

## CORTE GIUSTIZIA CE

SEZ. II

2 APRILE 2009 N. C421/07

PRESIDENTE: TIMMERMANS

RELATORE: SCHIEMANN

PARTI: DAMGAARD

GOVERNO DANESE

ED ALTRI

**Divulgazione informazioni proprietà terapeutiche medicinali • Soggetto estraneo al produttore o al venditore • Pubblicità • Sussistenza**

*L'art. 86 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 novembre 2001, 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, come modificato successivamente dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/27/CE, deve essere interpretato nel senso che la divul-*

*gazione da parte di un terzo di informazioni relative ad un medicinale, in particolare alle sue proprietà curative o profilattiche, può essere considerata come pubblicità ai sensi di detto articolo, anche quando tale terzo agisce di propria iniziativa e in piena autonomia, giuridica e di fatto, rispetto al produttore o al venditore di un tale medicinale. Spetta al giudice nazionale determinare se tale divulgazione costituisca un'azione d'informazione, di ricerca della clientela o di incitamento, intesa a promuovere la prescrizione, la fornitura, la vendita o il consumo di medicinali.*

(*Omissis*).

**L**a Corte (Seconda Sezione), ha pronunciato la seguente sentenza —  
1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 86, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 novembre 2001, 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano (GU L311, pag. 67), come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/27/CE (GU L 136, pag. 34).

2. Questa domanda è stata presentata nell'ambito di un'azione penale avviata dall'Anklagemyndigheden (pubblico ministero) nei confronti del sig. Damgaard, esercitante la professione di giornalista, il quale è perseguito per aver divulgato pubblicamente informazioni sulle caratteristiche e sulla disponibilità di un medicinale la cui immissione in commercio non è autorizzata in Danimarca.

Contesto normativo

La direttiva 2001/83

3. Il secondo e terzo «considerando» della direttiva 2001/83 recitano come segue:

«(2) Lo scopo principale delle norme relative alla produzione, alla distribuzione e all'uso di medicinali deve essere quello di assicurare la tutela della sanità pubblica.

3) Tuttavia questo scopo deve essere raggiunto avvalendosi di mezzi che non ostacolino lo sviluppo dell'industria farmaceutica e gli scambi dei medicinali nella Comunità».

4. Ai termini del quarantesimo «considerando» della medesima direttiva:

«Le disposizioni relative alle informazioni da fornire ai pazienti devono garantire un livello elevato di tutela dei consumatori, così da permettere un impiego corretto dei medicinali sulla base di informazioni complete e comprensibili».

5. Il quarantacinquesimo « considerando » di detta direttiva è formulato come segue:

« La pubblicità presso il pubblico di medicinali che possono essere venduti senza prescrizione medica potrebbe, se eccessiva e sconsiderata, incidere negativamente sulla salute pubblica; tale pubblicità, se autorizzata, deve pertanto essere conforme ad alcuni criteri essenziali che occorre definire ».

6. Il titolo III della direttiva 2001/83, come modificata dalla direttiva 2004/27 (in prosieguo: la « direttiva 2001/83 »), riguarda l'immissione in commercio di medicinali, mentre il titolo IV della medesima, disciplina la loro fabbricazione ed importazione. Quanto al titolo VII di tale direttiva, esso regola la distribuzione all'ingrosso dei medicinali.

7. L'art. 86 della direttiva 2001/83, con il quale inizia il titolo VIII della medesima, intitolato « Pubblicità », dispone che:

« 1. Ai fini del presente titolo si intende per “pubblicità dei medicinali” qualsiasi azione d'informazione, di ricerca della clientela o di incitamento, intesa a promuovere la prescrizione, la fornitura, la vendita o il consumo di medicinali; essa comprende in particolare quanto segue:

- la pubblicità dei medicinali presso il pubblico,
- la pubblicità dei medicinali presso persone autorizzate a prescrivere o a fornirli,
- la visita di informatori scientifici presso persone autorizzate a prescrivere o a fornire medicinali,
- la fornitura di campioni di medicinali,
- l'incitamento a prescrivere o a fornire medicinali mediante la concessione, l'offerta o la promessa di vantaggi pecuniari o in natura, ad eccezione di oggetti di valore intrinseco trascurabile,
- il patrocinio di riunioni promozionali cui assistono persone autorizzate a prescrivere o a fornire medicinali,
- il patrocinio dei congressi scientifici cui partecipano persone autorizzate a prescrivere o a fornire medicinali, in particolare il pagamento delle spese di viaggio e di soggiorno di queste ultime in tale occasione.

2. Non forma oggetto del presente titolo quanto segue:

- l'etichettatura e il foglietto illustrativo, soggetti alle disposizioni del titolo V,
- la corrispondenza corredata eventualmente da qualsiasi documento non pubblicitario, necessaria per rispondere a una richiesta precisa di informazioni su un determinato medicinale,
- le informazioni concrete e i documenti di riferimento riguardanti, ad esempio, i cambiamenti degli imballaggi, le avvertenze sugli effetti collaterali negativi, nell'ambito della farmacovigilanza, i cataloghi di vendita e gli elenchi dei prezzi, purché non vi figurino informazioni sul medicinale,
- le informazioni relative alla salute umana e alle malattie umane, purché non contengano alcun riferimento, neppure indiretto, ad un medicinale.

8. L'art. 87 della medesima direttiva prevede:

« 1. Gli Stati membri vietano qualsiasi pubblicità di un medicinale per cui non sia stata rilasciata un'autorizzazione all'immissione in commercio, conforme al diritto comunitario.

2. Tutti gli elementi della pubblicità di un medicinale devono essere conformi alle informazioni che figurano nel riassunto delle caratteristiche del prodotto.

3. La pubblicità di un medicinale:

- deve favorire l'uso razionale del medicinale, presentandolo in modo obiettivo e senza esagerarne le proprietà,
- non può essere ingannevole ».

La normativa nazionale

9. L'art. 27-*bis* della legge n. 656/1995 sui medicinali (l'\*gemiddelov legge consolidata n. 656/1995) dispone che:

« È vietata la pubblicità dei medicinali che non si possono legittimamente smerciare o distribuire in Danimarca ».

Causa principale e questione pregiudiziale

10. L'Hyben Total in forma di polvere e di capsule, dopo essere stato classificato come medicinale dal L\*gemiddelstyrelsen (agenzia danese dei medicinali), una volta era commercializzato in Danimarca dal suo produttore, la Natur-Drogeriet A/S (in prosieguo: la « Natur-Drogeriet »), in quanto prodotto che allevia e cura la gotta, i calcoli biliari, le nefropatie, le cistopatie, la sciatica, la cistorragia, la diarrea, i crampi allo stomaco, il diabete e i calcoli renali. Il materiale informativo relativo a tale medicinale era stato preparato dal sig. Damgaard. Tuttavia, la vendita di tale medicinale è stata interrotta nel 1999, non avendo esso ricevuto l'autorizzazione all'immissione in commercio.

11. Nel corso del 2003, il sig. Damgaard ha indicato sul suo sito Internet che l'Hyben Total conteneva polvere di rosa canina che, asseritamente, allevia i dolori provocati da diverse forme di gotta o di artrosi e che tale medicinale era in vendita in Svezia e in Norvegia. Con decisione 16 giugno 2003, il Lægemiddelstyrelsen ha informato il sig. Damgaard che indicazioni di tale tipo costituivano una pubblicità contraria all'art. 27 b della legge n. 656/1995 sui medicinali, e che era stato avviato un procedimento penale a suo carico.

12. Con sentenza 2 dicembre 2005 del Retten i Århus, il sig. Damgaard è stato riconosciuto colpevole di aver violato detta disposizione nazionale ed è stato condannato ad un'ammenda. Egli ha interposto appello avverso tale sentenza dinanzi al Vestre Landsret sostenendo, nell'ambito di tale procedimento, di non essere un dipendente della Natur-Drogeriet e di non avere alcun interesse in tale impresa o nella vendita dell'Hyben Total. La sua attività, in quanto giornalista nel settore dell'igiene alimentare alternativa, sarebbe stata limitata alle comunicazioni, ai commercianti al dettaglio e agli altri interessati, di informazioni sugli integratori alimentari. Il sig. Damgaard non avrebbe percepito alcuna remunerazione da parte della Natur-Drogeriet per le informazioni che egli divulgava concernenti l'Hyben Total.

13. L'Anklagemyndigheden, che ha esercitato l'azione penale nei confronti del sig. Damgaard, sostiene che detta divulgazione di informazioni era diretta ad incoraggiare i consumatori ad acquistare l'Hyben Total, indipendentemente dalla questione se esistesse un vincolo tra l'interessato e il produttore o il venditore di tale medicinale. Tale attività rientrerebbe dunque nella nozione di « pubblicità » ai sensi dell'art. 86 della direttiva 2001/83 e dovrebbe essere vietata con riferimento al fatto che l'immissione in commercio di detto medicinale, il cui consumo tale attività mira a promuovere, è vietata in Danimarca.

14. Da parte sua, il sig. Damgaard fa valere che l'informazione pubblicata sul suo sito Internet non costituiva una pubblicità come quella di cui all'art. 86 della direttiva 2001/83, in quanto tale nozione deve essere interpretata in modo più restrittivo, vale a dire come nozione non com-

prendente la divulgazione di informazioni effettuata da un terzo indipendente.

15. Alla luce di tali circostanze il *Vestre Landsret* ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

« Se l'art. 86 della direttiva (...) 2001/83(...) debba essere interpretato nel senso che la divulgazione da parte di un terzo di informazioni relative ad un prodotto, in particolare alle sue proprietà curative o profilattiche, debba essere considerata come pubblicità, anche quando tale terzo agisce di propria iniziativa e in piena autonomia, giuridica e di fatto, rispetto al produttore o al venditore »

Sulla questione pregiudiziale

16. Il secondo « considerandò della direttiva 2001/83 enuncia che lo scopo principale delle norme relative alla produzione, alla distribuzione e all'uso di medicinali deve essere quello di assicurare la tutela della salute pubblica. Tale obiettivo è ribadito nei diversi titoli di detta direttiva, in particolare nei titoli III, IV e VII della medesima, le cui disposizioni garantiscono che nessun medicinale sia immesso in commercio, prodotto o distribuito senza avere ottenuto le autorizzazioni preventive necessarie.

17. Parimenti, nel settore dell'informazione e della pubblicità relativa ai medicinali, il quarantesimo « considerandò della direttiva 2001/83 enuncia che le disposizioni relative alle informazioni da fornire ai pazienti devono garantire un livello elevato di tutela dei consumatori, così da permettere un impiego corretto dei medicinali, sulla base di informazioni complete e comprensibili. Inoltre, al quarantacinquesimo « considerandò della medesima direttiva, è precisato che la pubblicità presso il pubblico di medicinali che possono essere venduti senza prescrizione medica potrebbe, se eccessiva e sconsiderata, incidere negativamente sulla salute pubblica; tale pubblicità, se autorizzata, deve pertanto essere conforme ad alcuni criteri essenziali che occorre definire.

18. L'art. 87, n. 1, della direttiva 2001/83, vieta qualsiasi pubblicità di un medicinale per cui non sia stata rilasciata un'autorizzazione all'immissione in commercio, conforme al diritto comunitario.

19. La divulgazione pubblica di informazioni su un medicinale non autorizzato in un dato Stato membro può, in funzione del contesto in cui avviene tale divulgazione, influenzare il comportamento dei consumatori e incoraggiarli a procurarsi i medicinali di cui trattasi, circostanza che potrebbe incidere negativamente sulla salute pubblica. Come emerge dal fascicolo presentato alla Corte, il sig. *Damgaard* ha indicato sul suo sito Internet che l'*Hyben Total* era disponibile in Svezia e in Norvegia.

20. L'art. 86, n. 1, della direttiva 2001/83, definisce la nozione di « pubblicità dei medicinali » come « qualsiasi azione d'informazione, di ricerca della clientela o di incitamento, intesa a promuovere la prescrizione, la fornitura, la vendita o il consumo di medicinali ». Mentre tale definizione pone esplicitamente l'accento sulla finalità del messaggio, essa non contiene alcuna indicazione quanto alle persone che divulgano tale informazione.

21. Pertanto, la formulazione della direttiva 2001/83 non esclude che un messaggio proveniente da un terzo indipendente abbia carattere pubblicitario. Al fine di considerare un messaggio come presentante tale ca-

rattere, detta direttiva non richiede nemmeno che esso sia diffuso nell'ambito di un'attività commerciale o industriale.

22. A tal riguardo, occorre constatare che, anche quando essa è realizzata da un terzo indipendente, al di fuori di un'attività commerciale e industriale, la pubblicità per i medicinali può nuocere alla salute pubblica la cui tutela costituisce l'obiettivo essenziale della direttiva 2001/83.

23. Spetta al giudice nazionale determinare se i comportamenti del sig. Damgaard costituissero un'azione d'informazione, di ricerca della clientela o di incitamento, intesa a promuovere la prescrizione, la fornitura, la vendita o il consumo dell'Hyben Total.

24. A tal fine, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 37 delle sue conclusioni, la situazione dell'autore di una comunicazione relativa ad un medicinale e, in particolare, il suo rapporto con l'impresa produttrice o distributrice di quest'ultimo costituiscono un fattore che, benché aiuti a verificare se tale comunicazione abbia carattere pubblicitario, va valutato insieme ad altre circostanze, come la natura dell'attività svolta e il contenuto del messaggio.

25. Per riguarda l'argomento del sig. Damgaard relativo all'asserita violazione della sua libertà di espressione che deriverebbe dalla sua condanna penale, va ricordato che, secondo la giurisprudenza costante, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza.

26. Se il principio della libertà di espressione è espressamente riconosciuto dall'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e rappresenta un fondamento essenziale di una società democratica, risulta tuttavia dalla formulazione del n. 2 del detto articolo che tale libertà è anch'essa soggetta a talune limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale, se tali deroghe sono previste dalla legge, dettate da uno o più scopi legittimi ai sensi della detta disposizione e necessarie in una società democratica, cioè giustificate da un bisogno sociale imperativo e, in particolare, proporzionate al fine legittimo perseguito (v. sentenza 25 marzo 2004, causa C-71/02, Karner, Racc. pag. I-3025, punto 50).

27. È pacifico che il margine di valutazione discrezionale di cui dispongono le autorità competenti per stabilire dove si trovi il giusto equilibrio tra la libertà di espressione e gli obiettivi sopramenzionati è variabile per ciascuno degli scopi che giustificano la limitazione di tale diritto e secondo la natura delle attività considerate. Qualora l'esercizio della libertà non contribuisca ad un dibattito di interesse generale e, per giunta, ci si collochi in un contesto in cui gli Stati hanno un certo margine di valutazione discrezionale, il controllo si limita alla verifica del carattere ragionevole e proporzionale dell'ingerenza. Altrettanto vale per l'uso commerciale della libertà di espressione, soprattutto in un settore così complesso e oscillante come quello della pubblicità (v. sentenza Karner, citata, punto 51).

28. Se le informazioni divulgate sul sito Internet dal sig. Damgaard e di cui trattasi nella causa principale dovessero essere qualificate come « pubblicità » ai sensi della direttiva 2001/83, la condanna di quest'ultimo potrebbe essere considerata ragionevole e proporzionata, con riferimento allo scopo legittimo perseguito, vale a dire la tutela della salute pubblica.

29. Con riferimento a tutto quanto precede, occorre risolvere la questione proposta dichiarando che l'art. 86 della direttiva 2001/83 deve essere interpretato nel senso che la divulgazione da parte di un terzo di informazioni relative ad un medicinale, in particolare alle sue proprietà curative o profilattiche, può essere considerata come pubblicità ai sensi di detto articolo, anche quando tale terzo agisce di propria iniziativa e in piena autonomia, giuridica e di fatto, rispetto al produttore o al venditore di un tale medicinale. Spetta al giudice nazionale determinare se tale divulgazione costituisca un'azione d'informazione, di ricerca della clientela o di incitamento, intesa a promuovere la prescrizione, la fornitura, la vendita o il consumo di medicinali.

Sulle spese

30. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

L'art. 86 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 novembre 2001, 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, come modificato successivamente dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/27/CE, deve essere interpretato nel senso che la divulgazione da parte di un terzo di informazioni relative ad un medicinale, in particolare alle sue proprietà curative o profilattiche, può essere considerata come pubblicità ai sensi di detto articolo, anche quando tale terzo agisce di propria iniziativa e in piena autonomia, giuridica e di fatto, rispetto al produttore o al venditore di un tale medicinale. Spetta al giudice nazionale determinare se tale divulgazione costituisca un'azione d'informazione, di ricerca della clientela o di incitamento, intesa a promuovere la prescrizione, la fornitura, la vendita o il consumo di medicinali.

# 1. IL CASO.

## *LIBERTÀ DI ESPRESSIONE, COMUNICAZIONI PUBBLICITARIE E LORO RESTRIZIONI NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA*

La sentenza in rassegna offre lo spunto per operare alcune riflessioni sul rapporto e sul difficile equilibrio tra la divulgazione di informazioni, la nozione di pubblicità e le restrizioni alla libertà di espressione.

Il caso sottoposto alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee (CGCE) riguarda la pubblicazione, all'interno di un sito Internet, di contenuti informativi relativi ad un

particolare farmaco, contenente, tra l'altro, della polvere di rosa canina, che, secondo l'autore di tali messaggi informativi, avrebbe delle particolari capacità lenitive. Tuttavia, la vendita di tale farmaco era stata in precedenza interrotta nello stato membro, a causa del mancato rilascio da parte delle autorità competenti della prescritta autorizzazione amministrativa. Per queste ragioni, l'attività di comunicazione attraverso un sito Internet delle proprietà terapeutiche o comunque la diffusione in genere delle infor-

mazioni relative a tale farmaco, anche se effettuata da un terzo estraneo al soggetto produttore, veniva considerata dall'autorità giudiziaria dello stato membro una forma di pubblicità di un prodotto per il quale è inibito il commercio.

Il quesito posto alla CGCE concerne dunque l'interpretazione dell'art. 86 della direttiva 2001/83 (che reca un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano) e, in particolare, se tale disposizione debba comprendere nella nozione di pubblicità anche l'attività compiuta da un terzo — estraneo al soggetto produttore — che agisce di sua iniziativa e divulga delle informazioni relative ad un prodotto ed alle sue proprietà curative.

La disposizione in esame qualifica come pubblicità di medicinali « qualsiasi attività di informazione, di ricerca della clientela o di incitamento, intesa a promuovere la prescrizione, la fornitura, la vendita o il consumo di medicinali ». Pertanto, secondo la lettura della norma comunitaria, qualunque messaggio informativo divulgato pubblicamente, se è idoneo ad influenzare il comportamento dei consumatori incoraggiandoli a procurarsi un determinato farmaco, rientra nella nozione di pubblicità. La norma nulla prevede in ordine al soggetto autore del messaggio informativo pubblicitario, non escludendo dunque che esso possa provenire anche da un terzo indipendente sia dal produttore e sia dal venditore. Per tale ragione, in assenza di una espressa esclusione, l'autore dell'attività di comunicazione può essere ritenuto un soggetto promotore della prescrizione o della vendita o del consumo di un prodotto medicinale per cui non sia stata rilasciata un'autorizzazione all'immissione in commercio, e quindi responsabile di un'attività pubblicitaria vietata dall'art. 87 della direttiva 2001/83.

## 2. RESTRIZIONI ALLA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE PER RAGIONI DI INTERESSE PUBBLICO O GENERALE.

Il divieto di effettuare comunicazione pubblicitaria — da chiunque proveniva — stabilito dall'art. 87 della direttiva trova la sua ragione nella tutela della salute pubblica, che può essere messa in pericolo dalla promozione di prodotti medicinali la cui vendita non è autorizzata dallo stato membro. Questa disposizione sembra urtare con il principio della libertà di espressione, quale diritto fondamentale dell'individuo a cui è riconosciuto il diritto di fornire informazioni ed esprimere opinioni. Tuttavia, come rilevato nella sentenza in rassegna, pur essendo riconosciuto il principio della libertà di espressione dall'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, tale libertà è soggetta ad alcune restrizioni giustificate da ragioni di interesse pubblico o generale previste dalle legge<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La seconda parte dell'art. 10 della CEDU, proprio al riguardo, testualmente stabilisce che « l'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa

dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Il presente articolo non osta a che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di tali diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello stato ».



Ciò vuol dire, in altri termini, che gli stati membri possono apportare delle restrizioni normative all'esercizio di tali diritti e libertà fondamentali, a condizione che tali limiti rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito dalla norma, un intervento sproporzionato ed inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati.

In tali casi, dunque, occorre effettuare un bilanciamento tra gli interessi in contrapposizione ed accertare, con riferimento a tutte le circostanze di fatto di ciascuna fattispecie, se sia stato osservato o meno un giusto equilibrio tra tali interessi. E per raggiungere questo risultato, inevitabilmente, si attribuisce alle singole autorità competenti un ampio potere discrezionale nella verifica della proporzionalità tra le restrizioni normative imposte per il conseguimento dell'obiettivo perseguito e l'assicurazione dei diritti fondamentali.

È questo un principio sancito prima dalla giurisprudenza della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo (CEDU) relativa all'interpretazione dell'art. 10, n. 2, ripreso poi dalla giurisprudenza della CGCE, secondo cui le autorità nazionali godono di un margine di discrezionalità nel valutare l'esistenza di una necessità sociale imperativa che possa giustificare una limitazione della libertà d'espressione<sup>2</sup>. E, nel solco di tale tracciato interpretativo, ciò si avverte necessario soprattutto nella materia commerciale e nel settore della pubblicità.

Pertanto, mentre le restrizioni alla libertà di espressione sono viste con sfavore nella divulgazione di informazioni o di idee di interesse generale o di opinioni, perché considerate lesive delle libertà fondamentali, vengono giustificate quelle che comprimono comunicazioni commerciali o di natura pubblicitaria.

Se dunque il messaggio informativo viene qualificato a contenuto pubblicitario, secondo il margine di valutazione discrezionale accordato agli Stati membri, la sua limitazione (così come il suo divieto nei casi in cui non sia ammesso), in ragione della tutela collettiva del pubblico dei consumatori e della lealtà dei rapporti commerciali, può essere considerata ragionevole e proporzionata.

Da quanto esposto emerge come la libertà di espressione (e la manifestazione del pensiero in genere), così come efficacemente indicato nel secondo capoverso dell'art. 10 della CEDU, non possa mai esplicarsi in modo assoluto e la sua pretesa affermazione quale incompressibile diritto della personalità e garanzia ed espressione delle libertà fondamentali dell'individuo, sembra una formulazione che si avvicina più al mito che alla realtà. La libertà di espressione, in qualunque modalità viene a configurarsi, deve adattarsi al contesto in cui essa è manifestata, soggiacendo, alla stre-

<sup>2</sup> Su tale margine di discrezionalità, in dottrina, W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Le caractère autonome des termes et la marge nationale des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges G. Wiarda*, Köln, 1990, 17; R. ST. MACDONALD, *The margin of appreciation*, in R. ST. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD,

*The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, 1993, 93; P. LAMBERT, *Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité*, in F. SUDRE, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussels, 1998, 64; J. CALLEWAERT, *Quel avenir pour le marge d'appréciation?*, in *Mélanges R. Ryssdal*, Köln, 2000, 147 e ss.



gua di un diritto di rango minore, ai limiti ed ai vincoli sanciti per quello specifico ambiente sociale ed economico<sup>3</sup>.

L'espressione del pensiero è dunque una primaria garanzia che non può essere considerata avulsa da altre situazioni soggettive e deve continuamente confrontarsi con esse, prevalendo, in alcuni casi e, soccombendo, in altri. Non è possibile, così, operare una gerarchia all'interno delle libertà fondamentali perché il contesto in cui si collocano e si esprimono è complesso e mutevole e l'interprete potrà solamente compiere una valutazione in concreto tra interessi confliggenti, favorendo i criteri che meglio assicurano la tutela collettiva, vale a dire l'interesse pubblico, o dei consumatori in genere, o della lealtà nei rapporti commerciali.

### 3. I PRINCIPI SEGUITI DALLA CEDU CON RIGUARDO ALL'ART. 10 DELLA CONVENZIONE.

Come è noto, la CEDU è chiamata a valutare se una restrizione alla libertà di espressione imposta da uno stato sia compatibile con il diritto fondamentale tutelato dall'art. 10 della Convenzione; nell'ambito del suo potere di controllo, la Corte non ha il compito di sostituirsi alle giurisdizioni interne, ma solamente quello di verificare, se le pronunce che i giudici nazionali hanno emanato siano conformi o meno al dettato della Convenzione. In questo ambito, dunque, la Corte si limita ad accertare se lo stato membro abbia fatto uso di questa facoltà in buona fede, in modo scrupoloso e ragionevole. Per arrivare a tale apprezzamento, la Corte deve valutare l'ingerenza dello stato membro tenendo in considerazione il caso concreto nella sua interezza, affinché possa accertare se le ragioni invocate dalle autorità nazionali che giustificano tale limitazione, siano congrue e sufficienti e se l'ingerenza sia stata proporzionata al fine legittimo perseguito. In questo modo, la Corte valuta se le autorità nazionali abbiano applicato le norme conformandosi all'art. 10 della Convenzione o meno, tenendo come riferimento, naturalmente, le circostanze di fatto pertinenti<sup>4</sup>. E, trattandosi di violazioni addotte alla libertà di espressione, la Corte, in genere, presta particolare attenzione sia al tenore delle affermazioni dei ricorrenti e sia al contesto nel quale le dichiarazioni sono state pronunciate, anche tenendo in considerazione il profilo della gravità e proporzionalità della pena o della sanzione inflitta.

La Corte, in definitiva, avendo il potere di riesame del caso sottoposto, rappresenta un ulteriore grado della giurisdizione e le viene concesso il compito di valutare se l'adozione delle « misure necessarie » da parte dello stato siano conciliabili con la libertà di espressione, senza però che sia ammessa la possibilità di effettuare nuove indagini di fatto.

<sup>3</sup> Sul punto, efficacemente V. ZENOVICH, in *La libertà di espressione*, Bologna, 2004, 92, sottolinea come la libertà di manifestazione del pensiero si inserisca in realtà sociali complesse a cui deve necessariamente adeguarsi, non esistendo un ambiente in cui essa possa esplicarsi in

maniera pura, cioè slegata da qualsiasi vincolo.

<sup>4</sup> Sono questi principi espressi più volte dalla CEDU; *ex multis*, *Lindon, Otchakovsky-Laurens e July v. France*, 22 ottobre 2007, punto 45 e *Doganer v. Turkey*, 21 ottobre 2004, punto 22.

Nella giurisprudenza della Corte, la limitazione della libertà di espressione, così come la restrizione al diritto della collettività a ricevere informazioni, sono state avallate per favorire la protezione degli interessi vitali dello stato, quali la difesa dell'ordine pubblico o la prevenzione di crimini, ragioni generalmente tutte collegate alla sicurezza o all'integrità nazionale.

Così tra i casi affrontati dalla Corte, non sono state apprezzate come violazioni dell'art. 10 della Convenzione la condanna (da parte delle autorità giudiziarie nazionali) di giornalisti ed editori per la pubblicazione a mezzo stampa di dichiarazioni bellicose di terroristi<sup>5</sup>, di documenti diplomatici classificati come confidenziali<sup>6</sup>, il sequestro di materiale incitante all'odio etnico<sup>7</sup> o di documenti relativi ad un'inchiesta parlamentare<sup>8</sup> o la stampa di vignette denigratorie nei confronti della religione musulmana<sup>9</sup>.

La giurisprudenza della Corte ha accertato con più frequenza le violazioni dell'art. 10 da parte delle decisioni delle corti nazionali che restringevano, limitavano o inibivano la divulgazione di dichiarazioni particolarmente critiche od aspre nei riguardi dell'operato di qualcheduno, o di messaggi di natura politica, o di libri sulle attività dei servizi segreti<sup>10</sup>, o di ricerche non scientificamente del tutto provate<sup>11</sup>, o nella rivelazione di notizie attinenti alla vita intima o alla sfera riservata degli individui, fornendo all'interprete elementi utili alla ricostruzione dei principi che governano le sue pronunce.

Non altrettanto può dirsi però in tema di pubblicità<sup>12</sup> o nella divulgazione di informazioni di natura commerciale, rientranti anch'esse nell'alveo dell'art. 10 della Convenzione, dove le sentenze della Corte sono più sporadiche e soprattutto aventi ad oggetto fattispecie eterogenee tra loro. In questo ambito, proprio per la diversità e singolarità dei casi, è più gravoso rintracciare una *ratio* sistemica nelle decisioni. Da una prima e più superficiale analisi, sembrerebbe, infatti, come questa materia inneschi negli apprezzamenti e nelle decisioni della Corte dei procedimenti logici mutevoli che porterebbero a valutazioni difformi (o talvolta pilatesche) che spingerebbero l'interprete ad erigere delle fondamenta dell'impianto sistemico incerte.

#### 4. LA GIURISPRUDENZA DELLA CEDU IN MATERIA DI PUBBLICITÀ.

Dall'esame dei casi più significativi affrontati dalla Corte, si tenterà di estrarre delle linee guida e dei principi logico-giuridici per delimitare il

<sup>5</sup> *Falakaoglu, Saygili v. Turkey*, 23 gennaio 2007.

<sup>6</sup> *Stoll v. Switzerland*, 10 dicembre 2007.

<sup>7</sup> *Balsyte, Lideikiene v. Lituania*, 4 novembre 2008.

<sup>8</sup> *Leempoel & S.A. Ed. Cinerevue v. Belgium*, 9 novembre 2006.

<sup>9</sup> *I.A. v. Turkey*, 13 settembre 2005.

<sup>10</sup> *Sunday Times v. The United Kingdom*, 26 novembre 1991.

<sup>11</sup> È il caso *Hertel v. Switzerland*, 25

agosto 1998, relativo all'intervenuto divieto sancito dalle autorità nazionali della pubblicazione all'interno di una rivista scientifica dei risultati di una ricerca che tendeva a dimostrare come l'uso del forno a microonde producesse una alterazione dei cibi tale da favorire effetti cancerogeni sugli individui.

<sup>12</sup> *Lingens v. Austria*, 8 luglio 1986; *Castells v. Spain*, 23 aprile 1992 e *Thor-geir Thorgerison v. Iceland*, 25 giugno 1992.

sottile equilibrio tra libertà di espressione e restrizione dei messaggi a contenuto promozionale.

#### A) IL PLURALISMO RELIGIOSO.

Un caso sottoposto alla Corte che merita attenzione concerne il divieto sancito in Irlanda attraverso il *Broadcasting Authority Act* del 1960 (*section* 20) di trasmettere in televisione o via radio messaggi promozionali a contenuto religioso o politico. Un rappresentante di un'associazione cattolica che si è visto negare da un'emittente radiofonica la diffusione di messaggi informativi volti a promuovere la fede cristiana e le attività dell'ente, ha ritenuto tale restrizione contraria al disposto dell'art. 10<sup>13</sup>. La Corte nel negare la violazione dell'art. 10 da parte delle autorità irlandesi, ha motivato la sua decisione ravvisando un obbligo generale di garantire pacificamente le diverse confessioni religiose, evitando, per quanto possibile, espressioni che possano essere ritenute offensive per gli altri individui legati a differenti culti religiosi e per i non credenti. Si è cercato, in questo modo, di tutelare le diverse posizioni e convinzioni in ambito religioso degli altri, soprattutto in un'epoca caratterizzata da una sempre più crescente gamma di fedi e confessioni. Da qui la necessità di proteggere i diritti dei non cattolici dalla diffusione di informazioni che potrebbero ledere o offendere le diverse fedi<sup>14</sup>, tanto più che essa prevedeva il mezzo radiofonico, che secondo la giurisprudenza della Corte, al pari della televisione, è dotato di una grande forza di impatto e penetrazione; in questo ambito, dunque, l'interferenza sulle posizioni soggettive altrui è più immediata, invasiva e potente rispetto alla stampa<sup>15</sup>.

Inoltre, la Corte, pur riconoscendo la neutralità del mezzo di comunicazione, mira ad assicurare un « pluralismo religioso », promuovendo (in linea teorica) una presenza sulle stesse fonti informative delle varie confessioni religiose. Da ultimo, per giustificare la restrizione alla libertà di espressione, ha valutato come la religione costituisca, in Irlanda, un tema di divisione e scontro tra la popolazione, ricollegandosi, così, nello stesso tempo, sia alle esigenze di sicurezza e di prevenzione dei reati, che a quelle di protezione delle libertà altrui.

#### B) ASSENZA DI UN FINE COMMERCIALE NELLO SPOT ANIMALISTA.

In altro caso, la Corte valuta lo spot promozionale in televisione privo di un fine prettamente commerciale e, per tale ragione, considera la restrizione alla sua diffusione operata dalle autorità dello stato nazionale come contraria al precetto dell'art. 10 della Convenzione. È il caso *VgT Verein Gegen Tierfabriken v. Switzerland*<sup>16</sup>, in cui un'associazione animalista si vede inibire la diffusione televisiva di un messaggio video che promuoveva il minor consumo della carne animale, collegandolo ad un miglior benessere dell'uomo, degli stessi animali e dell'ambiente. Valutando tale messaggio di natura politica non diffondibile ai sensi del *Federal Radio and Television Act* svizzero (*section* 15) le autorità giudiziarie svizzere ritene-

<sup>13</sup> *Murphy v. Ireland*, 10 luglio 2003.

<sup>14</sup> *Wingrove v. United Kingdom*, 25 novembre 1996, punto 58.

<sup>15</sup> Si veda il caso *Jersild v. Denmark*, 23 settembre 1994.

<sup>16</sup> *VgT Verein Gegen Tierfabriken v. Switzerland*, 28 giugno 2001.

vano legittimo il rifiuto dell'emittente televisiva alla diffusione di tale promo.

In questo caso la Corte, diversamente dalle autorità nazionali, ha considerato il messaggio in questione non di natura politica in senso stretto, ma di tipo informativo ed ha ravvisato pertanto un diritto dell'associazione a comunicare e far conoscere le proprie idee e le proprie posizioni, attribuendole un «*right to broadcast*»<sup>17</sup>, quale elemento essenziale di una società democratica; affermando, la Corte che la natura del messaggio in questione è lontana da quella commerciale propria degli spot, la colloca all'interno della comunicazione delle idee che, anche se sono potenzialmente offensive o scioccanti, ne deve essere favorita la circolazione. Pur ammettendo quindi una limitazione della libertà di espressione come indicato al secondo comma dell'art. 10, questa restrizione può essere vista con maggiore favore quando la natura del messaggio comunicativo è di tipo promozionale e non invece politico, cioè tendente a far veicolare idee e posizioni culturali diverse.

#### C) POLITICAL ADVERTISING V. PRODUCT MARKETING.

Estremamente interessante, in materia di pubblicità, è il recente caso *Tv Vest As, Rogoland Pensjonistparti*<sup>18</sup>, basato sul ricorso dell'emittente televisiva norvegese che aveva ricevuto una sanzione dalle autorità nazionali per aver trasmesso in video uno spot del Partito dei Pensionati in violazione delle leggi vigenti. Pur essendo inibito alle emittenti televisive la diffusione di spot pubblicitari a contenuto politico in virtù del *Broadcasting Act* del 1992, la Corte ha ritenuto sproporzionata la sanzione e l'ingerenza delle autorità nazionali alla luce dell'art. 10.

Lo spot in questione aveva ad oggetto un breve profilo del Partito dei Pensionati unitamente all'invito a votare tale partito in occasione delle imminenti elezioni politiche. Tale messaggio era effettivamente una comunicazione pubblicitaria, atteso che esso non si inseriva in un dibattito o all'interno di una trasmissione di informazione. Tuttavia, precisa la Corte, tale comunicazione è situata al di fuori del campo del «*product marketing*», dove di solito gli stati hanno un più ampio margine di discrezione (punto 64), ma si colloca nella «*political advertising*» per mezzo della televisione, che, generalmente, riduce la qualità del dibattito politico, ma non è strettamente collegata a fini commerciali. Il divieto, spiega la Corte, trova la sua *ratio* nel presupposto che i gruppi o i soggetti finanziariamente più ricchi avrebbero maggiori opportunità di veicolare i propri messaggi rispetto a coloro che non dispongono di uguali mezzi. In più, tale divieto contribuisce a limitare i costi delle campagne elettorali ed a favorire uguali possibilità per i partecipanti alle competizioni politiche.

Tuttavia, secondo quanto accertato dalla Corte, il Partito dei Pensionati appartiene ad una categoria di soggetti politici che, a differenza dei partiti più grandi, non aveva avuto l'attenzione delle emittenti televisive, non essendo stato nemmeno quasi mai menzionato; per queste ra-

<sup>17</sup> Si legge testualmente, al paragrafo 64 che «*Article 10 would then oblige a third party to broadcast information which it did not wish to*».

<sup>18</sup> *Tv Vest As, Rogoland Pensjonistparti v. Norway*, 11 dicembre 2008.

gioni, afferma la Corte, lo spot televisivo ha rappresentato per il partito politico in questione l'unico mezzo per diffondere al pubblico il proprio messaggio comunicativo e, vietandogli tale possibilità, quest'ultimo sarebbe in una posizione di svantaggio rispetto agli altri partiti più consolidati, i quali avevano ottenuto una adeguata copertura televisiva. Da qui, la decisione della Corte di ritenere violata la disposizione dell'art. 10 da parte delle autorità nazionali che avevano sanzionato l'emittente.

**D) PREVALENZA DELLA CONCORRENZA SLEALE SULLA CRITICA DEI PRODOTTI IN COMMERCIO.**

La Corte ha valutato la sanzione emessa dalle autorità giudiziarie tedesche nei riguardi della società editrice *Intern Verlag GmbH* che aveva pubblicato un bollettino settimanale a carattere informativo diretto a proteggere gli interessi delle piccole e medie imprese che effettuano vendite al dettaglio di prodotti cosmetici nella competizione con le grandi multinazionali<sup>19</sup>; con questa pubblicazione, l'editore si proponeva di fornire ai propri abbonati analisi di mercato, suggerimenti, proposte legislative ed anche informazioni sui prodotti utili ai consumatori. Accadde che, in uno di questi bollettini, vennero pubblicate delle veementi lamentele di alcuni consumatori che avevano acquistato dei prodotti di bellezza commercializzati per corrispondenza da una società inglese. In questi commenti, traspariva la forte insoddisfazione per i prodotti acquistati ed il bollettino metteva in guardia i lettori dai rischi che tali acquisti potevano recare. Le autorità giudiziarie tedesche ritenendo le suindicate dichiarazioni pubblicate in un contesto commerciale, hanno qualificato il fatto come concorrenza sleale, senza che la libertà di espressione potesse scriminare.

La Corte, nel bilanciare i contrapposti diritti, quello di proteggere la reputazione e quello di esprimere le proprie opinioni, nel contesto commerciale in cui si versava, ha ritenuto (a maggioranza dei suoi membri) che l'interferenza dello stato nella limitazione della libertà di espressione fosse proporzionata ed adeguata; anche se i rilievi critici pubblicati avessero il requisito della verità, la Corte ha ravvisato un obbligo di mantenere riservate quelle informazioni di natura commerciale (§ 35). In sostanza, come rilevato da una *dissenting opinion* all'interno della Corte, tale decisione può costituire un precedente pericoloso perché tenderebbe ad alimentare il rischio di favorire i soggetti economici ed i loro (testualmente) « meri interessi commerciali » a discapito della libertà di espressione.

**E) PREVALENZA DELLA CONCORRENZA SLEALE SULL'INFORMATIVA PUBBLICITARIA.**

Nel caso *Jacobowsky*, la Corte non ha ritenuto essere stata violata la disposizione dell'art. 10 della Convenzione da parte delle autorità giudiziarie tedesche che avevano qualificato come atto di concorrenza sleale la spedizione di una lettera informativa da parte di un ex dipendente che comunicava ai clienti della società per la quale aveva prestato la propria opera l'imminente apertura di una sua personale agenzia con l'invito

<sup>19</sup> *Intern Verlag GmbH, Klaus Beerman v. Germany*, 20 novembre 1989.

a stabilire dei contatti di affari<sup>20</sup>. Si trattava, in definitiva, di una comunicazione informativa a carattere promozionale realizzata da un soggetto esercente un'attività di impresa. A rendere più complesso il caso, va aggiunto che il ricorrente era stato duramente attaccato dal suo datore di lavoro attraverso un comunicato stampa a larga diffusione, nel quale le sue capacità professionali erano state seriamente messe in discussione e lui stesso era stato ritenuto responsabile per il crollo finanziario della società per la quale aveva lavorato. E, a tale proposito, la circolare informativa diffusa, tendeva sia a riequilibrare le informazioni diffuse in precedenza dal datore di lavoro e sia a promuovere la sua immagine di soggetto economico.

La Corte, nell'accertare l'inesistenza della violazione dell'art. 10, ha reputato come necessaria e proporzionata la limitazione della libertà di espressione, giudicando degna di maggiore tutela la difesa dei diritti degli altri soggetti economici, tenendo come riferimento l'ambito commerciale in cui tale comunicazione veniva diffusa.

#### *F) LA PUBBLICITÀ NELLE PROFESSIONI REGOLAMENTATE.*

La Corte è stata chiamata a valutare la restrizione imposta dalle leggi che regolano l'attività dei professionisti iscritti agli albi in materia di pubblicità. Nel caso *Casado*<sup>21</sup>, un avvocato spagnolo aveva deciso di farsi pubblicità attraverso delle inserzioni all'interno di quotidiani locali ed anche di inviare via posta delle comunicazioni al pubblico relative alla propria attività professionale. La Corte, pur riconoscendo la restrizione della libertà di espressione, l'ha giustificata e dunque ritenuta ammissibile in considerazione della specificità dell'attività professionale, che deve essere supervisionata dal consiglio dell'ordine di appartenenza.

Sostanzialmente, ad analoga conclusione, è giunta la Corte nel caso *Villnow*, in cui un chirurgo promuoveva attraverso inserzioni pubblicitarie sulla stampa la propria competenza professionale nel trapianto di capelli<sup>22</sup>. Anche in questo caso, trattandosi di effettiva pubblicità diretta alla promozione presso il pubblico, la Corte ha deciso di non interferire nella regolamentazione nazionale in una materia la cui disciplina è riservata agli ordini professionali.

Nel caso *Barthold*<sup>23</sup>, un veterinario tedesco informava il pubblico tramite un articolo su di un quotidiano che la sua attività professionale non era soggetta ad orari di chiusura e che aveva allestito un pronto soccorso per animali aperto 24 ore al giorno, lamentandosi del fatto che nella sua città non vi fosse alcun altro posto dove far ricoverare od assistere gli animali. Sanzionato dall'ordine di appartenenza e dalle autorità nazionali di concorrenza sleale e di aver illegittimamente pubblicizzato la propria attività professionale, la Corte ha ritenuto tali misure restrittive eccessive e non proporzionate e lesive della libertà di espressione tutelata dall'art. 10 della Convenzione. In questo caso, la Corte ha considerato il messaggio

<sup>20</sup> *Jacobowsky v. Germany*, 23 giugno 1994.

<sup>21</sup> *Casado Coca v. Spain*, 24 febbraio 1994.

<sup>22</sup> *Villnow v. Belgium*, 29 gennaio 2008.

<sup>23</sup> *Barthold v. Germany*, 25 marzo 1985.

comunicativo non propriamente commerciale in senso stretto, ma foriero di un interesse pubblico a conoscere tali vicende di utilità per la collettività.

Uguale decisione è stata presa dalla Corte nel caso *Stambuk*<sup>24</sup>, quest'ultimo un medico oculista tedesco apparso su una rivista con un articolo a lui dedicato, quale esperto di una nuova tecnica operatoria alla cornea che si avvaleva del laser. Veniva pubblicata dal giornale un'intervista al medico, una sua fotografia ed una descrizione delle sua attività e delle sue competenze professionali. Anche in questo caso, l'articolo, secondo la Corte non poteva essere ricondotto ad una mera pubblicità, ma contenente un messaggio informativo di interesse e utilità per la salute pubblica.

Da queste pronunce si intravede un *fil rouge* che lega i numerosi e diversi tasselli che compongono il mosaico apparentemente confuso nella giurisprudenza della Corte in tema di comunicazione pubblicitaria.

Il primo punto di partenza è distinguere tra le comunicazioni promozionali di tipo informativo o descrittivo, da quelle commerciali che tendono a stimolare l'acquisto di beni o servizi<sup>25</sup>. In quest'ultimo caso, cioè in presenza di comunicazioni commerciali, le autorità nazionali hanno un margine di ingerenza assai più ampio per limitare, circoscrivere o inibire la libertà di espressione, a differenza delle comunicazioni non commerciali in senso stretto, che hanno un carattere più informativo e che sono fonte di un apprezzabile interesse pubblico ed utili ad un dibattito culturale necessario in una società democratica<sup>26</sup>. Tuttavia, questo primo assioma ha un suo fondamento solamente se si è in grado di separare con nettezza la comunicazione promozionale (informativa) dalla pubblicità in senso stretto, dal momento che quest'ultima viene considerata una forma di espressione di rango minore, dotata quindi di un più basso grado di protezione nell'ambito dell'art. 10<sup>27</sup>.

Quando, inoltre, la comunicazione è posta in essere da un soggetto che non persegue il fine di stimolare la vendita o l'acquisto, ma quello precipuo di divulgare circostanze o fatti riferiti alla propria attività di impresa o a quella di terzi, non dovrebbe sussistere l'ipotesi della concorrenza sleale<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> *Stambuk v. Germany*, 17 ottobre 2002.

<sup>25</sup> Ad onor del vero, va osservato che la distinzione in queste due categorie non è universalmente accettata; cfr. M. HERTIC RANDALL, *Commercial speech under the European Convention on Human Rights: subordinate or equal?*, in (2006) *Human Rights Law Review*, 6, 53.

<sup>26</sup> Si pensi che nel caso *Church of Scientology v. Sweden*, 5 maggio 1979, la Corte ha dichiarato irricevibile il ricorso perché la restrizione operata dalle autorità nazionali aveva ad oggetto la formulazione delle parole inserite in una pubblicità commerciale relativa alla vendita di un dispositivo, ritenendo, dunque, tale messaggio in-

formativo addirittura al di fuori del contesto dell'art. 10.

<sup>27</sup> Sul tema, di interesse è C.R. MUNRO, *The value of commercial speech*, in (2003) *Cambridge Law Journal*, 62, 134.

<sup>28</sup> Il corollario che ne deriva è che, in questo perimetro, la comunicazione delle imprese, o comunque dei soggetti esercenti un'attività economica o professionale, diretta a far conoscere al pubblico la gamma dei prodotti o dei servizi offerti, fa emergere allora una disuguaglianza od uno squilibrio in raffronto alla più ampia libertà di espressione che i consumatori hanno nelle loro dichiarazioni relativamente agli stessi prodotti o servizi di cui sono destinatari.



Da qui se ne deduce, conclusivamente, che la comunicazione informativa-promozionale è ontologicamente diversa dalla comunicazione pubblicitaria in senso stretto, utilizzando, la seconda, uno stile, un linguaggio ed una forma che la distinguono dalla prima.

##### 5. LA GIURISPRUDENZA DELLA CGCE.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (CGCE) in materia di libertà di espressione, comunicazione promozionale e loro restrizioni, non si discosta dai principi e dai criteri interpretativi seguiti dalla CEDU; anche la CGCE, nell'interpretazione della legge comunitaria, ha il compito di apprezzare il margine di valutazione discrezionale di cui dispongono gli Stati per stabilire dove si trovi il giusto equilibrio tra la libertà di espressione e gli interessi primari della collettività, che sono variabili per ciascuno degli scopi e della natura delle attività considerate, che giustificano la limitazione di tale diritto<sup>29</sup>. La giurisprudenza della Corte, sin dalle sue prime pronunce (sentenza del 26 giugno 1997, causa C-368/95, *Familiapress*; sentenza 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*), ha precisato che la libertà di espressione può essere limitata dalla normativa interna dei singoli Stati « *per obiettivi di interesse nazionale* », purché questa restrizione sia considerata ragionevole e proporzionata.

E sempre nel solco dei principi già tracciati in sede di interpretazione dell'art. 10 della Convenzione<sup>30</sup>, anche nella giurisprudenza della CGCE, qualora l'esercizio della libertà non contribuisca ad un dibattito di interesse generale e, per giunta, si collochi in un contesto in cui gli Stati hanno un livello più alto di valutazione discrezionale, quale la materia commerciale o la pubblicità, il controllo si limita alla verifica del carattere ragionevole e proporzionale dell'ingerenza<sup>31</sup>.

La CGCE ha avuto modo di pronunciarsi sulla legislazione in tema di pubblicità soprattutto con riferimento alla restrizione normativa per gli

<sup>29</sup> Nel segno della continuità con i principi espressi dalla CEDU, si veda al riguardo la sentenza della CGCE del 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf*, paragrafo 19, secondo cui « *nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto dei diritti dell'uomo in tal modo riconosciuti e garantiti* ». Principio, del resto, sancito più volte dalla Corte: tra le prime pronunce, la sentenza dell'8 aprile 1992, causa C-62/90, *Commissione/Germania*, paragrafo 23, e la sentenza del 5 ottobre 1994, causa C-404/92 *PX/Commissione*, paragrafo 18.

<sup>30</sup> La CGCE ha avuto modo di affermare (cfr. ad esempio sentenza 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold*, paragrafo 13) che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, dei quali la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine,

essa si è ispirata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato ed aderito.

<sup>31</sup> CGCE, causa C-71/02, *Karner*, sentenza del 25 marzo 2004, paragrafo 51. Per un commento sulla sentenza, cfr. M. RINALDI, *Legittime le norme nazionali che limitano forme di pubblicità ritenute lesive del consumatore*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, 1297 e, nel panorama della dottrina straniera, C.J. BERR, *Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Journal du droit international*, 2005, 408; D. DE MEY, *Libre circulation des marchandises*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2004, 101.

spot televisivi<sup>32</sup> e per la pubblicità riguardante i prodotti del tabacco<sup>33</sup> e gli alcolici<sup>34</sup>.

La Corte ha poi affrontato il caso della vendita di prodotti medicinali commercializzati attraverso delle farmacie on-line<sup>35</sup>, stabilendo che il divieto per tale attività non costituisce una restrizione arbitraria al commercio tra gli stati membri ai sensi dell'art. 30 del Trattato CE, purché esso riguardi i medicinali soggetti a prescrizione medica; ciò in quanto, una normativa nazionale che ostacoli la libera circolazione delle merci può essere giustificata, come prevede l'art. 30 CE, nell'interesse della salute pubblica. Invece, l'art. 30 CE non può essere invocato per giustificare un divieto assoluto di vendita per corrispondenza dei medicinali non soggetti a prescrizione medica nello Stato membro interessato.

In questo ambito, l'art. 88, n. 1, della direttiva 2001/83/CE, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano osta a un divieto nazionale di fare pubblicità relativamente alla vendita per corrispondenza di medicinali la cui consegna è riservata esclusivamente alle farmacie nello Stato membro interessato, se tale divieto riguarda medicinali non soggetti a prescrizione medica.

Con specifico riguardo poi all'ipotesi della pubblicità di prodotti medicinali effettuata per mezzo di dichiarazioni di terzi, la Corte ha avuto modo di pronunciarsi nel caso *Gintec*<sup>36</sup>, affermando il principio secondo cui la direttiva 2001/83/CE deve essere interpretata nel senso che « *uno Stato membro non può prevedere, nella propria normativa nazionale, un divieto assoluto e incondizionato di utilizzazione, nella pubblicità per medicinali effettuata presso il pubblico, di dichiarazioni provenienti da terzi, laddove la loro utilizzazione può essere limitata, ai sensi della direttiva stessa, solamente in considerazione del loro contenuto specifico o dello status del loro autore* ».

Dunque, interpretando la decisione resa dalla CGCE, ai fini dell'applicazione del divieto normativo, si dovrebbe fare riferimento in primo luogo al tenore, al contenuto ed al senso delle dichiarazioni provenienti da terzi (se, ad esempio, tali dichiarazioni fanno riferimento in modo eccessivamente iperbolico o declamatorio, enfatico o ingannevole a certificati di guarigione o ad un rafforzamento della sensazione generale di benessere) e poi alla posizione dell'autore di tali dichiarazioni e dunque ai legami che tale soggetto ha nei confronti del produttore.

Circa la provenienza delle dichiarazioni relative alla promozione di un prodotto medicinale da parte di un terzo estraneo al soggetto produttore, estremamente significativo sul punto è un precedente della CGCE: nel

<sup>32</sup> CGCE, causa C-500/06, *Corporación Dermoestética SA*, sentenza del 17 luglio 2008, sull'incoerenza della normativa nazionale (italiana), rispetto all'obiettivo perseguito (tutela della salute) che vieta la diffusione della pubblicità sulle emittenti televisive a diffusione nazionale relativa ai trattamenti medico-chirurgici effettuati dalle strutture sanitarie private, autorizzandola, a talune condizioni, in quelle a diffusione locale.

<sup>33</sup> Tra i numerosi giudizi, cfr. CGCE, causa C-380/03, *Federal Republic of Germany*, sentenza del 12 dicembre 2006.

<sup>34</sup> Ad esempio, CGCE, causa C-262/02, *Commission of the European Communities*, sentenza del 13 luglio 2004.

<sup>35</sup> CGCE, causa C-47/08, *Ludwigs - Apotheke München Internationale Apotheke*, sentenza dell'8 novembre 2007, con nota di commento di S. DI PAOLA, in *Foro it.*, 2008, IV, 326.

<sup>36</sup> Causa C-374/05, *Gintec International Import-Export GmbH*, sentenza del 10 dicembre 2005, con breve commento di M. MASTRANDREA, in *Giur. it.*, 2007, 2667.

caso *Ter Voort*<sup>37</sup>, relativo alla promozione, attraverso opuscoli stampati, di tisane con asserite proprietà terapeutiche, la Corte ha precisato che la divulgazione di informazioni relative al prodotto, e in particolare alle proprietà terapeutiche o profilattiche del medesimo, compiuta da un terzo che agisca di propria iniziativa e in piena autonomia, giuridica e di fatto, rispetto al fabbricante o al venditore, non integra di per sé una « presentazione » ai sensi della direttiva (65/65/CEE), poiché non mostra o rende palese l'intenzione del fabbricante o del venditore di mettere in commercio i prodotti come medicinali<sup>38</sup>.

In linea generale, sottolinea la CGCE, la definizione di medicinale data dalla direttiva non ha né per scopo né per effetto quello di menomare la libertà d'espressione del terzo che divulghi informazioni (obiettive) sul prodotto, atteso che la direttiva non preclude, né rende più difficile, la divulgazione di queste informazioni. Essa si limita a prevedere le conseguenze in ordine alla tutela della salute pubblica che può eventualmente comportare la divulgazione di queste informazioni sull'immissione sul mercato del prodotto medicinale, che viene in tal caso ad essere assoggettato ad una particolare disciplina.

6 TENDENZA DEL LEGISLATORE COMUNITARIO A CONSIDERARE IL LEGAME TRA L'AUTORE DELLE DICHIARAZIONI ED IL SOGGETTO BENEFICIARIO DELLA PROMOZIONE.

Qualora il legislatore comunitario avesse realmente voluto includere nel divieto normativo anche le dichiarazioni elogiative provenienti da terzi estranei o indipendenti dal produttore dei medicinali, avrebbe trovato l'occasione per stabilirlo. Non si può non considerare infatti la tendenza diffusa del legislatore comunitario a procedere ad una revisione normativa non appena si affacciano nel contesto sociale ed economico nuove forme o tecniche pubblicitarie. Non si può correre il rischio, nell'ottica del legislatore, che la pubblicità, con le sue innovative tecniche od anche quando viene veicolata attraverso nuovi media, non venga assoggettata ad una sicura disciplina.

Si pensi, al riguardo, al caso della direttiva 552/89/CEE concernente l'esercizio delle attività televisive, contenente le precise definizioni di pubblicità televisiva, di pubblicità clandestina e di sponsorizzazione, che viene emendata dalla successiva 36/97/CEE al fine di includere nella regolamentazione pubblicitaria — e dunque nei trattamenti restrittivi — il fe-

<sup>37</sup> Causa C-219/91, *Ter Voort*, sentenza del 28 ottobre 1992.

<sup>38</sup> Secondo la Commissione, un prodotto presentato come avente proprietà curative o profilattiche è un medicinale « per presentazione », anche quando sia comunemente considerato alimento ed anche se esso è privo di accertate proprietà terapeutiche (in tal senso anche la giurisprudenza costante della Corte, cfr. causa C-112/89, *Upjohn*, sentenza del 16 aprile 1991, punto 16); il cosiddetto criterio della

« presentazione » enunciato nell'art. 1, n. 2, primo comma, della direttiva 65/65/CEE, mira a ricomprendere non solo i medicinali che hanno veri e propri effetti terapeutici o farmacologici, ma anche i prodotti non abbastanza efficaci o che non sortirebbero gli effetti che la loro presentazione indurrebbe ad attendersi, al fine di preservare i consumatori non solo dai medicinali dannosi o tossici come tali, ma anche da vari prodotti usati in luogo dei rimedi adeguati.

nomeno delle televendite. Nello stesso ambito, la successiva direttiva 2007/65/CE, sempre concernente l'esercizio delle attività televisive, ridefinisce nuovamente il concetto e la nozione di pubblicità trasmessa dall'emittente televisiva introducendo la definizione di comunicazione commerciale audiovisiva, al cui interno sono ricomprese le forme di « pubblicità televisiva », di « comunicazione commerciale audiovisiva occulta », di « sponsorizzazione », di « televendita » o di « inserimento di prodotti » (c.d. *product placement*).

Pertanto, a conferma della difficoltà interpretativa nel ricomprendere nella nozione di pubblicità anche le dichiarazioni provenienti da terzi indipendenti, viene in soccorso l'esame della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico e, nello specifico, la parte dedicata alle comunicazioni commerciali che vengono attuate per mezzo degli strumenti telematici. In questo ambito, la linea interpretativa sopra indicata trova elementi di coerenza e rafforza così il suo impianto logico: secondo il legislatore comunitario, testualmente, non sono qualificabili come comunicazioni commerciali « *le comunicazioni relative a beni, servizi o all'immagine di tale impresa, organizzazione o persona elaborate in modo da essa indipendente, in particolare se a titolo gratuito* » (art. 2, lett. f). Ciò vuol dire, in altri termini, che esiste una comunicazione commerciale (on-line) solamente se il suo autore è collegato all'impresa o al professionista che beneficia del messaggio promozionale e, se questo è veicolato a titolo oneroso.

Inoltre, a consolidamento dei rilievi sopra riportati, si consideri che, in materia di circolazione di informazioni finanziarie, il legislatore comunitario, con la direttiva 2006/73/CE, ha previsto che il servizio di consulenza in merito a strumenti finanziari fornito all'interno di un quotidiano, giornale, rivista o in qualsiasi altra pubblicazione destinata al pubblico in generale o trasmissione televisiva o radiofonica (incluso tramite Internet), non deve essere considerato come una raccomandazione personalizzata ai fini della definizione di « consulenza in materia di investimenti » di cui alla direttiva 2004/39/CE. Ciò sta a significare che prevedere un andamento positivo di un determinato titolo, o magnificare in pubblico l'impresa che lo ha emesso, se sono dichiarazioni rivolte alla generalità delle persone, provenienti da un soggetto che è autonomo o legato da rapporti con l'impresa in questione, non rientrano nella minuziosa disciplina che regola la consulenza in materia di investimenti finanziari.

## 7 OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

La sentenza della CGCE in esame offre una interpretazione estremamente rigida della disciplina relativa alla pubblicità di prodotti medicinali. L'art. 86 della direttiva 2001/83, come già riportato, qualifica come pubblicità di medicinali « *qualsiasi attività di informazione, di ricerca della clientela o di incitamento, intesa a promuovere la prescrizione, la fornitura, la vendita o il consumo di medicinali* », omettendo qualunque riferimento in ordine alla predetta attività compiuta da un terzo indipendente dal soggetto produttore o da colui che esercita il commercio.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, per definire il perimetro della nozione di pubblicità di medicinali, in caso di dichiarazioni provenienti da terzi, ai fini dell'applicazione del predetto divieto normativo, occorre sviluppare

le osservazioni tracciate dalla stessa CGCE nella sentenza *Gintec*, secondo cui si deve guardare al tenore ed al senso delle dichiarazioni stesse, nonché al contesto in cui sono state espresse, senza tralasciare la condizione o la qualità soggettiva del loro autore. Solamente se, all'esito di questo esame, tutti i predetti elementi presentano una certa convergenza verso la comunicazione pubblicitaria, potrà ritenersi correttamente operante il divieto normativo<sup>39</sup>.

Pertanto, a voler enunciare dei criteri interpretativi, si può affermare che le dichiarazioni provenienti da un terzo possano essere ricondotte alla nozione di pubblicità solamente quando si ravvisa una relazione, diretta od indiretta, tra l'autore delle dichiarazioni ed il produttore od il distributore del medicinale e quando il primo trae un beneficio od un vantaggio da tale commercializzazione. E le dichiarazioni in questione, ai fini del divieto, devono essere inserite in un contesto commerciale e non puramente informativo<sup>40</sup>.

Se questi criteri interpretativi utilizzati si rivelassero infondati, paradossalmente, nell'elogiare pubblicamente le specialità di un determinato ristorante, nel consigliare ad un amico un hotel i cui servizi sono particolarmente curati, o nel compiacersi in un incontro conviviale di aver visto un riuscito film, si potrebbero ravvisare, in queste dichiarazioni, delle comunicazioni pubblicitarie.

PIEREMILIO SAMMARCO

<sup>39</sup> D'altronde, il legislatore comunitario, nella stessa direttiva 2001/83, all'art. 85, ha dettagliatamente delineato le attività che rientrano nella nozione di pubblicità, a dimostrazione della volontà di non lasciare all'interprete un margine di incertezza nella qualificazione. Queste attività sono rappresentate da: (i) la pubblicità dei medicinali presso persone autorizzate a prescrivere o a fornirli, (ii) la visita di informatori scientifici presso persone autorizzate a prescrivere o a fornire medicinali, (iii) la fornitura di campioni medicinali, (iv) l'incitamento a prescrivere o a fornire medicinali mediante la concessione, l'offerta o la promessa di vantaggi pecuniari o in natura, ad eccezione di oggetti di valore intrinseco trascurabile, (v) il patrocinio di riunioni promozionali cui assistono persone autorizzate a prescrivere o a fornire medicinali, (vi) il patrocinio dei congressi scientifici cui partecipano persone autorizzate a prescrivere o a fornire medicinali, in particolare il pagamento delle spese di viaggio e di soggiorno di queste ultime in tale occasione.

<sup>40</sup> Si consideri inoltre la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio del 20 dicembre 2007 (862) concernente la *Relazione sulle attuali prassi in materia di comunicazione e di informazioni sui medicinali ai pazienti*, nella quale si legge testualmente: « la comu-

nicaione di informazioni sui prodotti farmaceutici richiede la presa in considerazione dei bisogni dei pazienti nel contesto della fornitura delle cure sanitarie. La maggior parte delle fonti disponibili sottolinea il crescente ruolo attivo dei pazienti in questo settore; i pazienti hanno un diritto all'informazione e, in tale contesto, dovrebbero essere in grado di avere accesso alle informazioni sulla loro salute, alle condizioni mediche e alla disponibilità delle cure. I pazienti non si limitano più a prendere ciò che viene loro prescritto, ma si fanno sempre più carico della loro salute. Sono sempre più coinvolti nella loro malattia, dimostrano grande interesse per i temi della salute ed hanno un crescente bisogno di informazioni. Le analisi più recenti evidenziano tuttavia il fatto che spesso i pazienti non riescono a svolgere in modo adeguato un ruolo maggiore nelle decisioni che riguardano la loro salute ». Ciò sta a significare che, come evidenziato dalla Relazione, vi è un forte interesse pubblico ad avere informazioni in ordine a cure, benessere, terapie e farmaci che, in concreto, si realizzano in comunicazioni tra privati, aventi ad oggetto consigli, esperienze personali, o semplici avvertenze. E questo flusso informativo tra privati, slegati da interessi commerciali, non può essere qualificato come comunicazione pubblicitaria.