

GUIDO ALPA

NOTE MINIME IN TEMA DI PUBBLICITÀ RADIOTELEVISIVA (ART. 8 LEGGE N. 223/1990)

1. L'art. 8 della legge 223 del 1990, introduce le prime norme aventi contenuto generale sulla pubblicità commerciale nel nostro ordinamento. Anteriormente il sistema prevedeva soltanto interventi sporadici di carattere settoriale contenenti divieti o limitazioni per certi tipi di prodotti ma non recava disposizioni di carattere generale, né di contenuto definitorio né orientamenti o indirizzi ai quali dovessero attenersi i messaggi pubblicitari o i programmi e le campagne pubblicitarie, né la individuazione degli interessi tutelati e delle categorie dei soggetti che potevano essere destinatarie delle norme di protezione.

La normativa contenuta nell'art. 8 pur avendo carattere generale è circoscritta a messaggi pubblicitari che vengano diffusi attraverso radio e televisione. Il legislatore quindi ha espresso un'opzione molto importante perché ha colto l'occasione della riforma del sistema radio televisivo per introdurre norme sulla pubblicità. Ma proprio perché inseriva questa normativa nell'ambito di un *corpus* dedicato alla comunicazione effettuata per radio o per televisione ha circoscritto la portata di queste disposizioni ai messaggi trasmessi attraverso tali mezzi. Negli altri settori, e cioè nel settore editoriale e della stampa, nel settore della telematica, nel settore delle tecniche del contatto video televisivo o porta a porta, si attendono ancora norme di carattere generale.

È interessante notare inoltre che vi è stata un'inversione di rotta nel progetto di disciplina della pubblicità in generale nel nostro ordinamento. Se mai si dovessero considerare tra loro coordinati i diversi interventi, dovremmo registrare l'abbandono della tecnica dell'intervento per tipi di prodotti (ad es. prodotti da fumo, cosmetici, giocattoli) con l'adozione della tecnica di intervento per *mezzi* di diffusione.

La prima tecnica ha un carattere più squisitamente contenutistico, la seconda ha invece un carattere modulistico. Nella prima si stabiliscono le informazioni che si debbono o non si debbono dare al pubblico, nella seconda si stabiliscono le modalità con le quali le informazioni, i messaggi in senso lato, debbano essere diffusi.

L'art. 8 può quindi esser letto in due prospettive diverse: la prima, più circoscritta e specifica, nell'ambito della legge 223 del 1990, come corollario della disciplina di riforma del sistema radio televisivo; l'altra, che in queste brevi considerazioni sarà privilegiata, della collocazione di queste norme nell'ambito della disciplina generale dell'attività commerciale.

Una diversa interpretazione potrebbe invece porre in luce il fatto che il legislatore ha preferito introdurre alcune disposizioni in materia di pubblicità radio televisiva per prolungare nel tempo interventi di carattere meno settoriale e con tenore generale. Ma veniamo alla nuova disciplina.

2. Quali erano gli impegni che il legislatore italiano aveva assunto?

Nel settore dei consumi come nel settore dell'ambiente siamo ormai abituati alla inattuazione delle direttive comunitarie. In altri termini il Parlamento o lo stesso Governo tendono a non assumere iniziative di qualche rilievo e gli interventi legislativi sono sempre « di rimbalzo », resi cioè obbligatori dall'appartenenza alla Comunità Economica Europea, che è particolarmente attiva in questi due settori.

In materia di pubblicità ingannevole la Commissione *ad hoc* aveva elaborato una proposta di intervento già il 21 marzo 1978; questa proposta, rielaborata successivamente, è confluita insieme con il parere del Parlamento europeo e il parere del Comitato economico sociale nel testo della direttiva approvata dal Consiglio il 10 settembre 1984 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole. Il termine di « pubblicità ingannevole » deve essere inteso in senso proprio e cioè con *contenuti decettivi* perché nei considerando previsti nel preambolo della direttiva si precisa che questa direttiva è il primo segmento di disciplina comunitaria, succedendo ad esso una direttiva sulla pubblicità sleale e se necessario una direttiva sulla pubblicità comparativa.

Nella direttiva metteremo in luce soprattutto tre aspetti: l'aspetto definitorio, i limiti imposti alla pubblicità e i controlli. Per quanto riguarda l'aspetto definitorio la direttiva definisce come pubblicità « qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso nell'esercizio di una attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere la fornitura di beni o servizi compresi i beni immobili, i diritti e gli obblighi »; e definisce pubblicità ingannevole la pubblicità che « in qualsiasi modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che dato il suo carattere ingannevole possa pregiudicare il comportamento economico di dette persone e per questo motivo leda o possa ledere un concorrente ».

L'espressione « qualsiasi forma di messaggio » è così ampia: deve essere intesa nel senso di qualsiasi forma di comunicazione effettuata

da un soggetto che sarà appunto il « mezzo » (come si dice appunto nel gergo pubblicitario) destinata al pubblico dei destinatari. Tuttavia la direttiva dell'art. 3 implica che il messaggio contenga *informazioni*. Ciò perché stabilisce che per determinare che la pubblicità sia ingannevole se ne devono considerare tutti gli elementi; in particolare i suoi riferimenti alle caratteristiche dei beni e dei servizi, al prezzo o al modo in cui esso viene calcolato alla natura alla qualifica e ai diritti dell'operatore pubblicitario: evidentemente si muove dal presupposto che la pubblicità commerciale abbia contenuti di carattere informativo.

Il primo problema, allora, che sorge per l'interprete è di stabilire se sia lecito un messaggio pubblicitario privo di carattere informativo e se il fatto che sia privo di informazioni di per sé implichi una sua decettività.

La risposta è negativa in entrambi i casi, anche perché la disciplina comunitaria deve essere intesa in senso positivo e cioè tendente ad introdurre limiti e controlli in un settore che proprio dal punto di vista della libertà dell'esercizio dell'attività economica privata nell'ambito dei Paesi membri e nell'ambito quindi del mercato comune, deve essere considerata garantita in ogni modo. Ora si deve considerare (come è esperienza comune e facile rilevazione nella quotidianità dei messaggi che ci vengano somministrati) normalmente i messaggi pubblicitari non hanno contenuto informativo. Non si deve però eccedere nel dare forza generale a quest'assunto. Vi sono certi tipi di prodotti i cui messaggi pubblicitari non possono non essere informativi; altrimenti se tali non fossero non realizzerebbero l'obiettivo essenziale a cui sono diretti, e cioè l'induzione o la persuasione all'acquisto. Mi riferisco in particolare ai messaggi pubblicitari relativi ai prodotti finanziari per i quali il potenziale acquirente, cioè il risparmiatore, deve essere informato sulle caratteristiche di rendimento e sulla bontà dell'operazione proposta per poter essere indotto ad investire in un determinato prodotto. Vi sono anche messaggi che in questo settore usano la pubblicità « istituzionale », ma si tratta di ipotesi residuali.

I tecnici della comunicazione hanno però messo in luce che al di là della carenza informativa dei normali messaggi pubblicitari, essi hanno un obiettivo diverso da quello che la letteratura ispirata dal libro sui persuasori occulti di Vance Packard aveva via via in modo ripetitivo individuato. In una relazione di Roberto Grandi nel convegno nazionale organizzato da Agrisalus il 26 ottobre 1990, si richiama il testo di JOWETT e O'DONNELL, *Propaganda and persuasion*, 1986, ed. Sage, in cui si fa una distinzione (in contrasto e a scopo correttivo con le tesi di Packard) tra *propaganda* e *persuasione*. Si imputa a Packard di aver descritto la comunicazione pubblicitaria sotto forma di comunicazione pubblicitaria propagandistica mentre la comunicazione pubblicitaria attuale, e sempre più quella del futuro, dovrebbe essere considerata una comunicazione pubblicitaria meramente persuasiva.

La distinzione è la seguente: per propaganda si intende quel tentativo deliberato e sistematico di regolare le percezioni, manipolare le conoscenze, e dirigere il comportamento per ottenere una risposta che soddisfi l'intento del propagandista, nel suo miglior interesse e non necessariamente in quello del ricevente che non è considerato soggetto attivo di interazione. Per persuasione si intende invece quella forma di comunicazione interattiva in cui entrambe le parti sono dipendenti l'una dall'altra; essa presuppone sia una *audience* attiva che chiede di ottenere la soddisfazione dei propri bisogni al persuasore, sia un persuasore attivo che sa che deve appellarsi ai bisogni dell'*audience* al fine di richiederle l'obiettivo del messaggio.

3. L'ambito di operatività della direttiva può essere tuttavia ampliato se si interpretano congiuntamente gli artt. 1 e 2 perché le definizioni dell'art. 2 debbono essere intese alla luce della disposizione di carattere generale contenuta nell'art. 1.

La presente direttiva — si legge — ha lo scopo di tutelare il consumatore e le persone che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale e professionale nonché gli interessi del pubblico in generale della pubblicità ingannevole e dalle sue « conseguenze sleali ». Ed allora se il problema è di tutelare dalle conseguenze sleali il consumatore, ci si potrebbe chiedere se contestualmente al controllo sulla pubblicità ingannevole sia possibile, sulla base sempre della medesima direttiva, introdurre anche un controllo sulla pubblicità sleale, essendo molto difficile stabilire se vi sia differenza tra la conseguenza sleale di un messaggio ingannevole rispetto ad un messaggio sleale *tout court*.

Che questa sia la linea che gli organismi europei intendono seguire è chiarito anche nella convenzione aperta alla firma il 5 maggio 1989 elaborata dal Consiglio di Europa sulla televisione « transfrontaliera ». L'art. 11 di tale convenzione dispone: « Ogni messaggio pubblicitario deve essere leale ed onesto, la pubblicità non deve essere ingannevole né ledere gli interessi dei consumatori ». L'enunciazione generale con cui si apre la norma dice appunto quali sono le caratteristiche generali del messaggio pubblicitario.

Il disegno di legge approvato dal Senato il 5 luglio 1990 e attualmente in corso di approvazione alla Camera, cosiddetta « legge comunitaria 1990 » contiene nel capo sesto intitolato alla tutela dei consumatori due norme che riguardano la pubblicità: l'art. 41 e l'art. 45. La seconda attiene alle direttive sulla etichettatura nella presentazione dei prodotti, mentre più interessante è la prima che con riferimento proprio alla direttiva del Consiglio n. 450 del 1984 stabilisce che l'attuazione della direttiva deve avvenire nel rispetto dei seguenti principi: prevedere la competenza di un'autorità garante, la legittimazione ad agire dinanzi all'autorità da parte di concorrenti, consumatori e loro associazioni, il Ministro dell'Industria e gli altri soggetti pubblici interessati, il ricorso giurisdizionale, le sanzioni per l'osservanza dei provvedimenti dell'autorità, la valorizzazione di or-

ganismi volontari autonomi di autodisciplina, la regolamentazione della pubblicità comparativa, il riordino delle vigenti disposizioni relative alla pubblicità di particolari categorie di prodotti, la disciplina di messaggi pubblicitari relativi ad alcune categorie di prodotti e le modalità di vendita e promozione e la salvaguardia della giurisdizione del giudice ordinario in materia di concorrenza sleale.

Non si dà né la definizione di pubblicità né si stabilisce quale tipo di pubblicità si voglia reprimere. Si deve però considerare che la lett. a) del comma primo dell'art. 41 parla di pubblicità ingannevole e laddove si dispone di regolare la pubblicità comparativa si aggiunge « fissandone i limiti di ammissibilità con esclusione di ogni forma di pubblicità ingannevole o sleale ». E allora facendo anche riferimento alla lett. i) all'art. 2598 cod. civ. in materia di concorrenza sleale, si può intendere che il mandato che il Parlamento intende affidare al Governo per la attuazione della direttiva sia un mandato di contenuto ampio, comprensivo sia dell'elaborazione di norme intese a reprimere la pubblicità ingannevole sia dell'elaborazione di norme intese ad indicare direttive perché la pubblicità debba essere *leale*. Quindi l'espressione « ingannevole » unitamente alle altre espressioni contenute nella medesima norma, dovrebbe fare riferimento alle due fasi prese in considerazione nel preambolo della direttiva comunitaria riferite sia alla pubblicità ingannevole sia alla pubblicità sleale. In più la legge comunitaria fa riferimento alla terza fase che è quella della pubblicità comparativa ammettendone la liceità e nel contempo stabilendone i limiti di ammissibilità.

4. Ritornando all'art. 8 possiamo allora verificare che esso non contiene una definizione di pubblicità. Presuppone in altri termini che l'espressione « pubblicità » sia nota all'interprete e che l'interprete possa definire i contenuti semantici dell'espressione secondo criteri di buon senso. Ancora, il legislatore non si pone il problema del contenuto informativo della pubblicità né si pone il problema della qualità del messaggio, dal momento che la sua unica anche se commendevole preoccupazione è di stabilire che la pubblicità radiofonica e televisiva non debba offendere la dignità della persona, non evochi discriminazioni di razza, sesso e nazionalità, non offenda convinzioni religiose ed ideali, né induca a comportamenti pregiudizievole per la salute la sicurezza e l'ambiente, né arrechi pregiudizio morale e fisico ai minorenni, non abbia ad oggetto medicinali e cure mediche disponibili unicamente con ricetta medica, e abbia poi quei limiti di carattere quantitativo, sui quali si è accesa la polemica e il dibattito in Parlamento, che sono strettamente connessi con il sostegno economico delle emittenti.

5. Al comma primo dell'art. 8 risulta evidente che il legislatore nel disciplinare la pubblicità nell'ambito del sistema radiotelevisivo, si è occupato soprattutto dell'aspetto informativo del messaggio, anche se non ha esplicitato questo aspetto, del messaggio.

In altri termini ha considerato il messaggio pubblicitario come una componente se non essenziale certamente possibile delle comunicazioni che vengono trasmesse attraverso la radio e la televisione. In altri termini ha considerato il messaggio televisivo come una naturale « sezione » del palinsesto comunicativo e non invece per quello che è, in altri termini come un messaggio a contenuto commerciale diretto alla diffusione di emozioni, sensazioni, tecniche persuasive per la acquisizione da parte del pubblico di beni e servizi; strumentale quindi a un'operazione di carattere economico commerciale promossa dai produttori di quei beni e servizi. Certamente bisogna dare rilievo alla *ratio legis* alla luce della quale deve essere intesa una norma nell'ambito del provvedimento che la contiene e nell'ambito del necessario coordinamento di questa norma con le altre che ad essa sono organicamente riferite o con essa organicamente contenute nell'ambito del medesimo provvedimento; si dovrebbe allora ritenere che questa sia la lettura più corretta e quindi l'unica che dell'art. 8, comma primo si deve fare.

Ma il legislatore italiano è un legislatore molto accorto anche là dove dimentica, dove confonde, dove sbaglia o dove è ridondante; ha cioè preferito limitarsi a dare alcune indicazioni di massima e quindi indirizzi sul modo nel quale la pubblicità radiotelevisiva deve essere trasmessa senza arrivare ad un intervento sul nucleo duro della pubblicità commerciale, cioè sul contenuto più o meno informativo e sulla qualità delle informazioni riferite ai prodotti e ai servizi di cui la pubblicità si fa messaggio. Il legislatore quindi ha rinviato implicitamente ad altro intervento la definizione di pubblicità, la tecnica di controllo dei suoi contenuti, la ammissibilità di una pubblicità correttiva. Anche questo è un altro aspetto di grande rilievo e il fatto che il legislatore si sia ben guardato dall'assumere posizione a questo proposito è del tutto indicativo. È indicativo di un impegno assai circoscritto e modesto di intervento in sostanziale supporto alle imprese che ricorrono al messaggio radio televisivo per rendere noti al pubblico i loro prodotti e i loro servizi.

È esperienza comune (non è necessario condire questa argomentazione con riferimenti di carattere tecnico e scientifico) che il messaggio radio televisivo, ma soprattutto il messaggio televisivo che opera per immagini e quindi incide anche sull'immaginario collettivo, è tra tutti i messaggi il più diretto, il più preciso, il più coerente e il più efficace; e pertanto le impressioni e le emozioni che esso suscita se operate con fini sleali o oggettivamente con effetti sleali difficilmente possono essere cancellate se non attraverso lo stesso mezzo, cioè usando la stessa tecnica. Di qui l'utilità di introdurre una disciplina della *pubblicità correttiva* diretta a sostituire il messaggio sleale o ingannevole con altro messaggio corretto per sovrapporre alle immagini che sono state percepite dal pubblico altre immagini che essendo emendate possono ottenere un effetto contrario rispetto a quello che era stato ottenuto mediante la diffusione del messaggio sleale o ingannevole. Per distinguere il messaggio pubblicitario dagli altri tipi

di comunicazione il comma secondo dell'art. 8 stabilisce che la pubblicità televisiva e radiofonica deve essere *riconoscibile* come tale ed essere distinta dal resto dei programmi con mezzi ottici o acustici di evidente percezione.

È questa una misura elementare e di grander rilievo proprio per poter limitare quanto più possibile l'effetto persuasivo del messaggio, inserito nell'ambito di un programma, che proprio per essere trasmesso dal mezzo di per sé è posto all'attenzione del pubblico e reca come dicono i sociologi in modo unitario una sorta di « garanzia di autenticità » o meglio una « sorta di autorevolezza », che il discredito che circonda i mezzi televisivi pubblici o privati o radiofonici pubblici e privati non ha ancora eroso al punto da fargli perdere consistenza.

6. Quanto ai controlli la direttiva comunitaria del 1984 prevede una articolazione di strumenti e di autorità.

Per quanto riguarda gli strumenti, si fa riferimento ai provvedimenti d'urgenza con effetto provvisorio o con effetto definitivo. Per quanto riguarda l'autorità si fa riferimento all'autorità giudiziaria, all'autorità amministrativa e anche al controllo volontario esercitato dagli organismi autonomi. Da questo punto di vista, come già si è segnalato, l'art. 41 del disegno di legge comunitaria è assai dettagliato e introduce novità di grande rilievo nel nostro ordinamento nell'ottica della tutela del consumatore.

Ciò perché non si prevedono soltanto iniziative di carattere personale soggettivo ma si prevedono anche iniziative provenienti dalle associazioni dei consumatori, dal Ministero dell'Industria del Commercio e dell'Artigianato, da altri soggetti pubblici interessati; si dà spazio agli organismi volontari ed autonomi di autodisciplina, in questo modo riconoscendo la rilevanza degli organismi, della loro attività e dei provvedimenti che essi assumono; si istituisce una autorità garante che può essere una autorità garante *ad hoc* oppure un ufficio che sia aggregato ad altra autorità o agenzia amministrativa, che si occupi di materie di carattere economico relative ai rapporti fra le imprese e il pubblico.

Dal punto di vista dei controlli la legge n. 221 del 1990 in materia di pubblicità commerciale appare invece assai gravemente carente.

L'art. 28 istituisce presso l'ufficio del garante un consiglio consultivo degli utenti composto da membri nominati dal garante fra le associazioni rappresentative delle categorie di utenti radiotelevisivi e tra esperti scelti in base alle competenze in materia di difesa dell'interesse degli utenti.

Spetta al garante elaborare la normazione relativa alle procedure di nomina di rappresentanti, al numero di consiglieri e alle norme di funzionamento del consiglio consultivo degli utenti.

La disposizione, essendo così ampia e generica, non lascia intendere quale sarà il ruolo che il consiglio consultivo degli utenti potrà svolgere in materia di pubblicità commerciale. In ogni caso il suo

compito dovrebbe essere quello di segnalare al garante i messaggi pubblicitari che risultano in contrasto con l'art. 8.

E si può discutere se il contrasto possa anche riguardare altre norme dell'ordinamento che non siano contenute nella legge n. 223 del 1990. L'art. 31, poi, con riguardo all'art. 8 e ad altre norme inerenti la trasmissione affida al garante in caso di inosservanza di tali norme il potere di disporre i necessari accertamenti e di contestare gli addebiti agli interessati assegnando un termine non superiore a 15 giorni per le giustificazioni.

Nel caso in cui il termine decorra infruttuosamente o le giustificazioni risultino inadeguate il garante può diffidare gli interessati a cessare dal comportamento illegittimo entro un termine non superiore a 15 giorni a tal fine assegnato.

Ulteriormente il garante può deliberare l'erogazione della sanzione amministrativa del pagamento di una somma da L. 10.000.000 a L. 100.000.000, oppure, nei casi più gravi, disporre la sospensione dell'efficacia della concessione dell'autorizzazione per un periodo da 1 a 10 giorni. Nei casi ancora più gravi il periodo di sospensione è compreso tra gli 11 e i 30 giorni o addirittura vi può essere la proposta della revoca della concessione o dell'autorizzazione.

Queste sanzioni sono assai circoscritte e molto deboli. Ciò perché innanzitutto l'intervento del garante è previsto per un periodo di tempo assai ampio, mentre la campagna pubblicitaria, come a tutti è noto, spesso è molto circoscritta nel tempo e comprende numerosi « passaggi » del medesimo messaggio anche concentrati in uno o più giorni, mentre l'intervento del garante si protende per settimane. In altri termini è premiata la tecnica della diffusione dei messaggi illeciti sempre che essi siano contenuti nel tempo. Per quanto riguarda le sanzioni a contenuto economico, la loro esiguità può comportare un calcolo oculato del rischio cui si pone l'emittente che viene poi inglobato nel prezzo della diffusione del messaggio, mentre finalmente di particolare rilievo è la sanzione della sospensione dell'efficacia della concessione o dell'autorizzazione, anche se essa è circoscritta ai casi più gravi e coinvolge la sospensione della diffusione di programmi diversi dal messaggio pubblicitario; il che talvolta potrebbe essere limitativo della libertà di informazione del pubblico.

Nulla si dice della legittimazione ad agire delle associazioni, dei gruppi, dei comitati dei consumatori e nulla si dice della ammissibilità di azioni proposte dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria. Il che significa che il legislatore in questa materia non ha voluto ancora intervenire con norme che potessero pregiudicare o orientare il suo intervento successivo e pertanto nulla dovrebbe essere modificato al riguardo, neppure in considerazione del fatto che la legge di per sé, istituendo il consiglio consultivo degli utenti, e facendo riferimento testuale agli *interessi degli utenti*, sembra legittimare nel nostro ordinamento, finalmente, l'ingresso degli interessi diffusi o collettivi dei consumatori.