsi con riferimento all'ulteriore fattispecie del segreto esterno. Ed infatti, anche con riferimento al divieto di pubblicazione degli atti e documenti del procedimento, si è assistito ad un mutamento di atteggiamento da parte del legislatore, atteso che, se nell'impianto codicistico del 1930, esso si estendeva a tutti gli atti, oggi risulta, invece, circoscritto a due specifici divieti¹⁶².

Le parti e i loro difensori non possono dettare le loro deduzioni nel processo verbale se non ne sono autorizzati dal giudice”.

¹⁵⁸ Così, Zaccaria, *cit.*, 121.

¹⁵⁹ In tal senso, mentre nel codice del 1930, il segreto investigativo si estendeva a tutta la fase delle indagini preliminari, nel codice attualmente in vigore esso riguarda soltanto talune attività e, inoltre, finché “*l'imputato non ne possa avere conoscenza*” (art. 329, comma 1, c.p.p.).

¹⁶⁰ Art. 329, comma 2, c.p.p..

¹⁶¹ Art. 329, comma 3, c.p.p..

¹⁶² “*Divieto di pubblicazione di atti e di immagini*”:

In particolare, il riferimento corre, in primo luogo, alla previsione contenuta nell'art. 114, comma 1, c.p.p., laddove si stabilisce un generale ed assoluto divieto di pubblicazione degli atti “*coperti dal segreto*”, esteso tanto all'atto in sé quanto al contenuto dello stesso.

Prescrive, invece, il successivo comma 2, quanto agli “*atti non più coperti dal segreto*”, un divieto, per così dire relativo, limitato, cioè, alla conclusione delle indagini preliminari ovvero al termine dell'udienza preliminare, e parziale, in quanto riguardante soltanto l'atto, non anche il

“È vietata la pubblicazione, anche parziale o per riassunto, con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, degli atti coperti dal segreto o anche solo del loro contenuto.

È vietata la pubblicazione, anche parziale, degli atti non più coperti dal segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare.

Se si procede al dibattimento, non è consentita la pubblicazione, anche parziale, degli atti [del fascicolo per il dibattimento, se non dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, e di quelli] del fascicolo del pubblico ministero, se non dopo la pronuncia della sentenza in grado di appello . È sempre consentita la pubblicazione degli atti utilizzati per le contestazioni.

È vietata la pubblicazione, anche parziale, degli atti del dibattimento celebrato a porte chiuse nei casi previsti dall'articolo 472 commi 1 e 2. In tali casi il giudice, sentite le parti, può disporre il divieto di pubblicazione anche degli atti o di parte degli atti utilizzati per le contestazioni. Il divieto di pubblicazione cessa comunque quando sono trascorsi i termini stabiliti dalla legge sugli archivi di Stato ovvero è trascorso il termine di dieci anni dalla sentenza irrevocabile e la pubblicazione è autorizzata dal ministro di grazia e giustizia.

Se non si procede al dibattimento, il giudice, sentite le parti, può disporre il divieto di pubblicazione di atti o di parte di atti quando la pubblicazione di essi può offendere il buon costume o comportare la diffusione di notizie sulle quali la legge prescrive di mantenere il segreto nell'interesse dello Stato ovvero causare pregiudizio alla riservatezza dei testimoni o delle parti private. Si applica la disposizione dell'ultimo periodo del comma 4.

È vietata la pubblicazione delle generalità e dell'immagine dei minorenni testimoni, persone offese o danneggiati dal reato fino a quando non sono divenuti maggiorenni. È altresì vietata la pubblicazione di elementi che anche indirettamente possano comunque portare alla identificazione dei suddetti minorenni. Il tribunale per i minorenni, nell'interesse esclusivo del minorenne, o il minorenne che ha compiuto i sedici anni, può consentire la pubblicazione.

È vietata la pubblicazione dell'immagine di persona privata della libertà personale ripresa mentre la stessa si trova sottoposta all'uso di manette ai polsi ovvero ad altro mezzo di coercizione fisica, salvo che la persona vi consenta.

È sempre consentita la pubblicazione del contenuto di atti non coperti dal segreto”.

suo contenuto. Previsione, quest'ultima, che sottace, appunto, la necessità di un contemperamento tra l'interesse all'amministrazione della giustizia, da un lato, e quello alla corretta informazione, dall'altro, che, invece, risulta "soccombere" laddove ricorra la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 114 c.p.p..

A tale medesima *ratio* sembra essersi uniformata anche la Corte costituzionale, laddove ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della previsione contenuta al comma terzo dell'art. 114 c.p.p., nella parte in cui non consente la pubblicazione degli atti del fascicolo per il dibattimento prima della pronuncia della sentenza.

Passando, quindi, ad esaminare i segreti volti a tutelare situazioni soggettive di privati, la principale fattispecie è costituita dal cosiddetto "segreto professionale". Trattasi di limite al quale è apprestata tutela dal legislatore penale, che dedica un'intera sezione del codice penale, appunto, ai "*delitti contro la inviolabilità dei segreti*"¹⁶³. Una simile fattispecie, come detto appartenente alla categoria dei segreti cosiddetti "privati", si distingue per il fatto che, in tale ipotesi, il limite all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero discende da un vincolo derivante dall'autore del pensiero. In altri termini, laddove ricorra tale fattispecie, non rileverà la libertà di espressione del professionista, bensì il potere dello stesso di rivelare le notizie; potere che dovrà tener conto della migliore realizzazione dell'interesse del proprio assistito¹⁶⁴.

Il segreto professionale si distingue, pertanto, dagli altri segreti attinenti a situazioni di interesse di privati per i quali il limite alla divulgazione delle

¹⁶³ Art. 622 c.p.: "*Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, se dal fatto può derivare nocimento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da 30 euro a 516 euro*".

¹⁶⁴ Così, Chiola, *cit.*, 12.

notizie discenda dalla peculiare natura delle notizie stesse: in altri termini, limiti che presuppongono la tutela del generale valore della riservatezza. In altri termini, un limite che si differenzia dalle altre fattispecie di segreti per la connotazione soggettiva che lo caratterizza, ovvero il necessario collegamento con la tipologia dei soggetti tenuti all'obbligo di segretezza¹⁶⁵.

Tornando al segreto professionale, il legislatore penale ha previsto, altresì, quale conseguenza del segreto stesso, specifici diritti, in capo ai soggetti vincolati al segreto: fra questi il diritto di non testimoniare¹⁶⁶.

Quanto al bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero ed il limite del segreto professionale, esso ha avuto conseguenze di particolare interesse con riferimento all'ambito giornalistico: si è, cioè, posto il problema se possa configurarsi, in relazione all'attività del giornalista, la fattispecie del segreto professionale quale prevista dalla disciplina penale. Se l'esistenza di un simile limite all'esercizio della libertà di espressione non sembrerebbe potersi desumere dal dettato dell'art. 622 c.p., un espresso riconoscimento di tale limite è dato rinvenire nella legge sull'Ordinamento della professione giornalistica¹⁶⁷, laddove prevede, all'art. 2, accanto alla libertà di informazione e di critica quale "*diritto insopprimibile dei giornalisti*" (comma primo), altresì, l'obbligo per giornalisti ed editori di

¹⁶⁵ Così, Ruffolo, Voce *Segreto*, cit., 1022.

¹⁶⁶ Art. 200 c.p.p.: "*Non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria:*

- a) *i ministri di confessioni religiose, i cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano;*
- b) *gli avvocati, gli investigatori privati autorizzati, i consulenti tecnici e i notai;*
- c) *i medici e i chirurghi, i farmacisti, le ostetriche e ogni altro esercente una professione sanitaria;*
- d) *gli esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale*".

¹⁶⁷ Legge 3 febbraio 1963, n. 69.

“rispettare il segreto professionale sulla fonte delle notizie, quando ciò sia richiesto dal carattere fiduciario di esse” (comma terzo).

Di qui il dibattito in merito a quale interesse debba ritenersi prevalente tra la libertà di manifestazione del pensiero e quello, di pari rango costituzionale, dell'amministrazione della giustizia¹⁶⁸. Dibattito che ha portato alla riformulazione dell'art. 200 c.p.p., con il riconoscimento anche ai giornalisti, di un vero e proprio diritto di astensione, sebbene non esteso al contenuto della notizia, bensì circoscritto alla fonte della stessa¹⁶⁹.

6. L'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero in forma collettiva. Cenni.

Un ultimo profilo che merita di essere affrontato in relazione alla libertà di manifestazione del pensiero attiene ad una peculiare forma di esercizio della stessa: ovvero, non già quale libertà individuale, bensì in termini di esercizio di un'attività di impresa. Peculiarità che non si riflette soltanto sui soggetti titolari di un simile diritto, bensì, ed ancor prima, sul fondamento costituzionale di tale libertà.

Ed infatti, come è stato opportunamente evidenziato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, laddove ricorra una simile ipotesi, non dovrà invocarsi (o, comunque, non solo) la tutela apprestata dall'art. 21 Cost., bensì quella

¹⁶⁸ In particolare, con la sentenza 28.1.1981, n. 1 (in *Giur. cost.*, 1981, 3 ss.), la Corte costituzionale aveva negato l'esistenza di una tutela processuale dell'obbligo per il giornalista di non divulgare la fonte delle notizie diffuse, ritenendo, pertanto, legittima, la previsione di cui all'art. 200 c.p.p..

¹⁶⁹ Art. 200, comma terzo: *“Le disposizioni previste dai commi 1 e 2 si applicano ai giornalisti professionisti iscritti nell'albo professionale, relativamente ai nomi delle persone dalle quali i medesimi hanno avuto notizie di carattere fiduciario nell'esercizio della loro professione. Tuttavia se le notizie sono indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità può essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte della notizia, il giudice ordina al giornalista di indicare la fonte delle sue informazioni”*.

prevista da un diverso precetto costituzionale: quella, cioè, contenuta nell'art. 41 Cost. con riferimento alla libertà di iniziativa economica¹⁷⁰.

Come detto, l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero in forma collettiva investe l'ulteriore profilo della titolarità di tale diritto: se, cioè, essa si estenda a tutti i soggetti operanti nella impresa di comunicazione, ovvero se debba essere circoscritta al solo soggetto imprenditore. Al riguardo, peraltro, risulta prevalente l'indirizzo teso a riconoscere una sorta di compartecipazione di tutti i soggetti coinvolti nell'esercizio dell'attività di impresa¹⁷¹.

Da ultimo, non è da trascurare, ma tale aspetto verrà approfondito nel prosieguo della trattazione, la peculiarità della attività attraverso cui viene veicolata la libertà di parola, tale da determinare non pochi problemi di coordinamento tra i diversi ambiti di tutela previsti dagli artt. 21 e 41 Cost., soprattutto nello specifico settore della peculiare attività economica di impresa costituita dalla pubblicità. Ed infatti, la pubblicità cosiddetta commerciale ben può essere definita quale mezzo di comunicazione mediante il quale un'impresa cerca di "catturare" l'attenzione del pubblico, al fine di diffondere informazioni su (e, conseguentemente, la vendita di) propri prodotti e/o servizi.

Una simile definizione mette in evidenza i due aspetti caratterizzanti il fenomeno pubblicitario: ovvero, da un lato, sotto un profilo soggettivo, il fatto che la pubblicità sia riconducibile ad un soggetto che esercita un'attività economica organizzata allo scopo di realizzare lo scambio di beni e/o servizi; dall'altro lato, sotto un profilo più strettamente oggettivo,

¹⁷⁰ Si veda, *supra*, per il contenuto dell'art. 41 Cost., la nota 51.

¹⁷¹ Si pensi, ad esempio all'impresa dell'editoria, ove possono individuarsi ben tre distinte figure: ovvero, l'editore, il direttore ed i giornalisti, tutti, secondo il riferito orientamento, titolari (e, dunque, sotto speculare profilo, responsabili) dell'esercizio della relativa libertà.

la divulgazione della cosiddetta idea pubblicitaria, ovvero la diffusione di notizie e informazioni sui beni e servizi di quella attività economica al solo fine di promuoverne la vendita.

Aspetti che svelano, altresì, l'ambivalenza del fenomeno pubblicitario. Se, infatti, il profilo soggettivo consente di rinvenire il fondamento costituzionale della pubblicità nel dettato di cui all'art. 41 Cost., l'accennato profilo oggettivo pone, invece, in evidenza come essa configuri una forma di esercizio della libertà di manifestazione del pensiero.

Natura ambivalente che, tuttavia, consente, in particolari situazioni, che la pubblicità possa essere sottoposta a maggiori limiti rispetto a quelli previsti dall'art. 21 Cost. e, tanto, appunto alla luce della imprescindibile incidenza del profilo soggettivo, ovvero l'essere una forma di iniziativa economica privata.

Capitolo II

La pubblicità

Sommario: 1. Nozione. – 1.1. La pubblicità come attività di iniziativa economica privata. – 1.2. Definizione e distinzione rispetto alle altre forme di comunicazione d'impresa. – 2. I diversi ambiti di tutela della pubblicità. – 2.1. La tutela costituzionale. Problemi di coordinamento con l'art. 21 Cost.. Cenni. – 2.2. La pubblicità come atto di concorrenza fra imprese: la normativa statutale in materia di concorrenza sleale. – 2.3. La disciplina statutale della pubblicità: dal D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 alle recenti modifiche introdotte per effetto dei D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 145 e n. 146. – 2.4. L'ordinamento autodisciplinare: natura, finalità e rapporti con l'ordinamento statutale. – 3. Gli organi deputati al controllo della ingannevolezza della pubblicità. – 3.1. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: ambito di competenza e poteri. – 3.2. Il Giurì di Autodisciplina ed il Comitato di Controllo: natura, competenza e poteri. – 3.3. Il coordinamento tra le decisioni del Giurì e quelle rese dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. – 4. Le singole fattispecie di pubblicità. – 4.1. La pubblicità ingannevole. – 4.2. La pubblicità comparativa ed il warentest pubblicitario. – 4.3. Il problema delle fattispecie di pubblicità non palese: il principio della trasparenza pubblicitaria ed il rapporto tra art. 21 Cost. e art. 41 Cost.. – 4.3.1. Dalla pubblicità redazionale ... – 4.3.2. ... alle ulteriori fattispecie di pubblicità occulta. – 4.3.3. Segue: il fenomeno del cosiddetto product placement. Cenni.

1. Nozione.

L'analisi del fenomeno pubblicitario presuppone la definizione di una simile fattispecie, ovvero cosa debba intendersi per pubblicità. In particolare, volendo far riferimento alla disciplina statutale, é considerata tale *“qualsiasi forma di messaggio che è diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere il trasferimento di beni mobili o immobili, la prestazione di opere o di servizi oppure la costituzione o il*

trasferimento di diritti ed obblighi su di essi”¹⁷². Nozione, questa, che, anche a seguito dell’evolversi delle forme di marketing e dell’affermarsi di sempre nuovi mezzi di comunicazione di massa (fra tutti, la rete telematica), attualmente ricomprende qualsiasi forma di promozione di beni e/o servizi che venga diffusa nell’esercizio di un’attività commerciale, industriale, artigianale o professionale.

Da una simile definizione emerge, pertanto, come la pubblicità sia una forma di comunicazione. E’ innegabile, infatti, la natura *latu sensu* informativa della pubblicità, attesa la sua funzione di strumento che mette in relazione i soggetti che realizzano (o, meglio che affidano la realizzazione del) messaggio pubblicitario ed i soggetti destinatari dello stesso. Funzione che è connessa, nella più tradizionale definizione del fenomeno pubblicitario, ad un fine di carattere promozionale. In altri termini, con la pubblicità si tende a veicolare verso un determinato comportamento d’acquisto, le scelte dei soggetti destinatari del messaggio.

Cionondimeno, trattasi di una forma di comunicazione che presenta propri caratteri distintivi che la differenziano rispetto alle altre fattispecie comunicative.

Tanto ha portato, ad esempio, ad interrogarsi, come si vedrà nelle successive pagine¹⁷³, sui rapporti tra tale fattispecie e quella che costituisce la forma di comunicazione per eccellenza, ovvero la libertà di espressione, in particolare, sotto il peculiare profilo della tutela apprestata alla prima: se,

¹⁷² Art. 2, comma 1, lett. A), D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 145 (attuativo dell’art. 14 della direttiva 2005/29/CE, a sua volta intervenuta a modificare la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole), nel quale è confluita la disciplina statuale in materia di pubblicità, inizialmente introdotta con il D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74. Tale decreto era stato, peraltro, abrogato per effetto dell’art. 146 D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, recante il cosiddetto “Codice del Consumo”, all’interno del quale era stata inserita la disciplina in materia di pubblicità. E’ bene, peraltro, rilevare come la definizione di pubblicità sia rimasta immutata rispetto all’originaria previsione.

¹⁷³ Si rinvia, *infra*, al § 2.1..

cioè, la pubblicità possa essere ritenuta, in quanto anch'essa comunicazione, meritevole della medesima tutela di cui gode la seconda.

Si cercherà, pertanto, nei successivi paragrafi, di individuare le peculiarità proprie della comunicazione pubblicitaria, per poi affrontare l'esame delle forme di tutela apprestate dal nostro ordinamento ad un simile fenomeno.

1.1. La pubblicità come attività di iniziativa economica privata.

Come si è detto, secondo un'impostazione tradizionale, la comunicazione pubblicitaria può intendersi quale strumento mediante cui determinati soggetti imprenditoriali mirano a direzionare verso uno specifico comportamento d'acquisto le scelte delle persone cui si rivolgono. In altri termini, uno strumento cui è connaturato un fine strettamente promozionale. E', pertanto, evidente come, in una simile prospettiva, risulti immediato l'inquadramento della pubblicità nell'ambito della cosiddetta attività economica d'impresa. Una conferma di ciò, del resto, si rinviene nella circostanza che, fino a quando non è stata emanata una disciplina organica e generale del fenomeno della pubblicità, ad essa venivano applicate le norme dettate in materia di concorrenza sleale, dal momento che tale fenomeno veniva qualificato quale forma di concorrenza, ovvero quale strumento utilizzato dagli imprenditori per promuovere la vendita dei propri prodotti e/o servizi rispetto a quelli dei soggetti concorrenti¹⁷⁴.

¹⁷⁴ In proposito, è stato, infatti, osservato come la principale funzione della pubblicità sia quella di differenziare un prodotto rispetto ad altri. In questi termini, si veda Cafaggi, voce *Pubblicità commerciale*, in *Digesto comm.*, vol. XI, Torino, 1995, 433 ss.. Sul tema generale della pubblicità commerciale, nonché sul profilo peculiare della pubblicità ingannevole, si vedano anche, fra i molti: Baldassarre, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 586 ss.; Cerri, *La pubblicità commerciale fra libertà di manifestazione del pensiero, diritto di informazione, disciplina della concorrenza*, in *Dir. inform. e informatica*, 1995, 537 ss.; Corasaniti, Vassalli, *Diritto della comunicazione pubblicitaria*, Torino, 1999; Franceschelli, *Il messaggio pubblicitario come ipotesi di pubblicità ingannevole e come elemento della fattispecie "concorrenza sleale"*, in *Riv.*

In altri termini, la pubblicità altro non sarebbe se non una forma di espressione della più generale libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.¹⁷⁵, intesa sotto il duplice profilo, da un lato, della tutela della libertà individuale del singolo imprenditore, dall'altro della tutela dell'intero sistema economico¹⁷⁶. Del resto, è innegabile che in un mercato in cui è consentita la libertà di concorrenza fra le imprese, sia necessario tutelare le libertà di iniziativa economica dei singoli soggetti che in esso operano, ovvero, da altra prospettiva, il regolare svolgimento del mercato nel suo complesso.

Cionondimeno, è bene precisare che la comunicazione pubblicitaria, a differenza delle altre forme di concorrenza, non è posta in essere esclusivamente da soggetti che svolgono attività economica o per un fine strettamente promozionale¹⁷⁷ o fra di loro concorrenti, ben potendo configurarsi, sotto quest'ultimo profilo, ad esempio, forme di pubblicità realizzate da soggetti che, pur esercitando attività economiche, non siano in rapporto di concorrenza.

dir. ind., 1998, 204 ss.; Fusi, *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, cit.; Fusi-Testa, *Diritto e pubblicità*, Milano, 1996; Galgano, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubblico dell'economia*, I, *La Costituzione economica*, 511 ss.; Gatti, Voce *Pubblicità commerciale*, in *Enc. dir.*, volume vol. XXXVII, Milano, 1988, 1058; Ghidini, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, cit.; Ghidini, *La réclame menzognera come atto di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 406 ss.; Meli, *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994; Sordelli, Voce *Pubblicità (disciplina della)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 11 ss.; Unnia, *La pubblicità clandestina. Il camuffamento della pubblicità nei contesti informativi*, Milano, 1997; Vanzetti, *La repressione della pubblicità menzognera*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, 584 ss.; Rossi, *La pubblicità dannosa*, Milano, 2000, 35 ss..

¹⁷⁵“L'iniziativa economica privata è libera.

Non può svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”.

¹⁷⁶ In questi termini, Cafaggi, *op. cit.*, 439.

Analogamente, è possibile distinguere la pubblicità commerciale avente ad oggetto la promozione di determinati prodotti e/o servizi da quella che si riferisca, invece, all'impresa complessivamente considerata, all'interno della quale ben può ricomprendersi, a titolo meramente esemplificativo, la fattispecie della pubblicità istituzionale, ovvero quella forma di pubblicità mediante la quale il marchio o l'immagine aziendale viene collegato ad uno specifico sistema di valori, al fine di ottenerne vantaggi dal punto di vista commerciale¹⁷⁸.

1.2. Definizione e distinzione rispetto alle altre forme di comunicazione d'impresa.

Le considerazioni da ultimo svolte in merito alla natura eterogenea della comunicazione pubblicitaria consentono di distinguere la pubblicità intesa nella sua tradizionale accezione da altre forme di comunicazione di carattere promozionale riconducibili all'attività economica d'impresa. Trattasi, più nel dettaglio, di quelle forme di iniziativa economica che hanno ad oggetto, ad esempio, non già determinati prodotti e/o servizi, bensì segni distintivi: è il caso della sponsorizzazione¹⁷⁹, scopo della quale è, appunto, la diffusione del marchio dell'azienda, ad esempio mediante

¹⁷⁷ Si pensi, ad esempio, alla cosiddetta pubblicità sociale, che prescinde da uno specifico fine promozionale, avendo, al contrario, quale oggetto, temi di rilevanza sociale o di contenuto ideologico.

¹⁷⁸ Così, Giurì di Autodisciplina, 1.10.1991, n. 147, in *Giur. pubbl.*, 1990-1991, a cura di Ubertazzi, Milano.

¹⁷⁹ Non è mancato, peraltro, chi ha rinvenuto nella sponsorizzazione una forma di comunicazione pubblicitaria. Si veda, ad esempio, quanto osservato, in proposito, da Unnia, *La pubblicità clandestina. Il camuffamento della pubblicità nei contesti informativi*, cit., 74-75. L'Autore osserva, infatti, come, in relazione al fenomeno della sponsorizzazione, risulti ancor più accentuato il problema della riconoscibilità della natura promozionale della comunicazione.

l'abbinamento del marchio ad un personaggio noto o ad un determinato evento¹⁸⁰.

In altri termini, con la sponsorizzazione non si intende comunicare al pubblico destinatario della stessa un messaggio promozionale relativo a specifici prodotti e/o servizi, bensì oggetto della comunicazione è l'immagine dell'azienda (ovvero, di quello che viene definito lo *sponsor*), attraverso, appunto, la “pubblicizzazione” del proprio marchio.

La differenza non è, peraltro, di poco conto, atteso che la qualificazione di una comunicazione d'impresa quale pubblicità piuttosto che in termini di sponsorizzazione implica l'applicazione della disciplina prevista con riferimento ai messaggi pubblicitari in luogo di quella, specifica, riguardante le sponsorizzazioni¹⁸¹: la quale disciplina prevede che, perché una comunicazione possa essere considerata tale, non deve contenere alcuna forma di presentazione di prodotti e/o servizi, e, parimenti, il comportamento d'acquisto non può essere influenzato sulla base di riferimenti ai prodotti e/o servizi¹⁸².

¹⁸⁰ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle cosiddette sponsorizzazioni sportive, nelle quali l'immagine della azienda viene collegata a squadre sportive o a personaggi noti in una determinata competizione agonistica. Per una più compiuta analisi della sponsorizzazione quale fattispecie negoziale si rinvia a quanto si dirà nel successivo Capitolo IV, § 4.2.1..

¹⁸¹ Il fenomeno delle sponsorizzazioni è stato disciplinato dal D.M. 9.12.1993, n. 581, recante il “*Regolamento in materia di sponsorizzazioni di programmi radiotelevisivi e offerte al pubblico*”.

In particolare, l'art. 2, comma 1, del predetto decreto definisce sponsorizzazione “*ogni contributo di un'impresa pubblica o privata, non impegnata in attività televisive o radiofoniche o di produzione di opere audiovisive o radiofoniche al finanziamento di programmi allo scopo di promuovere il suo nome, il suo marchio, la sua immagine, le sue attività o i suoi prodotti, purché non si facciano riferimenti specifici di carattere promozionale a tali attività o prodotti*”. Sono, invece, esclusi dalla disciplina in materia di sponsorizzazioni, ai sensi del comma 4 del medesimo articolo, “*i programmi promossi dalle amministrazioni dello Stato o da enti pubblici non economici, nonché quelli di utilità sociale generalmente riconosciuta promossi da fondazioni, associazioni ed enti senza scopo di lucro*”.

¹⁸² Stabilisce, infatti, l'art. 4 D.M. n. 581/93:

“La sponsorizzazione di programmi televisivi può esprimersi esclusivamente negli inviti all'ascolto e nelle offerte di programma che precedono immediatamente il programma stesso nonché nei ringraziamenti per l'ascolto o simili effettuati al termine del programma (c.d. «billboards»), accompagnati dalla sola citazione di nome e/o logotipo di una o più imprese, diverse dalla concessionaria, con esclusione di qualsiasi slogan pubblicitario e della presentazione di prodotti o servizi di queste.

Sono altresì consentiti i preannunci o inviti all'ascolto, ciascuno di durata non superiore a otto secondi, di programmi dei quali sia prevista la trasmissione da parte della concessionaria in un tempo successivo (cosiddetti «promos»), accompagnati dalla sola citazione di nome e/o logotipo dello sponsor, con esclusione di qualsiasi slogan pubblicitario e della presentazione di prodotti o servizi di questo. I preannunci o inviti all'ascolto non possono superare il numero di tre per ciascun programma diffuso da concessionari in ambito nazionale.

Qualora la trasmissione sponsorizzata sia di durata non inferiore a quaranta minuti è consentita, per una sola volta e per non più di cinque secondi, la comparsa del nome o del logotipo dello sponsor durante la trasmissione medesima. La durata del programma è determinata includendo le sigle o i titoli di apertura e di chiusura ed escludendo gli eventuali intervalli, le interruzioni pubblicitarie ed ogni altro tipo di interruzione comprese quelle dovute a cause tecniche.

Quando la sponsorizzazione è destinata a finanziare un programma di giochi o di concorsi, prodotti o servizi dello sponsor possono essere assegnati in premio ai privati, anche con la precisazione se del caso che il premio è stato fornito dallo sponsor, a condizione di non formare oggetto di illustrazione o slogan pubblicitari e di essere mostrati in maniera puntuale e discreta solo al momento della consegna. In ogni caso l'ammissione al gioco o al concorso ovvero l'assegnazione del premio non debbono essere condizionate alla prova di acquisto di prodotti o servizi dello sponsor o di terzi.

Fatto salvo quanto precisato nell'art. 6, ogni forma di comunicazione promozionale che presenti contenuto diverso o ulteriore o comunque modalità differenti, rispetto a quanto indicato nei precedenti commi, è da considerare messaggio pubblicitario ai fini dell'applicazione dell'art. 8 della legge 6 agosto 1990, n. 223”.

Ed infatti, il successivo art. 6 non riconduce all'ambito delle comunicazioni pubblicitarie:

“a) la semplice citazione visiva o acustica, nei titoli di testa e/o di coda di un programma, del nome o marchio delle imprese che abbiano contribuito alla realizzazione del programma stesso in veste di coproduttori, purché a tale citazione non si accompagni, nell'ambito del programma, alcun tipo di comunicazione promozionale concernente il coproduttore e le imprese da esso rappresentate; si intende per coproduttore l'impresa, ancorché non svolgente attività esclusiva o prevalente di produzione, distribuzione o diffusione di programmi audiovisivi o radiotelevisivi, che contribuisca al finanziamento di un programma radiofonico o televisivo a fronte della mera acquisizione di quote dei diritti di utilizzazione economica del programma coprodotto, dei diritti per particolari forme o aree geografiche di utilizzazione, ovvero della partecipazione ai relativi utili;

b) la mera citazione visiva o acustica, nei titoli di testa o di coda di un programma, del nome o marchio delle imprese che, a titolo oneroso o gratuito, abbiano fornito beni o servizi utilizzati per la realizzazione del programma medesimo, purché a tale citazione non si accompagni alcun tipo di comunicazione promozionale concernente i fornitori medesimi;

c) la trasmissione di programmi di contenuto artistico, culturale, sportivo o comunque di intrattenimento o informazione, aventi ad oggetto la riproduzione di avvenimenti, manifestazioni o spettacoli, non dovuti ad iniziative della concessionaria e dei quali

Altra fattispecie da cui la comunicazione pubblicitaria deve essere tenuta distinta è costituita dalle cosiddette offerte al pubblico, che si caratterizzano per la presenza di determinati elementi¹⁸³.

In particolare, il dettato normativo prevede che tali forme di comunicazione abbiano una durata non inferiore “ai tre minuti”, nonché che contengano

quest'ultima abbia acquisito i diritti di ripresa e/o trasmissione, ancorché detti avvenimenti, manifestazioni o spettacoli risultino sponsorizzati in forza di accordi economici direttamente intercorsi fra i loro organizzatori ed una o più imprese ed a cui la concessionaria sia rimasta estranea; è tuttavia considerata forma di pubblicità, ai fini dell'applicazione dell'art. 8 della legge 6 agosto 1990, n. 223, la citazione, in forma visiva o acustica, di nome, marchio, simboli attività o prodotti degli organizzatori e/o degli sponsor degli eventi anzidetti, nel corso della radiocronaca o telecronaca, ove tale citazione risulti ripetuta, non occasionale, tecnicamente non necessaria, e comunque evitabile senza pregiudizio per la regolare effettuazione della cronaca. Tale ultima regola trova applicazione anche nel caso in cui lo sponsor dell'evento sia il medesimo sponsor della trasmissione”.

¹⁸³ La disciplina delle offerte al pubblico è contenuta negli artt. 10 e 11 D.M. n. 581/93. Prevede, in particolare, l'art. 10 (“Offerte fatte direttamente al pubblico”): “I contratti riguardanti la fornitura di beni o la prestazione di servizi, negoziati da impresa diversa dalla concessionaria sulla base di offerte effettuate direttamente al pubblico tramite il mezzo televisivo, sono disciplinati, per gli aspetti di tutela dell'acquirente, dalle disposizioni dell'art. 9 del decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50, e da quelle ivi richiamate.

Le trasmissioni concernenti le offerte di cui al comma 1 devono essere chiaramente riconoscibili come tali ed essere distinte dal resto dei programmi in uno spazio slegato da ogni altro contenuto editoriale. Esse devono essere definite da un'apposita sigla di apertura e di chiusura al fine di consentire al pubblico un'evidente percezione del particolare tipo di programma; ad esse si applicano le disposizioni dei commi 1 e 3 dell'art. 8 della legge 6 agosto 1990, n. 223.

Le trasmissioni concernenti le offerte di cui al primo comma possono essere interrotte da annunci o «break» pubblicitari, purché questi siano nettamente distinti dalla trasmissione con mezzi ottici o acustici di evidente percezione.

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. Le immagini televisive devono rappresentare fedelmente gli oggetti, i prodotti, i servizi e non devono determinare ambiguità sulle loro caratteristiche ed in particolare sulle dimensioni, sul peso e sulla qualità. L'offerta deve essere chiara, rigorosa e completa quanto ai principali elementi quali il prezzo, le garanzie, le modalità della fornitura o della prestazione.

Ogni trasmissione concernente le offerte di cui al comma 1 deve avere una durata continuativa non inferiore ai tre minuti, comprensiva delle sigle di apertura e chiusura. È vietata l'offerta dei prodotti di cui all'art. 8 del presente regolamento”. Disposizioni, queste, che si applicano, “in quanto compatibili”, anche alle offerte al pubblico fatte attraverso il mezzo radiofonico”.

informazioni minime circa i prodotti e/o servizi che vengono “offerti”¹⁸⁴. Trattasi, inoltre, come emerge dal tenore letterale della relativa disciplina, di vere e proprie trasmissioni, nelle quali ben possono essere inseriti messaggi di natura pubblicitaria. Elementi, quelli appena menzionati, tutt’altro che irrilevanti, atteso che l’assenza degli stessi comporterà l’applicazione della disciplina prevista per i messaggi pubblicitari.

Alle fattispecie finora esaminate devono, poi, aggiungersi tutte quelle ipotesi ricondotte da parte della dottrina nella categoria della pubblicità cosiddetta atipica¹⁸⁵, nella quale rientra, in particolare, il fenomeno delle pubbliche relazioni, ovvero quelle forme di comunicazione caratterizzate dallo scopo di esaltare l’immagine dell’azienda sia nei rapporti esterni sia a livello istituzionale. In altri termini, fattispecie riconducibili sicuramente alla comunicazione di impresa, in relazione alle quali, peraltro, non risulta altrettanto pacifica la natura pubblicitaria, quantomeno con riferimento alla nozione classica di messaggio pubblicitario.

2. I diversi ambiti di tutela della pubblicità.

Come si è già avuto modo di rilevare, il fenomeno della pubblicità ha assunto, nel corso degli anni, sempre maggior rilievo, attesa la funzione della stessa quale strumento attraverso cui viene sollecitato, nel pubblico destinatario del messaggio promozionale, un determinato comportamento

¹⁸⁴ Stabilisce, infatti, il comma 4 dell’art. 10 D.M. n. 581/93: “*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. Le immagini televisive devono rappresentare fedelmente gli oggetti, i prodotti, i servizi e non devono determinare ambiguità sulle loro caratteristiche ed in particolare sulle dimensioni, sul peso e sulla qualità. L’offerta deve essere chiara, rigorosa e completa quanto ai principali elementi quali il prezzo, le garanzie, le modalità della fornitura o della prestazione*”.

¹⁸⁵ In questi termini, Unnia, *op. cit.*, 76-77.

d'acquisto di beni e/o servizi. Importanza cui ha contribuito, senza dubbio, l'essere, tale strumento, di immediata percezione da parte dei destinatari¹⁸⁶.

Un'ulteriore dimostrazione della rilevanza di tale fenomeno nella realtà odierna si rinviene, del resto, nelle molteplici forme di tutela allo stesso apprestate, per di più in ambiti diversi: ovvero, in primo luogo, la garanzia a livello costituzionale; in secondo luogo, la disciplina dettata in materia di concorrenza sleale; quindi, la tutela specifica introdotta con il D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, con le modifiche successivamente introdotte; infine, ma non di minore importanza (anzi, come si dirà, di estrema attualità, stante il sempre più frequente ricorso alla stessa), la tutela fornita in sede autodisciplinare.

Tutele caratterizzate, tutte, da peculiarità proprie, che richiedono, pertanto, un'autonoma trattazione, la quale non potrà prescindere, peraltro, da un esame del coordinamento tra le varie forme di tutela.

2.1. La tutela costituzionale. Problemi di coordinamento con l'art. 21 Cost.. Cenni.

Prendendo le mosse dalla protezione a livello costituzionale, il riconoscimento della stessa è stato, per molto tempo, oggetto di accesi dibattiti tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, sia sotto il preliminare profilo dell'individuazione di una forma di tutela di tal rango da apprestare alla pubblicità, sia, una volta ammesso ciò, dal punto di vista dell'individuazione della norma da porre a fondamento della predetta tutela.

In particolare, quest'ultimo aspetto ha dato luogo ad accesi dibattiti, che hanno indotto ad interrogarsi sul se il fenomeno della pubblicità, in quanto forma di comunicazione, nella specie di natura commerciale, potesse essere

¹⁸⁶ In questi termini, Unnia, *op. cit.*, 9.

ricompreso nell'ambito di tutela di cui all'art. 21 Cost. (norma, come visto¹⁸⁷, posta a tutela della libertà di manifestazione del pensiero), ovvero dovesse, piuttosto, essere ricondotto in quello, diverso, disciplinato dall'art. 41 Cost. (relativo, invece, all'attività economica di impresa), attesa la natura commerciale, e, dunque, economica, di tale attività.

Il problema si è posto, soprattutto, in relazione al diverso ambito di tutela fornito dalle predette norme costituzionali, dal momento che, mentre la protezione apprestata alla libertà di manifestazione del pensiero è tale da escludere la sottoposizione della stessa ad “*autorizzazioni o censure*”, ben maggiori risulterebbero i limiti cui assoggettare la pubblicità ove ricondotta nell'ambito di tutela di cui all'art. 41 Cost.. Ciò, del resto, può desumersi dallo stesso tenore delle norme costituzionali, laddove viene previsto, quanto alla libertà di espressione, quale unico limite esplicito, quello del buon costume, essendo, invece, stabilito, con riferimento all'iniziativa economica privata, che essa “*non può svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*” (art. 41, co. 2, Cost.). In altri termini, è evidente come tale ultima norma limiti l'esercizio dell'attività economica al paradigma della utilità sociale: ovvero, un indice che tenga conto degli interessi dei consumatori, oltre che dei medesimi imprenditori, anche sulla base delle norme in materia di concorrenza sleale, con la conseguenza che l'attività economica e, nella specie, la pubblicità, non potrà prescindere da un simile limite e dal rispetto dei predetti interessi. In tal senso, ad esempio, ben potrà essere invocata la tutela inibitoria sulla base della disciplina in materia di attività slealmente concorrenziale¹⁸⁸, attesa la qualificazione della comunicazione pubblicitaria quale forma di concorrenza.

¹⁸⁷ Si rinvia, sul punto, a quanto già rilevato nel Capitolo I.

¹⁸⁸ Art. 2599 c.c.: “*La sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti*”.

A tale *querelle* ha posto fine, come detto¹⁸⁹, la Corte costituzionale, la quale, con due successive pronunce, è intervenuta a superare i dubbi emersi sul punto, stabilendo, in maniera perentoria, la linea di discriminare tra la libertà di manifestazione del pensiero e la comunicazione pubblicitaria¹⁹⁰.

In particolare, ha avuto modo di ribadire, in entrambe le pronunce, la Corte, come la libertà di espressione, la quale rinviene la propria tutela costituzionale nel dettato di cui all'art. 21 Cost., deve intendersi riferita esclusivamente alle forme di comunicazione che siano riconducibili all'ambito dell'informazione, dell'opinione e della cultura, non già anche alle forme di comunicazione che abbiano un fine economico, come, appunto, la pubblicità, in quanto proprio quel fine altro non sarebbe se non espressione di un interesse di parte, tale, dunque, da ricondurre tale forma di comunicazione alla iniziativa economica privata¹⁹¹. Del resto, ad una simile conclusione sembrerebbe potersi pervenire ponendo attenzione agli elementi che caratterizzano la fattispecie della pubblicità; ovvero, da un lato, il provenire la stessa da soggetti qualificabili come imprenditori, dall'altro, l'essere finalizzata a veicolare verso determinati prodotti e/o servizi il comportamento d'acquisto del pubblico cui si rivolge.

Cionondimeno, anche successivamente all'intervento dei giudici costituzionali, non sono mancate teorie nel senso di qualificare la

¹⁸⁹ Si veda, *supra*, Capitolo I, § 3.4..

¹⁹⁰ Il riferimento è a Corte cost., 12.7.1965, n. 68, *cit.*, nonché a Corte cost. 17.10.1985, n. 231, in *Foro it.*, 1985, I, 2829 ss..

¹⁹¹ Diverso da questo orientamento sembra essere quello espresso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale ha ripetutamente riconosciuto validità al principio secondo cui la pubblicità può essere ricondotta alla libertà di manifestazione del pensiero, quale disciplinata dall'art. 10 CEDU (Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo), relativo, appunto, alla "*Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*". Cionondimeno, nonostante una simile diversa qualificazione della comunicazione commerciale, la Corte Europea è sempre giunta a riconoscere la possibilità di sottoporre quest'ultima a limitazioni, sulla base del comma 2 dell'art. 10 CEDU, e, di qui, ad escludere, nelle fattispecie concrete sottoposte al suo esame, la natura di manifestazione del pensiero delle singole comunicazioni pubblicitarie.

comunicazione pubblicitaria quale forma di manifestazione del pensiero¹⁹².

La questione sembra riemergere, poi, sotto profili ancora più problematici, in relazione a quelle forme di comunicazione, per così dire, “al confine” tra la libertà di manifestazione del pensiero e quella di iniziativa economica: il riferimento è, in particolare, sia a quelle peculiari comunicazioni pubblicitarie nelle quali l’intento promozionale risulti occultato per non farlo apparire come tale agli occhi dei destinatari¹⁹³, sia alle manifestazioni del pensiero che celino intenti propagandistici. Ed infatti, è evidente come la qualificazione di tali fattispecie in termini di libertà di espressione o, piuttosto, quali forme di comunicazione pubblicitaria, sia tutt’altro che irrilevante, incidendo, una simile scelta, sul tipo di tutela da apprestare alle singole fattispecie.

2.2. La pubblicità come atto di concorrenza fra imprese: la normativa statale in materia di concorrenza sleale.

Al di là della riconosciuta tutela costituzionale, il fenomeno della pubblicità trova una prima forma di disciplina statale in quella prevista all’interno del codice civile in materia di concorrenza sleale.

Il fondamento di una simile tutela si rinviene, del resto, nella natura stessa della concorrenza, quale effetto, cioè, dell’esistenza di un libero mercato caratterizzato dalla presenza di più soggetti economici in rapporto di competizione fra di loro¹⁹⁴. Competizione che può avere come contesto, appunto, anche il settore della pubblicità, la quale, dunque, ben può essere

¹⁹² Si veda, Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali, cit.*, il quale osserva che la distinzione tra libertà di espressione e propaganda sarebbe un mero “*espediente definitorio*”, utilizzato al solo fine di ridurre la tutela costituzionale.

¹⁹³ Trattasi, in altri termini, di quelle fattispecie, ormai diffusissime, della pubblicità redazionale, della pubblicità occulta e del *product placement*, delle quali si tratterà nei successivi paragrafi.

intesa quale fattispecie di concorrenza fra più imprese e, in particolare, quale strumento di comunicazione tra gli imprenditori ed i destinatari dei propri prodotti e/o servizi.

Secondo una diversa prospettiva, poi, il fatto stesso che il mercato non sia in grado di comprendere tutte le offerte di prodotti e servizi configura la concorrenza e la relativa disciplina come strumento per stabilire quale comportamento debba considerarsi lecito e quale, invece, vietato, sulla base di quanto previsto dagli artt. 2598 ss. c.c.. Anche sotto questo profilo, peraltro, la comunicazione pubblicitaria viene a configurarsi quale strumento utile a valutare la liceità o illiceità di determinati comportamenti.

E' ormai acquisito, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, il principio secondo cui due sono i presupposti affinché possa ritenersi sussistente un rapporto di concorrenza: l'uno di natura soggettivo, l'altro, invece, di carattere oggettivo.

In particolare, con riferimento al primo dei menzionati requisiti, esso attiene alla qualifica dei soggetti del rapporto: perché possa applicarsi la disciplina dettata in materia di concorrenza sleale, è, infatti, richiesto che tali soggetti siano, entrambi, imprenditori, ovvero soggetti che esercitano *“professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”* (art. 2082 c.c.). Attività che, ovviamente, deve essere svolta *“in concorrenza”* con quella dell'altro soggetto del rapporto.

Quanto, invece, al requisito oggettivo, esso attiene alla natura del rapporto concorrenziale, il quale ben può sussistere non solo quando le parti abbiano come diretti destinatari i medesimi clienti potenziali, ma anche quando le possibilità di competizione fra i due soggetti del rapporto siano soltanto

¹⁹⁴ In questi termini, Unnia, *op. cit.*, 14.

potenziali. In una simile prospettiva, si è arrivati a ritenere sussistente il rapporto di concorrenza anche qualora le attività svolte dai soggetti siano soltanto “analoghe”¹⁹⁵ e/o rivolte alla medesima categoria di destinatari¹⁹⁶.

Come noto, la disciplina contenuta all’interno del codice civile contempla tre distinte fattispecie di concorrenza sleale¹⁹⁷, ovvero, più in particolare: la prima, relativa all’ipotesi della cosiddetta imitazione servile e/o degli atti confusori in genere; la seconda, riguardante l’appropriazione di pregi altrui e la denigrazione; la terza, infine, che introduce una sorta di clausola generale¹⁹⁸ che attiene a qualsiasi violazione di regole di correttezza professionale.

La *ratio* di simili previsioni deve rinvenirsi nella esigenza di evitare che i destinatari delle attività imprenditoriali possano essere tratti in inganno, ad esempio, circa la provenienza dei prodotti e/o servizi.

Spostando l’attenzione sul fenomeno pubblicitario, la natura stessa di tale comunicazione, ovvero quale strumento principale attraverso cui l’esistenza di un prodotto e/o servizio viene portata a conoscenza del pubblico

¹⁹⁵ Di qui, la distinzione tra concorrenza cosiddetta attuale, siccome relativa ad imprenditori svolgenti la medesima attività commerciale, e potenziale, caratterizzata, invece, da una mera affinità tra le due attività, valutabile sotto il profilo temporale, territoriale e/o merceologico.

¹⁹⁶ Ricorre una simile ipotesi nella concorrenza cosiddetta “a livelli economici diversi”. Nel senso di riconoscere la sussistenza di un rapporto di concorrenza, si veda Trib. Verona, 15.5.1987, in *GADI*, 1987, 2173.

¹⁹⁷ Art. 2598 c.c. (“*Atti di concorrenza sleale*”):

“Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi e dei diritti di brevetto, compie atti di concorrenza sleale chiunque:

1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l’attività di un concorrente;

2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull’attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito o si appropria di pregi dei prodotti o dell’impresa di un concorrente;

3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l’altrui azienda”.

destinatario, potrebbe indurre a ricomprendere la stessa nell'ambito di tutela di cui all'art. 2598, n. 1, c.c., atteso che ben possono realizzarsi atti confusori laddove diversi imprenditori tra di loro in rapporto di concorrenza realizzino, in relazione a propri prodotti e/o servizi, messaggi promozionali simili.

Analogamente, la pubblicità potrebbe, altresì, essere ricondotta nell'ambito di tutela previsto dal n. 2 dell'art. 2598 c.c., relativo, cioè all'ipotesi della denigrazione e dell'appropriazione di pregi altrui. Il riferimento è, in primo luogo, alla peculiare fattispecie della pubblicità comparativa, sulla quale ci si soffermerà più avanti¹⁹⁹, siccome tesa, appunto, ad esaltare qualità di prodotti e/o servizi di una determinata impresa a detrimento di altri concorrenti. Discredito che può essere realizzato ricorrendo, appunto, allo strumento della denigrazione e/o della appropriazione di pregi dell'impresa concorrente, che ben possono contraddistinguere, altresì, la fattispecie della pubblicità ingannevole.

Infine, la riferita natura di clausola generale della disposizione contenuta nel n. 3 dell'art. 2598 c.c. consente di ricondurre la comunicazione pubblicitaria anche all'interno di tale fattispecie, in relazione alla quale, peraltro, si è a lungo dibattuto circa l'individuazione dei parametri e dei criteri alla stregua dei quali individuare gli atti di concorrenza sleale che ricadano nella predetta previsione²⁰⁰.

¹⁹⁸ In questi termini, Vanzetti, Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 1993.

¹⁹⁹ Si rinvia, sul punto, al § 4.2..

²⁰⁰ In particolare, mentre taluna parte della dottrina ha individuato, quale contenuto della clausola di "correttezza professionale", i principi etici condivisi dalla collettività, talaltra ha ritenuto, piuttosto, che punto di riferimento della clausola generale contenuta al n. 3 dell'art. 2598 c.c. fossero i costumi propri di una determinata categoria di soggetti. L'attuale orientamento di dottrina e giurisprudenza sembra, peraltro, nel senso di individuare nella clausola di correttezza professionale l'insieme di quei principi etici prevalenti in determinate categorie di imprenditori.

Cionondimeno, nonostante, come visto, la pubblicità possa astrattamente configurare ciascuna delle fattispecie di concorrenza sleale contemplate dall'art. 2598 c.c., è bene rilevare come la peculiare natura della comunicazione pubblicitaria, quale strumento, cioè, tale da persuadere il destinatario circa le qualità di un determinato prodotto e/o servizio, consenta di escludere che essa possa essere ritenuta, in ogni caso, atto di concorrenza sleale. Tanto, anche tenuto conto del fatto che proprio il regime del libero mercato consente agli imprenditori di avvalersi di strumenti leciti per veicolare verso i propri prodotti le scelte dei consumatori.

Conseguentemente, soltanto nel momento in cui la pubblicità sarà tale da incidere sulla libertà di discernimento del destinatario, potrà essere ritenuta censurabile alla luce della disciplina in materia di concorrenza sleale, configurandosi, in tale ipotesi, addirittura una forma di tutela di rango costituzionale, costituendo, la libertà di giudizio, un limite all'esercizio dell'attività economica²⁰¹.

2.3. La disciplina statutale della pubblicità: dal D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 alle recenti modifiche introdotte per effetto dei D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 145 e n. 146.

Al di là della tutela apprestata dalla disciplina in materia di concorrenza sleale nei confronti di comunicazioni pubblicitarie illecite, tutela, peraltro, come visto, non esercitabile da soggetti privi dei requisiti soggettivi necessari per l'applicazione della disciplina dettata dagli artt. 2598 ss. c.c. (ovvero, da soggetti che non siano imprenditori concorrenti), il nostro ordinamento è rimasto, per un lungo periodo, sfornito di una specifica e sistematica disciplina del fenomeno pubblicitario: una disciplina, cioè, tale

²⁰¹ In questi termini, Unnia, *op. cit.*, 32.

da garantire a tutti, e, soprattutto, ai consumatori, una tutela effettiva in relazione a fattispecie di pubblicità illecita. Ed infatti, mentre negli altri ordinamenti europei²⁰² lo sviluppo della normativa in materia di pubblicità è stato piuttosto precoce, in Italia si è dovuto attendere l'inizio degli anni '90 per giungere ad una prima, compiuta e generale, disciplina della pubblicità. Soltanto con l'emanazione del D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 in materia di pubblicità ingannevole²⁰³, è stato, infatti, introdotto, nell'ordinamento italiano, un generale ed espresso divieto legislativo relativo alla pubblicità ingannevole. Divieto, successivamente esteso, per effetto delle modifiche introdotte con il D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 67²⁰⁴, anche alla fattispecie della pubblicità comparativa²⁰⁵. Un ritardo, dunque, quello che ha caratterizzato il nostro ordinamento, non solo nei confronti

²⁰² Per una rapida analisi delle discipline previste dagli altri ordinamenti europei in materia di regolamentazione della comunicazione pubblicitaria, si veda, Unnia, *op cit.*, 307 ss.. L'Autore si sofferma, in particolare, sullo specifico profilo della identificazione della natura pubblicitaria di una comunicazione, osservando, al riguardo, come l'antesignano delle varie normative affermatesi a livello nazionale debba individuarsi nel *Code de Pratique Loyales* emanato dalla Camera di Commercio Internazionale nel 1937. Precisa altresì, l'Autore, come un ruolo di primo piano in materia debba attribuirsi all'Inghilterra, ove, infatti, già nel 1961 veniva emanato il *British Code of Advertising Practice*. Un secondo sistema normativo, dedicato alla regolamentazione del fenomeno pubblicitario in Gran Bretagna, sebbene limitatamente alla pubblicità televisiva, è rappresentato dall'*Independent Television Commission Code of Advertising Standards and Practice*. Altro Paese nel quale la disciplina dei messaggi pubblicitari ha preceduto quella introdotta in Italia è la Francia, che già a metà degli anni '80, con la Legge 1 agosto 1986, n. 897, richiedeva, ai fini della qualificazione di una comunicazione come pubblicitaria, che ogni annuncio redazionale fosse accompagnato da una scritta idonea a distinguerne la natura: "*publicité*", se pubblicitaria, "*Communiqué*", se, invece, espressione della libertà di pensiero. In posizione parzialmente difforme rispetto a tali Paesi, osserva l'Autore, si sono posti gli Stati Uniti, ove manca una disciplina generale del fenomeno della identificazione di un messaggio pubblicitario. Quanto alla regolamentazione della peculiare tecnica pubblicitaria del *product placement*, si rinvia, peraltro, a quanto verrà trattato nel successivo Capitolo III, *sub* § 1.

²⁰³ Trattasi di normativa emanata in attuazione della Direttiva Comunitaria 84/450/CEE del 10 settembre 1984, in materia di pubblicità ingannevole.

²⁰⁴ Con tale decreto è stata data attuazione alla Direttiva 97/55/CE, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, intervenuta a modificare la Direttiva 84/450/CEE.

²⁰⁵ Tale disciplina è, peraltro, confluita all'interno del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, recante il cosiddetto "*Codice del consumo*", che ha abrogato il precedente D.Lgs. n. 67/00.

degli altri Paesi, ma anche nei confronti della normativa comunitaria, se solo si considera che, con il citato D.Lgs. n. 74/92, si è data attuazione ad una direttiva comunitaria risalente a ben sette anni prima.

La disciplina statutale del fenomeno della pubblicità, introdotta con il D.Lgs. n. 74/92, ha subito, negli ultimi anni, rilevanti modifiche, soprattutto per effetto della recente riforma legislativa introdotta con l’emanazione dei D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 145 e n. 146, recanti attuazione della direttiva 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno²⁰⁶. Ed infatti, per effetto di simili interventi normativi, da un lato, è stato, per così dire, sostituito il concetto di pubblicità ingannevole²⁰⁷ con quello, più ampio, di “*pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un’operazione commerciale relativa a un prodotto*” (art. 19, co. 1, D.Lgs. n. 206/2005), da intendersi come “*qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori*”; dall’altro lato, le norme inizialmente introdotte dal D.Lgs. n. 74/92 sono state “collocate al di fuori” del Codice del Consumo, peraltro con alcune significative modifiche.

Prendendo le mosse dal secondo dei citati interventi normativi, il D.Lgs. n. 146/2007, esso ha introdotto una nozione diversa rispetto a quella originaria

²⁰⁶ Giova, infatti, ricordare che, con l’emanazione del cosiddetto Codice del Consumo, introdotto per effetto del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, è stato abrogato il D.Lgs. n. 74/92, mentre il contenuto dello stesso, dapprima confluito, appunto, all’interno del Codice del Consumo (artt. 18-27), è stato, successivamente, espunto dallo stesso e confluito nel D.Lgs. n. 145/2007.

²⁰⁷ Specificava, infatti, l’art. 1 D.Lgs. n. 74/92 che “*il presente decreto ha lo scopo di tutelare dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali i soggetti che esercitano un’attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, i*

di comunicazione pubblicitaria²⁰⁸: ovvero, quella di pratica commerciale scorretta, all'interno della quale viene ricompresa qualsiasi pratica commerciale posta in essere prima, durante o dopo un'operazione commerciale riguardante un prodotto o un servizio: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle promozioni, alle offerte, o ai preventivi contrattuali.

A conferma di una simile mutata *ratio*, è stato introdotto un generale divieto, non più di ingannevolezza, bensì relativo alle pratiche commerciali scorrette, ovvero quelle contrarie alla diligenza professionale, e tali da *“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”*²⁰⁹, fra le quali non possono non ricomprendersi le pratiche ingannevoli.

Precisa, infatti, il dettato normativo che sono tali le pratiche commerciali *“a) ingannevoli di cui agli articoli 21, 22 e 23”*, nonché quelle *“b) aggressive di cui agli articoli 24, 25 e 26”*.

Parimenti diversa risulta la definizione stessa di ingannevolezza che, oltre

consumatori e, in genere, gli interessi del pubblico nella fruizione di messaggi pubblicitari, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa”.

²⁰⁸ Giova, infatti, ricordare, che nella enunciazione iniziale, era ritenuta pubblicità *“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 ed obblighi su di essi oppure la prestazione di opere o di servizi”*.

²⁰⁹ In particolare, a norma dell'art. 18, co. 1, D.Lgs. 206/2005, per *“«falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori»”*, si intende *“l'impiego di una pratica commerciale idonea 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; mentre, per “«diligenza professionale»” “il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista”*.

ad essere, nell'attuale formulazione, riferita al più generale concetto di "pratica commerciale", risulta individuata sulla base di maggiori e più specifici parametri di riferimento, che, per di più, distinguono espressamente le azioni ingannevoli (art. 21)²¹⁰ dalle omissioni ingannevoli

²¹⁰ Stabilisce, infatti, l'art. 21 Codice del Consumo: "È considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso:

- 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 Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, lo status, 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 ai sensi dell'articolo 130 del presente Codice.

È altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporti:

a) una qualsivoglia attività di commercializzazione del prodotto che ingenera confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente, ivi compresa la pubblicità comparativa illecita;

b) il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare, ove si tratti di un impegno fermo e verificabile, e il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice.

È considerata 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 i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza.

È considerata, altresì, scorretta la pratica commerciale che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza".

(art. 22)²¹¹.

L'attuale disciplina legislativa ha introdotto, altresì, sia ulteriori pratiche ritenute “*in ogni caso*” ingannevoli²¹², sia una nozione nuova, relativa, cioè,

²¹¹ A norma dell'art. 22 Codice del Consumo: “È considerata ingannevole una pratica commerciale 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 ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Una pratica commerciale è altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, 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 nonchè 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.

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.

Nel caso di un invito all'acquisto sono considerate rilevanti, ai sensi del comma 1, le informazioni seguenti, qualora non risultino già evidenti dal contesto:

a) le caratteristiche principali del prodotto in misura adeguata al mezzo di comunicazione e al prodotto stesso;

b) l'indirizzo geografico e l'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;

c) il prezzo comprensivo delle imposte o, se la natura del prodotto 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 oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore;

d) le modalità di pagamento, consegna, esecuzione e trattamento dei reclami qualora esse siano difforni dagli obblighi imposti dalla diligenza professionale;

e) l'esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto per i prodotti e le operazioni commerciali che comportino tale diritto.

Sono considerati rilevanti, ai sensi del comma 1, gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto”.

²¹² Art. 23 Codice del Consumo: “Sono considerate in ogni caso ingannevoli le seguenti pratiche commerciali:

a) affermazione non rispondente al vero, da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta;

b) esibire un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione;

-
- c) *asserire, contrariamente al vero, che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura;*
- d) *asserire, contrariamente al vero, che un professionista, le sue pratiche commerciali o un suo prodotto sono stati autorizzati, accettati o approvati, da un organismo pubblico o privato o che sono state rispettate le condizioni dell'autorizzazione, dell'accettazione o dell'approvazione ricevuta;*
- e) *invitare all'acquisto di prodotti ad 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;*
- f) *invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo e successivamente:*
- 1) *rifiutare di mostrare l'articolo pubblicizzato ai consumatori, oppure*
 - 2) *rifiutare di accettare ordini per l'articolo o di consegnarlo entro un periodo di tempo ragionevole, oppure*
 - 3) *fare la dimostrazione dell'articolo con un campione difettoso, con l'intenzione di promuovere un altro prodotto;*
- g) *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;*
- h) *impegnarsi a fornire l'assistenza post-vendita a consumatori con i quali il professionista ha comunicato prima dell'operazione commerciale in una lingua diversa dalla lingua ufficiale dello Stato membro in cui il professionista è stabilito e poi offrire concretamente tale servizio soltanto in un'altra lingua, senza che questo sia chiaramente comunicato al consumatore prima del suo impegno a concludere l'operazione;*
- i) *affermare, contrariamente al vero, o generare comunque l'impressione che la vendita del prodotto è lecita;*
- l) *presentare i diritti conferiti ai consumatori dalla legge come una caratteristica propria dell'offerta fatta dal professionista;*
- m) *salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, impiegare contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore;*
- n) *formulare affermazioni di fatto inesatte per quanto riguarda la natura e la portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia se egli non acquistasse il prodotto;*
- o) *promuovere un prodotto simile a quello fabbricato da un altro produttore in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore inducendolo a ritenere, contrariamente al vero, che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore;*
- p) *avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti;*
- q) *affermare, contrariamente al vero, che il professionista è in procinto di cessare l'attività o traslocare;*

alla pratica commerciale cosiddetta “aggressiva”, ovvero quella 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, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso*” (art. 24 Codice del Consumo)²¹³.

r) *affermare che alcuni prodotti possono facilitare la vincita in giochi basati sulla sorte;*

s) *affermare, contrariamente al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni;*

t) *comunicare informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto allo scopo d'indurre il consumatore all'acquisto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato;*

u) *affermare in una pratica commerciale che si organizzano concorsi o promozioni a premi senza attribuire i premi descritti o un equivalente ragionevole;*

v) *descrivere 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;*

z) *includere nel materiale promozionale una fattura o analoga richiesta di pagamento che lasci intendere, contrariamente al vero, al consumatore di aver già ordinato il prodotto;*

aa) *dichiarare o lasciare intendere, contrariamente al vero, che il professionista non agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, o presentarsi, contrariamente al vero, come consumatore;*

bb) *lasciare intendere, contrariamente al vero, che i servizi post-vendita relativi a un prodotto siano disponibili in uno Stato membro diverso da quello in cui è venduto il prodotto”.*

²¹³ Anche in relazione a tale peculiare fattispecie di pratica commerciale scorretta, il legislatore individua quelle pratiche considerate “in ogni caso” aggressive, ovvero quelle tali da:

“a) *creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto;*

b) *effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorchè nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale;*

c) *effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorchè 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;*

Come si é detto, le norme in precedenza contenute nel D.Lgs. n. 74/92 in materia di pubblicità ingannevole e comparativa e successivamente collocate all'interno del Codice del Consumo, sono state oggetto di un'ulteriore intervento legislativo, che ha in parte modificato il contenuto delle stesse. In particolare, tali disposizioni sono state, per così dire, "trasferite" all'interno del D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 145²¹⁴, il quale ha, peraltro, circoscritto l'ambito di applicazione alle fattispecie di pubblicità ingannevole e comparativa con riferimento ai rapporti tra professionisti concorrenti²¹⁵, laddove, invece, nella formulazione precedente, scopo della disciplina in materia di pubblicità ingannevole era quello "di tutelare dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali i soggetti che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, i consumatori e, in genere, gli interessi del pubblico nella fruizione di messaggi pubblicitari". Una simile modifica, del resto, trova il proprio

d) imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento del danno in virtù di una polizza di assicurazione di esibire documenti che non possono ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la fondatezza della richiesta, o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali;

e) salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati;

f) esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto, salvo quanto previsto dall'articolo 54, comma 2, secondo periodo;

g) informare esplicitamente il consumatore che, se non acquista il prodotto o il servizio saranno in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista;

h) 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 nè 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".

²¹⁴ Attuativo dell'art. 14 della direttiva 2005/29/CE, a sua volta intervenuta a modificare la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole.

²¹⁵ Stabilisce, infatti, l'art. 1 del citato decreto: "le disposizioni del presente decreto legislativo hanno lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle

fondamento nella circostanza che i consumatori ben potranno ricorrere allo strumento di tutela previsto agli artt. 18-27 Codice del Consumo, che, a seguito dell'introduzione della nozione di “*pratica commerciale scorretta*”, ha esteso l'ambito di applicazione della relativa disciplina anche a fattispecie diverse dalle mere comunicazioni pubblicitarie²¹⁶. Quella appena descritta costituisce, peraltro, la principale modifica rispetto alla precedente disciplina, che, per il resto, risulta pressoché immutata.

2.4. L'ordinamento autodisciplinare: natura, finalità e rapporti con l'ordinamento statale.

Accanto alla regolamentazione statale della pubblicità commerciale, che, come vedremo, demanda ad una specifica Autorità il controllo della liceità delle comunicazioni pubblicitarie, è possibile rinvenire un *corpus* di norme di natura non statale, anch'esso teso a disciplinare il medesimo fenomeno. Si allude al cosiddetto Codice di Autodisciplina Pubblicitaria (oggi, Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, per effetto del recente adeguamento del sistema autodisciplinare alla già citata Direttiva comunitaria sulle pratiche commerciali sleali)²¹⁷, creato dall'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria²¹⁸ nel 1966, allo scopo di supplire alla

sue conseguenze sleali, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa”.

²¹⁶ A titolo meramente esemplificativo, sono incluse fra le pratiche commerciali scorrette le forniture non richieste, nonché i servizi finanziari, relativi a contratti attivati a distanza.

²¹⁷ Tale ultima edizione del Codice, la quarantaquattresima, è entrata in vigore il 21 gennaio 2008. Con l'adeguamento alla direttiva 2005/29/CE, il Codice ha ampliato il proprio ambito di competenza e, dunque, la tutela da esso apprestata: più nello specifico, con l'introduzione della nozione di comunicazione commerciale, in sostituzione di quella di pubblicità, si è esteso il sindacato degli organi autodisciplinari a tutte le comunicazioni commerciali, quali, ad esempio, le promozioni e, in genere, tutte quelle comunicazioni trasmesse attraverso i nuovi mezzi di comunicazione di massa.

²¹⁸ L'Istituto di Autodisciplina pubblicitaria è un'associazione non riconosciuta costituita da organi rappresentativi di numerose categorie di operatori pubblicitari, quali agenzie pubblicitarie, consulenti, mezzi di diffusione della pubblicità, concessionarie.

mancanza, a quell'epoca, di una disciplina statuale del fenomeno pubblicitario, che garantisse una specifica tutela al consumatore²¹⁹.

Tale sistema, nato come Codice delle Pratiche Leali in materia di Pubblicità²²⁰, venne inizialmente interpretato dalla dottrina quale complesso di norme etiche: una sorta, cioè, di codice deontologico, in quanto tale, afferente all'ambito della morale più che a quello giuridico. Oggi, peraltro, è indiscussa la natura giuridica delle norme autodisciplinari²²¹, quale espressione, cioè, di una forma di autonomia privata peculiare, siccome tesa a realizzare sia interessi individuali sia un interesse collettivo, quello, cioè, ad un corretto funzionamento del sistema pubblicitario²²².

Nel corso degli anni, si è registrato un sempre maggior ricorso allo strumento autodisciplinare, preferito rispetto alle altre strade percorribili (ovvero, il giudice ordinario, davanti al quale sono progressivamente diminuite le cause in ambito pubblicitario, o anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), molto probabilmente in ragione della estrema celerità che, sin dall'inizio, ha caratterizzato il sistema autodisciplinare²²³.

²¹⁹ Come osserva, infatti, Grazzini, *Norme preliminari e generali*, in *Commentario al Codice dell'Autodisciplina pubblicitaria*, Milano, 2003, 3 ss., la creazione dell'allora Codice dell'Autodisciplina Pubblicitaria ha consentito di colmare un vuoto di tutela soprattutto nei confronti del consumatore, il quale, prima della novella introdotta con il D.Lgs. n. 74/92, si trovava del tutto sprovvisto di una forma di protezione statale nei confronti del fenomeno pubblicitario. Tanto, in quanto la disciplina prevista all'interno del Codice civile, applicata dalla giurisprudenza dell'epoca, presupponendo la sussistenza di un rapporto di natura concorrenziale, si riduceva ad uno strumento di tutela nell'interesse soltanto dell'imprenditore.

²²⁰ In questi termini venne, infatti, definito il primo Codice dell'Autodisciplina Pubblicitaria, emanato dalla Camera di Commercio Internazionale nel 1937.

²²¹ In giurisprudenza, si rinvia a Trib. Milano, 22.1.1976, in *Riv. dir. ind.*, 1977, II, 91 ss.; in dottrina, per tutti, Guggino, *Considerazioni intorno alla natura giuridica dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Rass. Dir. civ.*, 1989, II, 1 ss..

²²² In questi termini, Grazzini, *op. cit.*, 13.

²²³ Tanto risulta evidente, se solo si confronta il breve periodo entro cui è possibile ottenere una pronuncia da parte degli organi autodisciplinari (al massimo un paio di mesi) con i lunghi tempi di durata di un processo ordinario (non meno di 7-8 anni) o anche di un procedimento davanti all'Autorità Garante, più rapido di un processo ordinario, ma, in ogni caso, non quanto una procedura avanti gli organi autodisciplinari.

In altri termini, un *corpus* normativo, quello dell'Autodisciplina Pubblicitaria, che ben può considerarsi, attualmente, uno dei principali ed irrinunciabili strumenti di regolamentazione del fenomeno pubblicitario²²⁴. Un sistema, dunque, indubbiamente più elastico, oltre che ampiamente informale, come si desume, a titolo meramente esemplificativo, dalla legittimazione ad agire riconosciuta a “*chiunque ritenga di subire un pregiudizio da attività di comunicazione commerciale contrarie al Codice di Autodisciplina*”²²⁵, atteso che scopo precipuo di tale sistema normativo è, appunto, quello di assicurare che la pubblicità sia “*realizzata come servizio per il pubblico, con speciale riguardo alla sua influenza sul consumatore*”²²⁶.

Altra peculiarità delle norme autodisciplinari deve rinvenirsi nella autonomia delle stesse rispetto alla disciplina statale²²⁷ e, soprattutto, nella loro efficacia relativa, siccome circoscritta a chi abbia aderito al Codice²²⁸, dunque non *erga omnes*.

²²⁴ Il ruolo di primo piano dell'ordinamento autodisciplinare è stato, del resto, riconosciuto dalla stessa normativa comunitaria: già nella direttiva 84/450/CEE, che ha trovato attuazione in Italia con l'emanazione del D.Lgs. n. 74/92, si specificava, infatti, “*la presente direttiva non esclude il controllo volontario della pubblicità ingannevole esercitato da organismi autonomi*”.

²²⁵ Art. 36 Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale.

²²⁶ Norme preliminari e generali al Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, lett. a).

²²⁷ Come è dato leggere, infatti, nelle Norme preliminari e generali al Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, lett. a): “*il Codice definisce le attività in contrasto con le finalità suddette, ancorché conformi alle vigenti disposizioni legislative*”.

²²⁸ Norme preliminari e generali al Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, lett. b): “*Il Codice di Autodisciplina Pubblicitaria è vincolante per utenti, agenzie, consulenti di pubblicità, gestori di veicoli pubblicitari di ogni tipo e per tutti coloro che lo abbiano accettato direttamente o tramite la propria associazione, ovvero mediante la sottoscrizione di un contratto di pubblicità di cui al punto d)*”. E' fatto obbligo, infatti, agli associati di inserire “*nei propri contratti una speciale clausola di accettazione del Codice, dei Regolamenti autodisciplinari e delle decisioni assunte dal Giurì, anche in ordine alla loro pubblicazione, nonché delle ingiunzioni del Comitato di Controllo divenute definitive*” (Norme preliminari e generali al Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, lett. d)). Gli organi autodisciplinari hanno, peraltro,

Da altra prospettiva, però, il sistema dell'autodisciplina pubblicitaria può essere ritenuto, altresì, un ordinamento cosiddetto "derivato" rispetto a quello statale, configurandosi, il fenomeno dell'autodisciplina, da un punto di vista giuridico, quale atto di autonomia negoziale, e, in particolare, quale contratto. In altri termini, posto che l'autodisciplina pubblicitaria trova il proprio fondamento nell'autonomia privata, la quale, a sua volta, risulta consentita e legittimata dall'ordinamento giuridico²²⁹, da tanto non può non discendere il carattere derivato del primo ordinamento rispetto al secondo, rinvenendo, appunto, l'autodisciplina la propria "fonte" nel sistema statale²³⁰.

Trattasi, peraltro, di considerazioni di non poca rilevanza, discendendo dalle stesse la legittimazione, per così dire, di un vero e proprio controllo dell'ordinamento statale sulla validità del sistema autodisciplinare. Controllo effettuato su due direzioni: da un lato, sotto il profilo della validità della causa del negozio autodisciplinare, dall'altro, sotto l'ulteriore profilo della validità delle singole disposizioni.

Quanto al primo aspetto, il controllo dell'ordinamento statale consisterà, sostanzialmente, nella valutazione circa la liceità o meno della causa del

introdotto due ulteriori ed atipiche forme di adesione al Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale: in primo luogo, l'ipotesi in cui un soggetto, non aderente al sistema, presenti una istanza al Giurì ovvero una segnalazione al Comitato di Controllo (organi, entrambi, come vedremo nel successivo § 3.2., deputati al controllo della liceità di messaggi pubblicitari alla luce delle previsioni contenute nel Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale), dovendo intendersi, una simile condotta, quale forma di accettazione tacita del sistema autodisciplinare; in secondo luogo, l'accettazione del contraddittorio nel corso di un giudizio avanti il Giurì.

²²⁹ Così, Floridaia, *Autodisciplina e funzione arbitrale*, in *Riv. dir. ind.*, 1991, I, 5 ss..

²³⁰ Tesi, quella della natura derivata dell'ordinamento autodisciplinare rispetto a quello statale, attualmente maggioritaria. Non è mancato, peraltro, chi ha preferito "collocare" l'ordinamento nell'ambito della morale e, conseguentemente, escluso che possa esservi un contrasto con l'ordinamento statale, afferendo, i due sistemi normativi, ad ambiti diversi. In tal senso, si è espressa, ad esempio, la giurisprudenza di merito, ritenendo che "l'efficacia delle decisioni del Giurì resta limitata all'ambito dei rapporti etico-

fenomeno dell'autodisciplina pubblicitaria, e, più in particolare, quale causa atipica: se, cioè, essa possa essere ritenuta meritevole di tutela come richiesto sulla base di quanto previsto dall'art. 1322, comma 2, c.c.²³¹. Tanto, in quanto il sistema autodisciplinare è originato, si ripete, da un atto di autonomia privata, il quale è, a sua volta, consentito e legittimato dall'ordinamento soltanto ove lecito e teso a realizzare interessi meritevoli di tutela. Conseguentemente, l'ordinamento autodisciplinare risulterà lecito laddove non contenga disposizioni in contrasto con norme imperative di legge, l'ordine pubblico ed il buon costume²³².

Ulteriore forma di controllo dell'ordinamento statale sull'autodisciplina pubblicitaria riguarderà le singole norme contenute all'interno del Codice sempre sotto il profilo della validità delle stesse²³³.

Cionondimeno, quanto finora rilevato deve essere esaminato congiuntamente alla già rilevata²³⁴ autonomia dell'ordinamento autodisciplinare rispetto all'ordinamento statale, la quale si estrinseca, sostanzialmente, nella valutazione circa la censurabilità del fenomeno pubblicitario. Valutazione che dovrà essere compiuta alla luce di quanto previsto dal Codice stesso, con la conseguenza che ben potrà giungersi, come detto, a pronunce non coincidenti da parte dei due ordinamenti sul medesimo fenomeno pubblicitario. Analogamente, come hanno avuto modo di rilevare gli stessi organi autodisciplinari, ben può verificarsi l'ipotesi

professionali, senza invadere il campo della tutela giurisdizionale dei diritti" (Corte App. Milano, 9.1.1981, in *Giur. Ann. Dir. Ind.*, 1981, 1391, 264 ss.).

²³¹ "Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico".

²³² Così, Archiutti, *I rapporti tra l'autodisciplina pubblicitaria e la normativa statale in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita*, in *Commentario al Codice dell'Autodisciplina pubblicitaria*, cit., 479 ss..

²³³ Tanto, sulla base del dettato dell'art. 1418 c.c., a tenore del quale "il contratto è nullo se è contrario a norme imperative", fra cui l'art. 1346 c.c., che stabilisce che "l'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile".

contraria, ovvero che “*un determinato comportamento può risultare illecito per entrambi*”²³⁵. Tanto, del resto, trova il proprio fondamento nell’autonomia dei due ordinamenti, da cui discende, quale duplice conseguenza, da un lato, che il ricorso alla tutela apprestata dal primo non preclude la possibilità di avvalersi anche della protezione fornita dal secondo, dall’altro, che le decisioni emesse dall’Autorità statale non vincoleranno quelle degli organi autodisciplinari (ma analogo discorso varrà dalla prospettiva opposta). Autonomia che, d’altra parte, si giustifica per prevedere, i due ordinamenti, statale ed autodisciplinare, sistemi normativi di diverso contenuto, tali, dunque, da escludere che l’Autorità preposta a garantire il rispetto delle regole imposte da uno dei due ordinamenti possa avvalersi delle norme previste dall’altro²³⁶.

Passando ad individuare i contenuti della disciplina stabilita dal sistema autodisciplinare in relazione al fenomeno pubblicitario, un primo profilo su cui soffermarsi riguarda la struttura del Codice di Autodisciplina e, in particolare, la natura dei precetti in esso contenuti.

Tale sistema normativo si compone, infatti, di norme di carattere sostanziale (artt. 1-28 *bis*; 43-46) ed altre di carattere procedurale (artt. 29-

²³⁴ Si veda, *supra*, la nota 7.

²³⁵ Così, Giurì di Autodisciplina, 8.11.1978, in *Dir. Radiodiff. e Telecom*, 1979, 280 ss..

²³⁶ Art. 32 Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale (“*Funzioni del Giurì e del Comitato di Controllo*”): “*Il Giurì esamina la comunicazione commerciale che gli viene sottoposta e si pronuncia su di essa secondo il presente Codice*”.

42)²³⁷. Alle norme cosiddette sostanziali devono, poi, aggiungersi i regolamenti emanati in relazione a peculiari fattispecie di pubblicità²³⁸.

Il Codice di Autodisciplina si apre con l'enunciazione delle cosiddette “*Norme Preliminari e Generali*”, con le quali si è inteso, oltre che individuare, come visto, finalità e soggetti vincolati al sistema autodisciplinare, altresì, delimitare l'ambito di applicazione di tale sistema normativo, fornendo le definizioni di “*comunicazione commerciale*”, “*prodotto*”, “*messaggio*”, “*consumatore*”²³⁹.

In particolare, dalla definizione di “*consumatore*” data dal Codice emerge come la tutela apprestata da tale sistema normativo risulti, non già circoscritta al solo pubblico diretto destinatario dei messaggi pubblicitari,

²³⁷ In particolare, il Codice di Autodisciplina dedica ben sei titoli alla disciplina del fenomeno della comunicazione commerciale, rispettivamente riguardanti: il primo, le regole generali di comportamento nel settore della comunicazione pubblicitaria; il secondo, particolari forme di pubblicità; il terzo ed il quarto, la disciplina degli organi deputati al controllo della comunicazione pubblicitaria, nonché le norme procedurali (per l'esame delle quali si rinvia alla trattazione degli organi autodisciplinari); il quinto, la tutela della creatività; il sesto, infine, la disciplina della comunicazione sociale.

²³⁸ Sono stati, nel tempo, emanati i seguenti regolamenti: il “*Regolamento per deposito progetti creativi*”; il “*Regolamento per deposito annuncio di protezione*”; il “*Regolamento per pubblicità svolta all'estero*”; il “*Regolamento per la pubblicità degli integratori alimentari proposti per il controllo o la riduzione del peso e di altri tipi di integratori*”; il “*Regolamento sulla pubblicità dei medicinali per uso veterinario*”.

A questi deve aggiungersi il “*Regolamento sui tempi tecnici di attuazione delle decisioni autodisciplinari*”, attinente, invece, ad aspetti di carattere più strettamente procedurale.

²³⁹ Norme preliminari e Generali al Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, lett. e) – Definizioni:

“*Agli effetti del Codice il termine ‘comunicazione commerciale’ comprende la pubblicità e ogni altra forma di comunicazione, anche istituzionale, diretta a promuovere la vendita di beni o servizi quali che siano i mezzi utilizzati, nonché le forme di comunicazione disciplinate dal titolo VI. Non comprende le politiche commerciali e le tecniche di marketing in sé considerate. Il termine ‘prodotto’ comprende qualsiasi oggetto della comunicazione pubblicitaria e si intende perciò esteso anche al servizio, metodo, trattamento e simili. Il termine ‘messaggio’ comprende qualsiasi forma di presentazione al pubblico del prodotto e si intende perciò esteso anche all’imballaggio, alle confezioni e simili. Il termine ‘consumatore’ comprende ogni persona cui è indirizzato il messaggio pubblicitario o che sia suscettibile di riceverlo. Agli effetti del Codice di Autodisciplina non costituisce pubblicità la distribuzione a scopo didattico di materiale pubblicitario quando sia richiesto dagli istituti scolastici pubblici o privati e l’uso avvenga sotto il controllo del personale docente*”.

ovvero i consumatori, per così dire, “in senso stretto”, bensì ad “*ogni persona cui è indirizzata la comunicazione commerciale o che sia suscettibile di riceverla*”. Il riferimento é, in primo luogo, alle stesse imprese concorrenti di quella che abbia realizzato la comunicazione commerciale, ben potendo, le prime, avere un proprio interesse a che la comunicazione della seconda possa essere sottoposta al vaglio di liceità degli organi autodisciplinari, ed eventualmente censurata. Ed anzi, al riguardo è bene segnalare come proprio alla natura ed ai costi di un simile procedimento é ricollegabile il non frequente ricorso, da parte dei singoli consumatori, alla tutela autodisciplinare, la quale, invece, è stata – ed è tuttora – molto utilizzata dalle aziende al fine di ottenere una pronuncia di illiceità nei confronti di aziende concorrenti.

Passando ad esaminare la definizione che il Codice di Autodisciplina dà di “*comunicazione commerciale*”, viene definita tale “*la pubblicità e ogni altra forma di comunicazione, anche istituzionale, diretta a promuovere la vendita di beni o servizi quali che siano le modalità utilizzate, nonché le forme di comunicazione disciplinate dal titolo VI*”, nonché i cosiddetti “*appelli al pubblico*” (art. 46), mentre vengono escluse “*le politiche commerciali e le tecniche di marketing in sé considerate*”. Specifica, poi, la medesima norma che costituisce “*messaggio*” “*qualsiasi forma di presentazione al pubblico del prodotto e si intende perciò esteso anche all’imballaggio, alle confezioni e simili*”.

Trattasi, dunque, di una definizione di ampio raggio, idonea, cioè, a ricomprendere, nel concetto di comunicazione commerciale, qualsiasi comunicazione che abbia un contenuto promozionale, incluse, ad esempio, le confezioni e le etichette di un prodotto, indipendentemente dai mezzi impiegati per la pubblicizzazione. In altri termini, una definizione che muove dal fine che si intende perseguire, prescindendo completamente da

eventuali caratteristiche del messaggio pubblicitario o del soggetto da cui esso deriva²⁴⁰.

Come si è visto, peraltro, il Codice ricomprende in tale nozione anche quelle comunicazioni che siano finalizzate, non già a direttamente pubblicizzare un prodotto, bensì a promuovere una specifica immagine dell'azienda, al fine di incrementare la notorietà della stessa²⁴¹.

3. Gli organi deputati al controllo della ingannevolezza della pubblicità.

Come si è visto, l'ordinamento statuale appresta due distinte forme di tutela nei confronti della comunicazione commerciale illecita: l'una, rappresentata dal ricorso alla disciplina dettata in materia di concorrenza sleale, applicabile qualora la comunicazione pubblicitaria integri una delle fattispecie previste dagli artt. 2598 ss. c.c.; l'altra, invece, rinvenibile nella disciplina introdotta dal D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, oggi, peraltro, abrogato per effetto di molteplici, anche recenti, interventi normativi.

Strumenti che demandano a due distinte Autorità il controllo sul rispetto delle norme applicabili alla pubblicità illecita: ovvero, il Giudice ordinario, da un lato, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dall'altro.

In posizione, per così dire, analoga rispetto all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si pongono, poi, gli organismi deputati al controllo del rispetto delle norme dettate dal sistema autodisciplinare con riferimento al fenomeno pubblicitario, ovvero, il Giurì di Autodisciplina ed il Comitato di Controllo, siccome anch'essi, al pari dell'Autorità Garante

²⁴⁰ Così, Grazzini, *op. cit.*, 42-43. Al riguardo, l'Autrice osserva come, in una simile prospettiva, si prescinda, ai fini della qualificazione di una comunicazione come pubblicità, dalla natura del soggetto che abbia commissionato la realizzazione del messaggio pubblicitario, rilevando, in particolare, come la finalità promozionale possa essere perseguita anche da una impresa *non profit*.

della Concorrenza e del Mercato, tenuti ad accertare l'eventuale illiceità di una comunicazione pubblicitaria sotto il peculiare profilo dell'ingannevolezza. Organismi, quelli cui è attribuito un simile sindacato, dei quali nei seguenti paragrafi verranno evidenziate le peculiarità proprie, investigandone rispettivi poteri e attribuzioni, nonché il rapporto tra gli stessi, al fine di individuare quale tipo di incidenza possano avere le decisioni adottate dall'uno nei confronti di quelle adottate dall'altro.

3.1. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: ambito di competenza e poteri.

Si è già accennato alla circostanza che, fino all'emanazione del D.Lgs. n. 74/1992, difettava nel nostro ordinamento una disciplina specifica in materia di pubblicità ingannevole, ovvero uno specifico strumento di tutela per il consumatore nei confronti di comunicazioni pubblicitarie di carattere decettivo²⁴². Un simile vuoto di tutela veniva, in un primo momento, colmato con l'introduzione del cosiddetto Codice dell'Autodisciplina Pubblicitaria: uno strumento, peraltro, esterno all'ordinamento statale.

Soltanto con l'emanazione del citato decreto legislativo è stata apprestata al consumatore una forma di tutela di tipo statale, affidata ad una specifica Autorità Amministrativa: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Trattasi di Autorità istituita con Legge 10 ottobre 1990, n. 287, meglio nota come legge *antitrust*²⁴³, con il compito, appunto, di tutelare la concorrenza

²⁴¹ E' il caso della cosiddetta pubblicità istituzionale.

²⁴² Si veda, *supra*, § 2.4..

²⁴³ Art. 10 ("Autorità garante della concorrenza e del mercato"): "È istituita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, denominata ai fini della presente legge Autorità, con sede in Roma.

L'Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione ed è organo collegiale costituito dal presidente e da quattro membri, nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Il presidente è scelto tra persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo. I quattro membri sono scelti tra persone di notoria indipendenza da individuarsi tra magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei conti o della Corte di cassazione, professori universitari ordinari di materie economiche o giuridiche, e personalità provenienti da settori economici dotate di alta e riconosciuta professionalità.

I membri dell'Autorità sono nominati per sette anni e non possono essere confermati. Essi non possono esercitare, a pena di decadenza, alcuna attività professionale o di consulenza, né possono essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati, né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura. I dipendenti statali sono collocati fuori ruolo per l'intera durata del mandato.

L'Autorità ha diritto di corrispondere con tutte le pubbliche amministrazioni e con gli enti di diritto pubblico, e di chiedere ad essi, oltre a notizie ed informazioni, la collaborazione per l'adempimento delle sue funzioni. L'Autorità, in quanto autorità nazionale competente per la tutela della concorrenza e del mercato, intrattiene con gli organi delle Comunità europee i rapporti previsti dalla normativa comunitaria in materia.

Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, sentito il Ministro del tesoro, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sono stabilite procedure istruttorie che garantiscono agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio e la verbalizzazione.

L'Autorità delibera le norme concernenti la propria organizzazione e il proprio funzionamento, quelle concernenti il trattamento giuridico ed economico del personale e l'ordinamento delle carriere, nonché quelle dirette a disciplinare la gestione delle spese nei limiti previsti dalla presente legge, anche in deroga alle disposizioni sulla contabilità generale dello Stato.

L'Autorità provvede all'autonoma gestione delle spese per il proprio funzionamento nei limiti del fondo stanziato a tale scopo nel bilancio dello Stato e iscritto, con unico capitolo, nello stato di previsione della spesa del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato. La gestione finanziaria si svolge in base al bilancio di previsione approvato dall'Autorità entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello cui il bilancio si riferisce. Il contenuto e la struttura del bilancio di previsione, il quale deve comunque contenere le spese indicate entro i limiti delle entrate previste, sono stabiliti dal regolamento di cui al comma 6, che disciplina anche le modalità per le eventuali variazioni. Il rendiconto della gestione finanziaria, approvato entro il 30 aprile dell'anno successivo, è soggetto al controllo della Corte dei conti. Il bilancio preventivo e il rendiconto della gestione finanziaria sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

L'Autorità, ai fini della copertura dei costi relativi al controllo delle operazioni di concentrazione, determina annualmente le contribuzioni dovute dalle imprese tenute all'obbligo di comunicazione ai sensi dell'articolo 16, comma 1. A tal fine, l'Autorità adotta criteri di parametrizzazione dei contributi commisurati ai costi complessivi relativi all'attività di controllo delle concentrazioni, tenuto conto della rilevanza economica dell'operazione sulla base del valore della transazione interessata e comunque in misura

ed il mercato e, successivamente, per effetto del summenzionato D.Lgs. n. 74/92, di giudicare in materia di pubblicità ingannevole.

In particolare, se, al momento in cui veniva istituita tale Autorità, l'ambito di competenza della stessa era circoscritto al settore della concorrenza, essendo ad essa attribuito il compito di controllare eventuali infrazioni, da parte delle imprese, dei divieti, stabiliti dalla legge n. 287/1990, in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza, nonché di abuso di posizione dominante²⁴⁴, con l'intervento normativo del 1992 veniva demandato all'Autorità *antitrust* anche il controllo sulla ingannevolezza dei messaggi pubblicitari; controllo, successivamente esteso, altresì, alla fattispecie della pubblicità comparativa, a seguito della ricordata modifica introdotta con il D.Lgs. n. 67/2000, di recepimento della Direttiva comunitaria 97/55 (intervenuta, a sua volta, a modificare la Direttiva 84/450/CEE precedentemente emanata in materia di pubblicità ingannevole)²⁴⁵.

Trattasi, peraltro, di autorità amministrativa indipendente, dunque di natura non già giurisdizionale, come ha avuto modo di riconoscere la

non superiore all'1,2 per cento del valore stesso, stabilendo soglie minime e massime della contribuzione.

Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, d'intesa con il Ministro del tesoro, sono determinate le indennità spettanti al presidente e ai membri dell'Autorità”.

²⁴⁴ Artt. 2 e 3 L. n. 287/90.

²⁴⁵ Oggi, inoltre, è stato ancor più rafforzato il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato quale organo mediante il quale apprestare un particolare strumento di tutela per i consumatori, laddove si è specificato, al primo comma dell'art. 27 D.Lgs. n. 206/2005, che essa opera “*anche quale autorità competente per l'applicazione del regolamento 2006/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori, nei limiti delle disposizioni di legge*” (articolo modificato per effetto dell'art. 1, D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 146, recante “*Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004*”).

giurisprudenza sin dalle prime pronunce successive all'istituzione di tale organismo²⁴⁶.

Tanto ha portato, quale diretta ed immediata conseguenza, la necessaria sottoposizione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, siccome organo di natura amministrativa, ad un controllo da parte di altre autorità sul merito delle decisioni adottate dalla stessa, rinvenendo, un tale sindacato, il proprio fondamento nel principio, costituzionalmente garantito, della tutela dei diritti ed interessi legittimi riconosciuto a tutti²⁴⁷: principio che trova, a sua volta, concreta applicazione proprio nei confronti degli organi amministrativi e degli atti dagli stessi emanati. Sempre all'interno del testo costituzionale viene, infatti, espressamente stabilito che “*contro gli atti della Pubblica Amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*” e, soprattutto, che “*tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*”²⁴⁸.

Proprio in una simile prospettiva devono, pertanto, essere lette tanto la disposizione contenuta nell'art. 33 legge *antitrust*, relativa, appunto alla competenza giurisdizionale²⁴⁹, quanto la norma inizialmente prevista dal

²⁴⁶ Con sentenza d.d. 20.5.2002, n. 7341, in *Guida al diritto*, 2002, n. 23, 28 ss., la Cassazione ha evidenziato la differenza tra le Autorità indipendenti, organi amministrativi, e gli organi giurisdizionali e, sulla premessa che “*l'ordinamento non conosce un tertium genus tra amministrazione e giurisdizione*”, ha ribadito la natura amministrativa delle *Authorities*, attesa la posizione non di terzietà delle stesse, siccome tese a perseguire un interesse pubblico, quello, cioè, per la cui realizzazione sono state istituite.

²⁴⁷ Art. 24 Cost.: “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*”.

²⁴⁸ Art. 113 Cost..

²⁴⁹ “*I ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati sulla base delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della presente legge rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Essi devono essere proposti davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio.*”

D.Lgs. n. 74/92 (art. 7, co. 11), che, nella formulazione attuale, così dispone: “*i ricorsi avverso le decisioni adottate dall’Autorità sono soggetti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alle violazioni del presente decreto si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezione I, e negli articoli 26, 27, 28 e 29 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni. Il pagamento delle sanzioni amministrative di cui al presente articolo deve essere effettuato entro trenta giorni dalla notifica del provvedimento dell’Autorità*” (art. 27, co. 13, Codice del Consumo).

Passando, quindi, ad esaminare i poteri attribuiti all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ed i caratteri peculiari del procedimento avanti la stessa, un primo elemento caratterizzante l’attività di tale Autorità è costituito dal potere, ad essa riconosciuto, di agire *ex officio* nei confronti di comunicazioni pubblicitarie ritenute decettive²⁵⁰. Accanto a tale facoltà, si pone, peraltro, in via alternativa, la possibilità che l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato venga adita su “*istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse*”. In altri termini, quanto al profilo della legittimazione attiva, sembrerebbe che questa non sia circoscritta ai cosiddetti consumatori. Cionondimeno, il riferimento che nella norma si fa alla nozione di “*pratiche commerciali scorrette*”, che, come visto, sono pratiche definite “*utilizzando*” quale parametro, appunto, il consumatore, indurrebbe a ridimensionare l’ambito di applicazione soggettivo del procedimento in esame.

Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla corte d’appello competente per territorio”.

²⁵⁰ Art. 27, co. 2, D.Lgs. n. 206/2005.

Molteplici e vari sono i poteri riconosciuti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: fra essi, la possibilità di disporre la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette, *“laddove sussiste particolare urgenza”*²⁵¹, nonché importanti poteri istruttori.

In particolare, oltre alla previsione circa la cosiddetta inversione dell'onere probatorio, contenuta nel comma 5 dell'art. 27 D.Lgs. n. 206/2005, della quale si dirà nel successivo paragrafo, è riconosciuto a tale Autorità un generale potere di richiedere, *ex officio*, le informazioni necessarie all'accertamento circa la scorrettezza delle pratiche commerciali sottoposte al suo esame, ben potendo l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, richiedere sia *“al proprietario del mezzo che ha diffuso la pratica commerciale ogni informazione idonea ad identificarlo”*, sia *“a imprese, enti o persone che ne siano in possesso le informazioni ed i documenti rilevanti al fine dell'accertamento dell'infrazione”* (art. 27, co. 3, D.Lgs. n. 206/2005)²⁵².

Accanto ai poteri istruttori dell'Autorità *antitrust* si pone, peraltro, uno specifico obbligo imposto alla stessa: quello di richiedere, *“quando la pratica commerciale è stata o deve essere diffusa attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva o altro mezzo di telecomunicazione”* il parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (art. 27, co. 6, D.Lgs. n. 206/2005). Cionondimeno, è lo stesso dettato normativo a prevedere che laddove, nel termine stabilito (trenta giorni) per la comunicazione del parere da parte dell'Autorità per le

²⁵¹ Art. 27, co. 3, D.Lgs. n. 206/2005.

²⁵² Le procedure istruttorie dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di pubblicità ingannevole e comparativa sono state disciplinate con apposito Regolamento, emanato con D.P.R. 10 ottobre 1996, n. 627, successivamente abrogato e sostituito dal D.P.R. 11 luglio 2003, n. 284, che ha introdotto il *“Regolamento recante norme sulle procedure istruttorie dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di pubblicità ingannevole e comparativa”*.

Garanzie nelle Comunicazioni, questa non vi provveda, “l’Autorità garante della concorrenza e del mercato procede indipendentemente dall’acquisizione del parere stesso”²⁵³.

Quanto, invece, ai provvedimenti che possono essere adottati da tale Autorità, essa può disporre, oltre che la inibizione della diffusione o della continuazione della pratica commerciale di cui sia stata accertata l’illegittimità, altresì, la pubblicazione “della delibera, anche per estratto, ovvero di un’apposita dichiarazione rettificativa, in modo da impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a produrre effetti” (art. 27, co. 8, D.Lgs. n. 206/2005), nonché l’irrogazione di sanzioni amministrative anche significative²⁵⁴.

E’, inoltre, prevista la facoltà, per l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, di “ottenere dal professionista responsabile l’assunzione dell’impegno di porre fine all’infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità”²⁵⁵. Laddove si avvalga di una simile facoltà, l’Autorità può “definire il procedimento senza procedere all’accertamento dell’infrazione”, dopo aver valutato l’idoneità dell’impegno assunto dal professionista, in relazione al quale, peraltro, può “disporre la pubblicazione” della relativa dichiarazione.

Nonostante il ruolo fondamentale assunto da tale Autorità in materia pubblicitaria, quale principale organismo, unitamente a quelli autodisciplinari, chiamato a pronunciarsi sulla liceità delle comunicazioni pubblicitarie, essa non costituisce l’unico organo competente in materia.

In particolare, al di là della già riferita competenza attribuita all’Autorità giudiziaria ordinaria, chiamata a giudicare laddove le comunicazioni

²⁵³ Art. 12, co. 4, D.P.R. n. 284/2003.

²⁵⁴ Art. 27, co. 9, D.Lgs. n. 206/2005.

²⁵⁵ Art. 27, co. 7, D.Lgs. n. 206/2005.

pubblicitarie integrino, ad esempio, una delle fattispecie di concorrenza sleale disciplinate dagli artt. 2598 ss. c.c., ovvero qualora si invochi la disciplina in materia di responsabilità aquiliana o i rimedi di natura contrattuale, nonché alle competenze del giudice penale laddove le comunicazioni pubblicitarie integrino gli estremi di fattispecie penalmente rilevanti²⁵⁶, ben possono individuarsi numerose altre Autorità Indipendenti, alle quali è parimenti riconosciuta una competenza in materia pubblicitaria, sebbene di carattere settoriale e non generale, come quella dell’Autorità *antitrust*. Il riferimento è a tutte quelle Autorità amministrative alle quali sono richieste preventive autorizzazioni necessarie per la realizzazione di comunicazioni pubblicitarie: si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla autorizzazione del Ministero della Sanità per le pubblicità relative ai farmaci da banco²⁵⁷.

Della competenza non esclusiva attribuita all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha mostrato di tener conto lo stesso legislatore, il quale, nel disciplinare i profili peculiari della tutela amministrativa affidata alla predetta Autorità, ha, al contempo, previsto due norme di raccordo con altre giurisdizioni, stabilendo, in particolare, che *“è fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale, a norma dell’articolo 2598 del codice civile, nonché, per quanto concerne la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d’autore protetto dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, e dei marchi d’impresa protetto a*

²⁵⁶ Si pensi, ad esempio, ai reati di truffa (art. 640 c.p.) o di frode nel commercio (art. 515 c.p.).

²⁵⁷ Art. 210 T.U. Leggi Sanitarie (RD 27 luglio 1934, n.1265), nonché art. 6 D.Lgs n. 30 dicembre 1992 n. 541, attualmente abrogato dal D.Lgs. 24.4.2006, n. 219, recante *“Attuazione della direttiva 2001/83/CE (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE”*, il quale, all’art. 118, prevede la disciplina dell’autorizzazione della pubblicità presso il pubblico.

norma del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni, nonché delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti”²⁵⁸.

Quanto, poi, alle accennate numerose altre autorità amministrative, si è stabilito che *“ove la pratica commerciale sia stata assentita con provvedimento amministrativo, preordinato anche alla verifica del carattere non scorretto della stessa, la tutela dei soggetti e delle organizzazioni che vi abbiano interesse è esperibile in via giurisdizionale con ricorso al giudice amministrativo avverso il predetto provvedimento”²⁵⁹.*

3.2. Il Giurì di Autodisciplina ed il Comitato di Controllo: natura, competenza e poteri.

Come si è già avuto modo di rilevare²⁶⁰, l'autodisciplina pubblicitaria costituisce un sistema di autonomia privata distinto ed autonomo (seppur nei prospettati limiti) rispetto all'ordinamento statale, che prevede due specifici organi deputati a garantire il rispetto delle norme previste dal Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale: ovvero, il Comitato di Controllo ed il Giurì di Autodisciplina.

In particolare, il Comitato di Controllo è organo di natura collegiale, preposto a tutela *“degli interessi generali dei consumatori”²⁶¹*, al quale

²⁵⁸ Art. 27, co. 15, D.Lgs. n. 206/2005.

²⁵⁹ Art. 27, co. 14, D.Lgs. n. 206/2005.

²⁶⁰ Si rinvia, *supra*, al § 2.4..

²⁶¹ Art. 30 – Composizione del Comitato di Controllo: *“Il Comitato di Controllo, organo garante degli interessi generali dei consumatori, è composto da un numero di membri compreso tra dieci e venti, nominati dall'Istituto e scelti tre esperti di problemi dei consumatori, di tecnica pubblicitaria, di mezzi di comunicazione e di materie giuridiche. I membri del Comitato di Controllo durano in carica due anni e sono riconfermabili.*

possono rivolgersi questi ultimi nonché le associazioni rappresentative degli interessi degli stessi, segnalando, gratuitamente, le comunicazioni commerciali ritenute in contrasto con le norme del Codice di Autodisciplina “*che tutelano gli interessi generali del pubblico*”²⁶². Trattasi, dunque, di uno strumento di tutela differente dal ricorso al Giurì di Autodisciplina, in primo luogo da un punto di vista soggettivo, siccome esperibile esclusivamente dai suindicati soggetti, in secondo luogo sotto un profilo oggettivo, dal momento che la segnalazione rivolta al Comitato di Controllo può riguardare soltanto comunicazioni commerciali che risultino non conformi alle norme autodisciplinari poste a tutela di interessi generali del pubblico.

Quella appena descritta non costituisce, peraltro, la sola funzione attribuita al Comitato di Controllo, al quale, infatti, sono riconosciuti ulteriori poteri e compiti²⁶³, tutti esercitati “*senza formalità*”²⁶⁴. Fra questi, la possibilità, per tale organo, di adire “*in via autonoma*” il Giurì di Autodisciplina in relazione alle medesime comunicazioni commerciali per le quali è concessa la surriferita facoltà di segnalazione da parte dei consumatori.

E’, altresì, riconosciuto al Comitato di Controllo il compito di rendere dei pareri di natura consultiva che siano richiesti dal Presidente del Giurì ovvero “*su richiesta della parte interessata*”, in via preventiva in relazione ad una comunicazione commerciale ancora non diffusa²⁶⁵.

L’Istituto nomina tra i membri del Comitato il Presidente e i Vicepresidenti.

Il comitato può operare articolato in sezioni di almeno tre membri ciascuna, presiedute dal Presidente o da un Vicepresidente.

I membri del Comitato non possono essere scelti tra esperti che esercitano la loro attività professionale in materia della comunicazione commerciale”.

²⁶² Art. 36 Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale.

²⁶³ Art. 32 Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale.

²⁶⁴ Art. 32, ult. comma, Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale.

²⁶⁵ Art. 32, comma 2, Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale. Laddove ricorra tale ultima ipotesi, il parere del Comitato di Controllo viene espresso “*sotto riserva della validità e completezza dei dati e delle informazioni fornite*” dalla

Ulteriori poteri riconosciuti al Comitato di Controllo si rinvergono nella facoltà di richiedere, anche in via preventiva, che venga modificata una comunicazione commerciale ritenuta non conforme alle norme autodisciplinari, nonché (e soprattutto) nell'ingiunzione di desistenza dall'ulteriore diffusione di una comunicazione commerciale *“manifestamente contraria a una o più norme del Codice di Autodisciplina”*²⁶⁶.

Infine, quale ulteriore potere attribuito al Comitato di Controllo (ma analogo potere è riconosciuto al Giurì), è ammessa la facoltà di richiedere *“che chi si vale della comunicazione commerciale fornisca documentazioni idonee a consentire l'accertamento della veridicità dei dati, delle descrizioni, affermazioni, illustrazioni o testimonianze usate”*²⁶⁷.

Accanto al Comitato di Controllo, il sistema autodisciplinare ha previsto, come si è anticipato, un ulteriore organo, il Giurì di Autodisciplina, anch'esso di natura collegiale²⁶⁸, al quale sono demandati, in via generale,

parte interessata e, in caso di giudizio di approvazione da parte dell'organo autodisciplinare, questi non potrà *“agire d'ufficio contro la comunicazione commerciale approvata”*, nei limiti, peraltro, della validità e completezza dei dati forniti.

²⁶⁶ Art. 39 Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, comma 1. Qualora il Comitato di Controllo eserciti quest'ultimo potere, è consentito proporre opposizione motivata nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione dell'ingiunzione, la quale determina la sospensione dell'ingiunzione stessa. Tanto comporta, altresì, l'avvio di un giudizio, dapprima avanti il Presidente del Comitato di Controllo, il quale decide se revocare l'ingiunzione ovvero confermarla, quindi, laddove ricorra tale ultima ipotesi, avanti il Presidente del Giurì, il quale può, a sua volta, o confermare la decisione del Comitato di Controllo e ritrasmettergli gli atti, affinché comunichi alle parti la propria decisione, così da provvedere all'attuazione della stessa, ovvero convocare egli stesso le parti per la discussione della causa, qualora ritenga *“opportuna una decisione del Giurì”* (art. 39, comma 4, Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale). Diversamente, in caso di mancata, non motivata o non tempestiva opposizione, il provvedimento del Comitato di Controllo acquisterà efficacia di decisione, cui, dunque, le parti dovranno dare attuazione nel termine di *“7 giorni lavorativi”* (Reg. sui tempi tecnici di attuazione delle decisioni autodisciplinari).

²⁶⁷ Art. 32, comma 3, Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale.

²⁶⁸ Art. 29 Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale – Composizione del Giurì: *“Il Giurì è composto da un numero di membri compreso tra dieci e venti,*

sia il controllo sul rispetto delle disposizioni autodisciplinari sia (e soprattutto) la soluzione delle controversie che possano sorgere in relazione alla violazione del Codice²⁶⁹.

Tale organo, il procedimento avanti al quale è disciplinato dagli artt. 36-42 del Codice, può essere adito, come detto, da “*chiunque ritenga di subire un pregiudizio da attività di comunicazione commerciale contrarie al Codice di Autodisciplina*”²⁷⁰.

Diversamente, sotto il profilo della legittimazione passiva, l'intervento del Giurì é circoscritto, conformemente alla natura di atto di autonomia privata dell'ordinamento autodisciplinare, a chi “*avendo accettato il Codice stesso in una qualsiasi delle forme indicate nelle Norme Preliminari e Generali, abbia commesso le attività ritenute pregiudizievoli*”²⁷¹.

Volendo esaminare, in estrema sintesi, le peculiarità proprie del procedimento innanzi il Giurì dell'Autodisciplina, il ricorso avanti tale organo deve essere fatto mediante la presentazione di una istanza scritta nella quale deve essere indicata la comunicazione commerciale che si intende sottoporre al vaglio dell'organismo autodisciplinare, “*esponendo le proprie ragioni, allegando la relativa documentazione e i previsti diritti d'istanza*”²⁷².

nominati dall'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria e scelti tra esperti di diritto, di problemi dei consumatori, di comunicazione.

I membri del Giurì durano in carica due anni e sono riconfermabili.

L'Istituto nomina tra i membri del Giurì il Presidente e i Vicepresidenti che svolgono le funzioni del Presidente in assenza di questi.

I membri del Giurì non possono essere scelti fra esperti che esercitano la loro attività professionale in materia di autodisciplina della comunicazione commerciale”.

²⁶⁹ Stabilisce, infatti, l'art. 32 Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale: “*Il Giurì esamina la comunicazione commerciale che gli viene sottoposta e si pronuncia su di essa secondo il presente Codice*”.

²⁷⁰ Art. 36, co. 1, Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale.

²⁷¹ Art. 36, co. 1, Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale.

²⁷² Art. 36, co. 2, Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale.

Come si è detto, trattasi di un procedimento improntato ad esigenze di snellezza ed informalità. Tanto è dato desumere già dalle disposizioni riguardanti i termini imposti per lo svolgimento della procedura, piuttosto brevi²⁷³.

La peculiarità del procedimento autodisciplinare rispetto ad un normale giudizio avanti l'Autorità giudiziaria ordinaria è rappresentata dalla previsione contenuta nell'art. 6 del Codice, laddove é espressamente prevista una inversione dell'onere probatorio rispetto a quanto prescritto dalla disciplina generale contenuta nel codice civile²⁷⁴, dal momento che esso incombe su chi si avvalga della comunicazione commerciale, quindi la società resistente, non già su “*chi vuol far valere un diritto in giudizio*” (ovvero, nelle controversie dinanzi al Giurì, sul soggetto che si rivolga all'Autodisciplina). Trattasi di un principio costantemente ribadito dagli organi autodisciplinari, i quali hanno, addirittura, evidenziato l'inderogabilità di una simile disposizione, riconoscendo, ad esempio, che

²⁷³ Art. 37, comma 1, Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale: “ricevuta l'istanza, la presidenza del Giurì nomina fra i membri del Giurì un relatore, dispone la comunicazione degli atti alle parti interessate assegnando loro un termine, non inferiore agli otto e non superiore ai dodici giorni liberi lavorativi, per il deposito delle rispettive deduzioni e di eventuali documenti e le convoca davanti al Giurì entro il termine più breve possibile per la discussione orale ...”.

Art. 37, comma 5, Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale: “in qualsiasi momento del procedimento il Giurì può chiedere, senza formalità, al Comitato di Controllo pareri su qualsiasi questione”.

Art. 38, comma 2, Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale: “il Giurì emette la sua decisione, comunicando immediatamente il dispositivo alle parti”.

Art. 38, comma 4, Codice di Autodisciplina: “nel più breve termine possibile il Giurì deposita la pronuncia presso la Segreteria che ne trasmette copia alle parti e agli enti interessati”.

Art. 38, comma 5, Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale: “le decisioni del Giurì sono definitive”.

Art. 42, comma 3, Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale: in caso di inottemperanza alla decisione del Giurì, questi “concede alla parti la facoltà di presentare motivata opposizione nel termine perentorio di 5 giorni liberi lavorativi”.

²⁷⁴ Art. 2697 c.c.: “Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

anche qualora il *claim* pubblicitario postuli “una dimostrazione difficile, non per questo l’inserzionista che vi ricorre può essere esonerato dall’onere dell’art. 6 C.A.P.”²⁷⁵.

E’ bene, peraltro, rilevare come siffatta previsione non rappresenti una peculiarità propria del sistema autodisciplinare, atteso che, come visto²⁷⁶, analoga previsione era stata introdotta nel D.Lgs. n. 74/92, con riferimento alla competenza dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di pubblicità ingannevole. Stabilisce, infatti, nell’attuale formulazione, l’art. 26 del Codice del Consumo che “l’Autorità può disporre che l’operatore pubblicitario fornisca prove sull’esattezza materiale dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale”, precisando, altresì, che “se tale prova è omessa o viene ritenuta insufficiente, i dati di fatto dovranno essere considerati inesatti” e, soprattutto, che “incombe, in ogni caso, al professionista l’onere di provare, con allegazioni fattuali, che egli non poteva ragionevolmente prevedere l’impatto della pratica commerciale sui consumatori, ai sensi dell’articolo 20, comma 3”²⁷⁷. In altri termini, anche in questo caso una inversione dell’onere della prova (sebbene con delle differenze rispetto a quanto previsto dalla norma

Chi eccepisce l’inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti sui cui l’eccezione si fonda”.

²⁷⁵ Dec. n. 59/88, in Ubertazzi, *Giur. pubbl.*, cit., 1988, 410 ss.. La campagna pubblicitaria a stampa sottoposta all’esame del Giurì riguardava una marca di caffè, la Illy Caffè, della quale venivano esaltate diverse qualità merceologiche. In particolare, il Giurì ha ritenuto non adeguatamente dimostrata l’attendibilità delle affermazioni del *claim* “Illy Caffè è l’unico che offre un competente servizio di consulenza tecnica”, essendosi la resistente limitata a rivendicare la veridicità di tale affermazione “sottolineando che le altre case prestano un servizio di assistenza tecnica, ma non di consulenza”, epperò senza nulla addurre a giustificazione di una tale asserzione. Di qui, stante l’indimostrata unicità, il Giurì ha concluso per la violazione, oltre che dell’art. 6, altresì dell’art. 2 del Codice: e ciò, proprio in virtù della stretta connessione tra le due norme autodisciplinari.

²⁷⁶ Si veda, al riguardo, quanto rilevato nel § precedente.

²⁷⁷ Articolo modificato per effetto dell’art. 1, D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 146, recante “Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004”.

autodisciplinare²⁷⁸), che ben potrebbe essere ricondotta alla medesima *ratio* alla base delle due discipline: quella, cioè, di porsi come strumenti di tutela alternativi a quello ordinario, caratterizzato, come detto, da tempi estremamente lunghi.

Brevemente individuati i principali elementi che contraddistinguono il giudizio autodisciplinare e passando ad affrontare le problematiche su cui si sono confrontate tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, un primo aspetto sul quale molto si è discusso, dando luogo a diverse soluzioni, attiene alla natura del Giurì di Autodisciplina.

In particolare, il sistema dell'autodisciplina, é stato da taluna parte della dottrina ricondotto all'istituto dell'arbitrato, rinvenendo elementi indicativi di una simile natura, nello specifico, nella clausola di accettazione al Codice, ritenuta una sorta di clausola compromissoria, e, soprattutto, nella funzione del procedimento innanzi al Giurì, finalizzato, cioè, a dirimere le controversie *“tra gli operatori di pubblicità, parti del contratto di autodisciplina”*²⁷⁹.

Una simile impostazione non ha trovato, peraltro, il favore della dottrina maggioritaria, né, soprattutto, della giurisprudenza autodisciplinare, la quale ha avuto modo di rilevare che *“la clausola di accettazione non è né una clausola compromissoria né una clausola che produce deroghe alla competenza dell’Autorità giudiziaria ordinaria”*, in quanto se, con la sottoscrizione di tale clausola *“l’inserzionista si obbliga ad osservare i precetti del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria secondo l’interpretazione e l’applicazione che ne fa il Giurì, unico organo abilitato*

²⁷⁸ Ed infatti, mentre l’Autorità Garante può esercitare la facoltà di cui al co. 5 dell’art. 27 D.Lgs. n. 206/2005 solo *“se, tenuto conto dei diritti o interessi legittimi del professionista e di qualsiasi altra parte nel procedimento, tale esigenza risulti giustificata, date le circostanze del caso specifico”*, l’art. 6 del Codice di Autodisciplina si limita ad individuare il soggetto tenuto a fornire la prova.

nell'ordinamento autodisciplinare a garantirne l'osservanza. L'inserzionista, per contro, non assume, con la clausola di accettazione, alcun obbligo che abbia effetto sull'applicazione dello Stato e sulla giurisdizione o competenza degli organi statuali ai quali sia affidato il compito di garantire l'osservanza di tali norme. Ciò vale in generale e ancor più in particolare per le norme dell'ordinamento dello Stato che riguardano la disciplina della pubblicità: tant'è vero che – come è a tutti noto – vale nei rapporti tra ordinamento statale e ordinamento autodisciplinare in materia di pubblicità, il principio che, con terminologia propria del diritto antitrust, potremmo chiamare della 'doppia barriera', secondo il quale l'inserzionista è soggetto all'osservanza sia delle norme autodisciplinari, che di quelle statuali ed al controllo sia del Giurì che dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato. Conseguenza da ciò che la clausola di accettazione non è subordinata alla doppia sottoscrizione a norma dell'art. 1341 comma 2° c.c.”²⁸⁰.

Analogamente, è stata ritenuta non rispondente al sistema autodisciplinare la tesi volta a ricondurre l'attività di accertamento realizzata dal Giurì all'istituto dell'arbitraggio²⁸¹, rilevando, in particolare, come, mentre mediante il secondo le parti demandano ad un terzo la determinazione di un elemento del contratto (che, dunque, è ancora *in fieri*), laddove si intenda adire il Giurì, il negozio è già perfezionato (Codice di Autodisciplina) e,

²⁷⁹ Sena, *Il sistema dell'Autodisciplina Pubblicitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1988, I, 188 ss..

²⁸⁰ Giurì, dec. n. 2/98, in *Giur. pubbl., cit.*, 1998, 306 ss..

²⁸¹ Art. 1349 c.c.: “*Se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice.*

La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo.

Nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento”.

conseguentemente, all'organo autodisciplinare non è affidato alcun potere di intervento sulle norme del Codice.

Altra tesi sostenuta in dottrina è stata quella tesa a ricondurre il sistema autodisciplinare nell'ambito di disciplina delle cosiddette associazioni non riconosciute, rinvenendo, in particolare, nel Giurì di Autodisciplina, un organo collegiale creato per garantire l'attuazione dello statuto associativo, rappresentato dal Codice²⁸². In una simile prospettiva, è stato ritenuto ammissibile, volendo aderire all'orientamento prevalente di dottrina e giurisprudenza, il controllo da parte dell'ordinamento statale e, in particolare, con riferimento alla peculiare ipotesi dell'autodisciplina, il sindacato del Giudice ordinario sulla "correttezza" delle pronunce rese dal Giurì²⁸³.

Non è mancato, peraltro, chi ha ritenuto di ravvisare nell'Autodisciplina le caratteristiche proprie di una fattispecie negoziale particolare: il cosiddetto contratto normativo²⁸⁴. Più nel dettaglio, sulla base di una simile impostazione, il sistema autodisciplinare si configurerebbe quale contratto normativo, siccome avente ad oggetto l'organizzazione di una disciplina giuridica, e, al contempo, plurilaterale, nella misura in cui intercorrerebbe tra più parti. Peculiarità di tale fattispecie contrattuale dovrebbe, altresì, rinvenirsi, nella efficacia non già *erga omnes*, bensì estesa anche ai rapporti tra le parti ed i terzi.

²⁸² In particolare, hanno mostrato di aderire a tale impostazione: Nappi, *Aspetti processualcivilistici del sistema dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Annali dell'Università di Ferrara, Scienze Giuridiche. Nuova Serie*, III, 1989, 50 ss.; Da Molo, *I contratti di pubblicità*, in *NGCC*, 1990, II, 270 ss..

²⁸³ Il controllo dell'ordinamento statale sulle associazioni non riconosciute trova il proprio fondamento nel codice civile, e, in particolare, nel disposto degli artt. 23 e 24 c.c., relativi rispettivamente, all'ipotesi dell' "annullamento e sospensione delle deliberazioni", il primo, ed al "recesso ed esclusione degli associati", il secondo: in altri termini, due forme di controllo sulla organizzazione associativa.

Ulteriore profilo oggetto di indagine è stato quello del sindacato del Giudice ordinario sulla decisioni del Giurì. Si è già detto del controllo che l'ordinamento statale può esercitare su quello autodisciplinare in virtù della natura derivata del secondo rispetto al primo²⁸⁵.

Accanto ad un simile sindacato può individuarsi, peraltro, un ulteriore tipo di controllo, riferito, cioè, all'ambito di applicazione soggettiva ed oggettiva del sistema autodisciplinare: conseguentemente, l'Autorità Giudiziaria ordinaria ben potrà sindacare eventuali violazioni dei limiti soggettivi ed oggettivi relativi all'applicazione del sistema autodisciplinare, al fine di successivamente valutare gli effetti di tale sistema sull'ordinamento statale.

Un profilo diverso attiene, invece, all'ammissibilità di un sindacato del Giudice ordinario sulla decisione del Giurì sotto un profilo strettamente sostanziale, inerente, cioè, il merito della stessa. In altri termini, un sindacato che, laddove ritenuto ammissibile, attribuirebbe al Giudice ordinario la possibilità di valutare la corretta applicazione, da parte del Giurì, delle regole autodisciplinari²⁸⁶.

²⁸⁴ Si veda, in particolare, Messineo, *Contratto normativo e contratto tipo*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1961, 116 ss.; Criscuolo, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000.

²⁸⁵ Si rinvia, sul punto, a quanto rilevato in proposito, *supra*, al § 2.4..

²⁸⁶ E' stato, in particolare, evidenziato come l'origine contrattuale del sistema autodisciplinare indurrebbe a ritenere ammissibile un tale tipo di controllo sulla base della disciplina dell'adempimento contrattuale: in altri termini, il controllo sul merito delle decisioni del Giurì, ovvero sulla corretta applicazione del Codice di Autodisciplina altro non sarebbe se non un controllo sulla corretta esecuzione del contratto (il Codice, appunto) da parte del Giurì medesimo. Si vedano, in questi termini: Floridia, *Autodisciplina e funzione arbitrale*, cit., 21; Zorzi, *Autodisciplina pubblicitaria*, in *Contr. e Impr.*, 1985, 2, 551 ss.. In giurisprudenza, si segnala Pret. Roma, 4.2.1993, in *AIDA*, 1993, 177 e ss.. In quella circostanza, infatti, della quale si dirà *infra*, il giudice ordinario, adito per ottenere la declaratoria di illegittimità di una pronuncia del Giurì di Autodisciplina, riteneva che l'organo autodisciplinare avesse erroneamente applicato l'art. 2 Codice di Autodisciplina, laddove aveva argomentato la violazione di tale norma, anziché dal requisito richiesto dalla norma in materia di pubblicità ingannevole (ovvero, l'essere la pubblicità "tale da indurre in errore i consumatori"), dal diverso concetto di

E' stato, peraltro, rilevato da altra parte della dottrina come proprio la natura autonoma (sebbene derivata) dell'ordinamento autodisciplinare rispetto a quello statale indurrebbe ad escludere una simile impostazione, e, conseguentemente, si è affermato che, una volta ammessa la validità di tale *corpus* normativo, il sindacato sull'applicazione delle norme non possa essere demandato ad un organo estraneo all'ordinamento stesso²⁸⁷.

Cionondimeno, anche a voler aderire a tale ultimo orientamento, la pronuncia del Giurì ben può costituire fonte di responsabilità aquiliana, tale, dunque, da legittimare una richiesta risarcitoria per danno ingiusto, laddove, ad esempio, sia stata resa eccedendo l'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo del sistema autodisciplinare. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il Giurì si sia pronunciato nei confronti di un soggetto che non abbia aderito al sistema dell'autodisciplina, ovvero abbia fondato la propria decisione su una disposizione autodisciplinare ritenuta, epperò, invalida sulla base dall'ordinamento statale, siccome illecita, ad esempio perché contraria al buon costume o a norme imperative di legge. Circostanze, entrambe, che ben potrebbero legittimare il ricorso alla Autorità giudiziaria ordinaria per ottenere il giusto ristoro del pregiudizio subito in conseguenza della pronuncia autodisciplinare.

E' quanto è stato sottoposto all'esame della Pretura di Roma in quello che è ormai noto come "caso Lambertucci"²⁸⁸. In quella circostanza, la conduttrice televisiva Rosanna Lambertucci adiva il giudice ordinario chiedendo l'accertamento, in via provvisoria e cautelare, della illegittimità della decisione con la quale il Giurì, in accoglimento dell'istanza presentata

"rischio di inganno", quest'ultimo, ad avviso del giudice ordinario, non solo *"estremamente generico"*, ma, altresì, *"in evidente antitesi con l'espressione 'tali da indurre in errore'"*.

²⁸⁷ Grazzini, *op. cit.*, 37.

²⁸⁸ Pret. Roma, 4.2.1993, *cit.*.

dal gruppo Italfin '80 e del suo Presidente, ordinava la cessazione della campagna pubblicitaria diffusa dalla S.p.A. Rocchetta nella quale compariva come *testimonial* dell'acqua minerale, appunto, la conduttrice televisiva, ravvisando, in particolare, l'organo autodisciplinare, la violazione dell'art. 2 del Codice dell'Autodisciplina Pubblicitaria²⁸⁹.

Nell'adire il Pretore di Roma, la Sig.ra Lambertucci lamentava la lesione del proprio diritto a svolgere attività pubblicitaria. Il Pretore di Roma, in accoglimento delle domande della ricorrente dichiarava, in via provvisoria e cautelare, l'illegittimità della decisione del Giurì, rinvenendo, nella fattispecie, un contrasto tra la pronuncia autodisciplinare e le norme dell'ordinamento statale dettate in materia di boicottaggio²⁹⁰, e, in particolare, la lesione del diritto all'immagine della conduttrice televisiva, inteso quale diritto allo sfruttamento della propria immagine o notorietà.

Con tale pronuncia, dunque, è stato, da un lato, riconosciuto, nei confronti dei terzi, un danno suscettibile di rilevanza giuridica *ex art. 2043 c.c.*, dall'altro, evidenziato il rapporto tra autonomia negoziale e diritti dei soggetti estranei all'accordo, laddove, come nel caso sottoposto all'esame

²⁸⁹ Giurì di Autodisciplina, 30.10.1992, n. 146, in *Foro it.*, 1993, I, 3183 ss.. Rilevava, in particolare, l'organo autodisciplinare come integrasse la fattispecie della pubblicità ingannevole la circostanza che la campagna pubblicitaria avrebbe fatto leva sulla fiducia del consumatore nella competenza e obiettività della conduttrice televisiva, conosciuta, infatti, dal pubblico quale esperta in materia di alimentazione e salute.

²⁹⁰ Osservava, infatti, l'organo giudicante: "*nessun dubbio che ci si trovi in materia di cd. boicottaggio secondario e, cioè, secondo autorevole definizione dottrinale, 'il comportamento di un soggetto il quale induce altri soggetti a rifiutare di intrattenere determinati rapporti con un terzo al fine di ostacolare o bloccare le relazioni economico sociali'. Dottrina e giurisprudenza hanno sempre considerato illecito il boicottaggio secondario, sub specie di illecito aquiliano, qualora tenda in modo preordinato e specifico all'eliminazione di determinati operatori economici dal mercato. In questo caso, come si è detto, la violazione appare tanto più grave, in quanto il diktat proviene da un organo che per la sua autorevolezza, e per il carattere vincolante della decisione nei confronti della quasi totalità degli operatori del settore, non lascia alternative o spazi di manovra*".

del Pretore di Roma, il terzo pregiudicato non sia diretto destinatario della decisione ma subisca solo, per così dire, “di riflesso”, gli effetti della stessa.

3.3. Il coordinamento tra le decisioni del Giurì e quelle rese dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Speculare alla questione concernente l’ammissibilità di un controllo (nei limiti, peraltro, in cui esso sia ammesso) dell’ordinamento statale sulle decisioni adottate dal Giurì, è la problematica relativa all’incidenza della pronuncia autodisciplinare sull’ordinamento statale.

Come si è già rilevato, l’autonomia del sistema di autodisciplina rispetto all’ordinamento statale comporta, fra i suoi effetti, la possibilità che, in relazione alla medesima fattispecie pubblicitaria, possano aversi differenti pronunce da parte dei due ordinamenti.

Il problema si è posto, peraltro, non tanto in relazione all’Autorità Giudiziaria ordinaria, la quale potrebbe essere adita, ad esempio, invocando la disciplina in materia di concorrenza sleale, quanto piuttosto con riferimento alla disciplina contenuta nell’allora D.Lgs. n. 74/92, e, in particolare, sotto il profilo del coordinamento tra la pronuncia resa dal Giurì e quella dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Un simile problema è stato avvertito dal legislatore del 1992, il quale, nel disciplinare, con il citato decreto legislativo, il fenomeno della pubblicità ingannevole, prevedeva, all’art. 8, una specifica norma tesa, appunto, a regolare il rapporto tra i due sistemi di tutela: quello amministrativo, affidato all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, e quello autodisciplinare, demandato, invece, agli organi di autodisciplina

pubblicitaria²⁹¹. Previsione, questa, con la quale il legislatore italiano, peraltro recependo quanto già rilevato da quello comunitario, implicitamente rilevava una sorta di riconoscimento dell'importanza del sistema autodisciplinare, quale strumento di tutela diverso da quello statale.

Ed anzi, al riguardo non è mancato chi ha rilevato come l'espresso riconoscimento, da parte del legislatore statale, del "ruolo" dell'autodisciplina, abbia inteso circoscrivere l'intervento dell'Autorità amministrativa statale esclusivamente a quelle ipotesi nelle quali non potesse ricorrersi allo strumento dell'autodisciplina²⁹².

Una simile *ratio* è stata ulteriormente ribadita per effetto delle già accennate recenti modifiche al Codice del Consumo, introdotte con il D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 146, che, in attuazione della direttiva 2005/29/CE, da un lato ha specificamente previsto, all'interno della disciplina in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, una autonoma disposizione tesa a regolamentare i cosiddetti codici di condotta²⁹³, dall'altro, ha tenuto conto

²⁹¹ Dispone, infatti, l'art. 27 Codice del Consumo ("Autodisciplina"): "*Le parti interessate possono richiedere che sia inibita la continuazione degli atti di pubblicità ingannevole o di pubblicità comparativa ritenuta illecita, ricorrendo ad organismi volontari e autonomi di autodisciplina.*

Iniziata la procedura davanti ad un organismo di autodisciplina, le parti possono convenire di astenersi dall'adire l'Autorità fino alla pronuncia definitiva.

Nel caso in cui il ricorso all'Autorità sia stato già proposto o venga proposto successivamente da altro soggetto legittimato, ogni interessato può richiedere all'Autorità la sospensione del procedimento 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".

²⁹² Così Archiutti, *op. cit.*, 492; Guglielmetti, *I rapporti tra Autorità, Giurì e altri organi in materia di pubblicità ingannevole*, in *Giur. pubbl.*, VIII, 1997, 81 ss..

²⁹³ Art. 27 bis ("Codici di autodisciplina"): "*Le associazioni o le organizzazioni imprenditoriali e professionali possono adottare, in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici, appositi codici di condotta che definiscono il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tali codici con l'indicazione del soggetto responsabile o dell'organismo incaricato del controllo della loro applicazione.*

di tale innovazione nel disciplinare i rapporti tra autodisciplina e competenze dell’Autorità amministrativa, prevedendo espressamente che “*i consumatori, i concorrenti, anche tramite le loro associazioni o 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 ad uno specifico settore per la risoluzione concordata della controversia volta a vietare o a far cessare la continuazione della pratica commerciale scorretta*”²⁹⁴. In altri termini, con le recenti modifiche legislative, si è inteso ampliare la categoria degli strumenti di tutela cui ricorrere in via alternativa rispetto all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ricomprendendo fra questi tutti gli organismi cui sia demandata dai codici di condotta la risoluzione delle controversie relative agli stessi, e, dunque, non soltanto il Giurì.

Nella medesima ottica, tesa a riconoscere il ruolo attivo del sistema autodisciplinare, si pone la previsione circa la validità del patto con cui le parti decidano, una volta “*iniziata la procedura davanti ad un organismo di autodisciplina... di astenersi dall’adire l’Autorità fino alla pronuncia definitiva, ovvero possono chiedere la sospensione del procedimento innanzi all’Autorità, ove lo stesso sia stato attivato anche da altro soggetto*

Il codice di condotta è redatto in lingua italiana e inglese ed è reso accessibile dal soggetto o organismo responsabile al consumatore, anche per via telematica.

Nella redazione di codici di condotta deve essere garantita almeno la protezione dei minori e salvaguardata la dignità umana.

I codici di condotta di cui al comma 1 sono comunicati, per la relativa adesione, agli operatori dei rispettivi settori e conservati ed aggiornati a cura del responsabile del codice, con l’indicazione degli aderenti.

Dell’esistenza del codice di condotta, dei suoi contenuti e dell’adesione il professionista deve preventivamente informare i consumatori”.

²⁹⁴ Art. 27 ter D.Lgs. n. 206/2005.

*legittimato, in attesa della pronuncia dell'organismo di autodisciplina*²⁹⁵.

Cionondimeno, sotto altro profilo, è incontestabile che il ricorso allo strumento dell'Autodisciplina non precluda la possibilità di sottoporre al vaglio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la medesima comunicazione pubblicitaria.

Diversamente, non è dato rinvenire una disposizione di contenuto analogo in relazione alla possibilità di adire l'Autorità giudiziaria ordinaria. Tale differente disciplina, molto probabilmente, può ricondursi, da un lato, alla circostanza che la tutela giurisdizionale dei diritti non può subire limitazione alcuna, quale è, appunto, quella realizzata attraverso il ricorso al giudice ordinario, dall'altro, al fatto che, mentre il sistema dell'autodisciplina e la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa svolgono, entrambe, sindacati, per così dire, dal contenuto analogo, il controllo effettuato dal giudice ordinario è teso ad un esame di natura diversa e peculiare, in quanto finalizzato ad accertare la sussistenza di eventuali fattispecie di concorrenza sleale.

In ogni caso, è bene rilevare che, nella prassi, mentre non è stato fatto un grande ricorso allo strumento della sospensione del giudizio avanti l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (la decisione sulla

²⁹⁵ Art. 27 *ter*, co. 3, D.Lgs. n. 206/2005. La procedura in ordine alla richiesta di sospensione del procedimento avanti l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è stata disciplinata dall'art. 14 D.P.R. 10 ottobre 1996, n. 627, successivamente abrogato dal citato D.P.R. n. 284/2003. In particolare, l'art. 13 D.P.R. n. 284/2003 stabilisce che *“I soggetti che, ai sensi dell'articolo 8, comma 3, del decreto legislativo, richiedono la sospensione del procedimento dinanzi all'Autorità, devono inoltrare apposita istanza, fornendo prova dell'esistenza del procedimento dinanzi all'organismo di autodisciplina, con le indicazioni idonee ad individuare tale organismo e l'oggetto del procedimento stesso.*

Il responsabile del procedimento, ricevuta l'istanza di sospensione di cui al comma 1, ne dà comunicazione alle parti, fissando un termine per la presentazione di osservazioni. Il responsabile del procedimento comunica alle parti la pronuncia dell'Autorità sull'istanza. Il responsabile del procedimento dà altresì tempestiva comunicazione alle parti della cessazione della causa di sospensione”.

quale, peraltro, è rimessa alla discrezionalità della stessa Autorità amministrativa), sono state, per contro, frequentemente invocate le statuizioni rese in sede autodisciplinare quali precedenti utili a dimostrare l'infondatezza di una pronuncia di inibitoria da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Circostanza, quest'ultima, la quale induce ad interrogarsi sugli effetti che una pronuncia autodisciplinare possa spiegare nell'ambito di un procedimento avanti l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. In proposito, è opportuno, peraltro, rilevare come, mentre, come visto, il legislatore ha avuto premura di regolamentare i rapporti tra i due sistemi di tutela sotto il profilo dei relativi procedimenti, nulla ha previsto in merito agli effetti che la pronuncia resa nell'ambito di un giudizio autodisciplinare possa avere, ad esempio, nel diverso procedimento amministrativo.

L'autonomia di ciascuno di tali sistemi normativi indurrebbe ad escludere un'efficacia vincolante delle decisioni rese da uno dei due organismi su quelle dell'altro, anche tenuto conto del fatto che trattasi di due forme di tutela che si fondano su norme diverse.

Cionondimeno, pur non potendo rinvenirsi un rapporto di vincolatività tra le decisioni dei due organismi, in ogni caso è incontestabile che quella resa da uno dei due organi, ad esempio il Giurì, ben potrà essere tenuta in considerazione dall'altro, ovvero l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Tanto, del resto, trova conferma oltre che nella stessa previsione legislativa, laddove prevede l'accennata possibilità di chiedere la sospensione del procedimento avanti l'Autorità amministrativa in attesa della definizione del giudizio autodisciplinare, altresì nell'orientamento della dottrina prevalente e di taluna giurisprudenza nel senso di ritenere che, qualora, per

effetto di una pronuncia del Giurì, una pubblicità sia cessata, l'Autorità amministrativa debba astenersi dall'emettere una pronuncia su quella stessa comunicazione pubblicitaria, in quanto sarebbe venuto meno l'interesse pubblico ad un vaglio dell'Autorità amministrativa su una pubblicità cessata²⁹⁶.

4. Le singole fattispecie di pubblicità.

Come si è detto, la pubblicità è una forma di comunicazione che si distingue tanto dalla principale fattispecie comunicativa, rappresentata dalla libertà di manifestazione del pensiero, quanto dalle altre forme di comunicazione di impresa.

E' stato, altresì, evidenziato come, in relazione al fenomeno pubblicitario, possano individuarsi una molteplicità di fonti normative, di natura statutale e non, tutte parimenti importanti.

Proprio l'esame di tali discipline svela l'esistenza di diverse fattispecie di pubblicità commerciale²⁹⁷. Se, infatti, inizialmente, la disciplina del fenomeno pubblicitario aveva riguardato, esclusivamente, la pubblicità cosiddetta ingannevole²⁹⁸, con il tempo sono emerse ulteriori fattispecie di comunicazione pubblicitaria. Fattispecie, peraltro, che si riconducono, tutte, alla più ampia categoria della pubblicità ingannevole, della quale

²⁹⁶ L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si è peraltro espressa, in numerose pronunce, in senso opposto, riconoscendo la sussistenza di un interesse generale ad una pronuncia della Autorità amministrativa anche su pubblicità cessate per effetto della decisione resa in sede autodisciplinare. *Contra*, Archiutti, *op. cit.*, 493, la quale perviene ad una simile conclusione non già dal carattere vincolante della pronuncia autodisciplinare, bensì dall'idoneità di quest'ultima a rendere superflua e non necessaria la decisione dell'Autorità amministrativa.

²⁹⁷ Ci si riferisce, più nello specifico, alle fattispecie della pubblicità comparativa, della pubblicità occulta e del cosiddetto *product placement*.

²⁹⁸ Il D.Lgs. n. 74/92 era, infatti, stato emanato in attuazione della direttiva 84/450/CEE, relativa alla sola fattispecie della pubblicità ingannevole.

costituiscono, per così dire, una sottocategoria. Cionondimeno, il sempre maggior ricorso a tali forme di comunicazione pubblicitaria ha indotto ad una regolamentazione normativa delle stesse.

Si procederà, pertanto, nei successivi paragrafi, ad esaminare le caratteristiche principali delle diverse ipotesi di pubblicità con riferimento a tali fattispecie.

4.1. La pubblicità ingannevole.

L'esame delle fattispecie pubblicitarie non può non prendere le mosse dalla cosiddetta pubblicità ingannevole.

La prima definizione di tale forma di comunicazione, volendo tralasciare la qualificazione della stessa quale atto di concorrenza sleale, si rinviene in una fonte normativa di natura non statutale: è, infatti, all'interno dell'allora Codice dell'Autodisciplina Pubblicitaria che viene individuata, per la prima volta, una nozione generale di pubblicità ingannevole.

In particolare, la definizione di pubblicità ingannevole fornita dal sistema autodisciplinare può desumersi, *a contrario*, dalle finalità perseguite dall'Istituto di Autodisciplina pubblicitaria: se, infatti, obiettivo di tale *corpus* normativo si rinviene, come visto, nell'esigenza di garantire che la pubblicità “*venga realizzata come servizio per il pubblico, con speciale riguardo alla sua influenza sul consumatore*”²⁹⁹, tanto potrà essere realizzato soltanto laddove la pubblicità (oggi, più in generale, la comunicazione commerciale) sia improntata ad un generale principio di

²⁹⁹ Norme preliminari e Generali al Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, lett. a).

lealtà pubblicitaria³⁰⁰, con la conseguenza che qualsiasi forma di pubblicità che non sia tale dovrà essere ritenuta ingannevole e, dunque, illecita.

Coerentemente con una simile *ratio*, l'art. 2 del Codice dell'Autodisciplina Pubblicitaria, dedicato, appunto, alla summenzionata fattispecie di pubblicità, stabiliva (e oggi prevede in relazione alla più ampia nozione di comunicazione commerciale) che essa “*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*”. Laddove, pertanto, non vengano rispettate tali prescrizioni, la pubblicità sarà illecita, siccome ingannevole.

Con la successiva emanazione del D.Lgs. n. 74/92 è stata definita ingannevole “*qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa 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, leda o possa ledere un concorrente*”³⁰¹.

³⁰⁰ Art. 1 Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale (“*Lealtà della comunicazione commerciale*”): “*La comunicazione commerciale deve essere onesta, veritiera e corretta. Essa deve evitare tutto ciò che possa screditarla*”.

³⁰¹ Tale definizione è rimasta sostanzialmente immutata anche a seguito delle intervenute modifiche legislative. Ed infatti, nella disciplina legislativa attualmente in vigore, contenuta nell'art. 2 D.Lgs. n. 145/2007 è ritenuta ingannevole “*qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, è idonea ad indurre in errore o possa 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*”.

Da entrambe le definizioni emerge, dunque, un generale principio di verità cui deve essere improntata qualsiasi comunicazione pubblicitaria, necessario affinché essa possa essere ritenuta lecita: in altri termini, una sorta di clausola generale, siccome tesa a disciplinare, sebbene in misura diversa, ogni messaggio pubblicitario.

E' bene, peraltro, precisare come, nel definire cosa debba intendersi per pubblicità ingannevole, il Codice di Autodisciplina escluda che possano essere considerate tali quelle dichiarazioni e/o rappresentazioni “*non palesemente iperboliche*”, nelle quali, cioè, le caratteristiche del prodotto e/o servizio reclamizzato vengano esagerate al punto da risultare non credibili per il consumatore³⁰².

La definizione contenuta nella disciplina statutale si differenzia, peraltro, da quella autodisciplinare anche laddove prevede, quale ulteriore presupposto necessario perché una pubblicità possa essere ritenuta ingannevole, al di là della “*induzione in errore*”, il pregiudizio del comportamento economico del consumatore o del concorrente.

Soffermandosi, per il momento, sul primo dei menzionati requisiti, dall'analisi delle surriferite discipline emerge come entrambe le definizioni di pubblicità ingannevole forniscano i parametri di valutazione, peraltro non tassativi, dell'ingannevolezza di un messaggio pubblicitario. Parametri, a ben vedere, riconducibili, tutti, ad una generale esigenza a che vengano fornite informazioni, anche indirette, sul prodotto pubblicizzato, affinché si

³⁰² Ha, infatti, rilevato il Giurì di Autodisciplina: “*il carattere palesemente iperbolico di un'esagerazione pubblicitaria, sufficiente ad escludere l'illiceità ex art. 2 c.a., può riguardare non solo le caratteristiche e gli effetti del prodotto, ma anche la relazione causale fra il prodotto e una data immagine pubblicitaria*” (dec. 9/97, in *Giur. pubbl., cit.*, 1997).

pervenga ad una perfetta corrispondenza tra quanto dichiarato in pubblicità e la realtà effettiva³⁰³.

E' bene, peraltro, rilevare come, nonostante la sostanziale corrispondenza, pur con le evidenziate differenze, tra la definizione di pubblicità ingannevole data dalla disciplina statale e quella che si rinviene, invece, all'interno del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, quest'ultimo sistema normativo ha introdotto una disciplina certamente più rigorosa rispetto a quella prevista dall'ordinamento statale. Tanto emerge se solo si confrontano le norme, contenute all'interno del Codice di Autodisciplina, relative a specifiche fattispecie di pubblicità ingannevole (ben ventinove) rispetto a quelle previste, oggi, dal D.Lgs. n. 145/2007 (soltanto due, riguardanti, rispettivamente, la pubblicità rivolta a bambini ed adolescenti e quella relativa a prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza dei consumatori³⁰⁴).

Il Giurì di Autodisciplina ha, inoltre, avuto modo di precisare come il messaggio pubblicitario debba essere improntato ad un generale principio di esaustività: in altri termini, è richiesto che le informazioni relative al prodotto e/o servizio reclamizzato siano complete e corrispondenti al vero nel momento stesso in cui vengono comunicate al destinatario, non essendo consentita una, seppur minima, integrazione della comunicazione

³⁰³ Al riguardo, ad esempio, ha avuto modo di rilevare il Giurì di Autodisciplina, che *“l'uso pubblicitario di termini che indicano “sicurezza”, “certezza” e “infallibilità” richiede assoluta chiarezza ed univocità, e contrasta con l'art. 2 c.a. quando l'utilizzazione del prodotto reclamizzato (nella specie: un test per la determinazione dei giorni fecondi) può dimostrarsi efficace solo se accompagnata da particolari cautele (pur indicate nel messaggio pubblicitario)”* (dec. 121/96, in *Giur. pubbl., op. cit.*, 1997).

³⁰⁴ In particolare, stabilisce l'art. 6 D.Lgs. n. 145/07: *“è considerata ingannevole la pubblicità che, riguardando prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei soggetti che essa raggiunge, omette di darne notizia in modo da indurre tali soggetti a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza”*.

promozionale in un momento successivo alla diffusione del messaggio stesso³⁰⁵.

Strettamente correlate al principio di completezza ed esaustività della comunicazione pubblicitaria risultano, poi, tanto la specifica previsione, contenuta nell'art. 2 Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, delle omissioni quali specifici aspetti dell'obbligo informativo, quanto la questione relativa al cosiddetto grado di diligenza del destinatario nel percepire il messaggio: se, cioè, sia richiesto, ai fini della valutazione di decettività del messaggio pubblicitario, un particolare *standard* di diligenza (e, in caso affermativo, quale), ovvero se si possa prescindere dallo stesso.

Nel silenzio normativo, è bene rilevare come la prima soluzione potrebbe giustificarsi, ad esempio, alla luce dell'eterogeneità dei destinatari di una comunicazione pubblicitaria: in altri termini, ben potendo, il medesimo messaggio promozionale, rivolgersi, tanto a destinatari più accorti, quanto ad un pubblico di soggetti più sprovveduti, il parametro della diligenza del consumatore medio potrebbe risultare quale giusto compromesso tra le due categorie di soggetti. In tal senso, del resto, sembrerebbe essere la *ratio* alla base del sistema autodisciplinare, laddove è stato espressamente previsto, quale ulteriore indice dell'ingannevolezza di una comunicazione commerciale, appunto, “*il consumatore medio del gruppo di riferimento*”³⁰⁶.

Cionondimeno, è stato, da altra prospettiva, rilevato come il criterio del consumatore più sprovveduto³⁰⁷ possa risultare più confacente ad un criterio

³⁰⁵ Giurì di Autodisciplina, dec. n. 294/96, in *Giur. pubbl., cit.*, 1997.

³⁰⁶ Art. 2, comma 2, Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale.

³⁰⁷ In particolare, ha rilevato il Giurì come parametro di riferimento debba essere quello del consumatore più sprovveduto, addirittura specificando che, nella valutazione dell'ingannevolezza, dovrà considerarsi, altresì, che destinatario del messaggio può essere

oggettivo di valutazione dell'ingannevolezza di un messaggio pubblicitario³⁰⁸. D'altra parte, ispirate dalla medesima *ratio*, che tenga conto, cioè, del parametro del consumatore meno accorto, sembrano essere quelle disposizioni – contenute, tanto nella disciplina statutale, quanto all'interno del Codice di Autodisciplina – relative ad una specifica fattispecie di pubblicità ingannevole: ovvero, quella che abbia come destinatari “*bambini e adolescenti*”³⁰⁹.

Come si è detto, la disciplina statutale prevede espressamente, quale ulteriore presupposto necessario affinché una comunicazione pubblicitaria

persino il lettore semplicemente disattento: cfr. dec. 81/94, in *Giur. pubbl., cit.*, 1994-1995.

³⁰⁸ Si veda, in tal senso, Cafaggi, *op. cit.*, 461. L'Autore osserva, in particolare, come l'adozione dello standard del consumatore medio quale parametro mediante cui valutare la decettività di un messaggio pubblicitario comporterebbe, quale conseguenza, l'esclusione della ingannevolezza in caso di negligenza del consumatore più sprovveduto.

³⁰⁹ Art. 11 Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale (“*Bambini e adolescenti*”): “*Una cura particolare deve essere posta nei messaggi che si rivolgono ai bambini e agli adolescenti o che possono essere da loro ricevuti. Questi messaggi non devono contenere nulla che possa danneggiarli psichicamente, moralmente o fisicamente e non devono inoltre abusare della loro naturale credulità o mancanza di esperienza, o del loro senso di lealtà.*

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 pubblicizzato 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 altrimenti non equilibrati, o trascurare l'esigenza di seguire uno stile di vita sano;*
- *sollecitare altre persone all'acquisto del prodotto pubblicizzato.*

L'impiego di bambini e adolescenti in messaggi pubblicitari deve evitare ogni abuso dei naturali sentimenti degli adulti per i più giovani.”

Di tenore pressoché analogo l'art. 7 D.Lgs. n. 145/2007 (“*Bambini e adolescenti*”):

“È considerata ingannevole la pubblicità, che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, abusa della loro naturale credulità o mancanza di esperienza o che, impiegando bambini ed adolescenti in messaggi pubblicitari, fermo quanto disposto dall'articolo 10 della legge 3 maggio 2004, n. 112, abusa dei naturali sentimenti degli adulti per i più giovani.

E' considerata ingannevole la pubblicità, che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini ed adolescenti, può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza”.

possa essere ritenuta ingannevole, l' idoneità della stessa a "*pregiudicare il comportamento economico*" dei soggetti cui è rivolta: ciò che determina una ben più restrittiva definizione di pubblicità ingannevole rispetto a quella che si rinviene nel Codice di Autodisciplina. E' bene, peraltro, evidenziare come un simile requisito assuma una valenza ed un significato diversi a seconda che la pubblicità ingannevole venga intesa quale illecito lesivo degli interessi dei consumatori, ovvero quale illecito concorrenziale.

In particolare, laddove intesa nel primo senso, il presupposto del pregiudizio economico dovrà intendersi nel significato letterale dell'incidenza sulle scelte economiche dei destinatari: conseguentemente, qualora una pubblicità sia "*idonea ad indurre in errore*" e, cionondimeno, non sia tale da incidere sul comportamento economico dei soggetti cui è rivolta, essa non potrà essere ritenuta ingannevole ai sensi della disciplina statutale³¹⁰.

Il medesimo requisito dovrà, al contrario, essere diversamente inteso laddove la pubblicità ingannevole si configuri quale fattispecie illecitamente concorrenziale. In tale caso, infatti, il presupposto del pregiudizio al comportamento economico dei destinatari del messaggio pubblicitario, ovvero dei soggetti concorrenti, dovrà interpretarsi quale pregiudizio potenziale del concorrente³¹¹, potendo configurarsi, ad esempio, quale sviamento della clientela, da ricondurre, pertanto, all'illecito concorrenzialmente sleale degli atti confusori (art. 2598, n. 1, c.c.), ovvero essere ricondotto alla diversa ipotesi dello sfruttamento indebito

³¹⁰ E' bene, peraltro, rilevare come tale requisito sia stato inteso in termini estensivi, nel senso, cioè, di ritenerlo sussistente anche nell'ipotesi in cui l'ingannevolezza possa "*potenzialmente incidere su una scelta, indipendentemente dalla prova che la scelta sia stata effettivamente compiuta e, in tal caso, che un pregiudizio si sia verificato*". In questi termini, Cafaggi, *op. cit.*, 462.

³¹¹ Come si è già avuto modo di osservare, dovrà intendersi per tale tanto il soggetto imprenditore, quanto chi eserciti un'attività professionale, commerciale o artigiana.

dell'immagine aziendale, a sua volta rientrante nella fattispecie dell'appropriazione di pregi altrui (art. 2598, n. 2 c.c.).

Si segnala, peraltro, come, a seguito delle recenti modifiche della disciplina in materia di pubblicità ingannevole, quali introdotte dal D.Lgs. n. 145/2007, si è specificato che scopo di tale disciplina sarebbe quello di “*tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali*”³¹². Conseguentemente, sembrerebbe potersi desumere da una simile specificazione che le norme previste dal D.Lgs. n. 145/2007 riguarderebbero le fattispecie di pubblicità ingannevole e comparativa limitatamente all'ambito dei rapporti tra professionisti concorrenti. Ciò che, del resto, trova giustificazione nella, già accennata, circostanza che i consumatori potranno ricorrere, nei confronti di messaggi pubblicitari ingannevoli, agli strumenti di tutela apprestati dal Codice del Consumo, quale modificato per effetto del D.Lgs. n. 146/2007, che, come si è già avuto modo di rilevare, ha introdotto la ben più ampia nozione di pratica concorrenzialmente scorretta³¹³, nella quale non può non ricomprendersi la fattispecie della pubblicità ingannevole, nei termini appena descritti.

4.2. La pubblicità comparativa ed il *warentest* pubblicitario.

Altra fattispecie di comunicazione pubblicitaria cui si è inteso apprestare una regolamentazione normativa è la cosiddetta pubblicità comparativa³¹⁴:

³¹² In proposito, si rinvia a quanto già rilevato, *supra*, al § 2.3..

³¹³ In ordine all'individuazione di cosa debba intendersi per pratica commerciale ingannevole, si rinvia a quanto rilevato in proposito, *supra*, al § 2.3..

³¹⁴ Sul tema della pubblicità comparativa, si vedano, fra gli altri: Alpa, *La pubblicità comparativa*, in *Giur. it.*, 1995, 162 ss.; Busetto, *Pubblicità comparativa e “Giurisprudenza” di Giurì, Garante e Giudice ordinario*, in *Resp. Com. Impr.*, 1996, 445 ss.; Crugnola, *Note minime in materia di pubblicità comparativa*, in *Riv. dir. ind.*, 1993, 75 ss.; Floridia, *Il controllo della pubblicità comparativa in Italia*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, 165 ss.; Fusi, *Il problema della pubblicità comparativa*, in *Riv. dir. ind.*, 1980, 105 ss.; Fusi, *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, *cit.*, 87 ss.; Ghidini,

categoria, questa, all'interno della quale deve ricomprendersi qualsiasi comunicazione che, esplicitamente o implicitamente, istituisca un raffronto fra imprese, prodotti e/o attività concorrenti.

Come si è già rilevato, la disciplina di tale forma di pubblicità è successiva a quella della pubblicità ingannevole, introdotta con l'ormai abrogato D.Lgs. n. 74/92. Ed infatti, soltanto nel 2000, è stato emanato, in attuazione della Direttiva comunitaria 97/55/CE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa³¹⁵, il D.Lgs. n. 25 febbraio 2000, n. 67, con il quale è stato esteso l'ambito di applicazione del D.Lgs. n. 74/92 anche alla pubblicità comparativa³¹⁶.

Introduzione allo studio della pubblicità commerciale, cit., 144 ss.; Guidetti, *Il Warentest nella pubblicità comparativa*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, 440 ss.; Paciullo, *La pubblicità comparativa nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Inf.*, 2000, 113 ss.; Rossi, *La Pubblicità dannosa, cit.*, 255 ss.; Rossi, Voce "Pubblicità comparativa", in *Digesto IV disc. priv. sez. civ.*, Aggiornamento, I, Torino, 2000, 656 ss.; Spolidoro, *Réclame comparativa*, in *Resp. civ. prev.*, 1983, 804 ss..

³¹⁵ Direttiva del 6 ottobre 1997, a sua volta intervenuta a modificare la precedente Direttiva 84/450/CEE, relativa alla sola fattispecie della pubblicità ingannevole.

³¹⁶ La disciplina della pubblicità comparativa è oggi confluita nell'art. 4 D.Lgs n. 145/2007 ("Condizioni di liceità della pubblicità comparativa"), a tenore del quale:

"Per quanto riguarda il confronto, 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 ed un concorrente o tra i marchi, le denominazioni commerciali, altri segni distintivi, i beni o i servizi dell'operatore pubblicitario e quelli di un concorrente;
- e) non causa discredito o denigrazione di marchi, denominazioni commerciali, altri segni distintivi, beni, servizi, attività o circostanze di un concorrente;
- f) per i prodotti recanti denominazione di origine, si riferisce in ogni caso a prodotti aventi la stessa denominazione;
- g) non trae indebitamente vantaggio dalla notorietà connessa al marchio, alla denominazione commerciale ovvero ad altro segno distintivo di un concorrente o alle denominazioni di origine di prodotti concorrenti;
- h) non presenta un bene o un servizio come imitazione o contraffazione di beni o servizi protetti da un marchio o da una denominazione commerciale depositati.

In parte diverso è stato il “percorso” normativo di tale fattispecie nel sistema autodisciplinare.

Ed infatti, già nella prima edizione del Codice dell’Autodisciplina Pubblicitaria era presente una norma tesa a disciplinare il fenomeno della comparazione pubblicitaria (art. 15). Tale previsione era, peraltro, limitata alla comparazione indiretta, ovvero a quella comunicazione pubblicitaria nella quale il prodotto e/o il servizio oggetto del confronto sono identificabili solo indirettamente, mediante i riferimenti merceologici che li caratterizzano³¹⁷. Tale fattispecie era ammessa qualora fosse “*utile ad illustrare sotto l’aspetto tecnico ed economico caratteristiche e vantaggi oggettivamente rilevanti e verificabili dei beni e dei servizi pubblicizzati*”.

Per effetto del recepimento, a livello statale, della normativa comunitaria in materia di pubblicità comparativa, è stato radicalmente modificato anche il testo dell’art. 15 Codice dell’Autodisciplina Pubblicitaria, da un lato, ammettendo la liceità della comparazione generalmente intesa, dunque anche di quella diretta, quella, cioè, nella quale il concorrente sfavorito dal raffronto viene individuato nominativamente o attraverso l’uso dei suoi segni distintivi aziendali e/o personali³¹⁸; dall’altro, individuando i limiti di liceità della stessa³¹⁹.

Il requisito della verificabilità di cui al comma 1, lettera c), si intende soddisfatto quando i dati addotti ad illustrazione della caratteristica del bene o servizio pubblicizzato sono suscettibili di dimostrazione.

Qualunque raffronto che fa riferimento a un’offerta speciale deve indicare in modo chiaro e non equivoco il 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 si applicano il prezzo speciale o altre condizioni particolari o, se del caso, che l’offerta speciale dipende dalla disponibilità dei beni e servizi”.

³¹⁷ Giurì di Autodisciplina, dec. 98/91, in *Foro padano*, 1992, I, 275 ss..

³¹⁸ Giurì di Autodisciplina, dec. 149/95, in *Giur. pubbl., cit.*, 1994-1995.

³¹⁹ Art. 15 Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale: “*E’ consentita la comparazione, quando sia utile ad 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 e*

A seguito dei citati interventi normativi, inoltre, è ritenuta illecita, alla luce tanto della normativa statale, quanto di quella autodisciplinare, la pubblicità comparativa che risulti integrare la fattispecie della pubblicità ingannevole, essendo, la decettività del messaggio pubblicitario, espressamente menzionata, in entrambe le discipline, quale parametro alla stregua del quale valutare la illiceità della pubblicità comparativa³²⁰.

Possono distinguersi due principali tipologie di pubblicità comparativa: quella prestazionale, avente un contenuto informativo, teso, cioè, a porre in evidenza, ovviamente in antitesi con il prodotto concorrente, le caratteristiche del prodotto e/o servizio pubblicizzato, e quella non prestazionale o suggestiva³²¹, mirante, invece, a realizzare la comparazione mediante il ricorso ad immagini e/o circostanze particolari, tali da suscitare stimoli di suggestione nelle persone cui è rivolto il messaggio promozionale.

Diversi sono gli interessi sottesi alla disciplina della pubblicità comparativa rispetto alla pubblicità ingannevole. In particolare, se, con riferimento a quest'ultima, l'interesse da tutelare può risultare il medesimo sia laddove la fattispecie venga invocata da soggetti concorrenti sia qualora, invece, siano i consumatori a lamentare la decettività del messaggio pubblicitario, non alle stesse conclusioni sembrerebbe potersi pervenire con riferimento alle

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”.

³²⁰ In particolare, secondo l'attuale formulazione dell'art. 15 Codice di Autodisciplina, “*la comparazione deve essere leale e non ingannevole*”. Analogamente, l'art. 4 D.Lgs. n. 145/2007, prevede, quale condizione di liceità della pubblicità comparativa, la non ingannevolezza della stessa.

³²¹ Tale fattispecie di pubblicità comparativa era vietata nella vigenza della precedente formulazione dell'art. 15 Codice di Autodisciplina, siccome ritenuta forma di comparazione diretta. Si veda, in questi termini, Giurì di Autodisciplina, dec. n. 16/83, in *Riv. dir. ind.*, 1984, II, 96 ss..

esigenze di tutela sottese alla disciplina della pubblicità comparativa³²².

Tale duplicità di interessi trova, del resto, conferma nella *ratio*, anch'essa duplice, sottesa all'introduzione della normativa sulla pubblicità comparativa: ovvero, da un lato, quella di garantire il diritto all'informazione dei consumatori quale forma di tutela³²³, dall'altro, l'esigenza di incentivare il libero mercato e, dunque, la libertà di concorrenza³²⁴.

³²² Si veda, in proposito, Cafaggi, *op. cit.*, 493, il quale osserva come possa, ad esempio, verificarsi il caso in cui, di fronte ad una pubblicità comparativa, mentre interesse del concorrente è quello di ridurre il più possibile, le informazioni fornite dal messaggio pubblicitario circa propri prodotti e/o servizi, interesse del consumatore sarà, al contrario, quello di ottenere le maggiori informazioni possibili.

³²³ Tanto emerge chiaramente dai considerando 2 e 5 della direttiva 97/55/CE, che, rispettivamente, prevedono:

“2) considerando che col completamento del mercato interno la varietà dell'offerta è destinata ad aumentare sempre più; che, poiché i consumatori possono e devono ricavare il massimo vantaggio dal mercato interno, e la pubblicità costituisce uno strumento molto importante per aprire sbocchi reali in tutta l'Unione europea per qualsiasi bene o servizio, le disposizioni essenziali che disciplinano la forma e il contenuto della pubblicità comparativa devono essere uniformi e le condizioni per l'utilizzazione della pubblicità comparativa in tutti gli Stati membri devono essere armonizzate; che, a queste condizioni, ciò contribuirà a mettere oggettivamente in evidenza i pregi dei vari prodotti comparabili; che la pubblicità comparativa può anche stimolare la concorrenza tra i fornitori di beni e di servizi nell'interesse dei consumatori;

5) considerando che il punto 3, lettera d) dell'allegato della risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975, riguardante un programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore, include tra i diritti fondamentali dei consumatori, il diritto d'informazione; che questo diritto è confermato dalla risoluzione del Consiglio del 19 maggio 1981, riguardante un secondo programma della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore, il cui allegato tratta espressamente dell'informazione dei consumatori al punto 40; che la pubblicità comparativa, che confronti caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative e non sia ingannevole, può essere un mezzo legittimo per informare i consumatori nel loro interesse”.

³²⁴ Si vedano, in particolare, i considerando 1 e 3 della direttiva 97/55/CE, che, rispettivamente, prevedono:

“1) considerando che uno dei principali obiettivi della Comunità è il completamento del mercato interno; che è necessario adottare misure atte a garantire il buon funzionamento di detto mercato; che il mercato interno consiste in uno spazio senza frontiere interne, nel quale è garantita la libera circolazione dei beni, delle persone, dei servizi e dei capitali; ...

3) considerando che le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative dei singoli Stati membri in materia di pubblicità comparativa differiscono notevolmente; che

Al di là della specifica disciplina introdotta in attuazione della legislazione comunitaria, altra fonte normativa applicabile alla pubblicità comparativa può rinvenirsi, come si è già accennato, nella disciplina codicistica in materia di concorrenza sleale, ben potendo integrare, la comparazione pubblicitaria, laddove illecita, una delle ipotesi disciplinate dall'art. 2598 c.c.³²⁵ e, in particolare, la fattispecie della denigrazione (art. 2598, n. 2, c.c.).

Del resto, in tal senso fa propendere il fatto stesso che il discredito costituisca uno dei presupposti della comunicazione pubblicitaria comparativa e, dunque, uno degli indici attraverso cui valutare la illiceità di simile fattispecie³²⁶. Secondo una diversa prospettiva, è stato, peraltro, rilevato come la censurabilità della pubblicità comparativa illecita alla luce dell'art. 2598, n. 2, c.c. si limiterebbe alla sola fattispecie della comparazione contenente informazioni non corrispondenti al vero³²⁷.

E' bene, peraltro, precisare come le due fattispecie siano state mantenute distinte, ad esempio, all'interno del Codice di Autodisciplina, che dedica,

la pubblicità oltrepassa le frontiere e si diffonde nel territorio di altri Stati membri; che la liceità o il divieto della pubblicità comparativa a seconda delle diverse legislazioni nazionali può costituire un ostacolo alla libera circolazione dei beni e dei servizi e creare distorsioni di concorrenza; che, in particolare, delle imprese possono trovarsi esposte a forme di pubblicità sviluppate dalla concorrenza alle quali non possono rispondere ad armi pari; che deve essere assicurata la libertà di fornire servizi in materia di pubblicità comparativa; che la Comunità è tenuta a porre rimedio a tale situazione”.

³²⁵ A tale disciplina, del resto, si faceva riferimento, prima dell'introduzione del D.Lgs. n. 67/2000, quale unica forma di tutela, quantomeno a livello statale, nei confronti delle pubblicità comparative ritenute illecite.

³²⁶ Hanno, infatti, avuto modo di rilevare i giudici di merito come la comparazione sia, per sua stessa natura, atta a screditare imprese ed attività concorrenti: così, Corte App. Torino, 28.3.1984, in *Le Società*, 1984, 1013 ss..

³²⁷ E' stato, infatti, osservato come ben possa aversi una forma di comparazione lecita, ovvero realizzata attraverso un confronto obiettivo e corretto tra i prodotti e/o servizi comparati. In questi termini, Ghidini, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, cit.; Fusi, *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, cit..

infatti, una specifica norma, diversa da quella relativa alla pubblicità comparativa, al fenomeno della denigrazione pubblicitaria³²⁸.

Infine, la fattispecie della pubblicità comparativa illecita ben può essere ricondotta, sempre nell'ambito della disciplina in materia di concorrenza sleale, anche alla clausola generale di cui all'art. 2598, n. 3, c.c..

Un ultimo aspetto merita di essere affrontato a proposito della pubblicità comparativa, sebbene sotto un diverso profilo: si allude alla comparazione di prodotti tesa ad individuarne le principali caratteristiche, effettuata da soggetti estranei al rapporto concorrenziale.

Laddove ricorra un simile fenomeno, noto anche come *warentest* pubblicitario³²⁹, l'illiceità della comparazione rileverà non già sotto il profilo della disciplina in materia di concorrenza sleale, non essendo, come detto, la comparazione effettuata da soggetti concorrenti, bensì, semmai, quale forma di responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.*, siccome idonea a ledere l'immagine e la reputazione altrui³³⁰.

In relazione a tale fattispecie, la giurisprudenza, ormai da diversi anni, è arrivata a riconoscerne la legittimità, alla luce del fine di pubblica utilità delle indagini condotte attraverso gli stessi, siccome tese ad informare in

³²⁸ Stabilisce, infatti, l'art. 14 Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale: "*E' vietata ogni denigrazione delle attività, imprese o prodotti altrui, anche se non nominati*".

³²⁹ Fra i tanti Autori che si sono occupati di tale fenomeno, si vedano: Ghidini, *Informazione economica e controllo sociale - il problema del Warentest*, in *Politica del diritto*, 1973, 626 ss.; Guidetti, *Il Warentest nella pubblicità comparativa*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, II, 440 ss..

³³⁰ Così, Berti, *Il diritto privato della comunicazione d'impresa*, Milano, 2005, e, in particolare, 42, ove l'Autore osserva come la giurisprudenza, a partire dalla nota pronuncia del Trib. Milano, 28.9.1972 (in *Giur. Ann. Dir. Ind.*, 1972, pag. 174), abbia riconosciuto che "*la norma dell'art. 2043 c.c. è la sola applicabile in sede civile extracontrattuale per valutare la liceità di una prova di prodotti (c.d. warentest) compiuta da una pubblicazione specializzata in danno di un imprenditore commerciale*", riconoscendo l'esistenza di un vero e proprio diritto di pubblicare i *Warentest*

maniera oggettiva il consumatore sulla qualità di prodotti presenti sul mercato. Finalità che, a ben vedere, costituisce, sotto diversa prospettiva, anche il criterio in base al quale valutare la liceità di tali strumenti³³¹.

In altri termini, sulla scorta di una simile prospettiva, il *warentest* configurerebbe una forma di esercizio di un diritto, quello alla libera manifestazione del pensiero, nella peculiare fattispecie del diritto di critica. Conseguentemente, laddove risultino rispettati i presupposti-limiti all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, il ricorso allo strumento del *warentest* sarà ritenuto lecito.

Cionondimeno, la giurisprudenza non ha interpretato in maniera univoca tali requisiti. In particolare, una parte della giurisprudenza di merito ha rilevato che, perché un *warentest* possa essere ritenuto lecito, esso debba essere improntato a “*a criteri di scrupolosa obiettività ed esattezza*”, in ordine, tanto alla scelta dei prodotti da provare, quanto al metodo prescelto per testarli, quanto, infine, all'enunciazione dei risultati³³².

Diversamente, si è, invece, espressa la giurisprudenza di legittimità in una pronuncia più recente, nella quale, registrando una vera e propria inversione di tendenza, è stata fornita un'interpretazione alquanto rigorosa in merito alla valutazione di liceità del *warentest*, arrivando a richiedere, ai fini della ammissibilità del ricorso a tali strumenti, addirittura, che venga accertata “*(o tentare di accertare) con ogni mezzo a sua disposizione l'assoluta verità dell'informazione che si intende trasmettere quando – a priori – si apprezza in essa una valenza lesiva dei diritti ai quali la notizia si riferisce*”³³³.

(riconducibile all'art. 21 Cost.) “*quale strumento di formazione della coscienza critica del consumatore*”.

³³¹ Così, Trib. Roma, 18.6.1997, in *Dir. informatica*, 1998, 282 ss..

³³² Trib. Milano, 28.9.1972, *cit.*.

³³³ Cass., 4.9.1992, n. 1147, in *Foro it.*, 1992, c. 2128 ss..

In ogni caso, indipendentemente dalla soluzione che si intenda prediligere, laddove il *warentest* fosse utilizzato a fini promozionali, la liceità dello stesso non escluderebbe automaticamente una eventuale responsabilità del soggetto concorrente, per violazione della disciplina in materia di concorrenza sleale, laddove questi si avvallesse del risultato delle analisi, diffondendone il contenuto. Ed infatti, tale soggetto ben potrebbe essere ritenuto responsabilizzabile qualora ricorressero i presupposti previsti in materia di pubblicità illecitamente comparativa³³⁴.

4.3. Il problema delle fattispecie di pubblicità non palese: il principio della trasparenza pubblicitaria ed il rapporto tra art. 21 Cost. e art. 41 Cost..

Accanto alle descritte fattispecie della pubblicità ingannevole e di quella comparativa, possono individuarsi ulteriori forme di comunicazione pubblicitaria che, sebbene riconducibili alla più generale categoria della pubblicità ingannevole, meritano una trattazione autonoma, in considerazione della peculiarità che caratterizza le stesse: ovvero, l'essere forme di pubblicità non palese, siccome non immediatamente percepibili come tali. Trattasi, più in particolare, delle fattispecie, cosiddette, di pubblicità occulta: ovvero, la pubblicità redazionale, nella duplice accezione in cui può essere intesa³³⁵, ed il fenomeno del *product placement* (o piazzamento di prodotto), ormai diffusissime nella prassi commerciale. In altri termini, fattispecie, tutte, in contrasto con il principio della trasparenza pubblicitaria, previsto espressamente tanto dalla disciplina

³³⁴ Così, Berti, *op. cit.*, 47.

³³⁵ Ovvero, le cosiddette ipotesi di pubblicità redazionale "in senso stretto", nelle quali non è possibile tenere distinta la comunicazione pubblicitaria da quella prettamente informativa, e quella "in senso lato", ove la presentazione dei prodotti risulta inserita

statuale quanto da quella autodisciplinare, e ricompreso da entrambi gli ordinamenti fra i principi fondamentali in materia di pubblicità, la quale deve “*essere chiaramente riconoscibile come tale*” e distinguersi “*dalle altre forme di comunicazione al pubblico, con modalità grafiche di evidente percezione*”³³⁶.

Il principio della trasparenza pubblicitaria ha, peraltro, origini antecedenti rispetto alle surriferite previsioni normative: si pensi, in particolare, alla Direttiva comunitaria 3 ottobre 1989, n. 89/552/CEE, relativa al “*coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi)*”³³⁷. All’interno della citata direttiva, era, infatti, espressamente previsto il principio della riconoscibilità della pubblicità, laddove veniva stabilito, in termini sostanzialmente analoghi a quanto successivamente introdotto nel nostro ordinamento, il generale principio di riconoscibilità della pubblicità³³⁸.

Quanto, poi, all’ordinamento nazionale, già prima dell’introduzione delle citate disposizioni, si avvertiva l’esigenza di tutelare la trasparenza della pubblicità, riconducendola nell’ambito di disciplina di cui all’art. 2598, n. 3, c.c., seppur nei limiti imposti da tale normativa³³⁹.

Cionondimeno, i giudici ordinari, tanto di merito quanto di legittimità, nelle prime pronunce in materia di pubblicità non trasparente, ebbero a precisare

sempre all’interno di una inserzione redazionale, epperò nell’ambito di un più ampio contesto informativo, non limitato, cioè, alla esaltazione di quel prodotto.

³³⁶ Art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 145/2007, ma, in termini sostanzialmente analoghi, l’art. 7 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale.

³³⁷ Tale direttiva è stata recepita nell’ordinamento italiano con la legge 6 agosto 1990, n. 223.

³³⁸ Art. 10 Direttiva 89/552/CEE.

³³⁹ Ovvero, la necessaria sussistenza di un rapporto di concorrenza (inteso sia sotto il profilo soggettivo, sia da un punto di vista oggettivo), quale presupposto indispensabile

che l'illiceità della pubblicità redazionale (come si vedrà, ipotesi tipica di pubblicità non trasparente) debba prescindere dalla sua non riconoscibilità, potendo essere ritenuta illecita solo qualora contenga informazioni mendaci³⁴⁰. Soltanto in un secondo momento, si è assistito ad un mutamento di indirizzo, dovuto, molto probabilmente, all'affermarsi di una sempre maggiore attenzione rivolta alla categoria dei consumatori ed alle forme di tutela da apprestare agli stessi. Mutamento che ha portato ad individuare, nella presentazione del messaggio promozionale, un ulteriore ed autonomo indice dell'ingannevolezza del messaggio stesso, indipendentemente dal contenuto. In altri termini, si è ammesso che una comunicazione pubblicitaria possa essere ritenuta illecita sulla base della mera "veste" redazionale, anche laddove abbia, in ipotesi, un contenuto non mendace³⁴¹.

Come detto, nel nostro ordinamento, una espressa e generale previsione in materia di trasparenza pubblicitaria si è avuta con l'introduzione, dapprima, dell'art. 7 dell'allora Codice dell'Autodisciplina Pubblicitaria³⁴², quindi di analoga previsione contenuta all'interno del D.Lgs. n. 74/92³⁴³.

perché possa essere invocata la violazione delle norme in materia di concorrenza sleale. Sul punto, si rinvia, *supra*, a quanto già rilevato nel § 2.2..

³⁴⁰ Così, ad esempio, i giudici milanesi hanno avuto modo di osservare che *"la struttura redazionale di un messaggio pubblicitario appartiene alla sfera della sua presentazione esterna, volta a conferirgli una particolare credibilità; per ciò stesso, quella stessa natura è da considerare giuridicamente indifferente, se non si accompagna ad un contenuto illecito"* (Trib. Milano, 20.12.1973, in *Giur. Ann. Dir. Ind.*, 1973, 429 ss.).

³⁴¹ In questi termini, si veda, ad esempio, Corte App. Milano, 18.12.1992, in *AIDA*, 1993, 611 ss..

³⁴² L'art. 7, nella sua originaria formulazione circoscritto alla pubblicità (oggi, invece, riferito alla più ampia categoria della comunicazione commerciale), così recitava: *"La pubblicità deve essere sempre riconoscibile come tale. Nei mezzi in cui, oltre alla pubblicità, vengono comunicati al pubblico informazioni e contenuti di altro genere, la pubblicità inserita deve essere nettamente distinta per mezzo di idonei accorgimenti"*. Tale norma è stata introdotta nel marzo del 1975, con l'entrata in vigore della terza edizione del Codice dell'Autodisciplina Pubblicitaria, molto probabilmente al fine di adeguare i principi autodisciplinari alle previsioni contenute nel *Code de Pratique Loyales*, emanato, due anni prima, dalla Camera di Commercio Internazionale, il cui art.

La *ratio* dell'introduzione di un simile principio deve rinvenirsi nell'esigenza di apprestare tutela a tutti quei soggetti che abbiano un diritto e/o un interesse a che la pubblicità sia immediatamente riconoscibile come tale: ovvero, in primo luogo, i consumatori, in relazione ai quali l'esigenza di tutela si avverte, in modo particolare, nei confronti dell'affidamento disinteressato che questi possano avere di fronte a comunicazioni in apparenza dal contenuto meramente informativo; quindi, i concorrenti, i quali, specularmente, hanno diritto a competere in maniera paritaria con gli

11 espressamente prevedeva: “*la publicité doit pouvoir être clairement distinguée comme telle, quel que soient sa forme et le support utilisé; lorsqu'elle est diffusée dans des media qui comportent également des messages rédactionnels, la publicité doit être présentée de telle sorte que le consommateur puisse la distinguer facilement de ces messages*”. Osservano, peraltro, Guglielmetti, in *Pubblicità nascosta ed autodisciplina pubblicitaria*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1990, I, 384 ss., e Florida, in *Il divieto della pubblicità camuffata*, in *AIDA*, 1994, 5 ss., come, accanto al sistema dell'Autodisciplina Pubblicitaria, anche altre associazioni di categoria siano giunte a riconoscere il principio della trasparenza pubblicitaria: fra queste, il CCNL dei giornalisti, che ha individuato in tale principio il criterio guida per distinguere la comunicazione pubblicitaria dalla corretta informazione.

³⁴³Art. 5 (“*Trasparenza della pubblicità*”): “*La pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale. La pubblicità a mezzo di stampa deve essere distinguibile dalle altre forme di comunicazione al pubblico, con modalità grafiche di evidente percezione*”. Osserva, in particolare, Unnia, *op. cit.*, come l'introduzione di una espressa previsione in materia di trasparenza della pubblicità sia stata frutto di una autonoma scelta dell'esecutivo italiano, atteso che né nei considerando della Direttiva 84/450, né all'interno dei nove articoli che la compongono, né, tantomeno, nella legge delega 29.12.1990, n. 428, recante i principi per l'attuazione della citata direttiva, era contenuto un riferimento al principio della trasparenza pubblicitaria. Scelta, peraltro, precisa l'Autore, molto probabilmente influenzata dall'esperienza ultradecennale maturata dall'ordinamento autodisciplinare, che, come detto, ha preceduto l'ordinamento statale di quasi vent'anni nell'introdurre il principio della trasparenza pubblicitaria. E' bene, peraltro, precisare che, a livello statale, prima ancora dell'emanazione del D.Lgs. n. 74/92, era stata introdotta, sebbene limitatamente alla pubblicità radiofonica e televisiva, una norma tesa a tutelare la riconoscibilità dei messaggi pubblicitari. Il riferimento è alla citata L. n. 223/90 (cosiddetta Legge Mammi), sulla disciplina, appunto, del sistema radiotelevisivo pubblico e privato, che, all'art. 8, comma 2, prescriveva, in attuazione della direttiva 89/552/CEE (sul coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive), l'obbligo di rendere “*riconoscibile come tale*” la pubblicità televisiva e radiofonica, prevedendo, altresì, che essa debba “*essere distinta dal resto dei programmi con mezzi ottici o acustici di evidente percezione*”. Tale norma, a seguito dell'abrogazione per effetto dell'art. 54 del Testo unico della radiotelevisione, introdotto

altri concorrenti, senza che qualcuno possa alterare, a proprio vantaggio, il mercato³⁴⁴. Accanto a tali interessi, per così dire “di categoria”, si pone, poi, un ulteriore interesse pubblico alla riconoscibilità delle comunicazioni pubblicitarie: si pensi, alla necessità, in determinati settori, di adottare particolari misure e controlli affinché si garantisca l’identificazione della pubblicità.

Sotto altro profilo, proprio una simile *ratio* ripropone, con toni ancor più problematici, come si è già avuto modo di anticipare³⁴⁵, il già non facile rapporto tra la comunicazione pubblicitaria e la libertà di manifestazione del pensiero, atteso che proprio la non svelata finalità promozionale delle summenzionate fattispecie di pubblicità non palese può indurre a qualificare le stesse come forme di libertà di espressione anziché quali comunicazioni pubblicitarie: si pensi a tutti quei casi in cui un messaggio pubblicitario è realizzato in maniera tale da non farne percepire il fine promozionale, ad esempio perché collocato in un contesto tale da “occultare” al destinatario l’intento promozionale del messaggio stesso³⁴⁶. In altri termini, la necessità di tutelare l’affidamento del destinatario del messaggio ben può essere intesa, da un diverso punto di vista, quale necessità di distinguere la comunicazione pubblicitaria dalla libertà di manifestazione del pensiero. Tale, del resto, è stata l’interpretazione del principio della trasparenza pubblicitaria data dagli organi autodisciplinari e dall’Autorità Garante della

con D.Lgs. 31.7.2005, n. 177, è ora confluita nel predetto Testo Unico (art. 4, comma 1, lett. c)).

³⁴⁴ In proposito, il Giurì di Autodisciplina ha avuto modo di precisare che “*la pubblicità cosiddetta redazionale modifica, in favore di chi ne fa uso, le condizioni di uguaglianza nelle quali le imprese hanno diritto di operare quando adottano la pubblicità come strumento di competizione concorrenziale*” (dec. n. 11/80, in *Giur. Pubbl., cit.*, 1977-1985).

³⁴⁵ Si veda, *supra*, quanto rilevato nel § 2.1..

³⁴⁶ Il riferimento è, ad esempio, ai casi in cui il messaggio pubblicitario venga inserito all’interno di un quotidiano senza l’adozione di particolari accorgimenti grafici utili ad evidenziarne la natura pubblicitaria.

Concorrenza e del Mercato, nel senso, appunto, di rinvenire la *ratio* di un simile principio nella distinzione tra comunicazione informativa e comunicazione pubblicitaria.

Trattasi, peraltro di una questione tutt'altro che semplice, attesa l'esistenza di forme di manifestazione del pensiero "asservite" ad intenti pubblicitari, le quali devono essere tenute distinte, in quanto manifestazioni del pensiero, dalle ipotesi di comunicazioni pubblicitarie, e, cionondimeno, non sembrano così dissimili dalle prime.

Diverso è stato, al riguardo, l'orientamento della dottrina e degli organi autodisciplinari e amministrativi circa la qualificazione di tutte tali fattispecie: se, cioè, debbano essere ricondotte alla libertà di manifestazione del pensiero ovvero nell'ambito della comunicazione pubblicitaria.

La giurisprudenza ha, infatti, assunto un atteggiamento piuttosto rigoroso, nel senso, cioè, di qualificare quali comunicazioni pubblicitarie anche forme di libertà di espressione caratterizzate da un fine promozionale³⁴⁷. In particolare, tanto i giudici statuali, quanto gli organi autodisciplinari, sono arrivati a definire tali ultime fattispecie quali forme di pubblicità, e, più nello specifico, quali forme di pubblicità non palese, come tali censurabili siccome in violazione dei precetti normativi a tutela della trasparenza pubblicitaria. Conseguentemente, sia l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sia il Giurì di Autodisciplina sono giunti ad inibire e censurare forme di manifestazione del pensiero ritenendole fattispecie di pubblicità non immediatamente percepibili come tali.

Quanto, invece, alle posizioni assunte in dottrina, taluni Autori hanno dissentito da un simile orientamento, rilevando come l'essere la libertà di

³⁴⁷ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ad articoli di giornale, all'interno dei quali vengano esaltate le qualità di un determinato prodotto relativo all'argomento oggetto del pezzo giornalistico.

espressione asservita ad intenti propagandistici non possa valere, di per sé solo, a far venir meno la natura stessa di tale forma di comunicazione, la quale è, e resta, forma di manifestazione del pensiero, in quanto tale, meritevole della ben più ampia tutela costituzionale apprestata dall'art. 21 Cost., rispetto a quella dettata dall'art. 41 Cost. con riferimento alle comunicazioni pubblicitarie³⁴⁸. In particolare, secondo i sostenitori di tale ultima tesi, trattandosi di forme di manifestazione del pensiero, non potranno essere adottati, nei confronti di tali fattispecie, provvedimenti di natura inibitoria, atteso il divieto costituzionale di sottoporre la libertà di espressione ad “*autorizzazioni o censure*” (art. 21, comma 2, Cost.).

Cionondimeno, come si è detto, non è sempre così evidente il discrimine tra le forme di manifestazione del pensiero sottese a fini promozionali e le menzionate fattispecie di pubblicità non palese, queste ultime ben potendo delineare, a seconda delle modalità di realizzazione delle stesse, forme tanto di pubblicità non trasparente quanto di manifestazioni del pensiero.

4.3.1. Dalla pubblicità redazionale ...

³⁴⁸ In questi stessi termini, si è espresso Ruffolo, *Pubblicità redazionale, manifestazione del pensiero e limiti (anche costituzionali) al rimedio inibitorio/censorio*, cit., 168, il quale ha avuto modo di sottolineare la differenza tra fattispecie di pubblicità non immediatamente percepibili come tali e forme di manifestazione del pensiero meramente asservite ad intenti promozionali. Osserva, in particolare, l'Autore come, mentre deve ritenersi pubblicità una “*pubblicità apologetica o rassicurante circa la pericolosità di un prodotto, editata su un quotidiano senza la evidenziazione grafica che ne manifesti la natura pubblicitaria ed impedisca all'utente di confonderla con una comunicazione non pubblicitaria*”, è manifestazione del pensiero “*l'articolo giornalistico o divulgativo che contenga, in un suo paragrafo, affermazioni rassicuranti o apologetiche a favore del medesimo prodotto*”. L'Autore ha, altresì, rilevato che se le prime presentano una indiscutibile natura promozionale, natura che, cionondimeno, viene occultata, in spregio al principio della trasparenza pubblicitaria, le seconde costituiscono, invece, forme di manifestazione del pensiero, in quanto tali, meritevoli della tutela fornita dall'art. 21 Cost., sebbene “prostituite” a fini pubblicitari. Circostanza, questa, che ben potrà essere fonte di responsabilità, anche di tipo concorrenziale.

In particolare, il problema della qualificazione di quelle forme di comunicazione “al limite” tra la libertà di manifestazione del pensiero e la pubblicità occulta si è posto, per la prima volta, in relazione alla fattispecie, di creazione giurisprudenziale, della pubblicità cosiddetta redazionale.

Trattasi, infatti, di comunicazione veicolata attraverso gli strumenti classici di diffusione della manifestazione del pensiero (quali ad esempio, gli articoli di giornale), che, cionondimeno, sottende un fine promozionale. In altri termini, una fattispecie che potrebbe, al contempo, svelare un’ipotesi di pubblicità non trasparente, ovvero una forma di manifestazione del pensiero.

Prendendo le mosse dalla qualificazione di tale fattispecie come forma di comunicazione pubblicitaria, è indubitabile la riconducibilità della stessa nell’ambito di tutela di cui all’art. 41 Cost., configurando la stessa un classico esempio di pubblicità non palese, in quanto il messaggio pubblicitario è stato voluto e realizzato dai propri autori, i quali hanno, tuttavia, inteso “mascherarlo” al fine di renderlo maggiormente confondibile con altre forme di comunicazione diverse da quella pubblicitaria. Tanto, allo scopo, appunto, di ottenere una maggiore capacità di persuasione del destinatario del messaggio, attraverso la presunta obiettività del messaggio stesso, realizzata mediante il ricorso ai mezzi tipici di diffusione della libertà di espressione³⁴⁹.

Pubblicità, peraltro, proprio in quanto non immediatamente riconoscibile come tale, espressamente sanzionata, sia dall’ordinamento statale, sia dal sistema autodisciplinare, quale comunicazione pubblicitaria non palese. In altri termini, la pubblicità redazionale è stata ritenuta una fattispecie di pubblicità ingannevole, e, più in particolare, una comunicazione

³⁴⁹ In questi termini, Principato, *op. cit.*, 862.

pubblicitaria nella quale l'ingannevolezza prescinde dalla non corrispondenza al vero delle informazioni contenute nel messaggio pubblicitario, consistendo, invece, in un dato, per così dire, meramente formale: ovvero, la presentazione, appunto redazionale, del messaggio pubblicitario, tale da rendere non immediata la percezione, da parte del destinatario, della natura promozionale dello stesso³⁵⁰.

Cionondimeno, in alcuni casi potrebbe celarsi, sotto le vesti di una comunicazione pubblicitaria non palese, una forma di manifestazione del pensiero asservita ad un mero intento promozionale. Nel procedere in una simile indagine, occorrerà, pertanto, stabilire, in concreto, quando possa ritenersi sussistente l'una o l'altra fattispecie, ovvero quando una comunicazione possa essere qualificata come pubblicità occulta, e quando, invece, come espressione della libertà di manifestazione del pensiero, ancorché "prostituita"³⁵¹.

In proposito, un primo criterio utile ad individuare l'esistenza, nei singoli casi, di una comunicazione pubblicitaria "camuffata"³⁵², può essere individuato nel cosiddetto rapporto di commissione tra utente del messaggio pubblicitario e mezzo utilizzato³⁵³. Tanto si desume, del resto, dalla nozione di pubblicità, la quale comprende "ogni comunicazione, anche istituzionale, diretta a promuovere la vendita di beni o servizi"³⁵⁴. In altri termini, posto che la pubblicità è diretta a "promuovere" la vendita di beni o servizi, sono

³⁵⁰ Così, Magelli, *La pubblicità redazionale*, in *Il diritto ind.*, 1996, n. 8, 701 ss.. Analogamente, Unnia, *op. cit.*, 82, il quale osserva come l'ingannevolezza del messaggio pubblicitario debba estendersi anche alle modalità di presentazione del messaggio o al contesto in cui esso viene inserito, che siano tali indurre in inganno sulla natura dello stesso.

³⁵¹ L'espressione è di Ruffolo, *Pubblicità redazionale, manifestazione del pensiero e limiti (anche costituzionali) al rimedio inibitorio/censorio*, *cit.*, 168.

³⁵² L'espressione è di Floridia, *Il divieto della pubblicità camuffata*, *cit.*.

³⁵³ Così, Berti, *op. cit.*, 17.

³⁵⁴ Norme Preliminari e Generali al Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, lett. e), comma 1.

da considerarsi escluse da tale categoria le sole comunicazioni che non abbiano come finalità quella di influire sulle scelte di acquisto dei soggetti cui sono dirette: ovvero, quelle comunicazioni che si rivolgano al cittadino in quanto tale e non come consumatore³⁵⁵.

Conseguentemente, ciò che caratterizza e distingue la pubblicità dalla comunicazione meramente informativa, come ha avuto modo di precisare il Giurì di Autodisciplina, è la presenza, oltre che di un elemento oggettivo, costituito dai “*beni o servizi*” pubblicizzati, altresì di un requisito soggettivo, consistente nella “*riconcucibilità*” del messaggio al soggetto che trae vantaggio dalla “*vendita di beni o servizi*”³⁵⁶. Se, infatti, l’elemento oggettivo ben può caratterizzare anche una comunicazione di natura informativa, quello soggettivo può riferirsi soltanto ed esclusivamente alla comunicazione pubblicitaria, qualificandola e distinguendola dalla prima. Conseguentemente, laddove si riesca a provare la “*riconcucibilità*” del messaggio al soggetto che ne trae vantaggio, si sarà di fronte ad una forma di comunicazione pubblicitaria; per contro, laddove difetti la prova di un simile rapporto, la comunicazione dovrà essere ricondotta nell’ambito della libertà di espressione.

Cionondimeno, a causa della notevole difficoltà di provare, nei casi concreti, l’esistenza del predetto rapporto di commissione, è stato, con il tempo, individuato, accanto a tale criterio, un ulteriore parametro, consistente nell’avvalersi di prove presuntive: in altri termini, ai fini della dimostrazione della riconducibilità del messaggio promozionale al soggetto che ne tragga beneficio, si è fatto ricorso a presunzioni gravi, precise e concordanti, da cui desumere l’esistenza del predetto rapporto. Tali

³⁵⁵ L’osservazione è di Unnia, *op. cit.*, 234, il quale osserva come tale sia l’orientamento tanto del Giurì di Autodisciplina, quanto dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

³⁵⁶ Così, Giurì di Autodisciplina, dec. n. 45/89, in *Giur. Pubbl., cit.*, 1989.

presunzioni, ove sussistenti, risulterebbero idonee a sopperire alla mancata prova del rapporto di commissione, e, conseguentemente, consentirebbero di provare la natura pubblicitaria, ancorché occultata, e non già di manifestazione del pensiero, della comunicazione³⁵⁷.

Al riguardo, gli organi, autodisciplinari e amministrativi, hanno fornito una interpretazione estremamente elastica circa la sussistenza, nei singoli casi concreti, di simili prove presuntive e, conseguentemente, di una fattispecie di pubblicità camuffata. Così, sono stati, ad esempio, ritenuti, indici della sussistenza di un rapporto di commissione (e, dunque, della natura pubblicitaria della comunicazione), la reiterazione del nome dell'impresa, la ripetuta riproduzione del marchio del prodotto pubblicizzato, i toni utilizzati, laddove particolarmente elogiativi delle qualità del prodotto, o, infine, il contesto, complessivamente considerato, all'interno del quale viene inserito il messaggio³⁵⁸.

³⁵⁷ In particolare, il Giurì ha, ad esempio, ritenuto che l'accordo di commissione ben può essere desunto *“anche dal contesto della comunicazione, nel senso che, se questo è rivolto unicamente ad illustrare il prodotto o i prodotti di una determinata impresa ed a promuoverne la vendita ed il consumo, può presumersi la sua natura e la sua finalità pubblicitaria quando la comunicazione presenti caratteristiche incompatibili con un servizio giornalistico di fonte imparziale”* (Giurì, n. 64/87, in *Giur. Pubbl., cit.*, 1988). Analogamente, l'Autorità Garante (dec. P.I. 528 del 4.10.95, in *Boll. AGCM*, 1995), in relazione ad un filmato riguardante l'autovettura FIAT “Barchetta” trasmesso durante un programma culturale ed informativo, nell'ambito di una rubrica dedicata al design Made in Italy, precisava che *“l'affermazione della reale natura promozionale di una pubblicazione può prescindere dall'effettivo accertamento dell'esistenza di un rapporto di committenza tra impresa e proprietario del mezzo di diffusione, quando lo scopo promozionale possa desumersi anche da altri elementi presuntivi, purché questi siano gravi, precisi e concordanti, sì da qualificare come pubblicitario il contenuto della pubblicazione”*. Sulla base di una simile premessa, l'Autorità riteneva, con riferimento al caso sottoposto al suo esame, che, sebbene in assenza di un formale rapporto di committenza tra le parti, il messaggio risultasse, in ogni caso, censurabile per violazione dell'art. 4 D.Lgs. n. 74/92, in quanto *“l'analisi delle modalità di presentazione del servizio ed il contenuto dello stesso suggeriscono ... uno scopo obiettivamente promozionale della trasmissione”*.

³⁵⁸ Così, Giurì di Autodisciplina, dec. n. 11/80, in *Giur. Compl. Giurì*, 1980, 269 ss.; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 6.8.1993, in *Boll. AGCM*, 1993, nn. 20-21.

Alla luce di un simile orientamento, tanto il Giurì di Autodisciplina quanto l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sono giunti a ritenere non “*idonei accorgimenti*” (tali, cioè, da rendere la pubblicità chiaramente riconoscibile), ad esempio, la riproduzione del prodotto pubblicizzato unitamente al marchio, quest’ultimo ben visibile da parte dei destinatari, l’indicazione della denominazione dell’impresa, o, persino, in taluni casi, la presenza delle diciture “informazione pubblicitaria” o “informazione commerciale”³⁵⁹.

Una tale, estremamente elastica, interpretazione in ordine alla sussistenza di prove presuntive del rapporto di commissione ha, necessariamente, influenzato anche l’individuazione, in concreto, della natura, pubblicitaria o informativa, delle singole fattispecie, inducendo gli organi, autodisciplinari e non, come si è anticipato, ad assumere, anche in relazione a tale profilo, un atteggiamento parimenti “aperto” (ma, forse, non immune da censure): si è arrivati, così, ad includere nell’ambito della pubblicità redazionale anche forme di manifestazione del pensiero, per così dire, “prostituite”, ravvisando nell’intento promozionale di tali forme di comunicazione un indice rivelatore della loro natura pubblicitaria (e non già di manifestazione del pensiero).

In una simile prospettiva, il Giurì di Autodisciplina ha censurato un messaggio promozionale trasmesso in televisione, relativo ad un’acqua minerale, nel quale si faceva ricorso ad un noto personaggio femminile televisivo, scelto proprio in quanto conduttrice di programmi per la salute e la bellezza³⁶⁰. In quell’occasione, l’organo autodisciplinare ha ritenuto di

³⁵⁹ Cfr. Giurì di Autodisciplina, dec. n. 150/89, dec. n. 50/90, entrambe in *Giur. Pubbl., cit.*, rispettivamente 1989, 1990-1991. In quelle circostanze, il Giurì aveva ritenuto inidonee le diciture siccome inserite con caratteri molto ridotti.

³⁶⁰ Giurì di Autodisciplina, dec. n. 146/1992, *cit.*. Per una ricostruzione del caso sottoposto all’esame del Giurì, si rinvia, *supra*, al § 3.2., *sub* nota 110.

condannare il messaggio pubblicitario siccome teso ad ingenerare nel pubblico un particolare affidamento in considerazione del *testimonial* utilizzato, rilevando, in proposito, che *“la notorietà dell’esperto consigliere, a differenza del campione sportivo o dell’attore, è indissolubilmente legata al suo carattere di giudice obiettivo, che giudica e consiglia i prodotti nel solo interesse dei consumatori. Perciò non è pensabile che, quando si mette invece a fare pubblicità ad un prodotto, egli si spogli della sua veste abituale, cambi faccia agli occhi del pubblico”*.

Analogamente, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ha, ad esempio, ritenuto in contrasto con il principio della trasparenza pubblicitaria l’utilizzo, in uno *spot* televisivo, di una nota giornalista e conduttrice di telegiornali quale *testimonial* di un determinato prodotto, rilevando, in particolare come *“la commistione fra pubblicità e informazione finirebbe con il creare disorientamento nei consumatori e non consentirebbe ai destinatari dei messaggi di attivare i naturali meccanismi di difesa e reazione derivanti dalla percezione chiara, incondizionata, immediata, continuativa e totalmente consapevole che non si tratta di uno spazio di carattere oggettivo, neutrale ed informativo, ma di un’iniziativa di carattere puramente commerciale, appositamente commissionata e retribuita”*³⁶¹.

³⁶¹Prov. n. 4048 d.d. 4.7.1996, PI816, in *Boll. AGCM*, n. 27/96, 53 (anche noto come caso Dash-Parodi). In quell’occasione, l’Autorità era giunta a censurare il filmato televisivo anche in considerazione del fatto che esso era stato diffuso nell’intervallo del telegiornale della sera e, comunque, utilizzando contesto e modalità di presentazione analoghe a quelli abitualmente presentati dalla *testimonial*. Il medesimo *spot*, “arrivato” anche avanti le autorità autodisciplinari, è stato analogamente condannato, peraltro sulla base di argomentazioni diverse da quelle che, qualche anno prima, avevano indotto il Giurì a censurare il messaggio oggetto della pronuncia n. 146/92. Ed infatti, in quell’occasione il Giurì ritenne del tutto irrilevante l’utilizzo di un noto volto televisivo come *testimonial*, rilevando, in particolare, che *“sono troppi gli esempi di giornalisti famosi che pubblicizzano prodotti più o meno culturali perché un tale fenomeno possa essere considerato di per sé deontologicamente scorretto e comunque scorretto alla stregua del codice di autodisciplina”*.

Sempre il Giurì di Autodisciplina, ma non dissimile decisione è stata adottata dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ha censurato l’intervista rilasciata, durante la messa in onda di un telegiornale, dall’amministratore delegato di una nota compagnia di telefonia mobile, per la presentazione di un nuovo modello di cellulare, ritenendola una fattispecie di pubblicità occulta, e, in particolare, escludendo che simile censura potesse determinare una ingiustificata lesione della libertà di stampa³⁶².

Gli organi autodisciplinari sono, poi, giunti a ritenere in contrasto con il principio della trasparenza pubblicitaria anche le cosiddette fattispecie di pubblicità redazionale in senso lato, le quali, come detto³⁶³, si distinguono dalla pubblicità redazionale “in senso stretto”, nella quale non è possibile tenere distinte la comunicazione pubblicitaria e quella prettamente informativa, per essere, i prodotti e/o servizi, presentati all’interno di una comunicazione che ha un “*contenuto di altro genere*”, ovvero “*natura e funzione oggettivamente informativa*”³⁶⁴: si pensi, ad esempio, all’articolo di giornale che venga realizzato “su commissione” di una determinata impresa, e, cionondimeno, il pubblico non sia in grado di distinguere l’intento promozionale ad esso sotteso, apparendo il servizio quale autonoma scelta della redazione del giornale.

Una fattispecie, quest’ultima, che, forse, sembrerebbe preferibile inquadrare all’interno della categoria della manifestazione del pensiero, sebbene asservita ad intenti promozionali (e, dunque, meritevole della più ampia tutela costituzionale prevista dall’art. 21 Cost.), anziché nell’ambito della pubblicità non trasparente censurabile dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e dagli organi autodisciplinari.

³⁶² Giurì di Autodisciplina, dec. n. 90/96, in *Resp. Com. Impr.*, 1996, 195 ss..

³⁶³ Si veda, sul punto, quanto detto, *supra*, *sub* nota 162.

Diverso sembra, invece, essere l'orientamento del Giudice Ordinario, il quale, chiamato a pronunciarsi in ipotesi di assunta concorrenza sleale, ha ritenuto insuscettibile di inibitoria l'illecito esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, prevedendo, quale unico rimedio nei confronti della libertà di espressione illecita, quello risarcitorio³⁶⁵.

L'interpretazione estensiva fornita dal Giurì dell'Autodisciplina Pubblicitaria e dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sembrerebbe, tuttavia, non conforme al dettato normativo, il quale parrebbe teso a sanzionare esclusivamente le forme di pubblicità non palese, non anche le manifestazioni del pensiero, ancorché illecite.

Il problema, peraltro, non consiste tanto nello stabilire cosa possa essere qualificato come pubblicità redazionale, quanto piuttosto nell'individuare le conseguenze che una simile qualificazione possa comportare, laddove, ad esempio, venga ricompresa nell'ambito della pubblicità redazionale anche una manifestazione del pensiero asservita a fini promozionali. Come, infatti, ha avuto modo di rilevare quella dottrina critica nei confronti del riferito orientamento giurisprudenziale sulla pubblicità redazionale, qualificare come tale anche forme di manifestazione del pensiero prostitute ad intenti promozionali, se consente, da un lato, la censurabilità di simili forme di comunicazione sulla base della disciplina statutale ed

³⁶⁴ Così, Giurì di Autodisciplina, dec. n. 139/93, *cit.*.

³⁶⁵ In questi termini, si è, ad esempio, pronunciato il Tribunale di Perugia nella citata ordinanza d.d. 17.6.95 (si veda, *supra*, Capitolo I, § 4., *sub* nota 57), respingendo la domanda di inibizione della vendita sottocosto di un quotidiano, ad avviso del ricorrente atto slealmente concorrenziale, ritenendo, l'organo giudicante, inammissibile il provvedimento cautelare richiesto, in quanto *“l'ammissibilità della richiesta misura cautelare trova un limite nella previsione dell'art. 21 Cost., che condiziona la legittimità del sequestro della stampa alla duplice riserva di giurisdizione ... e di legge rinforzata... Deve infatti ritenersi con la giurisprudenza di merito ... che questa disposizione vale non solo per il sequestro (penale o civile) ma anche per tutti gli altri provvedimenti cautelari anche meramente interdittivi, quale appunto l'inibitoria cautelare di cui si tratta, per identità di ratio e cioè per l'assoluta preminenza dell'interesse all'effettivo esercizio della libertà di stampa su qualsiasi contrapposto interesse fatto valere in via cautelare”*.

autodisciplinare in materia di pubblicità non trasparente, dall'altro lato, però, non può non tener conto della natura di tali forme, incompatibile con qualsivoglia forma di censura e/o inibizione nei confronti delle stesse³⁶⁶.

D'altra parte, ove si intendesse convenire con il riferito orientamento, si perverrebbe alla, quantomeno paradossale, conclusione per cui, mentre una condotta illecita, quale la denigrazione, veicolata attraverso un canale informativo, risulterebbe in alcun modo censurabile, siccome ricondotta nell'ambito di tutela di cui all'art. 21 Cost., l'illecito pubblicitario sarebbe, per contro, censurabile, addirittura persino da parte di un organo privato, quale, appunto, il Giurì di Autodisciplina³⁶⁷.

Alla luce di quanto da ultimo detto, sembrerebbe preferibile limitare l'ambito di applicazione della disciplina in materia di pubblicità non trasparente alle sole comunicazioni di natura pubblicitaria, e, cionondimeno, non immediatamente riconoscibili come tali: il riferimento è, ad esempio, ai messaggi promozionali che si presentino, graficamente, quali articoli di giornale, epperò contrassegnati dalla dicitura, sebbene in caratteri ridotti, "*informazione commerciale*", la quale svela, appunto, la natura pubblicitaria del messaggio stesso. In altri termini, la menzionata pubblicità redazionale in senso stretto, quella, cioè, che si caratterizza per avere, il messaggio pubblicitario, una propria autonomia, in quanto, sebbene l'intento promozionale sia presentato nel contesto di un'inserzione redazionale, ad esempio, all'interno di un articolo di giornale, quest'ultimo risulta, tuttavia, dedicato esclusivamente a quel prodotto.

Un ulteriore profilo che merita, infine, di essere affrontato, siccome anch'esso relativo all'ambito di applicazione oggettivo della disciplina in

³⁶⁶ Così, Ruffolo, *Pubblicità redazionale, manifestazione del pensiero e limiti (anche costituzionali) al rimedio inibitorio/censorio*, cit., 186.

materia di pubblicità non trasparente, attiene all'individuazione delle comunicazioni pubblicitarie cui non è applicabile la predetta disciplina, riguardando, quest'ultima, soltanto le pubblicità che presentino determinate caratteristiche, non già qualsiasi comunicazione di natura promozionale. Del resto è lo stesso tenore delle disposizioni, sia autodisciplinari, sia statuali, a far propendere in tal senso, espressamente specificando il carattere occulto delle comunicazioni pubblicitarie cui sono rivolte le predette previsioni normative.

Tanto non può che portare ad escludere l'applicabilità dei precetti in materia di pubblicità non trasparente nei confronti di quelle comunicazioni manifestamente promozionali, o, anche, delle ipotesi di pubblicità cosiddetta indiretta o di "pubblicità storia". In particolare, mentre per pubblicità indiretta si intende quella comunicazione nella quale il messaggio promozionale viene diffuso senza individuare un collegamento diretto tra il marchio dell'azienda ed il prodotto o servizio pubblicizzato, ricorre un'ipotesi di "pubblicità storia" qualora venga rievocata una pubblicità del passato. Con riferimento a quest'ultima, infatti, il fatto stesso della rievocazione storica di una precedente pubblicità non può non configurare una pubblicità palese "*sia pure presentata come un frammento della storia aziendale dell'inserzionista*"³⁶⁸.

³⁶⁷ L'osservazione è di Ruffolo, Baratella, *Art. 7*, in *Commentario al Codice dell'Autodisciplina pubblicitaria*, cit., 179 ss., e in particolare, 183.

³⁶⁸ In questi termini, Giurì di Autodisciplina, dec. n. 35/95, in *Giur. Pubbl.*, cit., 1995. In quell'occasione, all'interno di un inserto allegato ad un settimanale, venivano ripercorsi gli ultimi quarant'anni di storia della televisione associandoli con la storia dei trenta anni

4.3.2. ... alle ulteriori fattispecie di pubblicità occulta.

Al di là della descritta fattispecie della pubblicità redazionale, possono individuarsi ulteriori ipotesi di comunicazioni pubblicitarie che, sebbene, anch'esse, al pari della prima, non immediatamente riconoscibili come tali, si differenziano da questa.

Una prima fattispecie, nella quale risulta lapalissiana la distinzione dalla pubblicità camuffata avente una “veste” redazionale, è costituita dalla cosiddetta pubblicità subliminale, ovvero quella comunicazione pubblicitaria consistente in messaggi visivi e/o sonori che possono essere percepiti dal destinatario soltanto a livello inconscio e che, cionondimeno, suscitano in esso la necessità, e, comunque, il desiderio di avere il prodotto pubblicizzato. Tale forma di pubblicità è utilizzata nei messaggi diffusi a mezzo stampa, nonché, e principalmente, nel settore della musica e della cinematografia, mediante il ricorso sia ad espedienti sonori sia ad espedienti visivi, quali la reiterata proiezione di immagini ad una altissima velocità, così da impedire l'immediata percezione a livello sensoriale, ovvero la presentazione di particolari forme tali da suscitare nel destinatario le più disparate interpretazioni³⁶⁹.

Sul piano normativo, è previsto, a livello comunitario³⁷⁰ e nazionale, un generale ed espresso divieto di ricorrere alla pubblicità subliminale. In particolare, con riferimento al nostro ordinamento, con la legge n. 223/1990, in attuazione di quanto prescritto dal legislatore comunitario con riferimento al divieto della “*trasmissione di messaggi cifrati o di carattere*

di pubblicità del marchio Lavazza, di cui venivano riprodotte le immagini degli spot più significativi.

³⁶⁹ Sul punto, si veda Carballo-Calero, *Pubblicità occulta e product placement*, Padova, 2004.

³⁷⁰ Cfr. direttiva 89/552/CEE, il cui art. 10, comma 3, prevede, appunto, che “*la pubblicità non deve utilizzare tecniche subliminali*”.

*sublimale*³⁷¹, è stato introdotto uno speculare divieto di pubblicità subliminale, esteso a qualsiasi programma e, dunque, non limitato all'attività propriamente pubblicitaria. Di analogo tenore la previsione contenuta nell'art. 5, comma 3, D.Lgs. n. 145/2007, che stabilisce il divieto di “*ogni forma di pubblicità subliminale*”³⁷².

Nonostante la presentazione, per così dire, ancora più occulta della suddetta fattispecie rispetto alla pubblicità redazionale, è indubitabile la sua natura pubblicitaria e, dunque, la riconducibilità della stessa nell'ambito di tutela previsto dall'art. 41 Cost., non potendo, a ben vedere, essere ricompresa, tale forma di comunicazione, tra le manifestazioni del pensiero. Del resto, la circostanza stessa che ciò che caratterizza la pubblicità subliminale è costituito, appunto, da messaggi che arrivano al destinatario soltanto a livello inconscio, è tale da escludere l'invocabilità del dettato dell'art. 21 Cost..

Accanto alla pubblicità subliminale, possono individuarsi ulteriori fattispecie di pubblicità non immediatamente percepibili come tali, quali le riviste di settore realizzate per iniziativa di una impresa, o la cosiddetta pubblicità occulta all'interno di una comunicazione pubblicitaria³⁷³. Quest'ultima ipotesi ricorre, ad esempio, qualora si intenda pubblicizzare

³⁷¹ Art. 15, comma 9, abrogato per effetto dell'art. 54 del Testo unico della radiotelevisione di cui al D.Lgs. 31 luglio 2005, n. 177, e, oggi, confluito nell'art. 4, lett. b), del citato Testo Unico.

³⁷² Non si rinviene, invece, alcuna specifica previsione tesa a sanzionare tale fattispecie all'interno del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale.

³⁷³ L'osservazione è di Guglielmetti, *Pubblicità nascosta ed autodisciplina pubblicitaria*, cit., 398-399. In particolare, l'Autore nota, con riferimento alla rivista di settore, come tale ipotesi debba essere tenuta distinta dalla pubblicità redazionale in senso stretto, perché in essa viene meno la veste redazionale, nel senso che, essendo il mezzo della stampa destinato esclusivamente a diffondere quella pubblicità, non c'è il rischio di possibile confusione con contenuti di carattere informativo.

un prodotto per il quale vige il divieto di pubblicità³⁷⁴: in tali casi, si utilizza, appunto, lo strumento della promozione indiretta del prodotto, ovvero inserita all'interno di una comunicazione pubblicitaria relativa ad altri prodotti e/o servizi³⁷⁵.

³⁷⁴ Si pensi, ad esempio, a prodotti quali le sigarette o le bevande alcoliche, per i quali il legislatore italiano ha introdotto, con il D.M. 30 novembre 1991, n. 425 i seguenti due specifici divieti:

Art. 1 (“Pubblicità dei prodotti del tabacco”):

“È vietata la pubblicità televisiva delle sigarette e di ogni altro prodotto del tabacco, anche se effettuata in forma indiretta mediante utilizzazione 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 utilizzazione sia idonea a perseguire una finalità pubblicitaria dei prodotti stessi.

Al fine di determinare quale sia l'attività principale di cui al precedente comma 1, deve farsi riferimento all'incidenza del fatturato delle singole attività di modo che quella principale sia comunque prevalente rispetto a ciascuna delle altre attività di impresa nell'ambito del territorio nazionale”.

Art. 2 (“Pubblicità delle bevande alcoliche”):

“La pubblicità televisiva delle bevande alcoliche non deve:

a) rivolgersi espressamente a minorenni, nè, in particolare, presentare minorenni intenti a consumare tali bevande;

b) collegare il consumo di alcoolici con prestazioni fisiche di particolare rilievo o con la guida di autoveicoli;

c) creare l'impressione che il consumo di alcoolici contribuisca al successo sociale o sessuale;

d) indurre a credere che le bevande alcoliche possiedano qualità terapeutiche stimolanti o calmanti, o che contribuiscono a risolvere situazioni di conflitto psicologico;

e) incoraggiare un uso eccessivo e incontrollato di bevande alcoliche o presentare in una luce negativa l'astinenza o la sobrietà;

f) usare l'indicazione del rilevante grado alcolico come qualità positiva delle bevande”. Tali divieti devono essere coordinati con quanto già previsto originariamente dalla legge Mammi, oggi confluito nel Testo Unico della radiotelevisione di cui al D.Lgs. 31 luglio 2005, n. 177.

³⁷⁵ E' il caso, ad esempio, sottoposto al vaglio della Suprema Corte, nella sentenza n. 1862/2000 (Cass. civ., sez. III, 18.2.2000, in *NGCC*, 2000, I, 89 ss.), la quale veniva adita in relazione ad una fattispecie di pubblicità di prodotti da fumo, realizzata, all'interno del settimanale “Panorama”, nell'ambito di un servizio sui viaggi organizzati “Marlboro Country”. In quell'occasione, la Cassazione, nel rigettare il ricorso proposto avverso la pronuncia resa dal Pretore di Milano (adito in opposizione dalla società editrice del periodico avverso l'ordinanza-ingiunzione con cui il Prefetto di Milano aveva irrogato la sanzione amministrativa di L. 15.000.000, per la violazione del divieto di pubblicità di prodotti da fumo), confermava la violazione, nella fattispecie, del divieto legislativo in materia di pubblicità di prodotti da fumo, ritenendo, invece, irrilevante “*stabilire se, come si sostiene nel ricorso, la pubblicità indiretta di un prodotto da fumo realizzi anche una forma di pubblicità ingannevole*”, in quanto “*anche se così fosse, la tutela amministrativa*

E' bene, peraltro, rilevare come non sia unanimemente condiviso l'inquadramento della pubblicità indiretta nell'ambito della pubblicità occulta. In particolare, non è mancato chi, dissentendo da una simile impostazione, ha evidenziato la profonda differenza che sussisterebbe tra pubblicità occulta e pubblicità indiretta, in quanto, mentre nella prima il destinatario non sarebbe in grado di percepire la natura pubblicitaria della comunicazione, nella seconda, invece, si riuscirebbe a cogliere immediatamente tale carattere, sebbene nei confronti di prodotti non espressamente menzionati³⁷⁶.

Ulteriori ipotesi di pubblicità non trasparente possono individuarsi con riferimento alle sponsorizzazioni, ovvero a quelle tecniche pubblicitarie caratterizzate dall'abbinamento del nome di un prodotto o di una azienda ad un determinato evento e/o manifestazione. In particolare, il fenomeno della sponsorizzazione è stato disciplinato con la legge n. 223/1990, la quale prevedeva una serie di criteri e di divieti cui attenersi nel ricorso ad una simile tecnica³⁷⁷. E' molto diffuso nella prassi, infatti, il fenomeno delle

*e giurisdizionale prevista dal d.lgs. n. 74/1992 contro il messaggio pubblicitario ingannevole non farebbe venire meno la sanzione comminata dalla legge 10 aprile 1962 n. 165 per la violazione del divieto di propaganda pubblicitaria di prodotti da fumo". Rilevava, altresì, la S.C.: "il divieto di pubblicità non può porsi in contrasto con l'art. 21 della Costituzione, che tutela la manifestazione del pensiero", rientrando la pubblicità "nella libertà di iniziativa economica privata, che è tutelata dall'art. 41 della Costituzione solo in quanto non si ponga in contrasto con l'utilità sociale; ed il divieto di pubblicità dei prodotti da fumo mira a tutelare la salute della collettività". In relazione a tale ultimo profilo, si veda Cass. civ., sez. I, 23.3.2001, n. 4183, in *Foro it.*, 2001, I, 2220 ss..*

³⁷⁶ Così, Carballo-Calero, *op. cit.*, 27.

³⁷⁷ Art. 8, comma 13: "*I programmi sponsorizzati devono rispondere ai seguenti criteri:*
a) *il contenuto e 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 concessionari privati o della concessionaria pubblica nei confronti delle trasmissioni;*
b) *devono essere chiaramente riconoscibili come programmi sponsorizzati e indicare il nome o il logotipo dello sponsor all'inizio o alla fine del programma;*

sponsorizzazioni nelle quali lo *sponsor* eserciti una ingiustificata influenza sull'evento e/o manifestazione sponsorizzato, o, altresì, delle sponsorizzazioni cosiddette occulte, da taluni definite come *product placement*³⁷⁸. Tale accostamento, peraltro, se, prima dell'introduzione della disciplina legislativa sul *product placement*³⁷⁹ poteva trovare dei consensi, oggi, al contrario, sembrerebbe non più sostenibile, attesa la differente regolamentazione prevista per ciascuna delle due fattispecie.

4.3.3. Segue: il fenomeno del cosiddetto *product placement*. Cenni.

Merita una trattazione separata il fenomeno pubblicitario del *product placement* (ovvero, piazzamento di prodotto), atteso il sempre maggior ricorso a tale tecnica per la realizzazione di fattispecie di pubblicità occulta.

Come è stato rilevato da più parti in dottrina, esso non si differenzia molto dalla pubblicità redazionale se non per il mezzo attraverso cui viene

b-bis) non devono stimolare all'acquisto o al noleggio dei prodotti o servizi dello sponsor o di un terzo, specialmente facendo riferimenti specifici di carattere promozionale a detti prodotti o servizi”.

Art. 8, comma 14: *“I programmi non possono essere sponsorizzati da persone fisiche o giuridiche la cui attività principale consista nella fabbricazione o vendita di sigarette o di altri prodotti del tabacco, nella fabbricazione o vendita di superalcolici, nella fabbricazione o vendita di medicinali ovvero nella prestazione di cure mediche disponibili unicamente con ricetta medica”.*

Art. 8, comma 15: *“I programmi sponsorizzati sono considerati messaggi pubblicitari nella misura minima del 2 per cento della durata dei programmi stessi da comprendersi nel limite di affollamento giornaliero. Il Garante, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, propone al Ministro delle poste e delle telecomunicazioni, che provvede, entro novanta giorni, con decreto, una più dettagliata regolamentazione in materia di sponsorizzazioni, sia per la concessionaria pubblica sia per i concessionari privati”.*

Articolo abrogato per effetto dell'art. 54 del Testo unico della radiotelevisione di cui al D.Lgs. 31 luglio 2005, n. 177, e oggi confluito nell'art. 39, del citato Testo Unico.

³⁷⁸ Così, Guglielmetti, *Pubblicità nascosta ed autodisciplina pubblicitaria*, cit., 401.

³⁷⁹ Sul punto, si rinvia a quanto si dirà nel successivo Capitolo III, sub § 4.2..

veicolata la comunicazione pubblicitaria³⁸⁰: se, infatti, nella pubblicità redazionale si ricorre al primo e classico mezzo di diffusione della libertà di espressione, ovvero la stampa, nel *product placement* l'occultamento della pubblicità avviene nel contesto di riproduzioni televisive o cinematografiche. Si tratterebbe, in altri termini, di due comunicazioni pubblicitarie, la pubblicità redazionale, da un lato, il *product placement* dall'altro, appartenenti al medesimo *genus*: ovvero, quello della pubblicità occulta.

Più nello specifico, volendo tentare una definizione del fenomeno del piazzamento di prodotto, esso può essere qualificato come “*l'evidenziazione di un prodotto o di un servizio nel corso di spettacoli cinematografici o televisivi, per effetto di un accordo intercorso tra il produttore del film o della trasmissione (o il conduttore di questa) e il fabbricante del prodotto o l'offerente il servizio evidenziati*”³⁸¹. In altri termini, il *product placement* è una tecnica pubblicitaria mediante la quale viene “piazzato”, all'interno del *set* di un *film*, di una trasmissione televisiva, o in un qualsiasi altro contesto narrativo, un prodotto, di cui sono chiaramente distinguibili i segni distintivi; prodotto che viene presentato come quello scelto in maniera autonoma e naturale dai personaggi che compaiono in quel contesto³⁸².

Dalla surriferita definizione si evince la riconducibilità del *product placement* alla categoria della pubblicità occulta, di cui anzi costituisce, forse, l'espressione più ricercata, dal momento che proprio il contesto

³⁸⁰ Così, Mansani, *Product placement: la pubblicità nascosta negli spettacoli cinematografici e televisivi*, in *Contr. e Impr.*, 1988, 904 ss.. Negli stessi termini, Savini, *Gli autori tra pubblicità occulta ed ingannevole*, in *Dir. Aut.*, 1994, 32 ss..

³⁸¹ Così, Mansani, *op. cit.*, 905.

³⁸² In questi termini, si veda, Magni, *Il product placement ed il bartering*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. XVIII (Pubblicità e promozione), Torino, 2003, 327 ss.. Osserva l'Autrice come tanto consentirebbe di individuare nel piazzamento di prodotto una forma di pubblicità indiretta, dal momento che la pubblicizzazione del

narrativo e scenico – ovvero, una trasmissione televisiva o una riproduzione filmica – all’interno del quale viene inserito (anzi, occultato) il messaggio promozionale, risulta tutt’altro che pubblicitario e, dunque, tale da attenuare ancor di più rispetto alle altre fattispecie di pubblicità non palese, i meccanismi di difesa del pubblico e non solo di questo. E’ indubitabile, infatti, che, oltre ad ingenerare inganno nel pubblico, il *product placement* configuri un atto di concorrenza sleale, nella misura in cui i soggetti concorrenti di colui che ha “piazzato” i propri prodotti e/o servizi si trovino a subire le conseguenze negative di un simile piazzamento³⁸³.

Né è da sottovalutare il ricorso a personaggi famosi, la cui notorietà consente, appunto, di “catturare” l’attenzione del pubblico. Si pensi, ad esempio, alla presenza, all’interno di trasmissioni televisive, di noti volti dello spettacolo, o, nei *films*, di attori di successo ed i ruoli dagli stessi interpretati, tali da esercitare un non indifferente magnetismo sul pubblico, al punto da indurre in questo la convinzione che, utilizzando i medesimi prodotti utilizzati da quei personaggi, ci si possa, in un certo senso, uniformare allo stile di vita degli stessi, o comunque, allo stile di vita che essi rappresentano³⁸⁴.

Un ulteriore indice della forza persuasiva di tale tecnica pubblicitaria può, altresì, rinvenirsi nell’essere una pubblicità cosiddetta “di situazione”, che mette in luce, cioè, le situazioni psicologiche che l’utilizzo del prodotto e/o del servizio reclamizzato consente di creare³⁸⁵.

Il sempre maggior ricorso alla tecnica pubblicitaria del *product placement* è, molto probabilmente, dovuto all’inarrestabile sviluppo dei mezzi di

prodotto si realizzerebbe soltanto in via indiretta, mediante la presentazione dello stesso come prodotto abitualmente utilizzato dal personaggio famoso.

³⁸³ Si pensi, ad esempio, allo sviamento di clientela che il ricorso a tale tecnica può portare.

³⁸⁴ Sul punto, si vedano, tra gli altri: Mansani, *op. cit.*, 910; Savini, *op. cit.*, 34.

comunicazione televisivi e cinematografici, tale da generare un mercato in continuo *fieri*.

Nel riconoscere la maggiore efficacia del piazzamento di prodotto rispetto alle altre fattispecie di pubblicità occulta, taluni Autori hanno evidenziato come esso, al di là delle indubitabili analogie con la pubblicità redazionale, si differenzi dalla stessa proprio per il diverso modo di influenzare le scelte di acquisto del pubblico. Si è, in particolare, rilevato come, mentre la prima opererebbe su un piano, per così dire, razionale, ovvero facendo leva sulla posizione di terzietà del (presunto) autore dell'articolo mediante il quale viene occultata la comunicazione pubblicitaria, il secondo agirebbe su un piano tutt'altro che razionale, attribuendo al prodotto "piazzato" particolari significati simbolici tali da accrescere la familiarità del pubblico con il prodotto stesso³⁸⁶.

D'altra parte, però, è stato rilevato che proprio la rilevata maggior potenzialità di tale tecnica pubblicitaria rispetto alle altre fattispecie di pubblicità occulta accentuerebbe i profili di illiceità del ricorso al *product placement*, siccome idoneo a generare, ancor più delle altre fattispecie di pubblicità non trasparente, l'inganno del pubblico. In altri termini, il fatto stesso che con il piazzamento di prodotto venga completamente occultato

³⁸⁵ Così, Mansani, *op. cit.*, 910.

³⁸⁶ In questi termini, Ferrandi, *Pubblicità redazionale e product placement: gli effetti sul consumatore e l'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. Inf.*, 2001, 79 ss.. Si osserva, infatti, come tale differente *modus operandi* incida anche sulle modalità di tutela del consumatore, nel senso che "relativamente alla pubblicità redazionale, l'elemento discriminante, la cui assenza è in grado di produrre un pregiudizio al destinatario, è la chiara riconoscibilità del messaggio come pubblicitario", con riferimento al *product placement*, al contrario, "poco rileva che lo spettatore sia posto in condizione di percepire l'intento pubblicitario sotteso all'apparizione della marca, e il «paradosso dell'esplicitazione dell'intento» è prova eloquente di tale conclusione". In altri termini, "l'efficacia del *product placement* risiede piuttosto nella sua capacità di sfruttare in maniera parassitaria una disposizione dello spettatore particolarmente benevola e ricettiva, da un lato, ed una «contaminazione» del prodotto con alcuni valori emozionali presenti nell'opera rappresentata, dall'altro".

ciò che caratterizza la comunicazione pubblicitaria, ovvero l'offerta, renderebbe tale tecnica geneticamente ingannevole e geneticamente illecitamente concorrenziale³⁸⁷.

Volendo limitarci, in questa sede, ad individuare, in via generale, le problematiche emerse in relazione al fenomeno del piazzamento di prodotto, rinviando, per la compiuta trattazione delle stesse, a quanto si dirà nel prosieguo del lavoro³⁸⁸, il principale problema che si è posto con riferimento a tale tecnica pubblicitaria ha riguardato l'individuazione della sua natura. Del resto, il presentarsi al pubblico come una comunicazione di carattere non pubblicitario riaccende la *querelle*, già affrontata in tema di pubblicità redazionale, in ordine al rapporto tra comunicazione pubblicitaria e manifestazione del pensiero. Rapporto che, anzi, assume, con riferimento a tale fattispecie, toni ancora più delicati, considerato che proprio la peculiarità del mezzo attraverso cui viene realizzato il piazzamento di prodotto può indurre, ove si propenda per la sottoposizione di tale tecnica ai controlli e censure previsti in materia di pubblicità occulta, ad ingiustificate costrizioni della libertà di manifestazione del pensiero e della libertà di determinazione e di creazione artistica dell'autore dell'opera³⁸⁹.

Se, infatti, il *product placement*, nella sua classica interpretazione, sottace un accordo tra mezzo ed utente del messaggio pubblicitario, non è da escludere che, in taluni casi, la scelta di utilizzare, nell'ambito di una trasmissione televisiva ovvero durante le riprese di un *film*, determinati prodotti anziché altri possa essere dettata da esigenze narrative e, dunque, essere estrinsecazione della libertà di manifestazione del pensiero dell'autore dello spettacolo televisivo o dell'opera cinematografica. E' incontestabile, infatti, la libertà di espressione dell'autore dell'opera, la

³⁸⁷ Così, Savini, *op. cit.*, 40.

³⁸⁸ Il tema verrà affrontato in maniera sistematica all'interno del Capitolo III.

quale si estrinseca nella libertà di utilizzare e mettere in evidenza i prodotti che essi stessi ritengono più idonei, alla luce delle scelte che hanno ispirato la realizzazione dell'opera stessa. Sulla scorta di una simile considerazione, non è mancato chi ha osservato come, in tali casi, la pubblicità occulta si configurerebbe, dunque, come una sorta di “interferenza” all'interno dell'opera dell'ingegno, rispetto alla quale l'autore dell'opera risulterebbe del tutto estraneo e ben potrebbe vantare un vero e proprio diritto a dissociarsi dagli effetti negativi di quella determinata prospettazione della propria creazione, in quanto dallo stesso non voluta³⁹⁰. In tali casi, pertanto, sottoporre tale scelta alla disciplina dettata in materia di pubblicità occulta comporterebbe una indebita lesione della libertà di espressione.

Un'ulteriore problematica cui si ritiene di dover accennare attiene alla censurabilità di tale tecnica pubblicitaria anche alla luce della disciplina in materia di concorrenza sleale. Si è già detto, infatti, di come il *product placement* possa incidere negativamente, non soltanto sui consumatori, bensì anche nei confronti dei soggetti concorrenti di colui che si sia avvalso di tale tecnica, i quali potrebbero risultare pregiudicati dalla maggior visibilità dei prodotti di quest'ultimo rispetto ai propri. In una simile ipotesi, lo strumento di tutela invocabile dai soggetti concorrenti al fine di determinare l'illiceità concorrenziale del piazzamento di prodotto ben potrebbe rinvenirsi nella previsione di cui all'art. 2598, n. 3, c.c.. Al riguardo, è stato, peraltro, osservato come non possa essere ritenuto atto di concorrenza sleale censurabile alla stregua della citata norma codicistica il piazzamento di prodotto che venga realizzato mediante il ricorso ad un *testimonial*, ben potendo, i soggetti concorrenti, evitare il rischio economico

³⁸⁹ In questi termini, Unnia, *op. cit.*, 289-290.

³⁹⁰ Si veda, sul punto, Savini, *op. cit.*, 44.

su di essi incombente avvalendosi del medesimo espediente per promuovere i propri prodotti.

Diverso sembra essere il discorso con riferimento all'elemento della non riconoscibilità, dal momento che, se è vero che anche in relazione ad esso i concorrenti potrebbero evitare lo sviamento della clientela avvalendosi del medesimo strumento, é da ritenere che tale requisito incida sulla valutazione di ingannevolezza, e, dunque, di illiceità concorrenziale, del piazzamento di prodotto³⁹¹.

³⁹¹ Così, Mansani, *op. cit.*, 919.

Capitolo III

Il product placement: natura ed inquadramento giuridico

Sommario: 1. Nozione ed origine storica del piazzamento di prodotto: dalla nascita negli USA al suo approdo nel panorama cinematografico italiano. – 2. Le differenti tipologie di product placement. – 3. Natura del piazzamento di prodotto. – 3.1. Il rapporto con altre forme di comunicazione pubblicitaria. – 3.1.1. Dalla pubblicità indiretta... – 3.1.2. ... alla pubblicità subliminale ... – 3.1.3. ... alla pubblicità occulta. – 3.2. Il rapporto con la libertà di manifestazione del pensiero. – 4. L'inquadramento giuridico del piazzamento di prodotto. – 4.1. Le posizioni tradizionali precedenti all'introduzione della disciplina normativa: l'orientamento maggioritario sulla censurabilità del piazzamento di prodotto. – 4.1.1. Il serial televisivo "Un commissario a Roma". – 4.1.2. Le successive pronunce rese dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. – 4.2. Segue: l'orientamento minoritario sul product placement quale tecnica lecita di comunicazione pubblicitaria.– 4.3. Le novità introdotte dal D.Lgs. n. 28/2004, recante la riforma della disciplina in materia di attività cinematografiche. – 4.3.1. Ambito di applicazione e limiti di tutela: i requisiti di "ammissibilità" del piazzamento di prodotto. – 4.3.2. Gli effetti della disciplina legislativa sul fenomeno del product placement: verso una effettiva (o soltanto apparente?) liceità del piazzamento di prodotto.

1. Nozione ed origine storica del piazzamento di prodotto: dalla nascita negli USA al suo approdo nel panorama cinematografico italiano.

Il *product placement* può essere definito come quella “forma di comunicazione di impresa tramite la quale un marchio o un prodotto la cui provenienza è immediatamente riconoscibile viene utilizzato direttamente o indirettamente in un’opera dell’ingegno dietro un corrispettivo”³⁹². Con tale espressione, si intende, dunque, far riferimento alla presenza, all’interno di opere cinematografiche, o, più in generale, come si dirà³⁹³, di

³⁹² Così, Dell’Arte, *Il contratto di product placement*, in *I contratti*, 2007, n. 7, 715 ss..

³⁹³ Si veda, *infra*, quanto si rileverà *sub* § 2.

opere d'autore, di citazioni di prodotti o marchi, di per sé non essenziali ai fini della trama o del contesto narrativo dell'opera e che, cionondimeno, sono tese a dare una collocazione, per così dire, privilegiata, ai marchi e/o prodotti "piazzati", sulla base di un accordo di natura commerciale tra il produttore dell'opera stessa ed il produttore del prodotto e/o titolare del marchio³⁹⁴.

Come si può notare, la predetta definizione fa riferimento, indistintamente, a prodotti e/o marchi. Ed infatti, pur essendosi affermate numerose teorie tese a circoscrivere l'oggetto del *product placement* ai soli prodotti³⁹⁵, si ritiene preferibile un'interpretazione estensiva, nel senso, cioè, di includere fra i beni da pubblicizzare tanto i prodotti propriamente intesi, quanto i servizi, quanto, infine, i cosiddetti segni distintivi. La ragione di ciò può rinvenirsi nel fatto che ciò che caratterizza tale tecnica pubblicitaria è dato, non già dall'oggetto dello stesso, bensì dal collocamento dell'oggetto medesimo (sia esso un prodotto, un servizio, ovvero un marchio) all'interno di opere dell'ingegno, al fine di promuoverlo³⁹⁶.

Più nel dettaglio, l'accordo finalizzato al ricorso allo strumento del *product placement* può assumere contenuti particolari: ben può accadere, ad esempio, che la società produttrice del prodotto e/o marchio "da piazzare" determini particolari condizioni ai fini dell'inserimento dei marchi e prodotti medesimi. Simili condizioni possono, ad esempio, essere dettate dall'esigenza, fondamentale per la società produttrice di quei prodotti, che

³⁹⁴ Al riguardo, si veda, Mansani, *op. cit.*, 905, il quale definisce *product placement* "l'evidenziazione di un prodotto o di un servizio nel corso di spettacoli cinematografici o televisivi, per effetto di un accordo intercorso tra il produttore del film o della trasmissione (o il conduttore di questa) e il fabbricante del prodotto o l'offerente il servizio evidenziati".

³⁹⁵ Si veda in tal senso, Rossello, *Pubblicità ingannevole*, in *Contr. e Impr.*, 1995, 137 ss..

³⁹⁶ Nei medesimi termini, Carballo-Calero, *op. cit.*, 161.

agli stessi non venga attribuita una connotazione negativa a seguito del piazzamento³⁹⁷.

Un'ulteriore peculiarità del *product placement* può rinvenirsi nell'intento non propriamente promozionale, bensì denigratorio che con esso si intende realizzare.

L'origine storica di un simile fenomeno può essere ricondotta alla nascita della cinematografia, dal momento che, già nelle primissime pellicole cinematografiche, si rinvengono forme di piazzamento di prodotto³⁹⁸.

Cionondimeno, può ritenersi condiviso il convincimento per cui la nascita, per così dire, "ufficiale"³⁹⁹ del *product placement* possa essere fatta risalire alla realizzazione, nel 1945, dell'opera filmica "*Mildred Pierce*", durante la quale si inquadra Joan Crawford mentre beveva un bicchiere di Jack Daniel's Bourbon. Ed infatti, fu in quest'opera cinematografica che, per la prima volta, il piazzamento di prodotto venne inserito su espressa richiesta della società produttrice del prodotto stesso⁴⁰⁰.

³⁹⁷ Sul punto, si rinvia a Mansani, *op. cit.*, 907, il quale cita l'esempio di una casa produttrice di automobili di un certo prestigio, la quale prevedeva, tra le clausole contenute all'interno dei contratti di *product placement* da questa sottoscritti con case cinematografiche statunitensi, il divieto di affidare le proprie autovetture, nell'ambito del contesto narrativo del *film*, a personaggi negativi (i cosiddetti *bad boys*).

³⁹⁸ Si veda, sul punto, Carballo-Calero, *op. cit.*, 141, il quale osserva come già alla fine dell'ottocento venissero realizzati *films* nei quali si ricorreva alla tecnica del piazzamento di prodotto. L'Autore cita, in particolare, il *film* francese *Sunlight*, realizzato nel 1898, nel quale venivano riprese casse di Sunlight ai piedi di alcune lavandaie, o, ancora, il *film* Dewar's Scotch Whisky, prodotto l'anno precedente, in cui tre scozzesi "ballavano con lancia e scudo davanti a un cartellone pubblicitario di whisky Dewar's". L'Autore osserva, peraltro, come, in entrambe le suddette opere, l'intento promozionale dei piazzamenti di prodotto si desuma già dai rispettivi titoli dei *films*.

Per una ricostruzione storica del fenomeno del *product placement*, utile è, altresì, la consultazione del sito internet <http://www.jmnandy.com>.

³⁹⁹ L'espressione è di Carballo-Calero, *op. cit.*, 142.

⁴⁰⁰ Osserva, peraltro, Carballo-Calero, *op. cit.*, 142 come talaltra dottrina preferisca ricondurre la nascita di tale fenomeno pubblicitario alla realizzazione, nel 1967, del *film* "Il Laureato", nel quale il protagonista, Dustin Hoffman, veniva ripreso alla guida di una vettura Alfa Romeo Spider.

Nel ripercorrere, in estrema sintesi, lo sviluppo cinematografico di tale tecnica pubblicitaria, non può omettersi di citare lo storico *film* “E.T.”, di produzione statunitense, nel quale i bambini protagonisti del *film* offrivano all’ormai noto personaggio extraterrestre pasticche di cioccolato della marca *Reese’s Pieces*, allo scopo di instaurare un primo approccio comunicativo con l’extraterrestre. La scelta di una simile collocazione consentì alla società titolare di quel marchio, la società Hershey (scelta, peraltro, dopo il rifiuto di una società concorrente, la quale aveva ritenuto troppo eccessivo il prezzo richiesto dal produttore cinematografico per l’inserimento dei prodotti nel contesto del *film*), un incremento del volume delle vendite di quel prodotto pari a circa l’85%⁴⁰¹.

Procedendo nell’esame dei principali esempi di utilizzo cinematografico del piazzamento di prodotto, un primo dato che emerge è il sempre più frequente ricorso a tale strumento di comunicazione pubblicitaria da parte del cinema statunitense, al punto da poter affermare, con un certo margine di sicurezza, che, allo stato attuale, tutti i *film* prodotti da questo mercato sono caratterizzati dalla presenza di un piazzamento di prodotto. Del resto, una conferma dell’importanza di tale tecnica pubblicitaria nel panorama cinematografico statunitense si rinviene nella presenza di numerose agenzie pubblicitarie americane che si occupano di *product placement*, talune addirittura specializzate esclusivamente nella realizzazione di tale tecnica pubblicitaria⁴⁰².

Diverso è stato, invece, lo sviluppo che tale fenomeno ha avuto nel nostro Paese, caratterizzato da un notevole ritardo rispetto all’esperienza straniera, e, comunque, da un lento affermarsi dell’utilizzo del piazzamento di prodotto. Ed infatti, in Italia, soltanto intorno alla metà degli anni’50

⁴⁰¹ Cfr. Carballo-Calero, *op. cit.*, 143.

⁴⁰² Sul punto, si veda, Mansani, *op. cit.*, 906.

vennero realizzate le prime opere cinematografiche nelle quali era possibile rinvenire forme di piazzamento di prodotto. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al celebre *film* “Vacanze romane”, realizzato nel 1953, nel quale Gregory Peck e Audrey Hepburn percorrevano le vie di Roma su di una Vespa, o, ancora, l’altrettanto famoso *film* “La Dolce Vita” (1960), nel quale Marcello Mastroianni ordinava un bicchiere di Black&White.

Lo sviluppo, nel cinema italiano, del *product placement* è da taluni ricondotto alla crescita economica che investì, all’inizio degli anni ’50, il Paese, la quale favorì l’ingresso, anche nel nostro mercato cinematografico, delle principali case produttrici di beni di largo consumo. Un simile sviluppo si è incrementato nei successivi decenni, arrivando, altresì, a realizzare sempre più elaborate forme di piazzamento del prodotto, così da rendere difficile distinguere lo stesso dal contesto narrativo delle opere.

In particolare, è bene rilevare come in Italia, analogamente a quanto avvenuto negli altri Paesi, il fenomeno del *product placement*, sebbene nato e sviluppatosi prevalentemente nel settore della cinematografia, si sia, con il tempo, affermato, con la medesima finalità⁴⁰³, anche nell’ambito di altre opere dell’ingegno: per citarne alcune, si pensi, in primo luogo, alle opere audiovisive. Tutt’altro che marginale risulta, inoltre, l’utilizzo che di simile tecnica pubblicitaria si sta progressivamente facendo nelle opere letterarie, in quelle musicali (ivi compresi, con riferimento a queste ultime, i video musicali), nonché nel settore della moda, nella fumettistica e nei *videogames*⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Ovvero, porre l’attenzione sul prodotto pubblicizzato.

⁴⁰⁴ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al romanzo letterario, *The Bulgari Collection*, opera letteraria realizzata nel 2001 dalla scrittrice Fay Weldon, su commissione della società titolare dell’omonimo marchio, al fine, appunto, di promuovere quest’ultimo.

Una simile tendenza, d'altra parte, non può che costituire la diretta conseguenza del bisogno degli operatori pubblicitari di cercare strumenti sempre più immediati e rapidi per far "arrivare" i propri prodotti ai destinatari.

Cionondimeno, è stato opportunamente rilevato come, in Italia, l'utilizzo di una simile tecnica pubblicitaria non abbia mai raggiunto i livelli del mercato estero, e, principalmente, di quello statunitense. Circostanza, questa, che ben può essere ricondotta al clima di sfiducia, pressoché generalizzato, circa la liceità del piazzamento di prodotto da un punto di vista strettamente giuridico⁴⁰⁵. Come, infatti, si avrà modo di approfondire nei successivi paragrafi, nell'ordinamento italiano si è affermato un atteggiamento di sostanziale chiusura nei confronti del piazzamento di prodotto, ritenuto una fattispecie di pubblicità occulta, in quanto tale censurabile alla luce dei principi in materia di trasparenza pubblicitaria, oltre che alla luce della disciplina statutale in materia di concorrenza sleale. Non è mancato, peraltro, chi, muovendo da una simile premessa, è giunto, addirittura, a qualificare il *product placement* quale forma di pubblicità subliminale, in quanto tale, come si è già detto⁴⁰⁶, espressamente vietata tanto a livello comunitario, quanto nell'ordinamento interno.

Un tale clima di disfavore, se, da un lato, ha, persino, indotto i giuristi all'erroneo convincimento circa l'esistenza di un vero e proprio divieto normativo in relazione al piazzamento di prodotto⁴⁰⁷, dall'altro, non può non aver condizionato negativamente l'utilizzo della suddetta tecnica

⁴⁰⁵ Così, Fusi, *Il product placement fra divieto di pubblicità non trasparente e nuova disciplina del cinesponsoring*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2005, 5 ss..

⁴⁰⁶ Si rinvia, sul punto, a quanto rilevato, a proposito della pubblicità subliminale, all'interno del capitolo II, *sub* § 4.3.2..

⁴⁰⁷ Al punto da rinvenire nelle disposizioni contenute nella novella del 2004, addirittura, una totale rottura con il passato, laddove è stata riconosciuta, in via generale, la liceità del

pubblicitaria nell'ambito delle opere dell'ingegno, attesa la preoccupazione di una possibile futura censurabilità di simile scelta tanto da parte degli organismi statuali, quanto da parte di quelli autodisciplinari. Preoccupazione, peraltro, tutt'altro che astratta, se solo si considera che i pochi casi, quantomeno all'inizio, di piazzamento di prodotto realizzati in Italia hanno suscitato la reazione delle associazioni preposte a tutela dei consumatori, oltre che di soggetti concorrenti, e, conseguentemente, il vaglio da parte delle menzionate Autorità⁴⁰⁸.

2. Le differenti tipologie di *product placement*.

Come si è detto, il fenomeno del piazzamento di prodotto si è progressivamente affermato anche in settori diversi dalla cinematografia, che, cionondimeno, rimane, tuttora, quello caratterizzato dal maggior ricorso a tale tecnica promozionale, peraltro mediante l'utilizzo di differenti modalità di piazzamento del prodotto.

Proprio l'eterogeneità delle tecniche utilizzate per realizzare forme di piazzamento di prodotto ha indotto la dottrina ad individuare una serie di sottocategorie in cui suddividere il *product placement*.

In particolare, una prima tipologia di piazzamento di prodotto è stata ravvisata nel cosiddetto piazzamento "visivo" del prodotto o *screen placement*, ovvero nella ripresa visiva, durante una o più scene dell'opera (ad esempio, un *film*), del prodotto, il quale "entra", così, a far parte del contesto narrativo dell'opera stessa. Si pensi, a mero titolo esemplificativo,

ricorso alla predetta tecnica pubblicitaria. Sul punto, si rinvia a quanto si dirà, *infra*, all'interno del § 4.3.2..

⁴⁰⁸ *Leading case* in materia, come si dirà, *infra*, *sub* § 4.1.1., è stato il *serial* televisivo "Un Commissario a Roma", sottoposto, addirittura, a ben due procedimenti, l'uno avanti il Giurì dell'Autodisciplina Pubblicitaria (dec. n. 62/93, in *Giur. Pubbl., cit.*, 1992-1993),

al *film* Arma Letale, realizzato nel 1987, nel quale, in ripetute scene, viene inquadrato uno dei protagonisti nell'atto di assumere il farmaco Alka Seltzer.

Trattasi, senza dubbio, della “classica” tecnica di realizzazione del piazzamento di prodotto e, al contempo, forse, anche della modalità di più immediata percezione da parte del pubblico. Quest'ultimo, infatti, avvertendo il prodotto come inserito nel contesto dell'opera, è portato a considerare il primo come un *unicum* inscindibile dalla seconda, così da non coglierne l'effetto promozionale sotteso all'utilizzo di quella tecnica pubblicitaria.

Una seconda modalità di piazzamento del prodotto, diversa dallo *screen placement*, è stata rinvenuta nel cosiddetto *script placement*, o piazzamento verbale, che si caratterizza per essere il piazzamento effettuato non visivamente, bensì verbalmente, attraverso, ad esempio, il ricorso ad una voce fuori campo.

Se, da un lato, tale tecnica, meno utilizzata della precedente, sembra risultare di minor impatto “persuasivo”, dall'altro lato, consente di esaltare in maniera più dettagliata le caratteristiche del prodotto che si intende pubblicizzare, ad esempio mediante l'illustrazione delle stesse affidata alla voce fuori campo: effetto, quest'ultimo, che, invece, non è possibile realizzare nella mera ripresa visiva del prodotto.

Un'ulteriore modalità di piazzamento è stata, altresì, individuata nel piazzamento integrato del prodotto, anche noto con il termine inglese di *plot placement*: tecnica, questa, caratterizzata dal fatto che il prodotto non viene semplicemente inserito nel contesto dell'opera, ma ne diviene un vero e proprio “protagonista”, essendo ad esso dedicata una o più parti dell'opera

l'altro avanti l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (dec. PI87, del

stessa⁴⁰⁹. Si pensi, ad esempio, al celebre *film* “Un maggiolino tutto matto”, realizzato dalla Walt Disney, nel quale protagonista era, appunto, l’omonimo modello della vettura Volkswagen.

Proprio una simile tipologia di piazzamento di prodotto ha indotto taluno ad individuare un’ulteriore e differente classificazione delle forme di *product placement*: basata, cioè, anziché, come la precedente, sulle modalità del piazzamento, sul “ruolo” assunto dal prodotto nel contesto dell’opera in cui viene inserito. Di qui, la distinzione tra piazzamenti attivi o passivi, a seconda che il prodotto sia soltanto ripreso, ovvero, assuma un ruolo di primo piano nella trama complessiva dell’opera⁴¹⁰.

E’ possibile, peraltro, che all’interno di una medesima opera vengano utilizzate contemporaneamente una o più delle descritte tecniche di *placement*⁴¹¹, le quali tecniche, d’altra parte, sebbene differenti, risultano accomunate da un’imprescindibile coerenza del piazzamento di prodotto con il contesto narrativo nel quale è inserito, tale essendo il *proprium* del ricorso ad una simile tecnica pubblicitaria.

3. Natura del piazzamento di prodotto.

Una volta illustrate origine storica e principali tipologie del *product placement*, occorre investigare la natura di tale fenomeno, al fine di poter giungere ad un corretto inquadramento giuridico dello stesso.

12.7.1993, in *AIDA*, 1993, 201 ss.).

⁴⁰⁹ E’ il caso, ad esempio, dell’opera cinematografica nella quale una o più scene siano interamente incentrate su un prodotto o marchio.

⁴¹⁰ Sul punto, si veda, Carballo-Calero, *op. cit.*, 157.

⁴¹¹ Si pensi, ad esempio, al *film* “American gigolò” (1980), ove i capi firmati Armani indossati dal protagonista, Harrison Ford, oltre ad essere ripresi visivamente nelle scene del *film*, avevano un ruolo fondamentale per il successo del protagonista, e, dunque, ai fini della trama dell’opera.

In una simile prospettiva, già le varie definizioni proposte dai giuristi svelano una natura prettamente pubblicitaria del piazzamento di prodotto, laddove fanno riferimento, in maniera più o meno esplicita, ad un accordo di tipo commerciale intercorso tra produttore di determinati beni e/o servizi ed autore dell'opera dell'ingegno, per la realizzazione della collocazione dei prodotti del primo nell'opera del secondo.

Laddove si opti per la qualificazione del *product placement* come forma di pubblicità, potrà essere qualificata tale soltanto quella fattispecie che sottenda una natura pubblicitaria: qualora, invece, tale elemento difetti, dovrà escludersi la riconducibilità della stessa nella categoria del piazzamento di prodotto.

3.1. Il rapporto con altre forme di comunicazione pubblicitaria.

Il *product placement*, in quanto forma di pubblicità, presenta forti analogie con altre comunicazioni pubblicitarie, epperò senza con ciò poter essere ricondotto a queste ultime, attesa l'autonomia ed indipendenza che caratterizza tale fattispecie rispetto alle altre comunicazioni pubblicitarie.

In particolare, al di là dell'accennato collegamento che esso risulta avere con la fattispecie della pubblicità redazionale⁴¹², i maggiori problemi incontrati dai giuristi hanno interessato il rapporto tra il *product placement* ed altre forme di pubblicità ritenute non lecite: fra esse, la pubblicità indiretta, la pubblicità subliminale e quella occulta.

3.1.1. Dalla pubblicità indiretta...

⁴¹² Si rinvia, in proposito, a quanto detto, *supra*, all'interno del capitolo II, *sub* § 4.3.3..

Prendendo le mosse dalla prima delle summenzionate fattispecie, autorevoli giuristi hanno rinvenuto nel piazzamento di prodotto una classica ipotesi di pubblicità indiretta, intesa quale forma di comunicazione pubblicitaria che, come si è visto, mira a pubblicizzare un determinato bene in maniera indiretta, ovvero inserendosi all'interno di un'altra comunicazione pubblicitaria tesa a promuovere altri beni⁴¹³.

E' stato, al riguardo, rilevato che, così come la pubblicità indiretta si configura come un'ipotesi di pubblicità non palese, in quanto non rende riconoscibile al pubblico la propria natura pubblicitaria, allo stesso modo il *product placement* si configurerebbe quale fattispecie di pubblicità indiretta inserita nell'ambito di un contesto narrativo audiovisivo⁴¹⁴.

Cionondimeno, si ritiene di dover dissentire da un simile orientamento, per le medesime accennate ragioni (del tutto condivisibili), che, come visto, hanno indotto taluna dottrina a tenere distinta la pubblicità indiretta dalla più problematica fattispecie della pubblicità non trasparente⁴¹⁵.

3.1.2. ... alla pubblicità subliminale...

Altra fattispecie di pubblicità ritenuta illecita, con la quale, ad avviso di taluna dottrina, il *product placement* presenterebbe diverse affinità, è stata individuata nella pubblicità subliminale.

L'assimilazione del piazzamento di prodotto alla predetta forma di comunicazione pubblicitaria è stata, dai sostenitori di simile teoria, fondata,

⁴¹³ Alla medesima equiparazione è giunta, altresì, la giurisprudenza: si pensi, ad esempio, al citato caso del *serial* televisivo “Un Commissario a Roma”, in relazione al quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva così statuito: “*la pubblicità indiretta o product placement all'interno di forme di comunicazione di massa costituisce una fattispecie di messaggio pubblicitario*” (dec. PI87, del 12.7.1993, *cit.*).

⁴¹⁴ In questi termini, Unnia, *op. cit.*, 197.

⁴¹⁵ In termini sostanzialmente analoghi, Carballo-Calero, *op. cit.*, 165-166.

essenzialmente, sulla loro riconducibilità alla più ampia categoria della pubblicità non trasparente. Una simile equiparazione, sotto altro profilo, ha trovato terreno fertile, come si è già avuto modo di rilevare, nel generale clima di sfiducia, diffuso nel nostro Paese, nei confronti del *product placement*.

Cionondimeno, si reputa di non poter convenire nemmeno con simile orientamento, presentando, il piazzamento di prodotto, una differenza tutt'altro che irrilevante rispetto alla pubblicità subliminale. Se, infatti, sotto un certo profilo, risulta, in termini generali, condivisibile la premessa da cui muove la suddetta equiparazione, ben potendo, entrambe le menzionate fattispecie, essere qualificate come ipotesi di pubblicità occulta, da un diverso punto di vista, però, completamente diverse sono le modalità attraverso cui le stesse mirano a realizzare l'intento pubblicitario. In particolare, mentre nella pubblicità subliminale il messaggio promozionale viene veicolato in maniera tale da essere percepito dal pubblico soltanto a livello inconscio, nel piazzamento di prodotto non è dato rinvenire una analoga peculiarità, dal momento che, in relazione a tale seconda fattispecie, i messaggi pubblicitari vengono percepiti dal pubblico in maniera cosciente, sebbene non venga intesa la loro natura pubblicitaria, essendo, la presenza, all'interno dell'opera, di determinati prodotti, avvertita dal pubblico come frutto di una libera scelta da parte dell'autore dell'opera⁴¹⁶.

In altri termini, mentre nella pubblicità subliminale la recettività risiede nelle modalità di realizzazione del messaggio, ovvero nella tecnica utilizzata, nel piazzamento di prodotto l'ingannevolezza è nella “*omessa*

⁴¹⁶ Condividono una simile opinione: Carballo-Calero, *op. cit.*, 172; Gaviano, *Product placement tra novità presunte e reali*, in *Foro amm.: TAR*, 2005, 283 ss.; Savini, *op. cit.*, 35.

informazione sul contenuto di parte della sceneggiatura di un'opera cinematografica televisiva"⁴¹⁷, ovvero sulla natura della realtà narrata e rappresentata.

Come ha avuto modo di osservare il Mansani: "*nella réclame subliminale l'immagine pubblicitaria è obbiettivamente irriconoscibile, in quanto essa non può essere percepita per la sua eccezionale brevità; nel caso del product placement la non riconoscibilità del messaggio pubblicitario non dipende dall'adozione di una particolare tecnica di montaggio cinematografica, ma dalla prospettazione del prodotto all'interno di una certa realtà rappresentata, come se questo dipendesse esclusivamente dalle scelte culturali decise dagli autori del film*"⁴¹⁸.

Differenza, quella da ultimo prospettata, che, proprio in quanto costituisce l'elemento che caratterizza la pubblicità subliminale, non può non indurre a tenere distinta tale fattispecie dal *product placement*.

3.1.3. ... alla pubblicità occulta.

Ad una terza fattispecie di pubblicità, cui, peraltro, si è già fatto riferimento, è stato tradizionalmente ricondotto il fenomeno del piazzamento di prodotto: la cosiddetta pubblicità occulta.

Una tale assimilazione, sebbene non espressamente stabilita da alcun testo normativo, è stata ripetutamente affermata tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza italiana, le quali, ispirate dall'accennato atteggiamento ostile nei confronti del *product placement*, hanno costantemente ricondotto tale tecnica pubblicitaria alla fattispecie, legislativamente vietata, della pubblicità non trasparente.

⁴¹⁷ Così, Unnia, *op. cit.*, 207.

⁴¹⁸ Mansani, *op. cit.*, 912.

In particolare, sin dai primissimi studi sul fenomeno, il piazzamento di prodotto è stato definito come “*una forma di pubblicità «nascosta», difficilmente individuabile da uno spettatore anche non particolarmente sprovveduto*”⁴¹⁹, e, anzi, ritenuto come una delle più “*subdole forme di camuffamento*”⁴²⁰.

D'altra parte, le ragioni di un simile, consolidato, orientamento, possono facilmente individuarsi. Ed infatti, sebbene, come detto, non fosse dato rinvenire un esplicito divieto legislativo nei confronti di tale fenomeno, né alcuna espressa qualificazione quale forma di pubblicità occulta, le modalità di realizzazione del piazzamento di prodotto “si prestavano”, per così dire, all'applicazione della normativa in materia di pubblicità non palese.

Il riferimento corre, in primo luogo, alla direttiva n. 89/552/CEE, nella quale viene definita come “*comunicazione commerciale audiovisiva occulta*” “*la presentazione orale o visiva di beni, di servizi, del nome, del marchio o della 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*”⁴²¹. Trattasi, infatti, di definizione all'interno della quale, come è stato opportunamente rilevato⁴²², può essere facilmente ricondotto il fenomeno del *product placement*.

Analoghe considerazioni possono valere, poi, per le discipline interne, statuali e non, in materia di pubblicità occulta, tutte, a ben vedere,

⁴¹⁹ Così, Mansani, *op. cit.*, 908.

⁴²⁰ L'espressione è di Unnia, *op. cit.*, 197.

⁴²¹ Art. 1, comma 1, lett. j).

applicabili a tale fattispecie, sebbene non contenenti alcuna specifica disposizione tesa a sanzionare il piazzamento di prodotto.

Cionondimeno, è evidente il duplice effetto negativo che una simile equiparazione può determinare: da un lato, il radicarsi del convincimento secondo cui in ogni ipotesi di piazzamento di prodotto l'intento promozionale sarebbe occultato e, dunque, mai, percepibile da parte del pubblico, dall'altro e, conseguentemente, la qualificazione del piazzamento di prodotto, da un punto di vista strettamente giuridico, come fattispecie di pubblicità illecita.

Una tale assimilazione ha, in altri termini, indotto la dottrina a rinvenire, nell'occultamento dell'intento promozionale, più che un elemento accidentale del piazzamento di prodotto, la presenza del quale determinerebbe un giudizio di illiceità sull'utilizzo di simile tecnica pubblicitaria, un elemento costitutivo dello stesso, con la conseguenza che il *product placement* è stato sempre ritenuto, per così dire "per natura", illecito. In tal modo, si è escluso che esso potesse costituire una tecnica pubblicitaria lecita, quale, invece, è – e quale è nata –, con la conseguenza che si è arrivati a confondere due piani che, invece, avrebbero dovuto essere tenuti distinti: ovvero, la natura del piazzamento di prodotto, da un lato, ed il suo inquadramento giuridico, dall'altro⁴²³.

Non sono, peraltro, mancate critiche alla qualificazione del piazzamento di prodotto come forma di pubblicità occulta.

⁴²² Così, Carballo-Calero, *op. cit.*, 182.

⁴²³ Fra le tante opinioni in tal senso, si veda, ad esempio, Mansani, *op. cit.*, 919, il quale individua una caratteristica del *product placement* nella "non riconoscibilità del messaggio pubblicitario". Diversamente si è espresso, invece, Carballo-Calero, *op. cit.*, 181, il quale ha sottolineato che "l'occultamento della natura pubblicitaria dev'essere considerato come un requisito di illiceità del *product placement* e non come un elemento concettuale. Altrimenti", osserva l'Autore, "arriveremmo all'assurdo di non poter mai parlare di un *product placement* lecito".

E' stato, ad esempio, sottolineato come minori siano gli effetti persuasivi del *product placement* rispetto alla pubblicità non trasparente⁴²⁴. In particolare, si è osservato che, mentre nell'ipotesi, per così dire, classica di pubblicità occulta, ovvero la pubblicità redazionale, il pubblico è indotto, erroneamente, ad attribuire maggior credibilità ad una “presunta” informazione – ma che, in realtà, sottace un messaggio promozionale – perché resa da un soggetto che sembrerebbe avere una posizione neutrale, nel piazzamento di prodotto non sarebbe dato rinvenire una induzione in errore di analoga efficacia, non essendo presente alcun soggetto neutrale per il tramite del quale influenzare maggiormente il comportamento d'acquisto del pubblico.

Del resto, non può negarsi che l'attuale sempre maggior ricorso alla tecnica del *product placement* possa determinare addirittura un effetto opposto a quello, tanto aborrito, dell'occultamento della pubblicità.

Ci si riferisce, in primo luogo, al fatto che, essendo il piazzamento di prodotto ormai costantemente utilizzato nelle opere cinematografiche, oltre che, come visto, in numerosi altri settori, il pubblico si sarebbe ormai, per così dire, “abituato” a tale tecnica e, quindi, sarebbe in grado di percepire la natura pubblicitaria (ove, peraltro, sussistente) di tale fenomeno.

Sotto un ulteriore profilo, poi, la circostanza stessa che in una medesima opera, ad esempio un *film*, siano presenti piazzamenti di più prodotti e/o marchi, potrebbe ridurre l'intento promozionale che si intendeva raggiungere mediante il *product placement*, trovandosi, il pubblico, di fronte ad una pluralità di prodotti e/o marchi, e, dunque, non essendo, la sua attenzione incentrata su uno soltanto di essi.

⁴²⁴ Circa l'eccessiva forza persuasiva attribuita al piazzamento di prodotto, si veda, Fusi, *Il product placement fra divieto di pubblicità non trasparente e nuova disciplina del cinesponsoring*, cit., 26.

Alla luce di tutto quanto finora detto, si ritiene preferibile qualificare il piazzamento di prodotto, con riferimento alla natura dello stesso, quale tecnica pubblicitaria lecita. Una simile qualificazione, del resto, risulta rispondente, in primo luogo, all'origine storica di tale fenomeno, frutto, appunto, di un accordo commerciale tra autori di opere dell'ingegno, da un lato, e produttori di determinati prodotti e/o marchi, dall'altro, al fine di piazzare, dietro corrispettivo, i prodotti e/o marchi dei secondi nell'opera realizzata dai primi. In secondo luogo, poi, a non diversa conclusione si perverrebbe ove si ponesse mente alle molteplici definizioni date di tale fenomeno, nelle quali non si rinviene alcun riferimento all'occultamento dell'intento promozionale. Il *product placement*, dunque, quale tecnica pubblicitaria lecita, la quale, cionondimeno, laddove realizzata in forma occulta, potrebbe essere ritenuta suscettibile di censure per violazione delle norme in materia di trasparenza pubblicitaria: profilo, quest'ultimo, che, peraltro, come si è già accennato, attiene alla diversa problematica dell'inquadramento giuridico del fenomeno, che si andrà ad esaminare nei successivi paragrafi.

3.2. Il rapporto con la libertà di manifestazione del pensiero.

Al di là della innegabile qualificazione del *product placement* quale tecnica di comunicazione pubblicitaria, attese, come visto, le ragioni che, storicamente, hanno portato alla affermazione ed allo sviluppo di tale fenomeno, non può omettersi di considerare quello che rimane il problema centrale in materia di piazzamento di prodotto: ovvero, l'individuazione concreta della natura dello stesso laddove si faccia ricorso – o, quantomeno, sembrerebbe farsi ricorso – ad esso, potendo il piazzamento di prodotto, in taluni casi, non essere utilizzato quale tecnica di comunicazione commerciale.

Ed infatti, ben possono verificarsi, nella realtà concreta, ipotesi in cui il piazzamento di prodotto risulti, in realtà, soltanto “apparente”, celando, simili ipotesi, forme di manifestazione del pensiero. E’ il caso, ad esempio, di tutte quelle situazioni in cui la citazione di determinati marchi e/o prodotti all’interno di un’opera dell’ingegno sia il frutto, non già di un accordo tra autore dell’opera e impresa produttrice di determinati prodotti, bensì di una autonoma e libera scelta del primo.

Conseguentemente, anche a voler convenire con l’atteggiamento, per così dire, di “sospetto”, assunto, nel nostro ordinamento, nei confronti della tecnica del piazzamento di prodotto⁴²⁵, in ragione della lamentata maggiore efficacia persuasiva che ad esso viene attribuita rispetto alle altre forme di pubblicità, anche non palesi, non può trascurarsi come, nelle summenzionate ipotesi, riemerge il già accennato⁴²⁶ problema del coordinamento tra comunicazione pubblicitaria e libertà di espressione.

Sotto altra prospettiva, poi, laddove ricorrano simili ipotesi, una qualsivoglia, seppur minima, censura di tali citazioni, sebbene indotta dall’esigenza di tutelare i destinatari nei confronti di presunte pubblicità occulte, determinerebbe, quale effetto diretto ed immediato, quello di “degradare” la libertà di espressione a mera forma di pubblicità, comportando, conseguentemente (e soprattutto), serie ed ingiustificate limitazioni all’esercizio di tale libertà, in manifesta violazione della tutela costituzionale apprestata dall’art. 21 Cost..

Simile fattispecie, pertanto, potrà, semmai, dar luogo a forme di responsabilità, ad esempio per violazione della disciplina in materia di concorrenza sleale, e conseguenti obblighi risarcitori. Tanto potrebbe verificarsi, ad esempio, nell’ambito di un’opera cinematografica all’interno

⁴²⁵ Si veda, in proposito, quanto verrà detto, *infra*, nel § 4.1..

⁴²⁶ Si rinvia, sul punto, a quanto già rilevato all’interno del capitolo II, *sub* capitolo 4.3.3..

della quale si faccia riferimento a specifici prodotti e/o marchi. In tale ipotesi, infatti, qualora simili citazioni fossero riconducibili alla scelta personale ed autonoma dell'autore dell'opera, un qualsiasi intervento censorio si rivelerebbe quale indebita e gravissima restrizione all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, in quanto, come si è avuto modo di precisare, “*ogni recensione, segnalazione e critica; qualunque casuale inquadratura di prodotti e marchi; qualsiasi scelta dello sceneggiatore, del regista o del conduttore di utilizzare certi beni sulla scena potrebbe essere guardata con sospetto, dando luogo a una caccia alle streghe che finirebbe col minacciare le libertà di stampa, di informazione, di critica, di espressione artistica, di manifestazione del pensiero, calpestando diritti costituzionalmente garantiti*”⁴²⁷. Più che una minaccia, anzi, si verrebbe a determinare una vera propria limitazione della libertà di manifestazione del pensiero, laddove, ad esempio, si pervenisse ad una pronuncia di condanna da parte del Giurì di Autodisciplina ovvero dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, per violazione delle norme in materia di pubblicità trasparente.

Si ritiene, infatti, conformemente all'opinione espressa da taluna parte della dottrina⁴²⁸, che in alcun modo può essere confusa la libertà di manifestazione del pensiero con la comunicazione pubblicitaria, neppure nelle ipotesi in cui essa risulti “prostituita”⁴²⁹ ad una finalità promozionale, dovendo essere, la libertà di espressione, tenuta distinta, anche in simili ipotesi, dalla pubblicità.

⁴²⁷ In proposito, si veda Mansani, *La repressione della pubblicità nascosta*, in *Contr. e Impr.*, 1995, 188 ss..

⁴²⁸ Si veda, in proposito, Ruffolo, *Pubblicità redazionale, manifestazione del pensiero e limiti (anche costituzionali) al rimedio inibitorio/censorio*, cit., 170.

⁴²⁹ L'espressione è di Ruffolo, *Pubblicità redazionale, manifestazione del pensiero e limiti (anche costituzionali) al rimedio inibitorio/censorio*, cit., 168.

Conseguentemente, mentre dovrà essere qualificato come pubblicità (e non già quale forma di comunicazione ricompresa nell'ambito di tutela previsto dall'art. 21 Cost.) quel messaggio promozionale non palese, nel quale, cioè, la natura ed il fine pubblicitario non siano immediatamente *“riconoscibili come tali”* da parte dei destinatari, non potranno, mai, essere adottati provvedimenti inibitori nei confronti di forme di manifestazione del pensiero, ancorché asservite ad un fine promozionale, essendo, simili provvedimenti, espressamente preclusi dal dettato dell'art. 21 Cost..

Giova, infatti, ricordare che l'art. 21 Cost., se, da un lato, vieta espressamente l'assoggettamento della stampa ad *“autorizzazioni o censure”* (comma 2), dall'altro, nel prevedere la possibilità di ricorrere al sequestro dello stampato in talune, eccezionali, ipotesi, subordina una simile facoltà ad una duplice riserva, di legge e giudiziaria, condizionando, dunque, la legittimità di tali provvedimenti alla ricorrenza di due presupposti, atteso che può procedersi a sequestro soltanto *“per atto motivato dell'autorità giudiziaria”* e *“nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili”* (comma 3).

Conseguentemente, così come la analizzata fattispecie della pubblicità redazionale, laddove identifichi una comunicazione informativa, sebbene asservita ad un intento promozionale, non può, in alcun modo, essere inibita, potendo, tutt'al più, essere fonte di obblighi risarcitori, allo stesso modo forme, in apparenza, di piazzamento di prodotto che celino, in realtà, ipotesi di manifestazione del pensiero, sebbene, anch'esse, *“prostituite”*, potranno essere ritenute scorrette e, dunque, fonti di responsabilità, ma, mai, sottoposte a censura.

Purtuttavia, come è stato opportunamente rilevato, le predette considerazioni non dovrebbero indurre a preventivamente ritenere insuscettibile di censure qualsiasi forma di manifestazione del pensiero, dal momento che la libertà di espressione, sebbene non inibibile, risulta, cionondimeno, fonte di responsabilità risarcitorie, ove illecita. Si pensi, ad esempio, a tutti quei rimedi *strictu sensu* risarcitori o agli strumenti di riparazione in forma specifica, quali le comunicazioni informative, ovvero il ricorso all'*astreinte*⁴³⁰, definita come una sorta di penale applicabile in caso di spontanea inottemperanza al concesso provvedimento di inibitoria. Ed anzi, proprio con riferimento alla presenza di citazioni all'interno di opere cinematografiche, taluna dottrina ha rinvenuto nell'inserimento di un avviso circa la presenza di citazioni promozionali, ad esempio, nei titoli di testa di un *film*, un possibile strumento correttivo cui sottoporre la illecita libertà di espressione⁴³¹.

4. L'inquadramento giuridico del piazzamento di prodotto.

Come si è già avuto modo di anticipare, nel nostro ordinamento si è dovuto attendere l'inizio degli anni '90 prima di giungere ad una disciplina organica in materia di pubblicità⁴³². Il che ha necessariamente inciso anche sulla disciplina dell'ulteriore peculiare fenomeno del piazzamento di prodotto, la cui prima regolamentazione, peraltro non generale⁴³³, si è avuta soltanto nel 2004⁴³⁴. Ritardo avvertito ancor di più, se confrontato con il

⁴³⁰ Pietrobon, *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998, 154 ss..

⁴³¹ Così, Mansani, *Product placement: la pubblicità nascosta negli spettacoli cinematografici e televisivi*, cit., 935.

⁴³² Si rinvia, sul punto, a quanto già rilevato, *supra*, all'interno del capitolo II, *sub* § 2.3..

⁴³³ Si veda, sul punto, quanto si dirà, *infra*, *sub* §§ 4.3. ss..

⁴³⁴ Soltanto con il Decreto del Ministero per i beni e le attività culturali 30 luglio 2004, sono state, infatti, dettate le "modalità tecniche di attuazione del collocamento pianificato di marchi e prodotti nelle scene di un'opera cinematografica «product placement»". Per

panorama normativo internazionale, caratterizzato, invece, sin dai primi decenni del secolo scorso, dall'affermarsi di normative tese a disciplinare sia la comunicazione pubblicitaria in genere, sia peculiari aspetti della stessa⁴³⁵.

Con riferimento specifico al fenomeno del *product placement*, nonostante l'accennato vuoto di tutela (protrattosi, come visto, fino a tempi recenti), numerosi sono stati i contributi della dottrina e degli organi preposti al controllo sulla liceità delle comunicazioni pubblicitarie, le quali si sono orientate tanto verso l'individuazione di un possibile inquadramento giuridico dello stesso, quanto, e, conseguentemente, sotto il profilo della valutazione circa la liceità o illiceità del ricorso a tale tecnica pubblicitaria.

Nei successivi paragrafi, si ripercorreranno, pertanto, gli orientamenti affermatasi in materia di *product placement*, quindi, si analizzerà la disciplina legislativa intervenuta in materia, cercando, altresì, di individuare i primi effetti, nel panorama cinematografico, della "legalizzazione" (se tale, può essere ritenuta) della tecnica del piazzamento di prodotto.

una compiuta trattazione dello stesso, si rinvia, *infra*, a quanto si dirà nel successivo § 4.3.

⁴³⁵ Si rinvia, in proposito, a quanto rilevato, *supra*, all'interno del capitolo II, § 2.3., *sub* nota 29. Si rinvia, in ogni caso, ad Unnia, *op. cit.*, 315, il quale osserva come in Gran Bretagna viga un divieto generale in ordine alla possibilità di ricorrere alla tecnica del *product placement*. Sottolinea, infatti, l'Autore, come, in linea con il generale divieto in materia di sponsorizzazione, è prevista una analoga previsione in ordine al piazzamento di prodotto, stabilendo che tale tecnica "*is not allowed*" (art. 15.1.). Viene, cionondimeno, prescritto che, nel caso in cui il ricorso ad un simile strumento sia giustificato dal contesto narrativo (ipotesi, peraltro, non ricondotta nella categoria del *product placement*), i produttori devono acquistare il prodotto servizio ad un prezzo inferiore a quello pieno, ovvero a titolo gratuito (art. 15.2.). Analogo divieto si rinviene nell'ordinamento francese, ove il piazzamento di prodotto nell'ambito di riprese cinematografiche viene individuato come una fattispecie di pubblicità non riconoscibile come tale ed ancor più rigorosi divieti sono imposti nel settore televisivo. Osserva, infine, l'Autore, come, nel panorama americano, già il Communication Act del 1934 contenesse una specifica norma volta a disciplinare tale fenomeno, rilevando come l'art. 317 prevedesse il divieto "*alle emittenti TV e ai produttori di ricevere somme di denaro in compenso per la trasmissione di messaggi pubblicitari*", fatta salva l'ipotesi in cui tali messaggi fossero "*adeguatamente resi chiari al pubblico come messaggi pubblicitari*".

4.1. Le posizioni tradizionali precedenti all'introduzione della disciplina normativa: l'orientamento maggioritario sulla censurabilità del piazzamento di prodotto.

Come si è avuto modo di sottolineare, il fenomeno del *product placement* non ha avuto uno sviluppo facile nel nostro ordinamento, atteso l'atteggiamento di chiusura che ha caratterizzato tanto la dottrina quanto, e soprattutto, le pronunce rese dalle Autorità, autodisciplinari e non, nel senso, cioè, di rinvenire, in tale tecnica pubblicitaria, una fattispecie di pubblicità occulta, in quanto tale illecita, e, dunque, suscettibile di censura alla luce delle norme poste a tutela della trasparenza pubblicitaria.

Tanto, sulla base del convincimento secondo cui il piazzamento di marchi e prodotti all'interno di un'opera dell'ingegno, ad esempio, un *film*, sarebbe tale da determinare una forte efficacia persuasiva nei destinatari, sia in considerazione della presenza di volti noti al pubblico, sia alla luce della percezione che il pubblico medesimo avrebbe del piazzamento del prodotto, ovvero quale scelta autonoma dell'autore dell'opera, anziché come comunicazione promozionale.

In particolare, un primo elemento su cui soffermarsi è costituito dal fatto che, mentre negli anni passati si registravano pochissime pronunce in materia di *product placement*, recentemente si è assistito ad un repentino aumento dei casi di piazzamento di prodotto sottoposti al vaglio delle Autorità. Tanto, molto probabilmente, è ricollegabile al sempre maggior ricorso al piazzamento di prodotto che si è affermato negli ultimi anni, peraltro nei più disparati settori e non più soltanto nell'ambito delle opere cinematografiche.

Cionondimeno, una simile espansione non ha, per così dire, mutato quello che rimane l'orientamento prevalente, attestato nel ritenere il piazzamento di prodotto una forma di pubblicità occulta e, conseguentemente, nel censurare l'utilizzo che di tale fenomeno si fa, peraltro in maniera sempre più frequente, nelle più diverse opere dell'ingegno.

4.1.1. Il *serial* televisivo “Un commissario a Roma”.

Nel ripercorrere le principali pronunce rese tanto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, quanto dal Giurì di Autodisciplina, l'esame non può non partire da quello che è stato definito il *leading case* in materia: ovvero, il provvedimento (anzi, i provvedimenti) relativi al *serial* televisivo “Un Commissario a Roma”, in relazione al quale vennero, infatti, aditi, tanto il Giurì di Autodisciplina quanto l'Autorità Antitrust, i quali organi giunsero, entrambi, a pronunce di censura⁴³⁶. In quell'occasione, oggetto dei motivi di ricorso avanti le predette Autorità era la presenza, in numerose scene di talune puntate del *serial*, di riferimenti ad una testata di giornale, sia mediante l'esibizione del quotidiano da parte del protagonista, Nino Manfredi, utilizzato, dunque, quale *testimonial*, sia mediante la ripresa dell'insegna luminosa della testata stessa.

Come detto, entrambi gli organi disposero l'inibizione dell'ulteriore programmazione delle puntate della serie televisiva, sebbene sulla base di motivazioni non del tutto coincidenti.

Prendendo le mosse dalla pronuncia resa in sede autodisciplinare, vennero ritenute forme di pubblicità occulta soltanto le ripetute inquadrature

⁴³⁶ Giurì dell'Autodisciplina Pubblicitaria, dec. n. 62/93, *cit.*; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, PI87 del 12.7.1993, n. 1291, *cit.*.

dell'insegna luminosa, mentre le altre citazioni vennero ritenute "*plausibili*" con il contesto narrativo.

In particolare, il Giurì, dopo aver individuato le modalità e la durata delle citazioni censurate presenti nelle puntate del *serial* sottoposte al suo esame, e procedendo nella valutazione di simili citazioni quali ipotesi di pubblicità clandestina, precisava come, ai fini dell'applicazione dell'art. 7 Codice di Autodisciplina, fosse sufficiente che la scelta del prodotto da piazzare avesse "*un effetto obiettivamente promozionale che il produttore e l'impresa abbiano concordemente percepito come tale e che abbiano accettato con consapevolezza*", indipendentemente dalla natura onerosa dell'accordo alla base del *product placement*. Profilo, questo, il cui relativo onere probatorio, rilevava il Giurì, non può non incombere sul terzo che lamenti la violazione della citata norma autodisciplinare, mentre il produttore dell'opera sarà tenuto a provare "*la necessaria funzionalità rispetto al contenuto narrativo dell'opera*".

Sulla base di una simile premessa, si riteneva, in quella sede, che "*alcuna plausibile giustificazione artistico-narrativa*" fosse stata addotta a dimostrazione della ripetuta inquadratura, all'interno del *serial*, dell'insegna luminosa della testata del giornale; al contrario, una simile prova venne ritenuta soddisfatta in relazione alle continue apparizioni del quotidiano, ad avviso del Giurì "*un mezzo insindacabile del linguaggio artistico usato dagli autori dell'opera televisiva*", e, dunque, non in contrasto con la previsione autodisciplinare in materia di pubblicità occulta.

Quanto alla prova di un accordo intercorso tra l'autore dell'opera e l'impresa, osservava, altresì, il Giurì che, sebbene non fosse stato fornito alcun elemento probatorio circa l'avvenuto pagamento di un corrispettivo delle "citazioni" presenti nello sceneggiato, "*vi sono elementi univoci per ritenere che l'effetto promozionale così ottenuto sia stato un beneficio del*

quale le parti hanno tenuto conto quando hanno dato vita all'accordo di coproduzione televisiva".

In parte diverse furono, invece, come anticipato, le motivazioni alla base della pronuncia resa dall'organo amministrativo, il quale, infatti, ritenne di censurare tutti i riferimenti alla testata inseriti all'interno dello sceneggiato televisivo. In particolare, ad avviso dell'Autorità Antitrust, tanto la ripresa dell'insegna luminosa, quanto *"le reiterate e prolungate inquadrature del quotidiano stesso"*, costituivano una fattispecie di pubblicità non trasparente, espressamente vietata dall'art. 4 D.Lgs. n. 74/92, in quanto, rilevava l'Autorità, *"nel contesto in esame emerge un effettivo scopo promozionale e le asserite esigenze artistico-narrative risultano prive di reale consistenza alla luce di elementi valutativi gravi, precisi e concordanti"*.

Dall'esame di tali pronunce emerge, dunque, come, in materia di piazzamento di prodotto, gli organi, autodisciplinare ed amministrativo, si siano avvalsi dei medesimi criteri utilizzati in materia di pubblicità redazionale, al fine di valutare la natura pubblicitaria, prima, l'eventuale occultamento della natura stessa, poi, di una determinata comunicazione⁴³⁷.

In particolare, sia il Giurì sia l'Autorità Antitrust hanno ritenuto come, ai fini della determinazione della natura, promozionale o meno, del piazzamento di prodotto, possa prescindersi dalla prova dell'esistenza di un effettivo accordo tra le parti, in quanto *"in assenza di uno specifico accordo con contenuto pubblicitario tra i soggetti interessati, esiste tra essi un rapporto di natura economica riconducibile alla coproduzione dello sceneggiato in questione"*⁴³⁸. Rapporto che ben può essere ritenuto

⁴³⁷ Si rinvia, sul punto, a quanto rilevato, nel capitolo II, *sub* § 4.3.1..

⁴³⁸ Dec. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, n. 1291/1993, *cit.*..

sussistente sulla base, appunto, di “*elementi valutativi gravi, precisi e concordanti*”.

Analogamente, un ulteriore aspetto, per così dire, “ereditato” dalle pronunce in materia di pubblicità redazionale può rinvenirsi nell’atteggiamento di chiusura circa il fenomeno del piazzamento di prodotto, peraltro sotto un duplice profilo.

Come si avrà modo di evidenziare nei successivi, paragrafi, infatti, nelle diverse fattispecie di *product placement* sottoposte al vaglio degli organi autodisciplinari ed amministrativi, da un lato, si è pervenuti, tendenzialmente, a pronunce di inibizione sulla base di una accertata “non riconoscibilità” dell’intento promozionale sotteso all’utilizzo di simile tecnica, dall’altro, difficilmente si è giunti a riconoscere che la presenza del piazzamento di prodotto all’interno di un’opera dell’ingegno, ad esempio un *film*, potesse essere una scelta autonoma dell’autore dell’opera stessa e, in quanto tale, ricompresa nell’ambito di tutela di cui all’art. 21 Cost..

4.1.2. Le successive pronunce rese dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Negli anni successivi, numerosi sono stati, come detto, i casi di *product placement* sottoposti al vaglio dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale sembra non essersi discostata dall’orientamento teso a censurare le forme di piazzamento di prodotto realizzate all’interno di opere dell’ingegno.

Ad una simile conclusione l’Autorità è giunta avendo cura di ribadire, da un lato, come la prova della finalità promozionale ben possa consistere nella presenza di elementi gravi, precisi e concordanti, non essendo necessaria la dimostrazione dell’esistenza di un rapporto di committenza storicamente

accertato, dall'altro, la necessaria presenza di rigorosi elementi atti a rendere riconoscibile dal pubblico un messaggio promozionale.

Così, quanto al primo profilo, in un procedimento nel quale veniva denunciata la natura pubblicitaria delle riprese di un noto marchio di sigarette, posto sul casco di un pilota automobilistico ospite del programma televisivo "Carramba che sorpresa", l'organo amministrativo inibiva la futura diffusione di quelle inquadrature, ritenute tali da integrare una fattispecie di pubblicità ingannevole, in quanto le modalità complessive delle stesse "sembrano denotare l'assenza di giustificazioni tecniche, nonché un'artificiosità priva di nessi funzionali con il programma in questione e l'intervista in esso inserita": elementi, tutti, ad avviso dell'Autorità, che svelano "l'esistenza di una "finalità" promozionale a favore del marchio" inquadrato, in quanto elementi presuntivi gravi, precisi e concordanti circa l'esistenza di uno scopo promozionale⁴³⁹.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, come detto, non si è, peraltro, arrestata a ritenere sufficientemente provato l'intento promozionale delle forme di piazzamento di prodotto sottoposte al suo esame, bensì si è soffermata sull'ulteriore presupposto della non riconoscibilità del fine pubblicitario.

E' quanto avvenuto, ad esempio, in relazione alle inquadrature, durante una trasmissione televisiva, sia del logo di una nota compagnia di telefonia mobile, sia degli elementi utilizzati dalla stessa per realizzare propri messaggi promozionali⁴⁴⁰. In quell'occasione, infatti, l'organo

⁴³⁹ Dec. PI1197, del 27.3.1997, n. 4845, in *Boll. AGCM*, n. 13/97. Negli stessi termini, si vedano, altresì, le seguenti ulteriori pronunce rese dall'Autorità Antitrust: dec. PI1855, del 25.6.1998, n. 6145, in *Boll. AGCM*, n. 26/98, relativa alla trasmissione televisiva "Quelli che il Calcio", nel corso della quale veniva "posizionato" il marchio Versace; dec. PI1989, del 12.11.1998, n. 6560, in *Boll. AGCM*, n. 46/98, relativa alla soap opera "Beautiful".

⁴⁴⁰ Così, dec. PI2657, del 3.2.2000, n. 8001, in *Boll. AGCM*, n. 5/00.

amministrativo precisava come i messaggi *“non vengono presentati come momento di discontinuità rispetto alla trasmissione, ma al contrario appaiono parte integrante dello sviluppo della puntata, all’interno della quale il telespettatore non si attende che gli venga proposta della pubblicità. A fronte di ciò, le scene segnalate risultano prive di elementi in grado di avvertire gli spettatori circa la reale natura delle immagini proposte. In assenza di tali elementi, i messaggi pubblicitari non sono pertanto riconoscibili come tali da parte dei destinatari”*⁴⁴¹.

Elementi, si ripete, interpretati in maniera piuttosto rigorosa dall’Autorità, la quale ha ritenuto idonee forme di avvertimento circa la natura promozionale del messaggio, ad esempio, la presenza di *“scritte in sovrimpressioni o messaggi sonori che consentano di distinguere, senza ambiguità, il passaggio dal momento spettacolare, espressione della produzione artistica, alla comunicazione pubblicitaria, caratterizzata da finalità esclusivamente commerciale”*⁴⁴².

In taluni casi, poi, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha escluso la riconoscibilità del messaggio pubblicitario tenendo conto della particolare tipologia di destinatari, quali possono essere, ad esempio, i bambini.

⁴⁴¹ In termini sostanzialmente analoghi, si veda dec. PI5411, del 19.10.2006, n. 16097, in *Boll. AGCM*, n. 42/06, relativa alla inquadratura di un noto marchio sportivo durante una trasmissione calcistica andata in onda sulla rete privata Sky Sport 1.

⁴⁴² Così, dec. PI1989, del 12.11.1998, n. 6560, *cit.* Nei medesimi termini, dec. PI3009, del 27.9.2000, n. 8742, in *Boll. AGCM*, n. 39/00. Si veda anche dec. PI2101, del 22.12.1998, n. 6740, in *Boll. AGCM*, n. 1/99, relativo al cartone animato “Lupin”, nell’ambito del quale veniva ripetutamente inquadrata una nota marca di sigarette. In quell’occasione, l’Autorità esclude la riconoscibilità della natura pubblicitaria della citazione anche sulla base della valutazione che la sua collocazione avveniva *“in un contesto, vale a dire la trama di un cartone animato, all’interno del quale non è abitualmente presente pubblicità”*. Si veda, altresì, dec. PI5088, del 21.6.2006, n. 15627, in *Boll. AGCM*, n. 25/06, relativa al *reality* televisivo “L’isola dei famosi”.

E' il caso, in particolare, del provvedimento cosiddetto "GIG Libro dei giocattoli", sottoposto, anch'esso, al vaglio dell'Autorità amministrativa⁴⁴³. In quell'occasione, infatti, era stata adita l'Autorità Antitrust in relazione alla lamentata natura pubblicitaria di un messaggio, relativo a giochi per bambini, contenuto all'interno della trasmissione "Lo zecchino d'oro". L'ingannevolezza di simile messaggio veniva ricondotta, dal ricorrente, alla circostanza che esso *"non permetterebbe ai bambini, che ne costituiscono i destinatari privilegiati, di percepire chiaramente la sua natura pubblicitaria"*.

Si trattava, più nel dettaglio, di una telepromozione, della durata di un paio di minuti, che veniva introdotta, oltre che dalla dicitura *"messaggio promozionale"* presente per tutta la durata della stessa, altresì dal presentatore, il quale affermava: *"A proposito del nostro piccolo coro, state attenti perché adesso il piccolo coro dell'Antoniano ci regalerà una canzone per tutti i bambini che ci stanno guardando"*: coro che intonava un *jingle* dal titolo *"Gig è bel"*.

In quell'occasione, l'organo amministrativo ritenne non sufficientemente riconoscibile dal particolare pubblico cui era rivolta, ovvero i bambini, la natura promozionale del messaggio, rilevando, in particolare, oltre che l'ambiguità dell'affermazione con cui il conduttore introduceva la telepromozione, altresì, quanto alla dicitura *"messaggio promozionale"*, sia l'inadeguatezza della stessa *"in considerazione del fatto che i bambini più piccoli non sono in grado leggere"*, sia la sua non intellegibilità *"da parte di bambini in tenera età"*.

Sempre l'Autorità Antitrust ha avuto modo di precisare, conformemente all'atteggiamento di chiusura nei confronti della tecnica pubblicitaria del

⁴⁴³ Dec. PI1950, del 8.10.1998, n. 6447, in *Boll. AGCM*, n. 41/98, relativa alla trasmissione "Lo zecchino d'oro".

piazzamento di prodotto, come, affinché essa costituisca un illecito, non è necessario che vi sia “*un esplicito invito a consumare un determinato prodotto*”⁴⁴⁴, in quanto “*il carattere pubblicitario di un messaggio inserito all’interno di una pellicola cinematografica va ritenuto sussistente tutte le volte in cui, per le modalità del messaggio e per la scena in cui si inserisce, non trova altra giustificazione se non la finalità promozionale*”⁴⁴⁵.

Cionondimeno, è bene rilevare come simili pronunce, in talune ipotesi, sono state oggetto di integrale riforma da parte del Tribunale Amministrativo Regionale. E’ il caso, ad esempio del *serial* per la televisione “Linda e il Brigadiere”, sottoposto a ben due procedimenti avanti l’Autorità Antitrust, entrambi conclusi con pronunce di inibizione⁴⁴⁶. In particolare, il secondo provvedimento veniva impugnato avanti il TAR del Lazio, il quale perveniva ad una decisione completamente opposta rispetto a quella impugnata, che veniva, pertanto, annullata. L’organo amministrativo, infatti, dopo avere ribadito quali siano gli indici presuntivi “*rivelatori di pubblicità occulta*”, ovvero “*da un lato, la natura specifica delle inquadrature, il loro carattere ravvicinato o reiterato, la chiara leggibilità dei marchi commerciali raffigurati e, dall’altro, l’assenza di concrete esigenze narrative, informative o artistiche e la mancanza di naturalezza delle scene*”, riteneva non sussistenti simili indici nella fattispecie sottoposta al suo vaglio, osservando, in particolare, che “*l’utilizzo dei*

⁴⁴⁴ L’espressione è tratta da *Product placement di articoli da fumo – Osservatorio del Consiglio di Stato*, a cura di Carbone, in commento a Consiglio di Stato, sez. VI, 31.3.2003, n. 1929, in *Corr. Giur.*, 2003, n. 6, 716 ss..

⁴⁴⁵ Consiglio di Stato, sez. VI, 31.3.2003, n. 1929, *cit.*. In quell’occasione, il Consiglio di Stato ha riformato la pronuncia resa dal TAR Lazio, che aveva, a sua volta, annullato il provvedimento reso dall’Autorità Antitrust, con cui era stata censurata una ipotesi di *product placement* televisivo, consistente nella ripetuta ripresa nell’ambito del *film* per la televisione *College*, durante una fascia oraria protetta, di un pacchetto di sigarette, con evidente inquadratura della marca.

⁴⁴⁶ Dec. PI1473, del 18.9.1997, n. 5326, in *Boll. AGCM*, n. 38/97, nonché dec. PI1535, del 6.11.1997, n. 5456, in *Boll. AGCM*, n. 45/97.

prodotti era intimamente connesso con la trama e con l'esigenza di rappresentare una realtà contemporanea”.

Dall'esame delle decisioni rese dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di *product placement* emerge, dunque, chiaramente come la tendenza prevalente sia nel senso di qualificare tale fenomeno quale fattispecie di pubblicità occulta, in quanto tale suscettibile di essere inibita in quanto in contrasto con il principio della trasparenza pubblicitaria. Conseguenza di una simile interpretazione è il rigido orientamento circa l'individuazione degli elementi tali da rendere riconoscibile l'intento promozionale sotteso al piazzamento di prodotto: elementi che, come visto, sono stati, rinvenuti, nella presenza di specifiche avvertenze, individuate, ad esempio, nelle scritte in sovrimpressioni o, addirittura, in messaggi sonori, in quanto tali da *“distinguere, senza ambiguità, il passaggio dal momento della semplice rappresentazione, espressione della creatività artistica, alla comunicazione pubblicitaria, caratterizzata da finalità esclusivamente commerciale”*⁴⁴⁷.

4.2. Segue: l'orientamento minoritario sul *product placement* quale tecnica lecita di comunicazione pubblicitaria.

Nonostante quello appena riferito rappresenti l'orientamento maggioritario della giurisprudenza in materia di piazzamento di prodotto, è bene segnalare come, accanto ad esso, si sia affermato anche un indirizzo giurisprudenziale, per così dire, minoritario, che si è discostato dai surriferiti principi.

In particolare, tra le pronunce che si sono poste in una posizione di rottura rispetto all'orientamento prevalente vi è quella relativa al varietà televisivo

⁴⁴⁷ Così, Ferrandi, *op. cit.*, 76.

“Francamente me ne infischio”, condotto da Adriano Celentano⁴⁴⁸. Oggetto del ricorso proposto avanti l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato era il lamentato occultamento, all’interno del programma, di messaggi pubblicitari a favore di un noto marchio di un’acqua minerale.

In quell’occasione, l’organo amministrativo, con riferimento ad una delle denunciate citazioni, ritenne non potesse rinvenirsi alcuna finalità pubblicitaria, rilevando, in particolare, che *“da un’analisi del contesto in cui detto passaggio si colloca emerge con evidenza che il riferimento al marchio si inserisce nella replica di Celentano alla polemica sollevata nel corso del programma “Striscia la notizia””*. In altri termini, un riferimento ritenuto dall’Autorità amministrativa *“espressione della libera manifestazione del pensiero”*⁴⁴⁹.

Quanto, invece, alle altre citazioni, sebbene ne venisse sottolineata la natura pubblicitaria, veniva, altresì, ritenuto sussistente il requisito della riconoscibilità, da parte del pubblico, dell’intento promozionale, in tal modo giungendo ad identificare simili citazioni quali forme di pubblicità palese, siccome riconoscibile dal pubblico. In particolare, ritenne l’Autorità che il fatto che la natura pubblicitaria fosse *“evidenziata dai riferimenti testuali al marchio, collegati alla immediata trasmissione della telepromozione, nonché dall’intervento successivo di Francesca Neri, durante il quale il riferimento di Celentano al marchio viene specificamente qualificato come “pubblicità””* costituisse un elemento idoneo ad avvertire il pubblico della natura promozionale delle inquadrature, attesa *“la palese connessione con la telepromozione”*.

⁴⁴⁸ Dec. PI2778, del 20.4.2000, n. 8239, in *Boll. AGCM*, n. 16/00.

⁴⁴⁹ Si trattava, in particolare, della scena nella quale il conduttore Celentano replicava, con un monologo, alla contestazione sollevata durante il programma satirico “Striscia la notizia”: contestazione relativa alla pubblicità occulta che Celentano medesimo avrebbe fatto durante il varietà denunciato.

A distanza di pochi giorni, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nel decidere circa una ulteriore ipotesi di piazzamento di prodotto, mostrava, ancora una volta, di discostarsi dal citato orientamento maggioritario. In particolare, la fattispecie sottoposta all’esame dell’organo amministrativo, riguardava la denunciata natura promozionale di una affermazione resa da un cronista sportivo durante la telecronaca di un incontro calcistico⁴⁵⁰: si contestava, infatti, che, nel corso della telecronaca, il cronista avrebbe promosso la vendita di un quotidiano sportivo e della videocassetta, allo stesso abbinata, relativa ad una delle due squadre partecipanti all’incontro.

In quell’occasione, l’Autorità, affermata, sulla base dei “tradizionali” *“indici presuntivi gravi, precisi e concordanti”*, la natura pubblicitaria dell’affermazione pronunciata dal cronista, e procedendo nel valutare la eventuale riconoscibilità della stessa da parte del pubblico, riteneva sussistente un simile requisito, rilevando come la finalità promozionale *“si appalesi chiaramente alla comune percezione dei consumatori, avuto riguardo, in particolare, ai toni enfatici che caratterizzano le affermazioni e descrivono le caratteristiche nonché alle modalità di vendita del prodotto in questione”*.

A diversa conclusione era, invece, pervenuta, in quell’occasione, l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, la quale, aveva escluso la sussistenza, nella fattispecie, di una comunicazione pubblicitaria, argomentando dall’assenza di un accordo di committenza fra le società interessate, ritenuta tale da far assumere all’affermazione contestata *“un contenuto meramente informativo, anche in considerazione del contesto in cui essa appare, costituito, nella fattispecie, dalla telecronaca di una partita di calcio”*.

⁴⁵⁰ Dec. PI2777, del 3.5.2000, n. 8259, in *Boll. AGCM*, n. 17-18/00.

Analogamente, in relazione ad un altro *serial* televisivo, “Il maresciallo Rocca”, denunciato all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per la ripetuta presenza di autovetture Ford, esso veniva ritenuto dall’Autorità non in contrasto con l’art. 4 D.Lgs. n. 74/92, sia per l’assenza di elementi utili a provare il rapporto di commissione, sia per essere le inquadrature non prolungate e, comunque, coerenti con il contesto narrativo⁴⁵¹.

Né difforme è stata la decisione cui pervenne l’Autorità con riferimento al *film* “Il domani non muore mai”, denunciato per la presenza di citazioni di diversi marchi e/o prodotti, fra cui quelle inerenti una nota casa automobilistica. In quell’occasione, veniva esclusa la configurabilità di una fattispecie di pubblicità occulta sulla base della duplice considerazione che le inquadrature non risultavano “*artificiose o innaturali*” e “*le sequenze in cui compaiono l’automobile e la moto si possono ritenere funzionali alla trama del film*”. Elementi ritenuti, ancora una volta, tali da far escludere la natura pubblicitaria degli inserimenti⁴⁵².

Cionondimeno, anche dall’analisi dei predetti, peraltro sporadici, casi di “assoluzione” delle ipotesi di piazzamento di prodotto, emerge il clima di sfavore nei confronti del *product placement*, dal momento che, come visto, nelle citate pronunce, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha escluso la censurabilità delle citazioni dei vari prodotti e/o marchi sulla base della non configurabilità, nelle fattispecie sottoposte al suo esame, di una comunicazione di natura pubblicitaria, e, dunque, non già alla luce di un giudizio di liceità della stessa.

⁴⁵¹ Dec. PI784, del 16.5.1996, n. 3903, in *Boll. AGCM*, n. 20/96.

⁴⁵² Dec. PI1815, del 4.9.1998, n. 6388, in *Boll. AGCM*, n. 35-36/98; negli stessi termini: dec. PI1728, del 30.4.1998, n. 5945, in *Boll. AGCM*, n. 18/98, relativa al *film* “Fuochi d’artificio”; dec. PI3533, del 13.12.2001, n. 10243, in *Boll. AGCM*, n. 50/01, relativa al *film* “Water boy”.

4.3. Le novità introdotte dal D.Lgs. n. 28/2004, recante la riforma della disciplina in materia di attività cinematografiche.

Come si è già avuto modo di accennare, nel 2004 è stata introdotta una disciplina specifica relativa agli accordi di *product placement*, alla luce della quale il piazzamento del prodotto risulta, attualmente, ammesso purchè realizzato nel rispetto di particolari requisiti e limiti.

Con l’emanazione del Decreto del Ministero per i beni e le attività culturali 30 luglio 2004, sono state, infatti, dettate le “*modalità tecniche di attuazione del collocamento pianificato di marchi e prodotti nelle scene di un’opera cinematografica «product placement»*”⁴⁵³. In particolare, dopo un primo generale riconoscimento della liceità del ricorso alla tecnica pubblicitaria del piazzamento di prodotto⁴⁵⁴, sono stati individuati requisiti e limiti di validità degli accordi di *product placement*, prevedendo, nello specifico, che tale piazzamento debba avvenire, oltre che nel rispetto dei principi generali stabiliti in materia di pubblicità, anche con particolare riferimento ai profili dell’ingannevolezza, della comparazione illecita e

⁴⁵³ Tale decreto è stato emanato in attuazione di quanto previsto dall’art. 9, comma 3, D.Lgs. 22/01/2004, n. 28 (noto anche come Decreto Urbani), recante “*Nuove disposizioni in materia di attività cinematografiche, a norma dell’articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137*”, il quale così disponeva: “*fatte salve le disposizioni contenute nella legge 10 aprile 1962, n. 165, per i film che contengono inquadrature di marchi e prodotti, comunque coerenti con il contesto narrativo, è previsto un idoneo avviso che rende nota la partecipazione delle ditte produttrici di detti marchi e prodotti ai costi di produzione del film. Con decreto ministeriale, sentito il Ministero per le attività produttive, sono stabilite le relative modalità tecniche di attuazione*”.

⁴⁵⁴ Art. 1 D.M. 30 luglio 2004: “*è ammesso il collocamento pianificato di marchi e prodotti nelle scene di un’opera cinematografica ‘product placement’ con le modalità tecniche previste dal presente decreto. Le forme di collocamento pianificato di cui al comma 1 sono rimesse alla contrattazione tra le parti, nel rispetto dei limiti di cui all’art. 2*”.

della tutela dei minori⁴⁵⁵, in modo tale da *“integrarsi nello sviluppo dell’azione, senza costituire interruzione del contesto narrativo”*⁴⁵⁶. Tale era la formulazione originaria della previsione normativa, successivamente modificata con l’introduzione di una espressa specificazione secondo cui il piazzamento di prodotti e/o marchi deve, in ogni caso, *“essere coerente con il contesto narrativo del film”*⁴⁵⁷.

Si precisa, altresì, nel decreto ministeriale che, perché il piazzamento di prodotti possa essere riconoscibile, è necessario *“un avviso nei titoli di coda che informi il pubblico della presenza dei marchi e prodotti all’interno del film, con la specifica indicazione delle ditte inserzioniste”*⁴⁵⁸. E’ stata, inoltre, introdotta, per l’ipotesi di violazione di un simile obbligo, la sanzione della *“esclusione dall’elenco delle imprese di cui all’art. 3 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 28, e successive modificazioni, per il periodo di due anni a decorrere dall’accertamento della violazione”*⁴⁵⁹.

Sono ribaditi, infine, i divieti e le limitazioni vigenti in materia di pubblicità di prodotti da fumo, nonché quelli relativi alla pubblicità radio-televisiva⁴⁶⁰.

⁴⁵⁵ Art. 2 D.M. 30 luglio 2004: *“la presenza di marchi e prodotti è palese, veritiera e corretta, secondo i criteri individuati negli articoli 3, 3 – bis e 6 del decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74”*.

⁴⁵⁶ Art. 2 D.M. 30 luglio 2004.

⁴⁵⁷ Modifica introdotta ai sensi dell’art. 1 D.M. 21 novembre 2005 (*“Modifiche al D.M. 30 luglio 2004, relativo alle modalità tecniche di attuazione del collocamento pianificato di marchi e prodotti nelle scene di un’opera cinematografica”*), recante il regolamento di attuazione del D.M. 30 luglio 2004.

⁴⁵⁸ Art. 2 D.M. 30 luglio 2004.

⁴⁵⁹ Periodo aggiunto per effetto dell’art. 1 D.M. 21 novembre 2005.

⁴⁶⁰ *“Alle forme di collocamento di marchi e prodotti di cui all’art. 1 si applicano i divieti e le limitazioni di cui alla legge 10 aprile 1962, n. 165, all’art. 8, comma 5, della legge 6 agosto 1990, n. 223, ed all’art. 2 del decreto ministeriale 30 novembre 1991, n. 425. Si applicano, altresì, le disposizioni in materia di tutela amministrativa e giurisdizionale di cui all’art. 7 del decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74 ...”* (ultima parte art. 2).

4.3.1. Ambito di applicazione e limiti di tutela: i requisiti di “ammissibilità” del piazzamento di prodotto.

Già da un primo esame della recente disciplina legislativa, si evince come la principale novità – se tale può essere ritenuta⁴⁶¹ – da essa introdotta debba rinvenirsi nella previsione di una generale ammissibilità del piazzamento di prodotto, purché realizzato nel rispetto delle “modalità tecniche di attuazione” previste dalla stessa disciplina, che rappresentano, dunque, presupposti (e/o condizioni) di liceità del ricorso a tale tecnica pubblicitaria. Sotto altro profilo, poi, l’intervento normativo del 2004 ha, per così dire, posto fine alla *querelle* in ordine all’individuazione degli elementi idonei a rendere riconoscibile il “*collocamento pianificato di marchi e prodotti*”.

In particolare, alla luce della suindicata disciplina, un primissimo presupposto di liceità del ricorso alla tecnica del piazzamento di prodotto deve rinvenirsi nella natura delle opere dell’ingegno all’interno delle quali realizzare il piazzamento. Ed infatti, dal momento che con il D.M. 30 luglio 2004 si è inteso dare attuazione a quanto in precedenza previsto dal D.Lgs. n. 28/2004, relativo al solo settore delle “*attività cinematografiche*”, le disposizioni in materia di *product placement* risulteranno applicabili alle sole opere dell’ingegno aventi ad oggetto le predette attività. Presupposto, questo, tutt’altro che irrilevante, discendendo dallo stesso la limitazione del riconoscimento della liceità del piazzamento di prodotto esclusivamente alle ipotesi in cui esso venga inserito in opere cinematografiche. Conseguentemente, un simile riconoscimento, alla luce del dettato normativo, sembrerebbe non potersi estendere alle altre opere dell’ingegno, per le quali, pertanto, dovrebbe ritenersi tuttora vigente il generale divieto

⁴⁶¹ Si veda, sul punto, quanto si dirà nel successivo §.

di ricorso a tale tecnica, siccome espressione di pubblicità occulta (laddove, peraltro, il piazzamento di prodotto venga ritenuto tale)⁴⁶².

Connesso al predetto presupposto è quello relativo alla necessaria nazionalità italiana delle opere cinematografiche all'interno delle quali realizzare il piazzamento di prodotto, essendo subordinata ad un simile requisito l'applicazione del D.Lgs. n. 28/2004⁴⁶³.

⁴⁶² Di diverso avviso risulta, peraltro, Mina, *La nuova regolamentazione del product placement nelle opere cinematografiche*, in *Dir. Ind.*, 2004, n. 6, 587 ss.. L'Autrice osserva, infatti, come le previsioni contenute nel D.M. 30 luglio 2004 debbano essere ritenute applicabili, oltre che alle opere *strictu sensu* cinematografiche, altresì alle opere a queste assimilabili, quali ad esempio, le opere filmiche diffuse attraverso mezzi diversi dalla cinematografia, nonché *“tutte le opere audiovisive di contenuto narrativo”*. Rileva, inoltre, l'Autrice come la novella legislativa sul piazzamento di prodotto debba estendersi anche alle *“opere audiovisive di contenuto non strettamente narrativo”*, ravvisando, nella limitazione dell'ambito di applicazione della disciplina legislativa, mere *“dimenticanze”* del legislatore del 2004.

⁴⁶³ Specifica, infatti, l'art. 5 D.Lgs. n. 28/2004 (*“Riconoscimento della nazionalità italiana”*):

“Ai fini dell'ammissione ai benefici previsti dal presente decreto, le imprese nazionali di produzione presentano all'autorità amministrativa competente istanza di riconoscimento della nazionalità italiana del film prodotto, corredata della ricevuta del versamento del contributo per spese istruttorie, secondo le modalità indicate con il decreto di cui all'articolo 8, comma 4. Nell'istanza, il legale rappresentante dell'impresa produttrice attesta la presenza dei requisiti per il riconoscimento provvisorio della nazionalità italiana e dichiara l'osservanza dei contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria e dei relativi oneri sociali, ai sensi dell'articolo 46 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.

Ai fini di cui al comma 1, le componenti artistiche e tecniche del film da prendere in considerazione, sono le seguenti:

- a) regista italiano;*
- b) autore del soggetto italiano o autori in maggioranza italiani;*
- c) sceneggiatore italiano o sceneggiatori in maggioranza italiani;*
- d) interpreti principali in maggioranza italiani;*
- e) interpreti secondari per tre quarti italiani;*
- f) ripresa sonora diretta in lingua italiana;*
- g) autore della fotografia cinematografica italiano;*
- h) montatore italiano;*
- i) autore della musica italiano;*
- l) scenografo italiano;*
- m) costumista italiano;*
- n) troupe italiana;*
- o) riprese ed uso di teatri di posa in Italia;*
- p) utilizzo di industrie tecniche italiane;*

Ulteriore presupposto di ammissibilità del ricorso alla tecnica del *product placement*, peraltro strettamente connesso al precedente, è costituito dal fatto che le opere cinematografiche all'interno delle quali realizzare il piazzamento di prodotti e/o marchi debbano presentare “*qualità culturali o artistiche o spettacolari, oltre ad adeguati requisiti di idoneità tecnica*”⁴⁶⁴.

Al di là dei suddetti requisiti, il Ministero per i Beni e le Attività Culturali ha, come visto, stabilito, in sede di attuazione del D.Lgs. n. 28/2004, ulteriori presupposti, tra cui, in primo luogo, il necessario rispetto dei principi generali di trasparenza, lealtà e non ingannevolezza, nonché di comparazione lecita e tutela dei minori cui deve essere improntata ogni comunicazione pubblicitaria. Trattasi, a ben vedere, di un presupposto imprescindibile, siccome teso a superare il divieto di pubblicità non

q) effettuazione in Italia di almeno il trenta per cento della spesa complessiva del film, con riferimento alle componenti tecniche di cui alle lettere n), o), p), nonché agli oneri sociali.

Ai fini del riconoscimento dei requisiti soggettivi, i cittadini dei Paesi membri dell'Unione europea sono equiparati ai cittadini italiani.

È riconosciuta la nazionalità italiana ai film che presentano le componenti di cui al comma 2, lettere a), b), c), f), n) e q), almeno tre delle componenti di cui al comma 2, lettere d), e), g), h), almeno due delle componenti di cui al comma 2, lettere i), l), m), e almeno una delle componenti di cui al comma 2, lettere o) e p).

5. Per i requisiti di cui al comma 2, lettere f) ed n), possono essere concesse deroghe, per ragioni artistiche o culturali, previo parere della Commissione di cui all'articolo 8, con provvedimento del Direttore generale competente.

Le imprese produttrici sono tenute a presentare al direttore generale competente, entro il termine di trenta giorni dalla data di presentazione della copia campione, apposite istanze di riconoscimento definitivo della nazionalità italiana del film e di ammissione ai benefici di legge, corredate dei documenti necessari. Il Direttore generale provvede su tali istanze entro i successivi novanta giorni. I film che abbiano i requisiti di cui al presente articolo vengono iscritti, all'atto del provvedimento di riconoscimento definitivo, in appositi elenchi informatici istituiti presso la Direzione generale competente.

Agli effetti dell'assolvimento degli obblighi di programmazione o del conseguimento di benefici da parte degli esercenti di sale cinematografiche, sono considerati nazionali i film che hanno ottenuto il riconoscimento provvisorio di nazionalità italiana di cui al comma 1 e sono considerati film di paesi appartenenti alla Unione europea i film anche coprodotti dai suddetti paesi. In alternativa o in assenza del certificato d'origine, fa fede la nazionalità indicata nel nulla osta di programmazione al pubblico”.

⁴⁶⁴ Art. 9, comma 1, D.Lgs. n. 28/2004.

trasparente sancito, tanto a livello statale, quanto dall'ordinamento autodisciplinare.

Accanto al predetto requisito, un ulteriore, e forse di più difficile interpretazione, presupposto di liceità del “*collocamento pianificato*” di marchi e prodotti si rinviene nella imprescindibile coerenza dello stesso (oggi, come visto, espressamente prevista⁴⁶⁵) con il contesto narrativo nel quale viene inserito: presupposto, questo, che, peraltro, costituisce il *proprium* di tutte le modalità di realizzazione del piazzamento di prodotto⁴⁶⁶.

L'espressa previsione di un simile requisito è stata, da taluni, intesa come rispondente alla finalità sottesa al D.Lgs. n. 28/2004, da individuarsi nella esigenza di riformare il regime dei finanziamenti statali concessi alle opere filmiche. In una simile prospettiva, si è ritenuto che *ratio* della riforma legislativa sia stata quella di limitare i finanziamenti pubblici alle opere filmiche, realizzata attraverso la concessione di tali finanziamenti esclusivamente a quelle opere che presentino un indubbio valore artistico, espressione del quale ben può rinvenirsi, appunto, nella coerenza del “*collocamento pianificato di marchi e prodotti*” con il contesto narrativo⁴⁶⁷.

Correlata con il suddetto requisito di ammissibilità del ricorso alla tecnica del *product placement* è la successiva previsione delle modalità attraverso cui “rendere riconoscibile” al pubblico l'utilizzo di tale tecnica: ovvero, la presenza di un “*avviso nei titoli di coda*”. Previsione, quest'ultima, in relazione alla quale è stata, altresì, introdotta una specifica sanzione per il caso di mancato rispetto di un simile obbligo.

⁴⁶⁵ Si ricorda, infatti, che, a seguito della modifica dell'art. 2 D.M. 30 luglio 2004, intervenuta per effetto dell'art. 1 D.M. 21 novembre 2005, è, ora, espressamente richiesto che il collocamento pianificato di marchi e prodotti risulti “*coerente con il contesto narrativo del film*”.

⁴⁶⁶ Si rinvia, in proposito, a quanto rilevato, *supra*, all'interno del § 2.

Trattasi, a ben vedere, di una disposizione che sembrerebbe risolvere le numerose questioni, emerse in dottrina, in ordine all'individuazione delle misure atte a consentire la riconoscibilità del piazzamento di prodotto. Non sono, peraltro, mancate critiche in ordine alla scelta del legislatore indirizzata verso un simile requisito, anziché verso altri. In particolare, si è rilevato come la presenza di un avviso nei titoli di coda, se, stando alla disciplina legislativa, rappresenta misura idonea ad informare il pubblico del ricorso alla tecnica del *product placement*, sotto un profilo strettamente pratico, sembra inadeguata ad assolvere ad una tale funzione, attesa la scarsa, se non, addirittura, inesistente, attenzione prestata dal pubblico ai titoli di coda, in considerazione sia della collocazione al termine della diffusione dell'opera filmica, sia del fatto che, molto di frequente, essi non vengono trasmessi neppure interamente⁴⁶⁸.

Infine, e come si è già avuto modo di anticipare nel paragrafo precedente, sono ribaditi, anche con riferimento alla tecnica del piazzamento di prodotto, i divieti previsti con riferimento alla pubblicità di particolari prodotti⁴⁶⁹.

4.3.2. Gli effetti della disciplina legislativa sul fenomeno del *product placement*: verso una effettiva (o soltanto apparente?) liceità del piazzamento di prodotto.

Descritti i principali requisiti di ammissibilità del ricorso alla tecnica pubblicitaria del piazzamento di prodotto, così come individuati dal legislatore del 2004 e passando ad esaminare le conseguenze, tanto sotto un

⁴⁶⁷ Così, Mina, *op. cit.*, 592.

⁴⁶⁸ Così, Mina, *cit.*, 591, *sub* nota 21; Fusi, *Il product placement fra divieto di pubblicità non trasparente e nuova disciplina del cinesponsoring*, *cit.*, 19.

⁴⁶⁹ Art. 2 D.M. 30 luglio 2004, ultima parte.

profilo strettamente giuridico, quanto da un punto di vista più propriamente commerciale, dell'introduzione di una simile disciplina, è bene, in primo luogo, rilevare come, se, da un lato, il recente intervento normativo ha segnato una tappa importante nell'ordinamento italiano verso il riconoscimento della tecnica pubblicitaria del *product placement*, dall'altro lato, esso sembrerebbe ridursi a prevedere un generico riconoscimento di liceità del ricorso a tale strumento, senza apportare alcuna innovazione significativa rispetto al passato, attesi i numerosi "punti deboli", e, comunque, le evidenti lacune da cui si è ritenuto risulti caratterizzata. Di qui, le già accennate critiche espresse da taluna dottrina, nel senso di un ridimensionamento della portata innovativa inizialmente attribuita alla disciplina in commento.

In particolare, un primo limite è stato dai più rinvenuto, come visto, nell'essere, tale normativa, circoscritta alle opere cinematografiche, escluse, peraltro, quelle prodotte all'estero⁴⁷⁰. Del resto, è la stessa disciplina legislativa a precisare che per *film* "si intende lo spettacolo realizzato su supporti di qualsiasi natura, anche digitale, con contenuto narrativo o documentaristico, purché opera dell'ingegno, ai sensi della disciplina del diritto d'autore, destinato al pubblico, prioritariamente nella sala cinematografica, dal titolare dei diritti di utilizzazione"⁴⁷¹. E' stato, infatti, rilevato, che, stando al tenore letterale delle disposizioni, il riconoscimento della ammissibilità del ricorso al *product placement* dovrebbe intendersi come circoscritto ai soli piazzamenti di prodotto inseriti nell'ambito di opere cinematografiche, non avendo, le altre opere dell'ingegno, ad

⁴⁷⁰ Si rinvia, sul punto, al contenuto della nota 23.

⁴⁷¹ Art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 28/2004.

esempio quelle televisive, la destinazione “*prioritaria*” richiesta dalla legge⁴⁷².

Il che, a ben vedere, se, da un lato, riduce non di poco la portata della disciplina in commento, atteso il sempre maggior utilizzo del piazzamento di prodotto anche in settori diversi dalla cinematografia (si pensi, a mero titolo esemplificativo, all’ormai, sempre più ricorrente, presenza di “*collocamenti pianificati di marchi e prodotti*” nel corso di spettacoli televisivi), dall’altro lato, è tale da determinare una vera e propria “discriminazione” nei confronti delle opere non ricomprese nell’ambito di applicazione della disciplina in commento. Disparità che si avverte principalmente per le opere televisive, per le quali numerosi sono gli impedimenti al ricorso alla tecnica del piazzamento di prodotto⁴⁷³.

In particolare, il problema si è posto, principalmente, in relazione alle opere cinematografiche che vengano successivamente trasmesse in televisione. E’ stato, infatti, rilevato come, laddove si verificasse una simile situazione, sarebbe da stabilire quale normativa ritenere applicabile alle opere cinematografiche: se, cioè, quella introdotta dal recente intervento normativo, relativo, appunto, alle opere cinematografiche, o, piuttosto, quella dettata in materia di pubblicità televisiva. Questione, tutt’altro che irrilevante, attesa la differente disciplina che il legislatore ha inteso dare: più elastica, quella prevista nel D.M. 30 luglio 2004, più rigorosa, invece, quella relativa alla televisione⁴⁷⁴.

Sotto altro profilo, è stato osservato come la stessa previsione di liceità del ricorso alla predetta tecnica pubblicitaria risulti tutt’altro che innovativa. Al

⁴⁷² In questi termini, Fusi, *Il product placement fra divieto di pubblicità non trasparente e nuova disciplina del cinesponsoring*, cit., 13.

⁴⁷³ Si pensi, alle prescrizioni tese a garantire il rispetto del principio della trasparenza pubblicitaria.

⁴⁷⁴ In questi termini, si veda, Fusi-Testa, *Diritto e pubblicità*, Milano, 2006.

riguardo, la dottrina ha, infatti, tenuto a rilevare come alcun esplicito divieto di *product placement* possa rinvenirsi nelle normative in materia di pubblicità precedenti all'emanazione della disciplina del 2004, precisando, altresì, che l'illiceità di simile strumento, in epoca precedente all'emanazione della predetta disciplina, fosse una conseguenza dei citati prevalenti orientamenti affermatasi in materia. In altri termini, hanno osservato taluni Autori, il fatto stesso che secondo l'opinione pressoché generalizzata il piazzamento di prodotto costituisse una forma di pubblicità occulta, aveva indotto a ritenere illecito il ricorso a tale tecnica pubblicitaria, siccome in contrasto con le norme in materia di pubblicità trasparente⁴⁷⁵.

Da altra prospettiva, peraltro, se è vero che la disciplina in commento risulta tutt'altro che innovativa in ordine al profilo della liceità del *product placement*, è parimenti vero che l'espressa previsione circa l'ammissibilità di tale tecnica pubblicitaria consente di fugare tutti i dubbi ed ambiguità che, fino a quel momento, si erano affermati in proposito, addirittura arrivando, come visto, a far ritenere sussistente un divieto che, invece, non era dato rinvenire in alcuna disposizione normativa⁴⁷⁶.

Non è mancato, inoltre, chi ha ritenuto censurabile e, addirittura, sotto certi aspetti, contraddittoria, la scelta del legislatore di richiedere, quale requisito

⁴⁷⁵ Al riguardo, osserva, infatti, Mina, *op. cit.*, 591, *sub* nota 20, come conferma di un simile convincimento possa rinvenirsi nelle relazioni accompagnatorie, nonché nelle note illustrative del D.Lgs. n. 28/2004 e del D.M. 30 luglio 2004, dalle quali emerge, appunto, afferma l'Autrice, che “*si è legiferato nella convinzione che il product placement fosse pratica vietata secondo l'ordinamento giuridico italiano, ed in particolare del D.Lgs. n. 74/92 e dell'art. 25, comma 2, della Legge n. 1213/1965*”.

In termini analoghi, Fusi, *Il product placement fra divieto di pubblicità non trasparente e nuova disciplina del cinesponsoring*, *cit.*, 10, il quale osserva come “*le normative sulla pubblicità non vietano ex professo il product placement la cui illiceità, in quanto asserita forma di pubblicità occulta, ingannevole e scorretta, è solo frutto dell'elaborazione dottrinale e (in misura minore) giurisprudenziale*”.

⁴⁷⁶ Così, Fusi, *Il product placement fra divieto di pubblicità non trasparente e nuova disciplina del cinesponsoring*, *cit.*, 11.

di liceità del piazzamento di prodotto, la necessaria coerenza con il contesto narrativo⁴⁷⁷. Si è rilevato, infatti, come, con una simile previsione, si possa arrivare a consentire l'utilizzo proprio di quelle tecniche di *product placement* nelle quali sia maggiormente dissimulabile l'intento promozionale, e, dunque, meno riconoscibile dal pubblico⁴⁷⁸. Di diverso tenore, ma parimenti critica, è stata, invece, l'opinione di chi ha ritenuto la previsione del requisito della coerenza come una scelta tutt'altro che innovativa, trattandosi di elemento caratterizzante il piazzamento di prodotto⁴⁷⁹.

Altro aspetto della disciplina in commento che non è andato esente da critiche è stato rinvenuto nei mezzi prescritti per rendere riconoscibile il piazzamento di prodotto: ovvero, la presenza di un avviso nei titoli di coda, che, sebbene individuato come l'unico accorgimento utilizzabile per informare il pubblico del ricorso allo strumento del *product placement*, è stato, cionondimeno, ritenuto non adeguatamente "sfruttato" da parte del legislatore.

In relazione a tale ultimo profilo, poi, è stato osservato come, se, alla luce della attuale previsione normativa, la presenza di un simile avviso consentirebbe di superare i dubbi in ordine all'eventuale censurabilità del messaggio pubblicitario veicolato attraverso il piazzamento di prodotto sulla base della disciplina statuale – sia quale forma di pubblicità occulta, sia con riferimento alla disciplina in materia di concorrenza sleale –, altrettanto non potrebbe dirsi con riferimento all'ordinamento

⁴⁷⁷ Requisito, come visto, espressamente previsto a seguito della modifica intervenuta con il D.M. 21 novembre 2005.

⁴⁷⁸ In questi termini, Fusi, *Il product placement fra divieto di pubblicità non trasparente e nuova disciplina del cinesponsoring*, cit., 17.

⁴⁷⁹ Così, Gaviano, *op. cit.*, 292, il quale osserva come, qualora difettesse un simile requisito, "si profilerebbe una – ipotesi di – pubblicità non più occulta, ma –

autodisciplinare. Tanto, in quanto, l'autonomia di quest'ultimo *corpus* normativo rispetto a quello statale ben potrebbe consentire di non ritenere l'avviso contenuto nei titoli di coda dell'opera filmica un “*idoneo accorgimento*”.

Cionondimeno, in parziale contrasto con il suddetto convincimento, talaltri Autori hanno ritenuto censurabile anche alla luce della normativa statale in materia di pubblicità occulta fattispecie di *product placement* inserite all'interno di opere filmiche. In particolare, i fautori di tale ultima tesi muovono dalla premessa per cui la disciplina in commento, sebbene giunga ad identificare le forme di “*collocamento pianificato di marchi e prodotti*” in ipotesi di pubblicità, risulterebbe applicabile anche a quelle fattispecie di natura non strettamente pubblicitaria, quali, ad esempio, le inquadrature “non qualificate”⁴⁸⁰, essendo, sufficiente, ai fini dell'applicazione della relativa disciplina, una mera inquadratura del prodotto e/o marchio e la coerenza con il contesto narrativo. Sulla scorta di un simile ragionamento, forme di comunicazione pubblicitaria, quale la pubblicità occulta, non potrebbero ricadere nell'ambito di applicazione della citata disciplina legislativa, nel senso, cioè, di costituire ipotesi derogatorie alla normativa tesa a sanzionare la pubblicità non trasparente, diversa essendo la *ratio* sottesa al requisito dell’“*idoneo avviso nei titoli di coda*” rispetto a quello della riconoscibilità richiesto dalla disciplina in materia di pubblicità, siccome riferito, il primo e non anche il secondo, anche ad inquadrature prive di una connotazione pubblicitaria. Impostazione, quest'ultima, che mira a ridurre ancor di più la portata innovativa della disciplina in commento.

praticamente per definizione – palese: e nessuna esitazione potrebbe registrarsi in merito alla sua piena soggezione alla comune disciplina del fenomeno pubblicitario”.

⁴⁸⁰ L'espressione è di Gaviano, *op. cit.*, 297.

Da ultimo, la maggiore critica mossa alla disciplina introdotta dal legislatore del 2004 ha riguardato la non particolare severità delle condizioni di liceità del ricorso al *product placement*, da cui potrebbe discendere, quale immediata conseguenza, uno smisurato utilizzo di tale tecnica pubblicitaria. Effetto che, di fatto, si è realizzato, atteso che, a seguito dell’emanazione delle norme in commento, si è registrato un notevole incremento del ricorso al collocamento pianificato di marchi e prodotti nelle opere cinematografiche italiane⁴⁸¹.

Da tale contestazione, peraltro, si ritiene di dover dissentire, ben potendo essere mosse alla stessa due obiezioni.

In primo luogo, evidenti sono gli effetti positivi che la legalizzazione (termine, peraltro, come visto, improprio) del *product placement* ha avuto sul mercato cinematografico italiano, il quale, da un lato, è riuscito a (o, quantomeno, ad iniziare a) “riallinearsi”, rispetto a quello estero, trovando, nell’utilizzo del *product placement*, la possibilità di ottenere maggiori finanziamenti, così da poter rendere maggiormente competitivi i film di produzione nazionale rispetto al passato. Dall’altro lato, poi, è innegabile che il ricorso a tale tecnica pubblicitaria consenta, altresì, una maggior visibilità alle stesse imprese nazionali, le quali, finanziando la realizzazione di opere cinematografiche o di altro genere, ottengono una significativa collocazione dei propri marchi e prodotti all’interno delle opere stesse e, dunque, una maggiore potenzialità d’acquisto dei medesimi marchi e prodotti.

⁴⁸¹ Si pensi, ad esempio, al film “*Quo vadis, baby?*”, realizzato nel 2005 dal regista Gabriele Salvatores, per il quale la società di telefonia mobile, TIM, ha investito ben 300 mila euro: la controprestazione per un simile investimento è stata, per TIM, avere come “sua abbonata” la protagonista del film. Altro film di recente produzione è “*La cura del Gorilla*”, realizzato dal regista Carlo Sigon nel 2006, nel quale si mangia la pasta Garofalo.

Sotto altro profilo, poi, non si deve dimenticare che il *product placement* non ha, necessariamente, una portata persuasiva nei confronti del pubblico cui si rivolge, con la conseguenza che non appare, poi, così “pericoloso” il sempre più frequente utilizzo dello stesso nel panorama cinematografico italiano⁴⁸².

Del resto, e tale profilo appare tutt’altro che trascurabile, non deve dimenticarsi come qualsivoglia sindacato sul piazzamento di prodotto non possa prescindere dal necessario collegamento che tale strumento ha con diritti, quali la libertà di espressione o la libertà dell’arte, espressamente tutelati dalla nostra Carta Costituzionale, insuscettibili delle censure cui, invece, è sottoposta la comunicazione pubblicitaria.

⁴⁸² In termini analoghi, Fusi, *Il product placement fra divieto di pubblicità non trasparente e nuova disciplina del cinesponsoring*, cit., 30.

Capitolo IV

L'inquadramento del piazzamento di prodotto da un punto di vista negoziale

Sommario: 1. I contratti pubblicitari nel sistema italiano: l'assenza di una disciplina organica ed il contributo del modello anglosassone. – 2. Le fonti dei contratti pubblicitari in Italia. – 3. Il contratto di pubblicità: natura e soggetti. – 4. Il product placement quale contratto pubblicitario. – 4.1. Qualificazione giuridica e contenuto del contratto. – 4.2. Analogie e differenze tra il piazzamento di prodotto e contratti pubblicitari affini. – 4.2.1. Il contratto di sponsorizzazione. – 4.2.2. I contratti per lo sfruttamento pubblicitario del nome e dell'immagine altrui. – 4.3. I riflessi negoziali della disciplina legislativa sul product placement.

1. I contratti pubblicitari nel sistema italiano: l'assenza di una disciplina organica ed il contributo del modello anglosassone.

La qualificazione del piazzamento di prodotto come una tecnica di comunicazione pubblicitaria frutto dell'accordo tra un'impresa, produttrice di determinati beni ovvero titolare di uno specifico marchio, da un lato, e l'autore di un'opera dell'ingegno, dall'altro, ha indotto la dottrina a studiare tale fenomeno anche da un punto di vista negoziale. Più in particolare, l'origine storica del piazzamento di prodotto, nato, come visto, quale strumento utilizzato dalle imprese per promuovere propri prodotti e/o marchi mediante l'inserimento degli stessi all'interno di opere cinematografiche, ha spinto i giuristi a ricondurre il *product placement* nell'ambito della categoria dei cosiddetti contratti pubblicitari o “di pubblicità”⁴⁸³.

⁴⁸³ Sui contratti pubblicitari, si vedano, fra i tanti: AA.VV., *Pubblicità e promozione*, Vol. XVIII, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, cit.; Da Molo, *I contratti di pubblicità*, in *NGCC*, 1990, II, 270 ss.; Fusi, *I contratti di pubblicità*, Milano, 1968; Fusi, *La pubblicità: strumenti e pratiche contrattuali: guida operativa alla comprensione ed applicazione dei contratti della pubblicità*, Milano, 2003; Leone, *I contratti pubblicitari*:

Trattasi, più in particolare, di una categoria all'interno della quale sono ricomprese numerose fattispecie negoziali, tra loro anche eterogenee, e che, cionondimeno, sono accomunate dall'essere, tutte, connesse con il fenomeno della pubblicità commerciale⁴⁸⁴.

L'individuazione dei profili negoziali del *product placement* non potrà, pertanto, prescindere dall'analisi di simili contratti, al fine di investigarne, in particolare, la nascita e lo sviluppo in Italia, nonché le principali caratteristiche, così da poter procedere ad un confronto tra questi e la nuova fattispecie del piazzamento di prodotto.

Un primo elemento che caratterizza i contratti pubblicitari affermatosi nel nostro Paese è dato dall'assenza, all'interno dell'ordinamento italiano, tanto di una disciplina organica di tali figure negoziali, quanto, di specifiche disposizioni tese a regolamentare le singole fattispecie⁴⁸⁵: ciò che costituisce la peculiarità propria di tale sistema. Una simile caratteristica, d'altra parte, è, molto probabilmente, riconducibile all'influenza esercitata, in tale settore, dall'esperienza angloamericana, che ha rappresentato un imprescindibile punto di riferimento per individuare gli schemi negoziali dei contratti pubblicitari presenti nel nostro ordinamento.

Attesa l'assenza di una disciplina organica, fondamentale è stato, altresì, il contributo in materia fornito dalla prassi, alla quale si deve, del resto, la stessa definizione di contratti della pubblicità. Definizione, dunque, di origine non propriamente giuridica considerata la forte incidenza esercitata

rapporti con le agenzie, concessione e diffusione pubblicitaria, opere pubblicitarie su commissione, utilizzazione dell'immagine e del nome altrui, sponsorizzazione, merchandising, Trieste, 1991; Nigra, *La pubblicità e i suoi contratti tipici: vendita, servizi e appalto di pubblicità; Internet e i nuovi contratti sul web; antitrust e tutela del consumatore*, Rimini, 2001; Rossotto, *I contratti di pubblicità: il contratto di agenzia, il contratto di sponsorizzazione*, Milano, 1994.

⁴⁸⁴ In questi termini, Da Molo, *I contratti di pubblicità*, cit., 270.

⁴⁸⁵ Così, Rossotto, *Il contratto di agenzia pubblicitaria – Introduzione*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. XVIII (Pubblicità e promozione), cit., 5 ss..

dal mercato pubblicitario medesimo, nel quale, prima ancora che all'interno dell'ordinamento interno, si sono affermate una pluralità di fattispecie negoziali aventi ad oggetto lo svolgimento di attività relative alla pubblicità commerciale. In una simile prospettiva, tali contratti ben possono essere definiti quali accordi finalizzati a fornire una regolamentazione ai rapporti, anche giuridici, intercorrenti fra i soggetti che svolgono attività relative alla pubblicità commerciale.

E' bene precisare come la definizione di pubblicità data dagli operatori del settore non coincida con quella, peraltro, come visto⁴⁸⁶, successiva, fornita dall'ordinamento italiano. Ed infatti, mentre quest'ultima risulta, conformemente alla nozione comune di pubblicità, tutt'altro che limitata, essendo estesa a "*qualsiasi forma di messaggio che è diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere il trasferimento di beni mobili o immobili, la prestazione di opere o di servizi oppure la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi*"⁴⁸⁷, la definizione che del fenomeno pubblicitario hanno dato gli operatori del settore risulta, a ben vedere, molto più ristretta, riguardando esclusivamente i cosiddetti "annunci tabellari", ovvero le comunicazioni promozionali diffuse, dietro corrispettivo, attraverso i *mass media*⁴⁸⁸. In altri termini, se, stando alla definizione fornita dal legislatore italiano⁴⁸⁹, viene inclusa nella nozione di

⁴⁸⁶ Si rinvia, sul punto, a quanto già rilevato, *supra*, all'interno del capitolo II.

⁴⁸⁷ Art. 2, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 145/2007.

⁴⁸⁸ In questi termini, si veda Rossotto, *Il contratto di agenzia pubblicitaria – Introduzione, cit.*, 6.

⁴⁸⁹ Ma non dissimile risulta la definizione contenuta all'interno del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale. Analogamente, stando alla definizione fornita dalla Camera di Commercio di Milano nel 1988, nella raccolta degli usi pubblicitari, "*per pubblicità si intende qualsiasi forma di comunicazione che sia diffusa nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, allo scopo di promuovere la domanda di beni o servizi*" (CCIAA Milano, Raccolta usi pubblicitari, 1988).

comunicazione pubblicitaria anche quella che non miri necessariamente alla promozione di determinati beni e/o servizi, quale può essere la cosiddetta pubblicità istituzionale, al contrario, ben può essere esclusa dalla nozione di pubblicità quale individuata dagli operatori del settore, anche quella forma di comunicazione che, sebbene sottenda un intento promozionale, non venga trasmessa dai tradizionali mezzi di comunicazione, ovvero sia diffusa senza la previsione di un corrispettivo.

Si è anticipato che il mercato pubblicitario italiano ha trovato, nel sistema angloamericano, un fondamentale ed imprescindibile punto di riferimento per lo sviluppo delle diverse fattispecie negoziali tese a regolamentare i rapporti fra gli operatori del settore: fra queste, in primo luogo, il contratto di agenzia pubblicitaria.

In particolare, se, in un primo momento, ci si è limitati a recepire pedissequamente i modelli contrattuali anglosassoni⁴⁹⁰, successivamente si è cercato di “adattare” simili schemi al mercato nazionale, operando un coordinamento con le peculiarità del panorama pubblicitario italiano e, soprattutto, con i principi fondamentali del nostro ordinamento.

⁴⁹⁰ Si veda Rossotto, *Il contratto di agenzia pubblicitaria – Gli schemi contrattuali anglosassoni*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. XVIII (Pubblicità e promozione), *cit.*, 113 ss., il quale osserva come l’importazione dei modelli anglosassoni in Italia avvenne “a cavallo degli anni Cinquanta in seguito alle prime grandi acquisizioni operate da agenzie americane sul nostro mercato”. In proposito, osserva l’Autore come, mentre lo schema negoziale tipico del sistema anglosassone risulta strutturato secondo il modello della proposta contrattuale, formulata dall’agenzia direttamente all’utente pubblicitario, la prassi diffusa nel mercato italiano “prevede il conferimento dell’incarico da parte dell’utente all’agenzia con una comunicazione scritta che disciplina il loro rapporto”. L’Autore procede, inoltre, all’analisi dei modelli contrattuali anglosassoni, individuando le principali clausole in essi contenute, quali: la clausola *agency’s services*, con cui l’agenzia si obbliga ad eseguire determinati servizi, che possono essere anche specificamente individuati; la *mutually exclusive arrangement*, relativa alla clausola di esclusiva reciproca; la *agent relationship*, mediante la quale vengono individuati i singoli poteri di rappresentanza spettanti all’agenzia nei confronti dei terzi; la *mutual cooperation*, in relazione al comportamento assunto da entrambe le parti nell’esecuzione del contratto; la *approval of expenditures – cancellation of plans*,

Come si è detto, il principale modello anglosassone cui si è fatto riferimento è stato quello relativo al contratto di agenzia pubblicitaria, caratterizzato, in particolare, dalla presenza di numerose clausole tese a specificare le obbligazioni cui è tenuta l'agenzia pubblicitaria rispetto all'utente. Obbligazioni dettate dall'esigenza di assicurare la più alta diligenza da parte della prima nello svolgimento dei compiti alla stessa affidati dal secondo.

Parimenti significativa è la rilevanza attribuita alle clausole relative alla regolamentazione dei rapporti di natura economica tra le parti, effettuata mediante la determinazione del compenso dell'agenzia in proporzione all'entità dell'investimento effettuato dall'utente: criterio, questo, riprodotto anche nei nostri schemi negoziali. Analogamente, un ulteriore profilo di continuità con l'esperienza di *common law* si rinviene nelle clausole, anch'esse molto analitiche, riguardanti la durata e lo scioglimento del contratto. Infine, indubbia è la rilevanza attribuita, negli schemi negoziali anglosassoni, alle clausole tese a tutelare la riservatezza e la diffusione delle notizie relative all'attività svolta dall'agenzia nell'interesse dell'utente.

Non si rinviene, invece, nel modello di *common law*, una espressa previsione circa la risoluzione di eventuali controversie che possano sorgere in merito al contratto stesso: soltanto in sporadici casi può essere introdotta una clausola compromissoria⁴⁹¹.

Un simile schema rappresenta il principale modello di riferimento per la regolamentazione dei contratti pubblicitari che si sono diffusi nel nostro Paese, attesa la lacuna legislativa che ha caratterizzato (e che tuttora caratterizza) il mercato pubblicitario italiano. Sotto altro profilo, poi, l'influenza del modello anglosassone ha favorito l'affermarsi, in Italia, di

che regola i rapporti tra le parti “nell'evoluzione del loro rapporto, con particolare riguardo allo stato di avanzamento dei lavori svolti dall'agenzia”.

particolari fonti di disciplina dei contratti pubblicitari, che a tale modello si sono ispirate, consentendo di ovviare al vuoto di tutela che si era creato in materia, peraltro ricorrendo ad uno strumento, per così dire, inusuale in un ordinamento di *civil law*, quale è, appunto, il nostro.

2. Le fonti dei contratti pubblicitari in Italia.

Come si è avuto modo di rilevare, in Italia non è dato rinvenire una disciplina legislativa tesa a regolamentare, in maniera generale, le fattispecie negoziali che si sono, nel tempo, affermate nel settore pubblicitario: fattispecie, alle quali possono, peraltro, in ogni caso, essere applicate le disposizioni codicistiche relative ai contratti in generale.

Una tale lacuna normativa ha favorito, anche per effetto della surriferita influenza esercitata in tale materia dall'esperienza anglosassone, lo sviluppo di peculiari fonti di normazione, che ben possono essere ritenute atipiche se confrontate con le fonti del diritto che caratterizzano i sistemi di *civil law*.

In particolare, fondamentale è stato il contributo fornito dalla prassi, ovvero da quelle regole derivate dai rapporti concreti tra gli operatori del settore, che hanno dato luogo a veri e propri usi in materia: a comportamenti, cioè, ripetutamente posti in essere, nella realtà, da una pluralità di soggetti.

In una simile prospettiva, un ruolo di primo piano è stato assunto dalle Camere di Commercio, le quali, infatti, si sono rese promotrici della codificazione scritta degli usi praticati dagli operatori pubblicitari, dando luogo a sempre più numerose Raccolte di usi, contenenti, appunto, le principali regole seguite nel settore. Trattasi, più nello specifico, di raccolte che possono essere a carattere generale, e, quindi, estese a tutto il territorio

⁴⁹¹ In questi termini, Rossotto, *Il contratto di agenzia pubblicitaria – Gli schemi contrattuali anglosassoni*, cit., 118.

nazionale, ovvero locale, laddove circoscritte ad un determinato ambito, queste ultime, peraltro, tra loro sostanzialmente uniformi, non presentando significative differenze sotto il profilo contenutistico. Tale aspetto, se, da un lato, può essere ricondotto alla tendenziale uniformità della prassi pubblicitaria italiana, dall'altro lato, ha favorito l'affermarsi di tali raccolte, le quali sono state sia utilizzate in misura sempre più frequente dagli operatori del settore, sia costantemente tenute in considerazione dalla stessa giurisprudenza.

Purtuttavia, simili regole, in quanto usi, non potranno assurgere a fonti del diritto di rango primario, ciò essendo espressamente escluso dal nostro ordinamento, laddove colloca tali fonti in una posizione subordinata rispetto alle altre fonti del diritto⁴⁹². Conseguentemente, esse non potranno, in alcun modo, risultare in contrasto con fonti sovraordinate, quali, appunto, le disposizioni normative.

In secondo luogo, la prassi commerciale, oltre allo sviluppo delle summenzionate Raccolte degli usi, ha favorito la nascita anche di sistemi di regole elaborati dalle organizzazioni di natura associativa rappresentative della categoria degli operatori pubblicitari⁴⁹³. Trattasi, in particolare, di regole diverse da quelle contenute nelle Raccolte degli usi, non potendo essere qualificate quali fonti di diritto e, cionondimeno, parimenti importanti ai fini della disciplina delle numerose fattispecie di contratti pubblicitari, se solo si considera che, mediante tale strumento, le

⁴⁹² Art. 1 Disposizioni sulla legge in generale (*"Indicazione delle fonti"*): *"Sono fonti del diritto:*

1) *le leggi;*

2) *i regolamenti;*

3) *gli usi"*.

⁴⁹³ Si pensi, in particolare, all'UPA (Utenti Pubblicità Associati), che riunisce gli "utenti" della pubblicità, ovvero le imprese che intendano servirsi dello strumento pubblicitario, o all'associazione AssoComunicazione, che riunisce, invece, le imprese di comunicazione,

associazioni professionali hanno dato luogo a veri e propri modelli di schemi negoziali, di indubbia utilità per la regolamentazione dei rapporti tra i vari operatori del settore. D'altra parte, è evidente come, essendo regole elaborate da associazioni rappresentative degli interessi degli operatori medesimi, questi ultimi attribuiscono notevole rilevanza alle stesse.

Nell'esame delle regole di natura associativa affermatesi nel settore pubblicitario, una particolare attenzione deve essere dedicata alle disposizioni contenute all'interno del Codice dell'Autodisciplina Pubblicitaria (oggi, come detto, Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale), atteso il ruolo di primo piano svolto in tale materia, in passato e tuttora, dall'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria⁴⁹⁴.

Trattasi, peraltro, come si è avuto modo di rilevare, di norme tese a disciplinare principalmente il profilo formale e quello sostanziale della comunicazione pubblicitaria: ovvero, aspetti non immediatamente riferibili ai rapporti negoziali tra gli operatori del settore. Un discorso diverso deve, invece, essere svolto con riferimento alla clausola di accettazione al predetto Codice: una norma, cioè, che i soggetti aderenti al sistema autodisciplinare sono tenuti a far inserire ai propri associati nei contratti pubblicitari stipulati con altri soggetti⁴⁹⁵, in tal modo estendendo l'applicazione delle disposizioni autodisciplinari anche agli "utenti" della pubblicità.

ovvero le agenzie pubblicitarie, le quali, ovviamente, nella predisposizione dei vari modelli contrattuali, mirano a tutelare gli interessi dei propri associati.

⁴⁹⁴ Per una più dettagliata analisi della nascita e dello sviluppo di tale sistema normativo, si rinvia, in proposito, a quanto già rilevato all'interno del capitolo II, *sub* § 2.4..

⁴⁹⁵ Norme preliminari e generali al Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, lett. d) ("*Clausola di accettazione*"): "*Per meglio assicurare l'osservanza delle decisioni dell'organo giudicante, gli organismi aderenti si impegnano a far sì che ciascun soggetto ad essi associato inserisca nei propri contratti una speciale clausola di accettazione del Codice, dei Regolamenti autodisciplinari e delle decisioni assunte dal Giurì, anche in ordine alla loro pubblicazione, nonché delle ingiunzioni del Comitato di Controllo divenute definitive*".

Un simile effetto ha indotto taluna dottrina a qualificare la clausola di accettazione quale contratto a favore di terzo⁴⁹⁶, ove terzo beneficiario sarebbe il destinatario della comunicazione pubblicitaria, laddove, invece, le parti contraenti dovrebbero rinvenirsi, da un lato, nel cosiddetto mezzo pubblicitario (ovvero, il mezzo attraverso cui viene veicolata la pubblicità), quale soggetto stipulante, dall'altro, nell'utente del mezzo (ovvero, ad esempio l'agenzia pubblicitaria), quale soggetto promittente, evidente essendo l'interesse del primo all'introduzione della clausola di adesione al Codice all'interno del contratto⁴⁹⁷. Aderendo ad una simile impostazione, l'obbligo, per l'utente pubblicitario-promittente, di rispettare le prescrizioni derivanti dal sistema autodisciplinare, così come previsto dalla clausola di accettazione, discenderebbe, appunto, dall'essere, l'utente stesso, parte (e, in particolare, parte promittente) del contratto stipulato con il mezzo (soggetto, come detto, stipulante), a favore di un soggetto terzo, individuato nel destinatario della comunicazione pubblicitario.

Alla luce di quanto appena detto, dunque, per effetto della previsione, all'interno dei contratti pubblicitari, della clausola di accettazione, le norme autodisciplinari spiegheranno i loro effetti anche nei confronti di soggetti per così dire "esterni" al Codice di Autodisciplina, con la conseguenza che

⁴⁹⁶ Art. 1411 c.c.: "*E' valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse*". In particolare, sul peculiare istituto negoziale del contratto a favore di terzo, si vedano: Angeloni, *Del contratto a favore di terzi*, Bologna, 2004; Girino, *Studi in materia di stipulazione a favore di terzo*, Milano, 1965; Lo Schiavo, Marrese, *Il contratto a favore di terzo*, Milano, 2003; Majello, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962; Moscarini, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970.

⁴⁹⁷ Giunge ad una simile conclusione, Trib. Milano, 22.1.1976, *cit.*. In quell'occasione, peraltro, i giudici milanesi si sono spinti anche oltre, arrivando a riconoscere che la clausola di accettazione al Codice dell'Autodisciplina Pubblicitaria possa configurare anche un contratto a favore di un terzo indeterminato (da individuarsi in colui il quale si rivolga agli organi autodisciplinari per ottenere la condanna di un messaggio pubblicitario), "*allo stesso modo in cui è possibile costituire un diritto per un soggetto determinabile, tanto più che l'attribuzione concerne nella specie un diritto potestativo, il cui esercizio pone il promittente in una situazione di soggezione perfettamente definita in*

eventuali contegni non conformi a quanto prescritto all'interno di tale *corpus* normativo potranno, in primo luogo, legittimare l'irrogazione di sanzioni nei confronti tanto del soggetto che abbia posto in essere quella violazione, quanto dell'associazione che non abbia provveduto a sanzionare simile contegno. In secondo luogo, poi, e per quel che in questa sede rileva, i medesimi contegni illeciti potranno essere, altresì, valutati quali ipotesi di inadempimento contrattuale⁴⁹⁸.

3. Il contratto di pubblicità: natura e soggetti.

Ulteriore profilo che merita di essere affrontato nell'analisi dei contratti pubblicitari è costituito dall'individuazione della natura del cosiddetto contratto di pubblicità, nonché dei soggetti dei rapporti giuridici sottesi alle diverse fattispecie negoziali aventi ad oggetto attività pubblicitarie.

Prendendo le mosse dalla prima delle accennate problematiche, interessante è stato il contributo fornito dalla giurisprudenza, la quale, ripetutamente chiamata a pronunciarsi con riferimento alla fattispecie, per così dire, "tradizionale", di contratto di pubblicità, ovvero il contratto di agenzia pubblicitaria, ha costantemente ribadito la peculiare natura di tale figura negoziale, quale contratto, cioè, "*atipico del genere do ut des che non si esaurisce nello schema del mandato, poiché il committente affida all'agente pubblicitario l'esecuzione di numerose prestazioni, relative all'ideazione, organizzazione ed attuazione della campagna promozionale, lasciandogli la necessaria libertà nella scelta dei mezzi più opportuni per il raggiungimento di un determinato risultato promozionale*"⁴⁹⁹: un contratto,

partenza e non suscettibile di modificazioni in funzione del soggetto che eserciterà la facoltà conferita".

⁴⁹⁸ In questi termini, Da Molo, *cit.*, 294.

⁴⁹⁹ Così, Cass. civ., sez. II, 5.2.2000, n. 1288, in *I contratti*, 2000, n. 12, 1150 ss.; analogamente, Cass. civ., sez. II, 19.3.1984, n. 1874, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 345 ss..

in altri termini, “*che trascende la figura del mandato e si avvicina piuttosto a quella dell'appalto di servizi*”⁵⁰⁰. Una simile qualificazione, inoltre, troverebbe un riscontro anche nella definizione che del contratto di pubblicità viene data dalle varie raccolte degli usi, laddove tale fattispecie negoziale viene definita, ad esempio, come quel “*contratto con il quale l'agenzia pubblicitaria assume l'incarico di progettare, pianificare e realizzare la pubblicità per uno e/o più prodotti e servizi dell'utente, a fronte di un corrispettivo*”⁵⁰¹.

Non è mancato, peraltro, chi, in dottrina, ha rinvenuto nel contratto di pubblicità due contratti collegati: ovvero, di prestazione d'opera intellettuale e di mandato. Una simile qualificazione prende spunto, del resto, dalla coesistenza, all'interno di tale fattispecie negoziale, di un duplice aspetto: l'uno, per così dire, intellettuale, consistente nella ideazione della campagna pubblicitaria, profilo alla luce del quale il contratto di pubblicità avrebbe ad oggetto un'obbligazione di mezzi, e non già di risultato; l'altro, invece, più propriamente esecutivo, ravvisabile nella materiale realizzazione della pubblicità, in relazione alla quale, invece, dovrebbe farsi riferimento alla disciplina del contratto di mandato⁵⁰².

Cionondimeno, avverso una simile impostazione è stato obiettato come i suindicati due aspetti non risulterebbero in concreto scindibili, essendo, invece, strettamente collegati ed interdipendenti l'uno dall'altro all'interno del contratto di pubblicità⁵⁰³.

Quanto, poi, all'ulteriore problematica accennata all'inizio del paragrafo, riguardante l'individuazione dei soggetti, per così dire “coinvolti” nello

⁵⁰⁰Cass. civ., sez. II, 16.3.1988, n. 2474, in *Giust. civ.* 1988, I, 1705 ss..

⁵⁰¹ Camera di Commercio di Milano – Schema degli usi in materia pubblicitaria, Art. 4, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. XVIII (Pubblicità e promozione), *cit.*, 141.

⁵⁰² Così, Fusi, *op. cit.*, 46 ss..

svolgimento delle attività pubblicitarie oggetto delle molteplici fattispecie di contratti pubblicitari, utile risulta la nozione di pubblicità, essendo, le fattispecie negoziali in esame, relative ad attività di carattere pubblicitario: nozione che, come visto, al di là delle prospettate differenze tra la definizione legislativa e quella, invece, frutto della prassi commerciale, si caratterizza per l'intento promozionale sotteso alla comunicazione stessa.

In una simile prospettiva, prendendo le mosse dalla fattispecie tradizionale del contratto di agenzia pubblicitaria (attese, come si dirà, le forti analogie con il contratto di *product placement*), se si considera che, come detto, i rapporti giuridici oggetto dei contratti pubblicitari riguardano attività relative alla pubblicità commerciale, attività cui è sotteso un fine promozionale, non può non discenderne come debbano essere ritenuti titolari di simili rapporti giuridici, in primo luogo, coloro che si avvalgono dei predetti contratti per pubblicizzare propri prodotti o marchi di cui risultino titolari.

Del resto, una conferma in tal senso si rinviene nella disciplina in materia di pubblicità ingannevole e, in particolare, nella definizione, in essa contenuta, di “*operatore pubblicitario*”, ove viene ritenuto tale “*il committente del messaggio pubblicitario ed 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*”⁵⁰⁴. Trattasi, in altri termini, dei cosiddetti “*utenti*”⁵⁰⁵, ovvero di quei soggetti che avviano iniziative

⁵⁰³ Così, Dassi, nota a Cass. civ., sez. II, 5.2.2000, n. 1288, *cit.*, 1153.

⁵⁰⁴ Art. 2, comma 1, lett. e), D.Lgs. n. 145/2007.

⁵⁰⁵ In questi termini, Rossotto, *Il contratto di agenzia pubblicitaria – Introduzione*, *cit.*, 7.

commerciali per scopi promozionali, indipendentemente dalla qualifica tecnica degli stessi quali imprenditori⁵⁰⁶.

Se tale categoria di soggetti costituisce, per così dire, una delle parti del contratto pubblicitario, risulta evidente come l'altra parte di tale rapporto contrattuale debba individuarsi in quei soggetti cui è affidata l'attività di promozione commissionata dall'utente: si pensi, ad esempio, alle agenzie pubblicitarie, nell'ambito del contratto di agenzia pubblicitaria, alle quali è demandata, cioè, tanto l'ideazione quanto la concreta realizzazione della campagna pubblicitaria.

Sotto altro profilo, è indubbio come altra categoria di soggetti "coinvolti" nel rapporto pubblicitario sia rappresentata da coloro mediante i quali viene diffusa la comunicazione pubblicitaria: ovvero, i *mass media*.

In particolare, con riferimento a quest'ultima categoria, è stato osservato come la prassi italiana si sia differenziata da quelli che erano i modelli affermatasi nell'area anglosassone, soprattutto in relazione alle caratteristiche strutturali del rapporto negoziale instaurato con il mezzo. È stato, infatti, osservato come, mentre negli schemi di *common law* è l'agenzia stessa a stipulare l'accordo con il mezzo cui è affidata la diffusione della comunicazione pubblicitaria, nel mercato italiano si è diffusa una prassi diversa, caratterizzata dall'instaurarsi di un rapporto

⁵⁰⁶ Tanto, del resto, conformemente all'orientamento del Giurì di Autodisciplina, secondo cui "ciò che rileva è la oggettiva e immediata destinazione della comunicazione" (dec. n. 122 del 4.10.1994, in *Giur. pubbl.*, 1994-1995, 248 ss.). In quell'occasione, ha, altresì, precisato il Giurì come "anche un ente non a scopo di lucro, alle cui finalità statutarie sia pur estraneo lo svolgimento di attività di impresa o di attività economiche, può collocarsi nell'ambito dell'attività pubblicitaria in senso stretto ove diffonda comunicazioni dirette a vendere prodotti o servizi che l'ente offra al "mercato" contro corrispettivo, al fine di raccogliere fondi". Sulla natura di tale parte contraente, si veda, inoltre, Da Molo, *cit.*, 271, il quale osserva come l'utente potrà essere anche un ente pubblico economico o l'Amministrazione dello Stato, specificando, come, in quest'ultimo caso, la natura pubblica della parte inciderà esclusivamente nella fase di formazione del contratto, a nulla

negoziale stipulato sempre tra l'agenzia ed il mezzo, i cui effetti, cionondimeno, si producono direttamente nei confronti dell'utente, il quale, dunque, e non già l'agenzia pubblicitaria, sarà tenuto, ad esempio, a corrispondere al mezzo i compensi a quest'ultimo spettanti⁵⁰⁷.

4. Il *product placement* quale contratto pubblicitario.

Come si è detto, all'interno della categoria dei contratti pubblicitari possono essere ricomprese molteplici fattispecie negoziali, per di più tra di loro non necessariamente omogenee, le quali, purtuttavia, si caratterizzano per avere ad oggetto, tutte, attività connesse con il fenomeno della pubblicità commerciale⁵⁰⁸.

Alla luce di una simile definizione, lo stesso piazzamento di prodotto ben può essere inquadrato nell'ambito di tale categoria, essendo anch'esso caratterizzato, al pari degli altri contratti della pubblicità, dall'aver ad oggetto un'attività di carattere *strictu sensu* promozionale. Né può dubitarsi circa la natura negoziale del *product placement*, attesa l'origine storica di simile fenomeno, nato, appunto, come visto, quale accordo commerciale tra l'autore di un'opera (solitamente cinematografica) ed un'impresa produttrice di determinati beni, per il "piazzamento" a fini pubblicitari, all'interno dell'opera realizzata dal primo, dei beni della seconda.

rilevando, invece, "*per quel che attiene alla fase di esecuzione o comunque ad ogni vicenda successiva alla conclusione del contratto*".

⁵⁰⁷ Così, Rossotto, *Il contratto di agenzia pubblicitaria – Introduzione*, cit., 10. L'Autore osserva come una simile scelta possa essere stata dettata da ragioni di natura economica, e, in particolare, dalla diversa origine delle agenzie pubblicitarie italiane, le quali "*ai propri albori, si sono strutturate in forma di piccoli studi tecnici o grafici*", che può aver "*spinto gli operatori del settore a strutturare in maniera diversa il rapporto con i mezzi, al fine di assicurare maggiori garanzie alle agenzie*". Rileva, altresì, l'Autore come, accanto alle due prospettate tipologie di rapporto negoziale con il mezzo, possa individuarsene una terza, cosiddetta di "acquisto diretto", che si caratterizza per essere l'utente stesso a concludere direttamente l'accordo con il mezzo.

⁵⁰⁸ In questi termini, Da Molo, cit., 270.

Si procederà, pertanto, nei successivi paragrafi, ad inquadrare il piazzamento di prodotto nell'ambito di tale categoria negoziale, cercando di evidenziare le caratteristiche di tale fattispecie negoziale, anche in una prospettiva comparatistica con quei contratti pubblicitari, per così dire, più affini al *product placement*, nonché di individuare le analogie e differenze tra tutte queste fattispecie.

Infine, si cercherà di tracciare le principali conseguenze della disciplina legislativa sul piazzamento di prodotto (introdotta per effetto del D.Lgs. n. 28/2004) con riferimento all'analisi di tale fenomeno da un punto di vista strettamente negoziale.

4.1. Qualificazione giuridica e contenuto del contratto.

Definito il *product placement* quale contratto pubblicitario, occorre individuare le peculiarità proprie di tale fattispecie negoziale e, in primo luogo, la natura.

In primo luogo, il piazzamento di prodotto può essere qualificato quale contratto atipico, non potendo individuarsi, all'interno del nostro ordinamento, una disciplina legislativa che regolamenti simile contratto.

In tal senso, del resto, sembrerebbero far propendere, da un lato, la molteplicità delle modalità mediante le quali viene realizzata la tecnica del piazzamento di prodotto⁵⁰⁹, dall'altro la circostanza che l'accordo di *product placement* possa essere realizzato anche per effetto dell'attività di intermediazione posta in essere da soggetti terzi⁵¹⁰: circostanze, entrambe,

⁵⁰⁹ Il riferimento è alle tecniche del cosiddetto *screen placement*, dello *script placement* e del *plot placement*, per l'analisi delle quali si rinvia, *supra*, a quanto già rilevato all'interno del capitolo III, *sub* § 2.

⁵¹⁰ Ovvero, le agenzie pubblicitarie, le quali possono, esse stesse, divenire parti contrattuali, concludendo il contratto di piazzamento di prodotto in nome e per conto

tali da rendere non immediata la riconducibilità di tale contratto ad una ben definita fattispecie contrattuale, regolamentata dalla legge.

L'atipicità del contratto di piazzamento di prodotto impone, pertanto, una preventiva valutazione circa la liceità di un simile fenomeno negoziale secondo i principi generali del nostro ordinamento giuridico: in altri termini, con riferimento al *product placement* inteso quale fenomeno negoziale, occorrerà stabilire se esso miri a realizzare interessi meritevoli di tutela⁵¹¹. Un aspetto, questo, che, a seguito del recente intervento legislativo in materia, non può non essere risolto che in senso positivo, essendo stato espressamente riconosciuto il ricorso alla tecnica del “*collocamento pianificato di marchi e prodotti*”.

Volendo tentare una possibile qualificazione del piazzamento di prodotto alla luce delle diverse figure contrattuali tipizzate nel nostro ordinamento, il *product placement* è stato inquadrato nella categoria dei contratti di prestazione di servizi, ove l'obbligazione principale consisterebbe, appunto, nel piazzamento del prodotto: un'obbligazione, in particolare, di risultato e non già di mezzi, costituendo, l'inserimento del bene all'interno dell'opera, oggetto stesso del contratto⁵¹². Sotto altro profilo, poi, facendo riferimento alle tradizionali classificazioni utilizzate con riferimento alle varie fattispecie negoziali, il piazzamento di prodotto può essere, altresì, qualificato quale contratto consensuale, ad effetti obbligatori, a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive, in quanto attraverso di esso un soggetto, l'impresa produttrice di determinati prodotti o titolare di uno

degli interessati. Con il tempo, anzi, si sono affermate agenzie pubblicitarie specializzate in *product placement*, che si occupano, cioè, principalmente, se non, in taluni casi, esclusivamente, della realizzazione di tale tecnica pubblicitaria.

⁵¹¹ Art. 1322, comma 2, c.c.: “*Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*”.

⁵¹² Così, Magni, *cit.*, 107.

specifico marchio, corrisponde ad un altro soggetto, l'autore dell'opera (ad esempio, cinematografica), un compenso per l'inserimento dei propri prodotti all'interno dell'opera medesima.

Al riguardo, è stato, peraltro, osservato come una simile fattispecie negoziale possa assumere caratteristiche diverse a seconda degli accordi intercorsi tra le parti e delle intenzioni delle stesse. Così, qualora, in determinate circostanze, le parti abbiano inteso, ad esempio, rendere quanto più possibile segreto l'accordo, occultandolo, dunque, non solo nei confronti del pubblico destinatario dell'opera, ma anche verso gli altri soggetti coinvolti nella realizzazione dell'opera stessa, non soltanto il contratto di *product placement* consisterà in un mero accordo verbale, ma la stessa corresponsione del compenso per l'avvenuto piazzamento del prodotto verrà effettuata in maniera non palese. Diversamente, laddove intenzione delle parti sia stata quella di rendere noto un simile accordo, esso ben potrà essere redatto per iscritto e, all'interno del contratto, potrà essere, altresì, espressamente pattuito il corrispettivo spettante all'autore dell'opera per l'inserimento dei prodotti dell'impresa.

Ulteriore profilo che merita di essere analizzato in relazione alla fattispecie negoziale del *product placement* attiene al contenuto di tale accordo, con particolare riferimento all'ipotesi in cui esso venga formalizzato per iscritto, al fine di individuare quali clausole sia opportuno inserire all'interno del regolamento contrattuale. Una simile analisi non può prescindere dalla natura e/o finalità precipua del piazzamento di prodotto, quale tecnica, cioè, tesa al piazzamento promozionale di determinati prodotti e/o marchi all'interno di un'opera dell'ingegno.

Al riguardo, un primo elemento su cui soffermarsi attiene al necessario inserimento, fra le clausole del regolamento negoziale, di quelle relative alle modalità di realizzazione del piazzamento stesso: ovvero, le

disposizioni riguardanti le modalità ed i tempi di inserimento del prodotto e/o marchio all'interno dell'opera dell'ingegno. Del resto, l'opportunità di una tale previsione trova la propria giustificazione nella circostanza che trattasi di elementi sulla base dei quali determinare il compenso che l'impresa produttrice dei prodotti e/o servizi dovrà corrispondere all'autore dell'opera per la realizzazione del piazzamento. Il che, del resto, costituisce un aspetto caratteristico di tutti i contratti pubblicitari, nei quali, infatti, il corrispettivo è determinato in maniera proporzionale al tempo ed allo spessore attribuiti alla comunicazione pubblicitaria⁵¹³.

Connesso al contenuto del contratto di piazzamento di prodotto, è il necessario inserimento, all'interno del regolamento contrattuale di tale fattispecie negoziale, di una o più clausole che rechino i limiti e divieti

⁵¹³ In questi termini, si veda Dell'Arte, *cit.*, 716, il quale fornisce un'analisi dettagliata del contenuto del contratto di *product placement*, procedendo anche ad individuare un possibile modello di contratto. In particolare, con riferimento al contenuto specifico della clausola relativa al *product placement*, l'Autore ipotizza una disposizione del seguente tenore:

“1. Il Produttore si obbliga a introdurre il Marchio nell’Opera e la Società accetta all’uopo concedendo licenza al Produttore con le seguenti modalità:

Il Marchio verrà esposto nel contesto delle scene individuate nelle tavole numeri [...] dello Story-Board che corrispondono alle scene di cui alle pagine [...] della Sceneggiatura.

Il Marchio apparirà on le seguenti modalità:

scena n. 1 [...] per un tempo complessivo di [...] secondi;

scena n. 2 [...] per un tempo complessivo di [...] secondi;

scena n. 3 [...] per un tempo complessivo di [...] secondi.

Nella scena n. [...]il protagonista [...] menzionerà nella recitazione della frase [...] il marchio denominativo in termini chiari e comprensibili.

In nessun caso il Marchio verrà inserito in modo da lederne l’immagine o il decoro.

Ogni altro utilizzo dovrà essere autorizzato per iscritto dalla Società.

2. Il Produttore si riserva la facoltà di modificare la sceneggiatura e lo Story-Board se necessario o opportuno ai fini della realizzazione dell’Opera. Qualora l’esercizio di tale facoltà comporti la modifica dell’inserimento del Marchio nell’Opera come sopra convenuto sarà necessario il consenso scritto della Società. In mancanza il Produttore potrà ugualmente apportare le modifiche ma la società avrà diritto di recedere dal presente contratto e di chiedere la restituzione delle somme fino ad allora pagate in forza del presente contratto.

3. Qualora Alfa non eserciti i diritti concessigli nel presente Contratto entro [...] dalla firma del medesimo, quest’ultimo si risolverà di diritto”.

dettati dall'ordinamento giuridico con riferimento alle comunicazioni pubblicitarie. Il riferimento è, ad esempio, ai divieti, previsti dalla disciplina statale, in materia di pubblicità di determinati prodotti, quali i prodotti da fumo e le bevande alcoliche, nonché, come si vedrà⁵¹⁴, a quanto previsto dalla recente disciplina legislativa in materia di *product placement* nelle opere cinematografiche. Del resto, anche laddove il contratto difettesse di simili previsioni, esso, laddove in contrasto con i surriferiti divieti di legge, si rivelerebbe nullo, siccome in violazione di norme imperative di legge⁵¹⁵.

Conseguentemente, l'inserimento delle predette clausole all'interno del contratto di piazzamento di prodotto sembrerebbe opportuno anche al fine di indagare la volontà delle parti nell'ipotesi in cui si verifici la predetta ipotesi della nullità del contratto e, dunque, di inefficacia dello stesso.

In linea con quanto da ultimo osservato, appare la previsione, all'interno del contratto in esame, di una clausola sulla trasparenza pubblicitaria, nella quale siano indicate le modalità attraverso cui rendere riconoscibile al destinatario dell'opera la natura pubblicitaria del piazzamento di prodotto⁵¹⁶.

Altra disposizione che può rinvenirsi all'interno del contratto in esame è costituita dalla clausola relativa alla tipologia di piazzamento di prodotto utilizzata: verbale, scritta, ovvero integrata⁵¹⁷.

Al di là delle predette clausole, il contenuto del contratto di *product placement* risulta, peraltro, assai eterogeneo: ciò che riflette, d'altra parte l'accennata atipicità di tale contratto, a sua volta, riconducibile, come detto,

⁵¹⁴ Sul punto, si rinvia a quanto si dirà nel successivo paragrafo 4.3..

⁵¹⁵ Art. 1418 c.c.: “*Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente*”.

⁵¹⁶ Sul punto, si rinvia, *infra*, a quanto verrà rilevato all'interno del § 4.3..

⁵¹⁷ E' possibile, peraltro, che si opti per il ricorso, anche contestuale, a più tipologie di piazzamento di prodotto.

alle molteplici tipologie di opere dell'ingegno all'interno delle quali realizzare il piazzamento di prodotto.

Conseguentemente, ben possono essere inserite, all'interno del contratto di *product placement*, clausole dal contenuto assai specifico: si pensi, ad esempio, alla previsione relativa alla realizzazione di campagne promozionali "combinata", nelle quali, cioè, l'impresa produttrice del bene e/o titolare del marchio cita anche l'opera all'interno della quale viene inserito il proprio prodotto (o marchio), ovvero, specularmente, il produttore dell'opera dell'ingegno pubblicizza anche il prodotto (o marchio) piazzato nella sua opera⁵¹⁸.

Analogamente, possono essere inserite clausole di esclusiva, con le quali, sia precluso all'autore dell'opera l'utilizzo di prodotti e/o marchi concorrenti con quello oggetto dell'accordo di *product placement*. Tanto, può accadere, ad esempio, qualora si tratti di beni fungibili⁵¹⁹.

4.2. Analogie e differenze tra il piazzamento di prodotto e contratti pubblicitari affini.

Descritte le principali caratteristiche del contratto di piazzamento di prodotto, un ulteriore profilo che merita di essere affrontato con riferimento agli aspetti negoziali di tale fenomeno riguarda il confronto con i contratti pubblicitari con i quali il *product placement* presenta maggiori profili di collegamento. Cionondimeno, è opinione di chi scrive che, nonostante le affinità con taluni contratti pubblicitari, il piazzamento di prodotto conservi una propria autonomia ed indipendenza quale peculiare contratto della pubblicità, da tenere distinto dagli altri, per le specificità proprie che

⁵¹⁸ In questi termini, si veda Dell'Arte, *cit.*, 716.

⁵¹⁹ L'esempio è di Dell'Arte, *cit.*, 717.

caratterizzano tale fattispecie negoziale, le quali sono state ancor più evidenziate per effetto del recente intervento normativo in materia.

4.2.1. Il contratto di sponsorizzazione.

Una prima figura contrattuale che si presta ad una comparazione con il piazzamento di prodotto si rinviene nel contratto di sponsorizzazione: ovvero, quella forma di comunicazione pubblicitaria realizzata, non già mediante la promozione di determinati beni dell'impresa, bensì attraverso la diffusione del marchio dell'impresa medesima (detta *sponsor*). Diffusione, a sua volta, effettuata mediante l'abbinamento del marchio dello *sponsor* ad un determinato evento e/o personaggio conosciuto (*sponsee*)⁵²⁰, al fine di ottenere, mediante un simile accostamento, l'effetto promozionale proprio del fenomeno pubblicitario⁵²¹.

Un simile aspetto è stato da autorevoli voci in dottrina ritenuto un elemento di collegamento con il fenomeno del piazzamento di prodotto, costituendo anch'esso una tecnica commerciale che si discosta dalla fattispecie tradizionale di pubblicità⁵²².

Il contratto di sponsorizzazione, anche sotto tale profilo analogamente al piazzamento di prodotto, ha registrato, negli anni, una crescita esponenziale, affermandosi nei più disparati ambiti: dallo spettacolo (televisivo o radiofonico), alla cultura, al settore delle competizioni sportive; settore, quest'ultimo, che rimane, oggi, quello nel quale si

⁵²⁰ Così, Magni, *Sponsorizzazione e figure affini*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. XVIII (Pubblicità e promozione), *cit.*, 267 ss..

⁵²¹ Sulla sponsorizzazione, si veda, anche, *supra*, capitolo II, *sub* § 1.2..

⁵²² Si veda, ad esempio, Franceschelli, *I contratti di sponsorizzazione e la sponsorizzazione occulta (Il c.d. product placement)*, in *Sponsorizzazione e pubblicità*, Atti del Convegno di Parma, 15 aprile 1988, Milano, 1989, 89 ss..

registra, nel nostro ordinamento, il più frequente ricorso a tale tecnica pubblicitaria⁵²³.

Ulteriore analogia con il *product placement* è data dalla atipicità del contratto di sponsorizzazione, non essendo individuabile, in relazione ad esso, una generale disciplina legislativa, sebbene il fenomeno della sponsorizzazione non sia, per così dire, sconosciuto al nostro ordinamento⁵²⁴. Tanto ha portato la dottrina a studiare la sponsorizzazione prendendo le mosse da taluni contratti tipici, rinvenendo, in particolare, delle affinità con il contratto d'opera e con il contratto di appalto o, addirittura, con la donazione⁵²⁵.

Al di là della soluzione che si intenda prediligere, in ogni caso, il contratto di sponsorizzazione può essere definito, ancora una volta analogamente al *product placement*, quale contratto a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive. Diversamente dal piazzamento di prodotto, peraltro, la sponsorizzazione si caratterizza per la natura dell'obbligazione principale dello *sponsor*: si è di fronte, infatti, ad una obbligazione di mezzi e non di risultato, non gravando sullo *sponsee* alcun obbligo specifico di far ottenere allo *sponsor* un determinato ritorno pubblicitario.

Con riferimento al contenuto della prestazione dello *sponsor*, esso può consistere (e ciò avviene nella generalità delle ipotesi) nel pagamento di un corrispettivo, ad esempio per l'acquisto degli "strumenti" necessari per lo svolgimento della competizione. Può, però, essere realizzata anche una forma diversa di sponsorizzazione, la cosiddetta sponsorizzazione tecnica o

⁵²³ Si pensi, ad esempio, alla sponsorizzazione di un evento calcistico, di un intero team sportivo ovvero di un singolo campione. Osserva Magni, *Sponsorizzazione e figure affini*, cit., 279, come ciò costituisca una differenza tra il nostro Paese e gli Usa, ove, invece, l'utilizzo della sponsorizzazione ha interessato, principalmente, il settore radiotelevisivo.

⁵²⁴ Si rinvia, *supra*, capitolo II, § 1.2., sub nota 10.

⁵²⁵ Per una ricostruzione delle principali teorie sulla qualificazione giuridica del contratto di sponsorizzazione si veda, Magni, *Sponsorizzazione e figure affini*, cit., 292 ss..

interna, che si caratterizza, cioè, per il differente contenuto della prestazione dello *sponsor*, il quale, anziché corrispondere un compenso (o, quantomeno, anziché corrisponderlo integralmente), può fornire i propri prodotti allo *sponsee*, i quali dovranno essere da quest'ultimo utilizzati per tutta la durata dell'attività sponsorizzata⁵²⁶.

La necessità di operare un confronto tra il contratto di *product placement* e quello di sponsorizzazione è, molto probabilmente, riconducibile alla circostanza che taluno ha rinvenuto nel primo una ipotesi di “sponsorizzazione occulta”⁵²⁷.

In particolare, i sostenitori di una simile teoria hanno evidenziato come il piazzamento di prodotto, al pari della sponsorizzazione, opererebbe una sorta di collegamento dell'impresa con un evento estraneo all'attività di quest'ultima. Collegamento che si differenzerebbe da quello tra *sponsor* ed evento estraneo all'attività dello *sponsor* per essere celato – dunque, non immediatamente riconoscibile – nel *product placement*, mentre palese nel contratto di sponsorizzazione⁵²⁸.

Sotto altro profilo, poi, un ulteriore indice del collegamento tra le due fattispecie potrebbe rinvenirsi nella circostanza che, in entrambe si mirerebbe a promuovere l'immagine dell'azienda, anziché di un singolo prodotto e/o marchio della stessa. Cionondimeno, alla predetta assimilazione può essere contestato di non porre in evidenza le peculiarità proprie del piazzamento di prodotto rispetto al fenomeno della sponsorizzazione, tali per cui non potrebbe ritenersi applicabile al primo la disciplina prevista per il secondo.

⁵²⁶ Così, Magni, *Sponsorizzazione e figure affini*, cit., 284-285.

⁵²⁷ Così, Franceschelli, cit., 90.

⁵²⁸ In questi termini, si veda Bianca, *I contratti di sponsorizzazione*, Rimini, 1990, 43.

D'altra parte, in una simile prospettiva sembrerebbero far propendere una pluralità di fattori, fra cui, in primo luogo, il diverso sviluppo storico che il *product placement* ha avuto nel nostro ordinamento rispetto alla sponsorizzazione. Se, infatti, il piazzamento di prodotto è nato e si è affermato in Italia quale forma di pubblicità non palese, un simile fenomeno non ha interessato la sponsorizzazione, la quale, anzi, si caratterizza proprio per costituire una forma, sebbene peculiarissima, di pubblicità immediatamente riconoscibile come tale. Ciò che, del resto, ha indotto i sostenitori della accennata teoria a qualificare il piazzamento di prodotto come una fattispecie di sponsorizzazione "occulta".

In ogni caso, poi, la non riconducibilità del contratto di *product placement* nell'ambito delle sponsorizzazioni sembra aver trovato un'ulteriore conferma nella recente disciplina legislativa tesa a regolamentare il fenomeno del piazzamento di prodotto. Trattasi, infatti, di disciplina che, nella misura in cui stabilisce, sebbene limitatamente alle attività cinematografiche, le modalità da seguire per realizzare un lecito "collocamento pianificato di marchi e prodotti", intende apprestare una regolamentazione ben individuata ad un fenomeno specifico, quale è, appunto, il piazzamento di prodotto: un fenomeno, dunque, da tenere distinto, dalle altre fattispecie di pubblicità, come, del resto, si evince già dal diverso linguaggio utilizzato dal legislatore per definire un simile fenomeno.

4.2.2. I contratti per lo sfruttamento pubblicitario del nome e dell'immagine altrui.

Una seconda categoria di contratti pubblicitari con la quale il piazzamento di prodotto presenta talune affinità è costituita dai contratti per lo

sfruttamento del nome e dell'immagine altrui. Il riferimento è a tutti quei contratti, peraltro molto vicini alla sponsorizzazione, nei quali vengono sfruttati il nome, l'immagine, o anche la voce di determinati soggetti, dunque, veri e propri diritti della personalità⁵²⁹, per fini prettamente promozionali. Di qui la qualificazione come contratti della pubblicità.

Procedendo in un succinto esame delle principali figure negoziali riconducibili alla suddetta categoria, una prima fattispecie può individuarsi nel contratto di *merchandising*, che si caratterizza per lo “*sfruttamento del valore suggestivo acquisito da nomi, figure o segni o insieme di segni distintivi grazie alla loro utilizzazione nell'ambito di una certa attività consentendone l'utilizzazione per promuovere la vendita di prodotti o servizi non inerenti all'attività nella quale il nome, figura o segno è stato originariamente e viene principalmente utilizzato. Lo strumento contrattuale con cui questa pratica viene attuata è il contratto di licenza di merchandising con cui il <titolare> del nome, figura o segno ne concede l'uso ad (altro) imprenditore per promuovere o anche per contraddistinguere i prodotti di quest'ultimo*”⁵³⁰. In altri termini, una fattispecie nella quale, mediante l'utilizzo di un determinato marchio, si pubblicizzano, mediante la portata evocativa del marchio stesso, prodotti appartenenti ad una differente categoria merceologica.

⁵²⁹ Fra questi, il diritto al nome, tutelato nel nostro ordinamento sotto un duplice profilo: da un lato, quale diritto all'uso del proprio nome, ovvero ad essere individuato con il nome viene “*per legge attribuito*” ad ogni persona (art. 6 c.c.); dall'altro, quale diritto all'uso esclusivo del proprio nome, la violazione del quale legittima l'azione in giudizio per ottenere “*la cessazione del fatto lesivo, salvo il risarcimento dei danni*” (art. 7 c.c.). Analogamente, il diritto all'immagine rinviene la propria disciplina all'interno del codice civile, il cui art. 10 prevede che “*qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni*”.

⁵³⁰ Auteri, *Lo sfruttamento del valore suggestivo dei marchi d'impresa mediante merchandising*, in *Contr. e Impr.*, 1989, 510 ss.

Un simile fine può essere realizzato secondo le più diverse modalità: si pensi, ad esempio, al protagonista di un'opera letteraria, cinematografica, ovvero a noti personaggi del mondo dello spettacolo, dello sport o della cultura: di qui, l'analogia con il piazzamento di prodotto, essendo le due fattispecie accomunate dalla capacità suggestiva attribuita agli strumenti attraverso cui, nell'un caso come nell'altro, promuovere la vendita di determinati prodotti.

Ed anzi, al riguardo, non è mancato chi, tenendo conto di una simile, evidente, analogia, ha ritenuto di qualificare le due fattispecie due diversi modi di definire un unico fenomeno, rappresentato dal *cinesponsoring*, nel senso che, mentre l'espressione *merchandising* sarebbe, per così dire, quella utilizzata in ambito commerciale, i giuristi "preferirebbero" quella di *product placement*⁵³¹.

Altra fattispecie riconducibile alla categoria di contratti pubblicitari in esame è costituita dal cosiddetto contratto di *testimonial*, nel quale l'effetto promozionale viene realizzato mediante l'abbinamento del prodotto all'immagine di un personaggio noto, utilizzato, appunto, come *testimonial*, sul quale attirare l'attenzione del pubblico⁵³².

Il collegamento tra tale contratto e quello di *product placement* si manifesta, più che con riferimento alle affinità e/o differenze tra le due fattispecie negoziali (come, invece, avviene per la sponsorizzazione), sotto

⁵³¹ Così, Fusi, *Il product placement fra divieto di pubblicità non trasparente e nuova disciplina del cinesponsoring*, cit., 6. Osserva, infatti, l'Autore, come il *cinesponsoring* altro non sia se non una "tecnica di merchandising mediante product placement, che si attua inserendo, nelle diverse sequenze o scene di un film, immagini o menzioni di prodotti, insegne, marchi o altri simboli commerciali in modo integrato nel contesto narrativo o nell'ambientazione delle varie azioni, il tutto per l'effetto d'un accordo fra il soggetto che realizza il film e l'impresa interessata a dare risalto ai propri prodotti o marchi per finalità promozionali o d'immagine".

un diverso profilo, costituendo, il contratto di *testimonial*, per così dire, uno “strumento” frequentemente utilizzato per realizzare forme di piazzamento di prodotto e, anzi, quasi un elemento essenziale di tale fattispecie contrattuale. Si è già avuto modo di vedere, del resto, come, sin dai primissimi esempi di *product placement* presenti nella storia della cinematografia, italiana ed estera, l’effetto del piazzamento venisse realizzato attraverso l’affidamento che il *testimonial* era in grado di infondere nel pubblico.

Nell’ambito della categoria dei contratti per lo sfruttamento dell’immagine e /o del nome altrui, altra fattispecie negoziale cui si è fatto, negli anni, sempre maggior ricorso, è il cosiddetto contratto di *endorsement*, nel quale il prodotto da pubblicizzare viene utilizzato da un personaggio noto nell’esercizio dell’attività professionale in cui è, appunto, conosciuto⁵³³. Trattasi, in altri termini, di un contratto con il quale il personaggio noto (ovvero, l’*endorser*) presta la propria immagine ed il proprio nome per promuovere, dietro compenso, prodotti di una determinata azienda (cosiddetto *endorsee*).

L’*endorsement*, al pari del piazzamento di prodotto, configura un contratto atipico, non potendo individuarsi, in relazione a tale fattispecie negoziale, una generale regolamentazione legislativa; un contratto, inoltre, per il quale, ancora una volta come si è visto a proposito del *product placement*,

⁵³² In questi termini, Tavella, *Il contratto per lo sfruttamento pubblicitario del nome e dell’immagine altrui*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. XVIII (Pubblicità e promozione), *cit.*, 191 ss..

⁵³³ Su tale fattispecie negoziale si veda Dell’Arte, *Il contratto di endorsement*, in *I contratti*, 2007, n. 1, 89 ss.. L’Autore osserva, in particolare, come la notevole diffusione di tale fattispecie negoziale sia riconducibile alla necessità di dare una regolamentazione giuridica ad una prassi seguita dalle imprese di promuovere i propri prodotti “*per mezzo di consigli personali di un soggetto (definito well know personality) che utilizza in esclusiva i medesimi nell’ambito della propria attività*”.

non è richiesta una specifica forma, né per la conclusione del contratto, né a fini probatori.

Evidenti sono le analogie tra tale fattispecie e le già accennate figure negoziali della sponsorizzazione e del contratto di *testimonial*.

In particolare, con riferimento alla sponsorizzazione, le affinità con l'*endorsement* si rinvencono in relazione al fine proprio delle due figure contrattuali: così come nel contratto di *endorsement* si realizza lo sfruttamento, a fini pubblicitari, dell'immagine e/o del nome di un personaggio noto, parimenti, nel contratto di sponsorizzazione lo *sponsor* concede allo *sponsee* l'utilizzo della propria immagine aziendale, ad esempio, attraverso l'uso del marchio dell'azienda, in tal modo realizzando una analoga forma di sfruttamento dell'immagine altrui.

Un ulteriore profilo di collegamento tra le due fattispecie è costituito dall'essere, entrambe, figure negoziali largamente utilizzate nell'ambito delle competizioni sportive. Ed anzi, proprio con riferimento a tale settore, anche nel contratto di *endorsement*, così come avviene a proposito della sponsorizzazione cosiddetta tecnica⁵³⁴, può essere prevista una durata successiva alla cessazione dell'attività professionale svolta dall'*endorser*.

Quanto, invece, al contratto di *testimonial*, evidenti sono le analogie con l'*endorsement*, dal quale si differenzia, sostanzialmente, per le diverse modalità concrete attraverso cui viene raggiunto l'effetto pubblicitario: se, infatti, nel primo, il *testimonial* si limita a vantare le qualità dei prodotti da promuovere, nel secondo, invece, l'*endorser* si spinge oltre, utilizzando quei prodotti nell'ambito della attività professionale dallo stesso svolta⁵³⁵.

⁵³⁴ In tale ipotesi, infatti, lo *sponsee* può impegnarsi ad utilizzare i prodotti dello *sponsor* sia per tutta la durata dell'attività sponsorizzata, sia, però, per tutta la sua vita.

⁵³⁵ L'osservazione è di Dell'Arte, *Il contratto di endorsement*, cit., 91.

Le descritte principali caratteristiche del contratto di *endorsement* e, soprattutto, le affinità con le altre fattispecie della sponsorizzazione e del contratto di *testimonial*, sarebbero esse stesse sufficienti a rinvenire un profilo di collegamento con il piazzamento di prodotto, attese le accennate non poche analogie tra quest'ultimo, da un lato, e sponsorizzazione e contratto di *testimonial*, dall'altro. Proprio tali affinità hanno indotto a ritenere che, con il ricorso alla tecnica pubblicitaria del “collocamento pianificato” di marchi e/o prodotti, si miri a realizzare il medesimo effetto pubblicitario proprio del contratto di *endorsement*, consistente nello sfruttamento dell'immagine altrui a fini promozionali. In altri termini, se nell'*endorsement* il soggetto la cui immagine viene sfruttata è un personaggio noto in un determinato settore, nel *product placement* ad essere sfruttata sarà l'immagine dei protagonisti di un film, ad esempio, al fine, appunto, di piazzare determinati prodotti e/o marchi⁵³⁶.

4.3. I riflessi negoziali della disciplina legislativa sul *product placement*.

Precisate le peculiarità proprie del *product placement* quale contratto pubblicitario, si procederà in quest'ultimo paragrafo, nell'individuare le conseguenze che la recente disciplina legislativa del fenomeno del piazzamento di prodotto ha determinato su tale fattispecie da un punto di vista negoziale.

Limitandoci, dunque, in questa sede, ai profili strettamente contrattuali, rinviando, per una più approfondita analisi delle “novità” introdotte dal D.Lgs. n. 28/2004, a quanto in precedenza rilevato⁵³⁷, con il citato

⁵³⁶ Così, Dell'Arte, *Il contratto di product placement*, cit., 716, il quale osserva che l'unica differenza tra *product placement* ed *endorsement* consiste nel fatto che, nel primo difetterebbe “*uno specifico rapporto giuridico contrattuale*” con i soggetti la cui immagine viene sfruttata a fini promozionali.

⁵³⁷ Si veda, *supra*, quanto rilevato all'interno del capitolo III, *sub* §§ 4.3. ss..

intervento normativo il legislatore ha espressamente riconosciuto la liceità del ricorso allo strumento del piazzamento di prodotto, purché realizzato nel rispetto di determinate condizioni di liceità.

Una simile affermazione, se, come si è detto, sotto un certo profilo, non è risultata particolarmente innovativa, non essendo dato rinvenire, nella disciplina precedente, un espresso divieto di utilizzo di forme di *product placement*, se analizzata da un’ottica prettamente negoziale si dimostra, invece, tutt’altro che marginale. Ed infatti, posto che, come detto, il contratto di *product placement* si configura (come, del resto, la generalità dei contratti pubblicitari) quale contratto atipico, l’espresso riconoscimento della liceità del “collocamento pianificato di marchi e prodotti” consente di poter superare positivamente il sindacato di meritevolezza da effettuare su tale fattispecie negoziale, essendo stato lo stesso legislatore del 2004 a prevedere, con il predetto riconoscimento, “*gli interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico*” sottesi al ricorso al contratto di *product placement*.

Si è detto, inoltre, che requisiti di liceità del piazzamento di prodotto sono, da un lato, la coerenza con il contesto narrativo, dall’altro, la presenza di “*un idoneo avviso che rende nota la partecipazione delle ditte produttrici di detti marchi e prodotti ai costi di produzione del film*”.

L’espressa previsione di simili condizioni non può non riflettersi sul contenuto del contratto in esame. Si è, infatti, già avuto modo di rilevare che, nonostante l’eterogeneità del contenuto del regolamento negoziale di un simile contratto, vi sono talune disposizioni che devono, necessariamente, essere inserite all’interno dell’accordo di *product placement*, fra le quali, appunto, quelle riguardanti le modalità ed i tempi di inserimento del prodotto e/o marchio all’interno dell’opera dell’ingegno,

siccome tese a garantire il rispetto del principio, di rilevanza anche comunitaria, della trasparenza della pubblicità.

Conseguentemente, a seguito del recente intervento normativo, non solo appare ancor più avvertita la necessità di inserire le predette clausole all'interno del contratto di *product placement*, ma, anzi, non sembra così temerario ritenere che esse dovranno essere ancor più analitiche, rispondendo, una simile esigenza, ad un espresso obbligo normativo.

In una tale prospettiva ed in conformità con quanto prescritto dalla recente disciplina legislativa sul piazzamento di prodotto, all'interno delle summenzionate clausole, potrà, ad esempio, essere espressamente prescritto l'obbligo di apporre un avviso nei titoli di coda, per rendere riconoscibile al pubblico il *product placement* presente all'interno dell'opera. Potrebbero, altresì, essere specificate, in tali clausole, le modalità mediante cui rendere l'avviso, ad esempio richiedendo che venga proiettato un elenco di tutte le aziende che abbiano fatto ricorso allo strumento del “collocamento pianificato” dei propri prodotti e/o marchi⁵³⁸.

Un'ultimo, peraltro già accennato, effetto della recente disciplina legislativa sul piazzamento di prodotto sul piano negoziale attiene alle conseguenze derivanti da un eventuale accordo di *product placement* realizzato non in conformità con le prescrizioni legislative. Una simile circostanza potrebbe verificarsi, ad esempio, laddove, all'interno del regolamento contrattuale non siano richiamati i descritti limiti di liceità del ricorso al piazzamento di prodotto. Si verterà, infatti, in tali casi, in un'ipotesi di contrarietà del

⁵³⁸ E' questa, ad esempio, la tecnica scelta nel *film* italiano, di recente realizzazione, “*L'allenatore nel pallone*” (2007), ove, nei titoli di coda, dopo l'indicazione degli attori, compare, in caratteri leggibili ed al centro dello schermo, la scritta “*product placement*”, seguita, appunto, dall'elenco dei marchi delle aziende che hanno fatto ricorso, all'interno del *film*, a tale tecnica pubblicitaria.

contratto a norme imperative di legge: in altri termini, il contratto risulterà nullo e, dunque, improduttivo di effetti⁵³⁹.

Analogamente, alla medesima conclusione si perverrà nell'ipotesi in cui si faccia richiamo alla disciplina introdotta dal legislatore del 2004 per ipotesi di piazzamento di prodotto nell'ambito di opere dell'ingegno diverse da quelle cinematografiche. Anche in tale ipotesi, infatti, si sarebbe di fronte ad un contratto nullo per violazione di norma imperativa di legge.

Da ultimo, è bene rilevare come, al di là delle accennate conseguenze sulla "vita" del contratto laddove redatto in violazione dei divieti e limiti previsti dalla legge, anche qualora l'accordo di *product placement* rispettasse tali divieti e limiti, esso potrebbe non essere immune da censure. Ci si riferisce, ad esempio, all'ipotesi in cui uno dei contraenti si rendesse inadempiente al contratto, non provvedendo all'obbligo dell'avviso, prescritto sia *ex lege* sia all'interno del regolamento negoziale. In una simile ipotesi, l'altro contraente potrebbe ricorrere agli strumenti tradizionali previsti dal codice civile, quali l'inadempimento contrattuale o la risoluzione del contratto.

La surriferita ipotesi potrebbe, sotto altro profilo, legittimare anche giudizi, avanti le Autorità competenti, per ottenere la censura del ricorso alla tecnica del *product placement*, lamentandone l'illiceità, in quanto realizzato non nel rispetto delle prescrizioni legislative e, dunque, tale da integrare una fattispecie di pubblicità occulta. Illiceità che non potrà non riflettersi, ancora una volta, sotto un profilo strettamente negoziale, sulla vita del contratto, determinandone la nullità.

Sotto un ulteriore profilo, infine, ben potrebbe ricorrersi, nei confronti di tecniche di piazzamento di prodotto, per così dire, illecite, agli strumenti di tutela apprestati in materia di responsabilità extracontrattuale. Ed infatti,

⁵³⁹ Art. 1418 c.c..

attesa la natura propria della comunicazione pubblicitaria, quale strumento mediante cui vengono veicolate informazioni, appare tutt'altro che improbabile la qualificazione della stessa quale fonte dell'affidamento del consumatore nei confronti del prodotto pubblicizzato nel messaggio rivelatosi, successivamente, scorretto⁵⁴⁰.

⁵⁴⁰ Così, Berti, *op. cit.*, 118-119.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Pubblicità e promozione*, Vol. XVIII, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Torino, 2003.

ALESSANDRINI, *E' la stampa, bellezza, la stampa. E tu non puoi farci niente (Diffamazione e libertà di stampa: un'indagine)*, in *Giur. merito*, 2004, 5, 1047.

ALESSANDRINI, *“Le Iene” portano bene (alla satira)*, in *Giur. merito*, 2006, 4, 903.

ALPA, *La pubblicità comparativa*, in *Giur. it.*, 1995, 162.

AMATO, *Voce Libertà (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 272.

ANGELONI, *Del contratto a favore di terzo*, Bologna, 2004.

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale – parte speciale*, Milano, 1986, vol. I.

ARCHIUTTI, *I rapporti tra l'autodisciplina pubblicitaria e la normativa statale in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita*, in *Commentario al Codice dell'Autodisciplina pubblicitaria*, Milano, 2003, 479.

AULETTA, *Diritto alla riservatezza e «droit à l'oubli»*, in *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983, 127.

AUTERI, *Lo sfruttamento del valore suggestivo dei marchi d'impresa mediante merchandising*, in *Contr. e Impr.*, 1989, 510.

BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 586.

BALLADORE, PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1972.

BARILE, Voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 424.

BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.

BARILE, CHELI, Voce *Corrispondenza (Libertà di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 744.

BERTI, *Il diritto privato della comunicazione d'impresa*, Milano, 2005.

BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, 13.

BEVERE, CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona. Il conflitto della libertà di pensiero con l'onore, la riservatezza, l'identità personale*, Milano, 2006.

BIANCA, *I contratti di sponsorizzazione*, Rimini, 1990.

BUSETTO, *Pubblicità comparativa e “Giurisprudenza” di Giurì, Garante e Giudice ordinario*, in *Resp. Com. Impr.*, 1996, 445.

CAFAGGI, Voce *Pubblicità commerciale*, in *Digesto comm.*, vol. XI, Torino, 1995, 433.

CARBALLO-CALERO, *Pubblicità occulta e product placement*, Padova, 2004.

CASSANO, *Il diritto all’oblio esiste: è il diritto alla riservatezza*, Milano, 1998.

CERETI, Voce *Pensiero (Libertà di)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XII, Torino, 1965, 865.

CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.*, 1969, 1178.

CERRI, *La pubblicità commerciale fra libertà di manifestazione del pensiero, diritto di informazione, disciplina della concorrenza*, in *Dir. inform. e informatica*, 1995, 537.

CHIOLA, *L’informazione nella Costituzione*, Padova, 1973.

CHIOLA, Voce *Manifestazione del pensiero*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1990, 1.

CORASANITI, *Diritto dell’informazione*, Padova, 1999.

CORASANITI, VASSALLI, *Diritto della comunicazione pubblicitaria*, Torino, 1999.

CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1993.

CRIPPA, *Il diritto all'oblio: alla ricerca di un'autonoma definizione*, in *Giust. civ.*, 1997, 1979.

CRISAFULLI, *Problematica della «libertà di informazione»*, in *Il Politico*, 1964, 286.

CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000.

CRUGNOLA, *Note minime in materia di pubblicità comparativa*, in *Riv. dir. ind.*, 1993, 75.

DA MOLO, *I contratti di pubblicità*, in *NGCC*, 1990, II, 270.

DELL'ARTE, *Il contratto di endorsement*, in *I contratti*, 2007, 89.

DELL'ARTE, *Il contratto di product placement*, in *I contratti*, 2007, 715.

DE ROBERTO, Voce *Buon costume*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988.

DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988.

ELLI, ZALLONE, *Il nuovo Codice della privacy (commento al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196)*, Torino, 2004.

ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958.

FERRANDI, *Pubblicità redazionale e product placement: gli effetti sul consumatore e l'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. Inf.*, 2001, 79.

FERRI, *Privacy e identità personale*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, 379.

FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 801.

FIORE, *I reati d'opinione*, Padova, 1972.

FLORIDIA, *Autodisciplina e funzione arbitrale*, in *Riv. dir. ind.*, 1991, I, 5.

FLORIDIA, *Il divieto della pubblicità camuffata*, in *AIDA*, 1994, 5.

FLORIDIA, *Il controllo della pubblicità comparativa in Italia*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, 165.

FOIS, *Censura e pubblicità economica*, in *Giur. cost.*, 1965, 852.

FOIS, *Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1957.

FRANCESCHELLI, *I contratti di sponsorizzazione e la sponsorizzazione occulta (Il c.d. product placement)*, in *Sponsorizzazione e pubblicità*, Atti del Convegno di Parma, 15 aprile 1988, Milano, 1989, 89.

FRANCESCHELLI, *Il messaggio pubblicitario come ipotesi di pubblicità ingannevole e come elemento della fattispecie "concorrenza sleale"*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, 204.

FROSINI, *Contributi ad un diritto dell'informazione*, Napoli, 1991.

FUSI, *I contratti di pubblicità*, Milano, 1968.

FUSI, *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Milano, 1970.

FUSI, *Il problema della pubblicità comparativa*, in *Riv. dir. ind.*, 1980, 105.

FUSI, *La pubblicità: strumenti e pratiche contrattuali: guida operativa alla comprensione ed applicazione dei contratti della pubblicità*, Milano, 2003.

FUSI, *Il product placement fra divieto di pubblicità non trasparente e nuova disciplina del cinesponsoring*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, I, 5.

FUSI, TESTA, *Diritto e pubblicità*, Milano, 1996 e 2006.

GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubblico dell'economia*, I, *La Costituzione economica*, 511.

GATTI, Voce *Pubblicità commerciale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 1058.

GAVIANO, *Product placement tra novità presunte e reali*, in *Foro amm.: TAR*, 2005, 283.

GHIDINI, *La réclame menzognera come atto di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 406.

GHIDINI, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, 1968.

GHIDINI, *Informazione economica e controllo sociale - il problema del Warentest*, in *Politica del diritto*, 1973, 626.

GIRINO, *Studi in materia di stipulazione a favore di terzo*, Milano, 1965.

GRAZZINI, *Norme preliminari e generali*, in *Commentario al Codice dell'Autodisciplina pubblicitaria*, Milano, 2003, 3.

GUGGINO, *Considerazioni intorno alla natura giuridica dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, II, 1.

GUGLIELMETTI, *I rapporti tra Autorità, Giurì e altri organi in materia di pubblicità ingannevole*, in *Giur. pubbl.*, VIII, 1997, 81.

GUGLIELMETTI, *Pubblicità nascosta ed autodisciplina pubblicitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1990, I, 384.

GUIDETTI, *Il Warentest nella pubblicità comparativa*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, II, 440.

LAGHEZZA, *Il diritto all'oblio esiste (e si vede)*, in *Foro it.*, 1998, n. 6, I, 1835.

LEONE, *I contratti pubblicitari: rapporti con le agenzie, concessione e diffusione pubblicitaria, opere pubblicitarie su commissione, utilizzazione dell'immagine e del nome altrui, sponsorizzazione, merchandising*, Trieste, 1991.

LIPARI, *Libertà di informare o diritto ad essere informati?*, in *Dir. radiodiff.*, 1978, 1.

LOJODICE, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Napoli, 1969.

LO SCHIAVO, MARRESE, *Il contratto a favore di terzo*, Milano, 2003.

MAGELLI, *La pubblicità redazionale*, in *Diritto ind.*, 1996, n. 8, 701.

MAGNI, *Sponsorizzazione e figure affini*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. XVIII (Pubblicità e promozione), Torino, 2003, 267.

MAGNI, *Il product placement ed il bartering*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. XVIII (Pubblicità e promozione), Torino, 2003, 327.

MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962.

MANCINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1964.

MANSANI, *Product placement: la pubblicità nascosta negli spettacoli cinematografici e televisivi*, in *Contr. e Impr.*, 1988, 904.

MANSANI, *La repressione della pubblicità nascosta*, in *Contr. e Impr.*, 1995, 188.

MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992.

MANTOVANI, *Profili penalistici del diritto di satira*, in *Dir. Inf.*, 1992, 308.

MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994.

MESSINEO, *Contratto normativo e contratto tipo*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1961, 116.

MINA, *La nuova regolamentazione del product placement nelle opere cinematografiche*, in *Dir. Ind.*, 2004, n. 6, 587.

MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970.

NAPPI, *Aspetti processualcivilistici del sistema dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Annali dell'Università di Ferrara, Scienze Giuridiche. Nuova Serie*, III, 1989, 50.

NIGRA, *La pubblicità e i suoi contratti tipici: vendita, servizi e appalto di pubblicità; Internet e i nuovi contratti sul web; antitrust e tutela del consumatore*, Rimini, 2001.

PACIULLO, *La pubblicità comparativa nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Inf.*, 2000, 113.

PALADIN, *Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La libertà d'informazione*, Torino, 1979, 6.

PIETROBON, *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998.

PIZZORUSSO, *Tutela della libertà di manifestazione del pensiero e punizione dei reati commessi per esprimere un'opinione*, in *Foro it.*, 1968, IV, 145.

PRINCIPATO, *La pubblicità redazionale fra libertà di cronaca e libertà di comunicazione pubblicitaria*, in *Riv. inf. e informatica*, 2003, 4-5, 855.

RESCIGNO, *Il diritto all'intimità della vita privata*, in *Scritti in onore di F. Santoro Passarelli*, IV, Napoli, 1972, 130.

RESCIGNO, *Persona e famiglia*, II, 1, Torino, 1982.

ROSSELLO, *Pubblicità ingannevole*, in *Contr. e Impr.*, 1995, 137.

ROSSI, *La pubblicità dannosa*, Milano, 2000.

ROSSI, Voce “*Pubblicità comparativa*”, in *Digesto IV disc. priv. sez. civ.*, Aggiornamento, I, Torino, 2000, 656.

ROSSOTTO, *I contratti di pubblicità: il contratto di agenzia, il contratto di sponsorizzazione*, Milano, 1994.

ROSSOTTO, *Il contratto di agenzia pubblicitaria – Introduzione*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. XVIII (Pubblicità e promozione), Torino, 2003, 5.

ROSSOTTO, *Il contratto di agenzia pubblicitaria – Gli schemi contrattuali anglosassoni*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. XVIII (Pubblicità e promozione), Torino, 2003, 113.

ROVERSI, *Il diritto all'oblio*, in *Problemi dell'informazione*, n. 1, 101.

RUFFOLO, Voce *Segreto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, 1015.

RUFFOLO, *Pubblicità redazionale, manifestazione del pensiero e limiti (anche costituzionali) al rimedio inibitorio/censorio*, in *Resp. Com. Impr.*, 1996, 167.

RUFFOLO, *Manifestazione del pensiero e pubblicità redazionale: il percorso tortuoso di una libertà scomoda*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, 132.

RUFFOLO, BARATELLA, *Art. 7, in Commentario al Codice dell'Autodisciplina pubblicitaria*, Milano, 2003, 179.

SAVINI, *Gli autori tra pubblicità occulta ed ingannevole*, in *Dir. Aut.*, 1994, 32.

SENA, *Il sistema dell'Autodisciplina Pubblicitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1988, I, 188.

SORDELLI, *Voce Pubblicità (disciplina della)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 11.

SPOLIDORO, *Réclame comparativa*, in *Resp. civ. prev.*, 1983, 804.

TAVELLA, *Il contratto per lo sfruttamento pubblicitario del nome e dell'immagine altrui*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. XVIII (Pubblicità e promozione), Torino, 2003, 191.

TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1989.

UNNIA, *La pubblicità clandestina. Il camuffamento della pubblicità nei contesti informativi*, Milano, 1997.

VANZETTI, *La repressione della pubblicità menzognera*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, 584.

VANZETTI, DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 1993.

VIGNUDELLI, *Aspetti giuspubblicistici della comunicazione pubblicitaria*, Rimini, 1983.

ZACCARIA, *Diritto all'informazione e riservatezza*, in *Dir. radiodiff.*, 1982, 527.

ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 1998.

ZENO ZENCOVICH, *Il «diritto ad essere informati» quale elemento del rapporto di cittadinanza*, in *Dir. inf.*, 2006, 1.

ZORZI, *Autodisciplina pubblicitaria*, in *Contr. e Impr.*, 1985, 2, 551.