

**GARANTE DELLA
CONCORRENZA
E DEL MERCATO**

21 NOVEMBRE 1996 N. 4440

**PARTI: ASSOCIAZIONE
INDUSTRIE DOLCIARIE ITALIANE
PHILIP MORRIS EUROPE SA**

**Pubblicità commerciale •
Pubblicità ingannevole •
Libera manifestazione del
pensiero • Differenza •
Fattispecie: prodotti da
fumo • Libera
manifestazione del pensiero
di un soggetto
imprenditoriale**

Non costituiscono pubblicità commerciale e pertanto non sono soggetti alla normativa sulla pubblicità ingannevole, i comunicati che, se pur realizzati da un soggetto avente interessi di carattere economico nel settore, avendo ad oggetto fatti e opinioni su un fenomeno di interesse sociale, devono essere considerati frutto della manifestazione del pensiero di chi li ha diffusi.

1. DENUNCE.

L'Associazione Industrie Dolciarie Italiane (AIDI), con atto pervenuto in data 19 giugno 1996, ha segnalato all'Autorità la presunta ingannevolezza dei messaggi della società Philip Morris Europe Sa riguardanti il « fumo passivo » pubblicati il giorno 11 giugno 1996 sui quotidiani « Il Giornale » (p. 13); « L'Unità » (p. 24) e « La Stampa » (p. 13).

Secondo il denunciante, i messaggi pubblicitari in questione risultano in contrasto con il d.lgs. n. 74/1992 (con particolare riferimento all'art. 5), soprattutto perché, riguardando prodotti inconfutabilmente classificati come particolarmente pericolosi per la salute, omettono qualsiasi indicazione circa la loro pericolosità e anzi inducono a ritenere che il fumo passivo non sia significativamente dannoso per la salute (rispetto ad altri analoghi rischi, quali lo stesso mangiare un biscotto al giorno).

La denuncia evidenzia che i messaggi promozionali in questione risultano in contrasto anche con l'art. 2, lett. b) del d.lgs. n. 74/1992, in quanto forniscono indicazioni e dati non veritieri, prospettando ai consumatori un'immagine distorta del concreto livello di pericolosità del fumo passivo e si pongono in contrasto con quanto scientificamente accertato circa la dannosità del fumo indiretto.

Successivamente sono pervenute all'Autorità ulteriori denunce riguardanti la campagna promozionale sul fumo passivo effettuata dalla società Philip Morris: 1) da parte dell'Associazione Consumatori e Utenti, pervenuta il 3 luglio 1996, con particolare riferimento al messaggio pubblicato sul quotidiano « Il Sole 24-Ore » del 27 giugno 1996 (a p. 14); 2) da parte del sig. Franco Maula, in qualità di consumatore, pervenuta il 3 luglio 1996, con particolare riferimento al messaggio pubblicato sul quotidiano « La Stampa » del 27 giugno 1996; 3) da parte dell'Associazione Nazionale tra le Centrali Pubbliche del Latte, pervenuta il 5 luglio 1996, con particolare riferimento al messaggio pubblicato sul quotidiano « Il Sole 24-Ore » del 27 giugno 1996 (a p. 14); 4) da parte del Codacons in data 11 luglio 1996, riguardante la campagna della società Philip Morris Europe Sa sul fumo indiretto, con particolare riferimento al messaggio tabellare apparso su un'intera pagina del quotidiano « Il Sole 24-Ore » del 27 giugno 1996.

2. MESSAGGI.

I messaggi oggetto delle denunce sono stati pubblicati sull'intera pagina dei quotidiani « Il Giornale » (p. 13), « L'Unità » (p. 24) e « La Stampa » (p. 13) dell'11 giugno 1996; nonché sull'intera pagina dei quotidiani « Il Sole 24-Ore » (p. 14) del 27 giugno 1996; « La Stampa » del 27 giugno 1996.

I comunicati riguardanti il « fumo indiretto » si distinguono: I) per i tre tipi di raffigurazione riportate (tutte con notevole rilievo grafico): a) alcuni biscotti (tre); b) un bicchiere pieno d'acqua; c) un macinino per il pepe; II) per i tre differenti tipi di *head-line* abbinati alle predette raffigurazioni: a) Ma ci fa tutto male? O stiamo perdendo il senso della misura?; b) La vita non può essere priva di rischi. Ma dovresti decidere quali sono i più grandi; c) La vita comporta sempre dei rischi. Bisogna decidere quali sono importanti; III) per le frasi iniziali con le seguenti varianti: « Noi non pensiamo assolutamente che la gente creda che » [...] « -mangiare un biscotto al giorno- », oppure « -bere normale acqua trattata con cloro- », oppure « -consumare pepe- » [...] « possa far male »; IV) per l'affermazione « [...] il rischio di cancro al polmone da fumo indiretto » [...] « è inferiore, in realtà, al rischio per la salute che un altro studio ha attribuito al fatto di » [...] « mangiare un biscotto al giorno »; « bere acqua trattata con cloro »; oppure « mangiare spesso pepe »; V) per l'affermazione « E così non esiste nessuna grande campagna per convincerti a rinunciare » « a mangiare un biscotto al giorno »; « a bere acqua trattata con cloro »; oppure « al pepe ».

Per il resto i tre messaggi iniziano con lo stesso occhietto « Il fumo indiretto »: il senso della misura » inserito in un apposito riquadro, si concludono con lo stesso *pay-off*: « Philip Morris Europe Sa "Il fumo indiretto". Manteniamo il senso della misura » e riportano lo stesso *body-copy* e la stessa tabella di fondo.

In particolare, il testo dei messaggi è articolato su due colonne separate dalle tre immagini innanzi indicate (biscotti, acqua e pepe) ed evidenzia che: a) dai risultati di studi scientifici emerge che il fumo indiretto non rappresenta « un rischio significativo » per la salute; b) l'Agenzia per la Protezione Ambientale americana ha condotto una rassegna degli studi che misurano il rischio del cancro al polmone nei confronti di soggetti non fumatori, esposti per lunghi periodi al fumo passivo. Da questi studi è emerso che tale indice di rischio è a « un livello molto inferiore del rischio rappresentato, secondo altri studi, da molte attività e oggetti di uso quotidiano », quali « mangiare un biscotto al giorno », « bere acqua trattata con cloro » o « mangiare spesso pepe »; c) « come dimostra la tabella riportata qui sotto, molte attività quotidiane sono state associate statisticamente, in tempi diversi, a un rischio apparente per la salute. Ma degli autorevoli scienziati affermano che le associazioni deboli non sono necessariamente significative. E così come non esiste nessuna campagna per convincerti a rinunciare a mangiare un biscotto al giorno - bere acqua trattata con cloro o rinunciare al pepe - E non esiste neppure nessuna giustificazione solida per una campagna contro il fumo indiretto di tabacco. Se vuoi farti una tua opinione scrivici [...] ».

In fondo ai messaggi è riportata una tabella che pone a confronto alcune attività quotidiane (quali, ad esempio, alimentazione ricca di grassi saturi; bere 1-2 bicchieri di latte intero al giorno; mangiare un biscotto al giorno; bere acqua trattata con cloro; mangiare spesso pepe; esposizione

al fumo indiretto di tabacco), riportando nelle successive tre colonne: *a*) il rischio relativo riportato (espresso in numeri); *b*) l'effetto riportato sulla salute (cancro al polmone, disturbi di cuore, cancro al retto, mortalità, ...); *c*) lo studio scientifico di riferimento (Journal of the National Cancer Institute, 1993; International Journal of Cancer, 1987; International Journal of Cancer, 1989; Lancet, 1993; American Journal of Public Health, 1992; American Journal of Epidemiology, 1984; U.S. Environmental Protection Agency, 1992).

In un asterisco, riportato in basso con caratteri molto piccoli, viene precisato che « il rischio relativo dà la misura di quanto il consumo o l'esposizione ad una certa sostanza possano aumentare o diminuire i rischi. Secondo l'Istituto Nazionale del Cancro americano [...] « Nella ricerca epidemiologica rischi relativi inferiori a 2 sono considerati minimi e sono di solito difficili da interpretare ».

3. COMUNICAZIONI ALLE PARTI.

Con comunicazioni del 1° luglio, 12 luglio e 1° agosto 1996, l'Autorità ha provveduto a rendere noto ai denunciati e all'operatore interessato l'esistenza del procedimento volto ad accertare l'eventuale ingannevolezza dei messaggi in questione ai sensi dell'art. 1, comma 2; dell'art. 2, lett. *m*) e dell'art. 5 del d.lgs. n. 74/1992, con particolare riferimento alla veridicità delle affermazioni e dei dati in essi contenuti (confronti tra fattori di rischio differenti, criteri adottati, disomogeneità, fonti scientifiche citate, immagini distorte dei danni alla salute a causa del consumo di determinati alimenti, ecc.), nonché all'omissione di indicazioni circa la notevole pericolosità dei prodotti da fumo e dei relativi effetti sulla salute umana derivante dalla prospettazione ai consumatori di un'immagine rassicurante della concreta dannosità del fumo passivo.

4. RISULTANZE ISTRUTTORIE.

Con comunicazione del 5 luglio 1996 la società Philip Morris ha reso noto all'Autorità, alla luce del comunicato stampa diffuso il 29 giugno 1996, di aver esaurito la campagna sul fumo indiretto e di non aver intenzione di ripeterla prima della conclusione del procedimento avviato dall'Autorità.

Con provvedimento dell'11 luglio 1996, considerando che l'operatore pubblicitario aveva spontaneamente sospeso la campagna pubblicitaria a favore del fumo passivo o indiretto, l'Autorità ha rigettato la richiesta di sospensione provvisoria della pubblicità presentata dalla denunciante AIDI per mancanza degli estremi della particolare urgenza richiesti, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del d.lgs. n. 74/1992, per l'adozione di tale provvedimento cautelare.

La società Philip Morris Corporate Service ha presentato in data 23 luglio 1996 una memoria nella quale è stato evidenziato, in sintesi, quanto segue:

a) il messaggio in questione afferma soltanto che l'indice di rischio del fumo indiretto ricavabile dagli studi scientifici dell'Agenzia per la Protezione Ambientale (EPA) statunitense non è sufficientemente significativo

da provare che esso sia nocivo, in quanto presenta un livello altrettanto basso di altri indici di rischio relativi a comportamenti giornalieri quotidiani, quali il bere acqua trattata con cloro, mangiare un biscotto al giorno, bere uno-due bicchieri di latte intero al giorno, mangiare spesso pepe, ecc. Di conseguenza, i convincimenti circa la dannosità del fumo passivo deriva più da un pregiudizio che da basi scientifiche;

b) il comunicato presenta finalità ed effetti informativi e non pubblicitari, in quanto è diretto non a promuovere la vendita delle sigarette, ma a correggere una distorta interpretazione circa la dannosità del fumo indiretto. In quest'ottica, risulta una comunicazione di impresa non a carattere pubblicitario;

c) in un precedente caso (P.I./707 del 21 marzo 1996) l'Autorità ha ritenuto che un messaggio della società Philip Morris non consisteva in un messaggio pubblicitario, in quanto non conteneva riferimenti a prodotti, marchi aziendali o altri elementi idonei a qualificarlo come pubblicità di immagine dell'azienda, ma si limitava a segnalare ai lettori la possibilità di acquisire informazioni circa la regolamentazione dei rapporti tra fumatori e non fumatori;

d) il messaggio è dettato esclusivamente dall'esigenza di porre un argine all'ingiustificato allarmismo prorogato verso il pubblico nei confronti del fumo indiretto, analogamente a quanto avviene o è avvenuto in altri settori (si pensi alle campagne di informazione da cui era scaturita, ad esempio, la dannosità dello zucchero, del burro, della margarina, prodotti periodicamente banditi in maniera superficiale per poi essere riabilitati dopo gli approfondimenti del caso);

e) anche ove si volesse, comunque, considerare come pubblicità il messaggio in questione risulterebbe irrilevante la valutazione della sua veridicità o meno in presenza del divieto assoluto di pubblicizzare i prodotti da fumo, il cui rispetto non rientra nel campo di applicazione del d.lgs. n. 74/1992. Una diversa interpretazione contrasterebbe con il principio di legalità di cui all'art. 1, comma 2, della legge n. 689/1981 (secondo cui le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e nei tempi in esse considerati), in quanto finirebbe con l'applicare alla fattispecie una sanzione diversa da quella prevista dalla legge n. 52/1983 (contenente il divieto assoluto di pubblicizzare i prodotti da fumo);

f) per quanto riguarda la riconoscibilità, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 74/1992, il messaggio rappresenta una pubblicità tabellare palese immediatamente percepibile dai lettori;

g) la veridicità del messaggio è correlata alla veridicità degli stessi dati in essa forniti di carattere epidemiologico (statistica sui possibili nessi tra malattie e fattori che possono causarle, quali, ad esempio, il regime alimentare, l'ambiente, ecc.). Il risultato degli studi epidemiologici è il « coefficiente di rischio relativo », ovvero un indice statistico della rilevanza dei fattori che possono procurare determinate malattie. A tal proposito, è riconosciuto dai ricercatori che solo un indice di rischio relativo superiore a 2.0 oppure 3.0 può determinare un aumento significativo delle possibilità di contrarre una determinata malattia. Dai dati derivanti dallo studio compiuto dall'EPA nel 1992 emerge che l'esposizione al fumo indiretto di tabacco (fumo passivo o indiretto) comporta un indice di rischio per il « cancro al polmone » pari a 1,19, ovvero un indice non significativo se confrontato con altri indici di rischio collegati a determinate consuete abitudini alimentari, le quali ugualmente hanno un indice di rischio limitato.

La portata dei dati scientifici in questione può essere, comunque, approfondita attraverso la documentazione allegata (parere *pro veritate* del prof. A. Quadrio, ordinario della cattedra di psicologia sociale dell'Università Cattolica di Milano; articolo di « Science » di luglio 1995; parere *pro veritate* del prof. M. Lotti; parere *pro-veritate* del dott. M. Le Vois, ecc.);

h) non trova neppure applicazione nel caso di specie l'art. 5 del d.lgs. n. 74/1992, in quanto la pubblicità non riguarda il fumo diretto, ma piuttosto il fumo passivo. Per quanto concerne il fumo diretto, inoltre, lo stesso messaggio evidenzia che esso rappresenta un « fattore di rischio per alcune malattie umane ».

In data 5 settembre 1996, il Codacons ha presentato una memoria con la quale è stato sottolineato, in sintesi, che:

a) la campagna pubblicitaria della Philip Morris è finalizzata a smentire la pericolosità del fumo passivo attraverso un improprio confronto con prodotti notoriamente non pericolosi (latte, biscotti, acqua, pepe, ecc.), in quanto si intende contrastare la crescente politica restrittiva dei Paesi dell'Unione Europea contro il fumo anche in relazione alle esigenze di tutela dei soggetti sottoposti al fumo passivo;

b) è evidente nel caso in questione che si tratta di un messaggio pubblicitario, il quale ha come effetto immediato, non solo come in altri casi l'esposizione del marchio aziendale, ma anche un chiaro invito al consumo dei prodotti da fumo offrendo un'immagine rassicurante delle relative conseguenze sugli altri;

c) il messaggio tende a incentivare il consumo del tabacco rimuovendo il disvalore sociale del fumo;

d) a differenza degli altri procedimenti avviati dall'Autorità l'indagine non riguarda la riconoscibilità del messaggio come pubblicità, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 74/1992, ma piuttosto la violazione degli artt. 2 e 5 di tale normativa. Tuttavia, così come l'Autorità ha ritenuto negli altri casi sussistente la propria competenza per valutare il carattere « palese » di una pubblicità dei prodotti da fumo, per la quale esiste uno specifico divieto, analogamente un'indagine può essere svolta sulla veridicità di tale pubblicità che, pur riguardando prodotti pericolosi per la salute, si spinge a fornire un'immagine rassicurante sulle loro caratteristiche ed effetti. L'art. 7 del d.lgs. n. 74/1992 prevede una competenza di carattere generale dell'Autorità e, inoltre, la normativa che vieta la pubblicità dei prodotti da fumo e quella in materia di pubblicità ingannevole prevedono piani di tutela e sistema repressivi differenti. In particolare, il d.lgs. n. 74/1992 prevede, a differenza dell'altra normativa, la possibilità di disporre la sospensione provvisoria della pubblicità, nonché di applicare nel provvedimento conclusivo la misura accessoria della pubblicazione per estratto o del comunicato rettificativo;

e) la dannosità del fumo passivo deriva da prove scientifiche: 1) già dalla stessa documentazione allegata alla memoria della società Philip Morris e in particolare dalla Relazione dell'EPA (p. 1-1) si evince, ad esempio, che « *based on the weight of the available scientific evidence, the US Environmental Protection Agency (EPA) has concluded that the widespread exposure to environment tobacco smoke (ETS) in the United States presents a serious and substantial public health impact* »; 2) l'autorevole trattato di medicina interna dell'Harrison riporta che « il fumo involontario o passivo è oggi riconosciuto come una causa di cancro del polmone in non fumatori » (p. 2435; Harrison Principle of Internal Medicine, 13th edition, Mc Graw

Hill, 1994); 3) esistono diversi articoli pubblicati su numerose riviste scientifiche che evidenziano la dannosità del fumo passivo: *a*) « Di media ogni anno 53 persone sono morte come risultato del fumo di sigaretta, incluse 13 persone morte di fumo passivo [...] Inoltre, quasi 5000 morti possono essere attribuiti al fumo passivo ogni anno in Taiwan con più morti tra le donne che fra gli uomini » (Asia-Pac-J-Public-Mealth-1994; 7 (4): 206-13); *b*) « Il Comitato per la Protezione Ambientale ha concluso che il fumo ambientale da tabacco causa il cancro del polmone negli adulti non fumatori e aumenta il rischio per una varietà di malattie non cancerose respiratorie » (J.-Clin-Epidemiol 1994 Apr; 47 (4): 339-49; *c*) « L'evidenza epidemiologica ottenuta in studi umani suggerisce che il "fumo passivo" aumenta il rischio di sviluppare il cancro del polmone in non fumatori » (Fundam-Appl-Toxicol 1995 Jan; 24 (1): 3-12); *d*) « Le donne impiegate non fumatrici hanno sperimentato proporzionalmente più morti da cancro (34,3%) che [...] le non esposte (2,2%) e le mogli esposte non fumatrici (impiegate e non) hanno contratto il 25,5% di morte di cancro [...] i fumatori dovrebbero essere resi consapevoli del danno potenziale che infliggono sugli altri nella loro casa come nel posto di lavoro » (Cancer-Detect-Prev 1990; 14 (5): 497-503; ecc.

In data 26 settembre 1996, la società Philip Morris ha depositato una copia della decisione adottata dal Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria in relazione alla stessa campagna pubblicitaria e recentemente consegnata con le motivazioni. Tale decisione considera gli annunci pubblicitari in contrasto con l'art. 2 del c.a.p. limitatamente alle rappresentazioni grafiche dei prodotti e in contrasto con gli artt. 2 e 12, comma 2, del c.a.p. limitatamente alla frase: « E non esiste neppure nessuna giustificazione solida per una campagna contro il fumo indiretto di tabacco ».

5. PARERE DEL GARANTE PER LA RADIODIFFUSIONE E L'EDITORIA.

Poiché il procedimento in questione riguardava messaggi diffusi a mezzo stampa, l'Autorità ha provveduto in data 27 agosto 1996 a richiedere al Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria il parere previsto dall'art. 7, comma 5, del d.lgs. n. 74/92, integrando successivamente la richiesta con l'invio dell'ulteriore documentazione acquisita.

Con parere pervenuto l'11 ottobre 1996, il Garante ha reso noto: *a*) di ritenere i messaggi in questione pubblicità finalizzate a promuovere i prodotti da fumo; *b*) di ritenere tali pubblicità non rientranti nel campo di applicazione del d.lgs. n. 74/1992 e nelle competenze dell'Autorità in virtù dell'esistenza di un'apposita normativa che vieta qualsiasi pubblicità dei prodotti da fumo, la cui applicazione compete a un'altra Autorità Amministrativa; 3) di ritenere, subordinatamente, anche ingannevoli i messaggi pubblicitari, in contrasto con gli artt. 1, 2, 3 e 5 del d.lgs. n. 74/1992, in quanto inducono i consumatori a ritenere, in contrasto con gli assunti derivanti dalla comunità scientifica, che il fumo indiretto non sia in realtà particolarmente dannoso per la salute.

6. VALUTAZIONI CONCLUSIVE.

I messaggi in esame non appaiono rivestire carattere pubblicitario ai sensi dell'art. 2, lett. *a*) del d.lgs. n. 74/1992.

In linea generale, infatti, benché diffusi da un'impresa attiva nel settore, tali messaggi non presentano un oggettivo contenuto promozionale di prodotti da fumo, proponendosi invece di contenere gli effetti dell'allarme indotto dai *mass media* nella pubblica opinione nei confronti del fenomeno del fumo indiretto.

Ciò non esclude, naturalmente, che la società Philip Morris, attraverso la pubblicazione dei comunicati di cui si discute, possa prefiggersi di creare condizioni favorevoli al consumo di sigarette. Né esclude, a maggior ragione, che la complessiva strutturazione del messaggio o alcune affermazioni in esso contenute, frutto dell'iniziativa di un'impresa con interessi economici nel settore, possano risultare connotate da una scarsa imparzialità, o comunque discutibili.

Questa Autorità, tuttavia, non può non rilevare che i comunicati in questione sono principalmente volti a fornire a un pubblico indifferenziato opinioni, supportate da informazioni di carattere scientifico, su un tema (la dannosità del fumo passivo), di particolare attualità e interesse per l'opinione pubblica.

Detti comunicati, quindi, se pur realizzati da un soggetto con interessi di carattere economico nel settore, avendo ad oggetto fatti e opinioni su un fenomeno di interesse sociale devono essere considerati frutto della manifestazione del pensiero di chi li ha diffusi, con la conseguenza che risulta preclusa una loro valutazione alla stregua della disciplina della pubblicità ingannevole di cui al d.lgs. n. 74/1992.

Ritenuto, pertanto, in difformità dal parere del Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria, che i comunicati in questione non costituiscono messaggi pubblicitari ai sensi dell'art. 2, lett. a) del d.lgs. n. 74/1992;

Delibera che non vi è luogo a provvedere, in quanto i messaggi della società Philip Morris Europe Sa di cui al punto 2 del presente provvedimento, non rientrano nel campo di applicazione del d.lgs. n. 74/1992.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al T.A.R. del Lazio, ai sensi dell'art. 7, comma 11, del d.lgs. n. 74/1992, entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

PHILIP MORRIS EUROPE:

INSERZIONE PUBBLICITARIA O LIBERA MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO?

1. IL CASO « PHILIP MORRIS EUROPE ».

Con il provvedimento in esame l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha ritenuto che non costituissero pubblicità ai sensi del d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, gli annunci diffusi dalla Philip Morris Europe S.A. attraverso i quali la nota multinazionale in-

tendeva dimostrare che l'avversione dell'opinione pubblica al fumo indiretto o passivo è pressoché ingiustificata in quanto fondata su luoghi comuni e non su riscontri di carattere scientifico che, al contrario, dimostre-

rebbero un livello di pericolosità cancerogena del fumo passivo non superiore ad abitudini alimentari comunemente ritenute innocue, come mangiare biscotti o bere latte quotidianamente. L'Autorità Garante ha dunque escluso l'applicabilità del d.lgs. n. 74/1992, individuando nella fattispecie una comunicazione volta a promuovere un'opinione seppure di provenienza imprenditoriale e non la commercializzazione o la vendita di un particolare prodotto o servizio, secondo la definizione di pubblicità accolta nello stesso d.lgs. n. 74/1992.

Il provvedimento riecheggia una dibattuta questione: si tratta della ricostruzione del fenomeno pubblicitario e della sua collocazione alla luce delle norme costituzionali, secondo l'alternativa, ormai nota, tra libera manifestazione del pensiero ed iniziativa economica privata, nel tentativo, una volta preferita l'una o l'altra delle soluzioni prospettate, di individuarne le possibili limitazioni.

2. LA DEFINIZIONE DI PUBBLICITÀ COMMERCIALE.

Al fine di cogliere a pieno gli aspetti salienti del provvedimento occorre illustrare innanzitutto la nozione di pubblicità commerciale accolta nel d.lgs. n. 74/1992 in attuazione della direttiva comunitaria 450/84/CEE (art. 2), in materia di pubblicità ingannevole.

Secondo il disposto legislativo, è pubblicità « qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili, la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi oppure la prestazione di opere o servizi » (art. 2, lett. a), d.lgs. n. 74/1992¹. L'applicazione (e, dunque, l'interpretazione) di siffatta nozione spetta all'Autorità Garante che, nel corso degli anni, ha assunto un orientamento duttile, ritenendo, « messaggio pubblicitario qualunque comunicazione [...] cui possa ricondursi una finalità promozionale, anche quando tale finalità non risulti direttamente perseguita o non risulti disgiunta da scopi meramente informativi »². Un'interpretazione ampia quindi quella di cui si riferisce, ma soprattutto pregiudiziale, attraverso la quale si intende valutare l'aspetto finalistico di ognuna delle fattispecie comunicazionali poste all'attenzione dell'Autorità Garante, nel tentativo di coglierne l'intima natura³.

La comunicazione pubblicitaria, infatti, non è che una relazione comunicativa tra un soggetto ed una pluralità di destinatari. Le difficoltà riguardano pertanto la necessità di trovare una linea di demarcazione

¹ Per una ricostruzione delle molteplici nozioni del fenomeno accolte nel mondo della pubblicità e, in particolare, dagli operatori del settore, dall'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria, dagli usi raccolti dalle Camere di Commercio, nonché, a livello internazionale, dalla Camera di Commercio Internazionale nel *Code de Pratiques Loyales en matière de Publicité*, FUSI-TESTA-COTTAFANI, *La pubblicità ingannevole*

(commento al d.lgs. n. 74/1992), Milano, 1993, 89 ss.

² AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione annuale sull'attività svolta*, 30 aprile 1995, 176.

³ Da ultimo, sugli orientamenti interpretativi dell'Autorità Garante a riguardo della nozione di pubblicità, GAMBARDILLA, *Pubblicità ingannevole*, in *Conc. Mercato*, 4/1996, 312 ss.; *ibidem*, 5/1997, 121 ss.

che sia capace di distinguere la comunicazione pubblicitaria, nelle sue peculiarità, dalle altre relazioni comunicative di natura informativa. Ciò che distingue il messaggio pubblicitario da qualsiasi altro genere di comunicazione informativa può essere evidenziato valutando la diversa incidenza sul messaggio degli elementi propri di qualsiasi rapporto comunicazionale⁴.

In primo luogo, l'analisi del messaggio riguarderà l'identità strutturale del soggetto comunicante allo scopo di valutare le conseguenze che si determinano a seconda che il messaggio provenga da un soggetto pubblico o privato, in presenza o meno, cioè, di uno scopo di profitto. Questo criterio ha perduto negli anni la sua efficacia caratterizzante, soprattutto a causa dell'impossibilità di procedere ad una distinzione netta tra le attività svolte dai soggetti pubblici rispetto ai privati, come prova, ad esempio, la moltiplicazione delle funzioni dei soggetti collettivi⁵.

Rilevata l'insufficienza del solo criterio dell'identità del soggetto comunicante, l'analisi dell'attività comunicativa dovrà proseguire attraverso la valutazione, da un lato, della finalità perseguita da chi la pone in essere (criterio teleologico) e, dall'altro, del suo specifico contenuto. La posizione che tende ad essere svalutata è, nella prospettiva comunemente adottata, quella del destinatario di siffatta comunicazione. Occorre sottolineare, invece, dopo aver valutato disgiuntamente l'incidenza sia della finalità del comunicante che del contenuto dell'informazione ai fini dell'inquadramento costituzionale dell'attività comunicativa nel caso concreto, l'importanza dell'affidamento del destinatario rispetto all'informazione che riceve e la necessità di una sua tutela, proprio perché se è vero che la libertà di manifestazione del pensiero viene garantita al fine di consentire a ciascun soggetto di esprimersi, andando oltre, l'ordinamento dovrà tutelare adeguatamente anche coloro che una simile manifestazione sono destinati a ricevere⁶. Ciò che distingue, dunque, una manifestazione di pensiero ex art. 21 Cost. da una comunicazione riferibile all'alveo delle attività imprenditoriali, a norma dell'art. 41 Cost., deve essere « individuato attraverso una definizione che sia in grado di correlare i tre elementi che devono ritenersi maggiormente significativi: motivazioni del comunicante e dei destinatari, contenuto dell'informazione, tutela dell'affidamento del destinatario »⁷.

Accolte tali osservazioni, le difficoltà non possono dirsi solo per questo dissolte, le contrapposizioni, finora condotte per lo più sotto un profilo teorico, sono destinate a rinnovarsi nel concreto. Il dubbio riguarderà soprattutto i rapporti comunicazionali a mezza strada, là dove gli intendimenti del soggetto comunicante o del destinatario così come il contenuto

⁴ CAFAGGI, *Pubblicità commerciale* (voce), in *D. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1995, 433 ss.

⁵ Proprio a questo riguardo, l'Autorità Garante ha di recente considerato pubblicità e sottoposto al proprio giudizio una comunicazione, messa in onda dalla RAI, volta a sollecitare il pagamento del canone annuale di abbonamento radiotelevisivo, nonostante il suo pagamento, trattandosi

di un tributo, risulti obbligatorio, e l'inserzionista sia un soggetto pubblico (prov. 3026/1995, PI452, in *Boll.* 19/1995). Nello stesso senso, da ultimo, Aut. Garante, provv. 4588/1997, PI1027, in *Boll.* 3/1997; 2870/1995, PI432, in *Boll.* 10/1995).

⁶ Così CAFAGGI, *op. cit.*, 435, richiamando Corte Cost. 17 ottobre 1985, n. 231 (in *Foro it.*, 1985, I, 2829).

⁷ CAFAGGI, *op. cit.*, 436.

della comunicazione non rivelino immediatamente la natura commerciale dell'informazione; per loro, la scelta non potrà che essere adottata sulla base di un criterio di prevalenza, secondo un orientamento più o meno rigoroso⁸.

L'Autorità Garante ha sempre proceduto in questi anni ad un'attenta valutazione della natura della relazione comunicativa sottoposta al suo giudizio. Il rigore della definizione richiamata è stato attenuato, da un lato, riconducendo al suo interno la c.d. pubblicità istituzionale, quella pubblicità cioè che prescinde dal riferimento al prodotto o al servizio commercializzato dall'operatore pubblicitario, intendendosi con tale espressione la comunicazione di pura immagine, dove la reclamizzazione di quanto viene offerto sul mercato dall'impresa non è diretta, ma viene mediata dalla notorietà acquisita dall'impresa stessa e dalla promozione dell'immagine aziendale, secondo una prospettiva invertita tra impresa, marchio e prodotto cui quel marchio è apposto⁹; dall'altro, adottando criteri risoluti nel valutare le ipotesi di presunta pubblicità redazionale¹⁰. L'orientamento dell'*Authority* a riguardo di quest'ultima fattispecie comunicazionale assume, proprio per le caratteristiche che le sono connaturate, particolare rilievo. Nella pubblicità redazionale infatti l'operatore pubblicitario cerca di superare la comune diffidenza del consumatore proprio attraverso un approccio più colloquiale e amichevole, nel quale l'informazione del consumatore sembra prevalere sulla sua gestione; in altri termini, se il risultato che si persegue mediante il messaggio è pur sempre quello promozionale, questo è frutto di una strategia comunicazionale insolita perché mediata e confidenziale, volta a accrescere la bontà del prodotto e la verosimiglianza delle sue qualità proprio attraverso l'apparente imparzialità della fonte. Un simile approccio, com'è immaginabile, condiziona la stessa valutazione dell'Autorità Garante, evidenziandone il percorso istruttorio che, come detto, si svolge su due piani distinti, ma consequenziali: nel primo, che risulta pregiudiziale, oggetto di giudizio è la natura della comunicazione, nel secondo, nel caso le sia riconosciuta valenza pubblicitaria, si accerta la sua riconoscibilità (art. 4, comma 1, d.lgs. n. 74/1992), per poi, infine, valutarne il contenuto. Ciò significa che, nel concreto, la natura pubblicitaria del messaggio dovrà essere accertata non solo in relazione alla presenza o meno di un rapporto di committenza tra l'impresa e il proprietario del mezzo, ma anche sulla base di elementi presuntivi che ne manifestino, in quanto « gravi, precisi e concordanti », l'obiettivo carattere promozionale¹¹. La finalità promozionale sarà esclusa allora nel caso si tratti,

⁸ Il problema era stato profilato dalla dottrina già nei primi commenti al d.lgs. n. 74/1992, CAFAGGI, *Decreto Legislativo 25 gennaio 1992, n. 74 (sub art. 2)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, 679 ss.

⁹ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione annuale sull'attività svolta*, 30 aprile 1994, 207.

¹⁰ Sulla pubblicità redazionale, in termini critici rispetto all'orientamento sia dell'Autorità Garante che del Giurì di Autodisciplina, RUFFOLO, *Pubblicità reda-*

zionale, manifestazione del pensiero e limiti (anche costituzionali) al rimedio inibitorio/censorio, in *Responsabilità comunicazione impresa*, 1996, 167.

¹¹ In questo senso, l'orientamento consolidato dell'Autorità Garante (provv. 3921/1996, PI790, in *Boll.* 21/1996; 4085/1996, PI782, in *Boll.* 29-30/1996; 4155/1996, PI834, in *Boll.* 32-33/1996; provv. 4355/1996, PI991, in *Boll.* 43/1996; 4375/1996, PI928, in *Boll.* 44/1996). L'Autorità Garante chiarisce inoltre che la valutazione

ad esempio, di un prodotto innovativo che sia in grado di suscitare commenti di costume, oppure qualora l'imparzialità dell'informazione risulti dalla tecnica comunicazionale adottata (si pensi all'uso di toni critici o comunque obiettivi) o dalla presenza di altri elementi che rivelano la natura giornalistica dell'informazione, quali l'inserimento dell'articolo in una rubrica che sia riportata nel sommario della rivista, oppure la firma del giornalista che ha redatto l'articolo¹², o, infine, se altre circostanze ne rivelino la esclusiva connotazione opinionistica¹³. La riconoscibilità dell'accertata natura pubblicitaria del messaggio, poi, sarà frutto di valutazioni ulteriori: l'esame verificherà la sussistenza di un'adeguata struttura e impostazione grafica, la raffigurazione del marchio e/o del prodotto reclamizzato e, in generale, il contesto vivo in cui il messaggio è collocato¹⁴.

3. FUMO PASSIVO: MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO O PUBBLICITÀ.

L'approccio metodologico descritto è stato adottato dall'Autorità Garante anche nella decisione in commento. Rilevata infatti la natura non promozionale del messaggio diffuso dalla Philip Morris Europe, non è stato necessario accertare né la riconoscibilità né la veridicità del suo contenuto. L'Autorità Garante ha ritenuto di non essere competente a pronunciarsi, affermando che « benché diffusi da un'impresa attiva nel settore, tali messaggi non presentano un oggettivo contenuto promozionale di prodotti da fumo, proponendosi invece di contenere gli effetti dell'allarme indotto dai *mass media* nella pubblica opinione nei confronti del fumo indiretto ». A nulla è valso sollevare perplessità sul contenuto delle informazioni diffuse: in mancanza di un qualsivoglia intento promozionale a favore di un prodotto, è la natura informativa della comunicazione a prevalere, giacché, secondo le stesse parole dell'Autorità Garante, i comunicati sono volti principalmente a fornire ad un pubblico indifferenziato opinioni, supportate da informazioni di carattere scientifico, su un tema (la dannosità del fumo passivo) di particolare attualità e interesse per l'opinione pubblica. Si tratta, in altre parole, di una manifestazione di pensiero, manifestazione di cui, là dove non assume alcun immediato rilievo la finalità perseguita dal soggetto comunicante, non può essere certo messa in discussione, seppur nell'interesse dei consumatori, la veridicità del contenuto¹⁵.

della natura promozionale o meno del messaggio redazionale deve « essere rivolta all'individuazione di una specifica finalità pubblicitaria non essendo sufficiente il semplice "effetto" pubblicitario che può indirettamente e involontariamente verificarsi a favore di determinati prodotti e servizi esplicitamente citati in un servizio informativo » (prov. 4375/1996, PI928, cit.).

¹² Da ultimo, Aut. Garante, provv. 3978/1996, PI686, in *Boll.* 24/1996; 4151/1996, PI819, in *Boll.* 32-33/1996.

¹³ Aut. Garante, provv. 4614/1997, PI1109, in *Boll.* 4/1997.

¹⁴ Aut. Garante, provv. 4004/1996, PI817, in *Boll.* 25/1996; 4029/1996, PI848, in *Boll.* 26/1996; 4048/1996, PI816, in *Boll.* 27/1996; 4149/1996, PI801, in *Boll.* 32-33/1996; 4436/1996, PI941, in *Boll.* 47/1996; 4619/1997, PI1059, in *Boll.* 4/1997.

¹⁵ I termini della questione sono noti. Le due posizioni contrapposte sono tradizionalmente rappresentate, per coloro che

La decisione dell'Autorità Garante non è esente da osservazioni critiche. Nel messaggio infatti potrebbe rilevarsi la sussistenza, sottolineata dagli stessi soggetti denunciati (e neanche considerata dall'Autorità Garante), di una pubblicità istituzionale. Se infatti non è dubbia la provenienza del messaggio in questione, occorre valutare attentamente la posizione del soggetto comunicante di cui si fa espressa menzione al termine dell'annuncio, secondo l'alternativa tra operatore pubblicitario e firmatario di un'opinione. Entrambe le ricostruzioni, sebbene la prima richieda, come si è detto, una interpretazione evolutiva del dato positivo, sollevano degli interrogativi. Se da una parte infatti, la nozione di pubblicità accolta nel decreto legislativo non sembra sufficientemente elastica per poter accogliere al suo interno anche una comunicazione come quella in esame, dall'altra l'esperienza interpretativa maturata nelle ipotesi di pubblicità istituzionale dimostra la centralità dell'aspetto finalistico del messaggio, senza che assuma alcun rilievo la tecnica di promozione, diretta o indiretta, utilizzata nell'occasione dall'operatore pubblicitario¹⁶.

L'Autorità Garante ha dimostrato di essere ben consapevole del fatto che l'operatore pubblicitario « attraverso la pubblicazione dei comunicati di cui si discute, possa prefiggersi di creare condizioni favorevoli al consumo di sigarette », ma, rigidamente ancorata alla nozione di pubblicità del d.lgs. n. 74/1992, si è limitato a rilevare le conseguenze del messaggio come se queste fossero una mera eventualità, il tutto con un atteggiamento di cui non si può non rilevare la contraddittorietà latente. Il Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria, del quale l'Autorità Garante è tenuta a richiedere il parere secondo il disposto dell'art. 7, comma 5, del d.lgs. n. 74/1992, ha ritenuto, da par suo, che i messaggi in questione costituissero pubblicità finalizzata a promuovere prodotti da fumo. La posizione del Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria, disattesa al termine del procedimento dall'Autorità Garante, appare, nel suo rigore, non sufficientemente argomentata e, per questo, facilmente eccepibile. La natura pubblicitaria del messaggio nel caso in esame non può verosi-

sostengono l'applicazione dell'art. 21, da FOIS, *Censura e pubblicità economica*, in *Giur. costit.*, 1965, I, 838, e, per chi intende ricondurre il fenomeno nell'alveo dell'attività imprenditoriali, da GHIDINI, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milano, 1968. Particolare interesse suscita la ricostruzione della disputa svolta, alla luce degli orientamenti adottati nell'ordinamento nordamericano, da PARDOLESI (nota a Corte Cost. 17 ottobre 1985, n. 231, *cit.*) che conclude auspicando che la questione, nonostante la perentorietà della conclusione della Corte nella parte in cui afferma che « la pubblicità costituisce attività di impresa », sia « rivisitata con ben altra cautela » rispetto a quella adottata nella sentenza, nel caso in cui « i giudici della Consulta dovessero misurarsi con sospetti d'illegittimità costituzionale che non ineriscano all'(advertising in quanto) attività strumentale per la sopravvivenza dei mass

media, bensì ed in prima battuta, al contenuto stesso della comunicazione pubblicitaria » (*op. cit.*, 2830). Sul punto, v. anche, FLORIDIA, *La repressione della pubblicità menzognera: vent'anni dopo*, in *Quadr.*, 1986, 74; VIGNUDELLI, *Aspetti giuspubblicitari della comunicazione pubblicitaria*, Rimini, 1983; nonché, GATTI, *Pubblicità commerciale* (voce), in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 1058.

¹⁶ Sulla pubblicità istituzionale, Aut. Garante, provv. 3635/1996, PI660, *cit.*: 3413/1995, PI628, in *Boll.* 47/1995; 3027/1995, PI456, in *Boll.* 19/1995; 3026/1995, PI452, in *Boll.* 19/1995; 1456/1993, PI23, in *Boll.* 27-28/1993; nonché, come spunto per una ricostruzione dell'intero fenomeno pubblicitario, SCARPELLINI, *I casi riuniti Benetton/h.i.v. positive e Benetton/Kirby: la pubblicità fra correttezza e libertà di manifestazione del pensiero (brevi riflessioni)*, in *Conc. Mercato*, 3/1995, 449 ss.

milmente essere rilevata dal prodotto reclamizzato, assunta la mancanza nel messaggio in questione di elementi che richiamino un qualsiasi prodotto. La conclusione sembra provenire da una visione del concetto di pubblicità che, se non identica, appare altrettanto rigida rispetto a quella dell'Autorità Garante, come dimostra il tentativo di individuare necessariamente un prodotto cui riferire il messaggio. Un simile punto di vista infatti non può che condurre a conclusioni non condivisibili, là dove dimentica che la finalità dell'inserzionista riguarda piuttosto la creazione di condizioni favorevoli al consumo del prodotto da fumo, secondo un intento che non solo non necessita di alcun diretto riferimento al prodotto, ma che, al contrario, gode di capacità di penetrazione nell'opinione pubblica proprio per la asetticità con il quale è diffuso.

L'*Authority* ha peraltro già avuto modo di pronunciarsi su un messaggio analogo proveniente dalla Philip Morris Europe e pubblicato allora su una rivista straniera¹⁷. Le valutazioni conclusive in quella occasione non erano state diverse: il mancato riferimento a prodotti, così come l'assenza nel messaggio di un marchio aziendale o di altri elementi che avrebbero potuto giustificarne la qualificazione in termini di pubblicità di immagine, fecero in modo che l'Autorità propendesse per una considerazione del messaggio in termini di manifestazione del pensiero.

La soluzione appena richiamata, secondo un ragionamento che l'Autorità Garante sembra aver adottato, seppur implicitamente, anche nel provvedimento in esame¹⁸, giustifica l'esclusione della sussistenza di una pubblicità istituzionale, basandosi su una distinzione, quella tra marchio e denominazione sociale del soggetto comunicante, di cui non si può fare a meno di rilevare la particolare delicatezza alla luce delle conseguenze che è in grado di determinare nella prospettiva propria dell'Autorità Garante. La valutazione dell'Autorità sembra determinata, per un verso, da una considerazione riduttiva delle funzioni svolte dal marchio, per l'altro, dal mancato rilievo che è proprio la concreta utilizzazione, nonché la funzione svolta dal segno a determinarne la natura giuridica¹⁹.

¹⁷ Aut. Garante, provv. 3762/1996, PI707, in *Boll.* 12/1996. Cfr. AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione annuale sull'attività svolta*, 30 aprile 1996, 235 ss., nella quale si definisce il messaggio in questione quale « comunicazione di impresa di natura non pubblicitaria » (*ibidem*, 243).

¹⁸ L'identità grafica dei messaggi diffusi dalla Philip Morris Europe induce a ritenere, nel silenzio del provvedimento in esame, che le valutazioni conclusive dell'Autorità Garante, pur formalmente differenti, siano frutto del medesimo orientamento volto ad escludere, nell'uno come nell'altro caso, la presenza nel messaggio di un'ipotesi di pubblicità istituzionale. La laconicità delle valutazioni conclusive del provvedimento richiamato non chiarisce peraltro quale sia il ragionamento logico che costituisce il fondamento dell'esclusione, se,

cioè, la valutazione sia stata realizzata riportando in astratto la denominazione sociale con il marchio registrato dell'azienda e solitamente utilizzato da questa nelle comunicazioni promozionali, oppure l'Autorità abbia ritenuto nel concreto che il contesto grafico in cui era apposto il segno ne escludeva la funzione di marchio.

¹⁹ Su questo punto la dottrina appare unanime. Fra gli altri, VANZETTI, *La nuova legge marchi*, Milano, 1993; DI CATALDO, *I segni distintivi*, Milano, 1993; nonché, in particolare sui marchi denominativi, cfr. (ma in una prospettiva diversa rispetto a quella considerata nel testo) BONASI-BENUCCI, *Nome civile e marchio di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, 1415; SPADA, *Marchi denominativi: vicende di una categoria giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, 140.

Non v'è dubbio che il marchio dell'azienda può essere validamente costituito anche dalla stessa denominazione sociale di questa, purché il segno svolta concretamente funzioni di marchio, come nel caso in cui sia utilizzato in una comunicazione destinata a soggetti determinati in un contesto grafico che esula dalla funzione di denominazione sociale del segno²⁰. L'accoglimento di una simile osservazione non può significare, a meno di strumentali estremizzazioni, la privazione per la società della possibilità di utilizzare il proprio nome civile nei rapporti con i terzi: una cosa è infatti affermare che il segno pur corrispondente alla denominazione sociale dell'inserzionista è utilizzato nell'annuncio in funzione di marchio e, da qui, rilevarne la natura pubblicitaria, altra dire, in astratto, che qualsiasi comunicazione per il solo fatto di provenire dall'imprenditore e di essere destinata al pubblico deve essere considerata pubblicità istituzionale. Se allora le modalità grafiche del segno non sembrano elemento persuasivo nella distinzione tra il marchio e la denominazione sociale di una società, fosse altro perché l'ordinamento non attribuisce loro alcuna funzione nella individuazione di un segno utilizzato in funzione di marchio (art. 16, r.d. 21 giugno 1942, n. 929), ciò che rileva è piuttosto, nel tentativo di ricercare la funzione concreta svolta dal segno, il contesto grafico del messaggio nel quale il segno stesso è apposto. La valutazione allora, prescindendo dal marchio solitamente utilizzato e, con ogni probabilità, registrato dall'inserzionista, deve riguardare la funzione concretamente svolta nell'annuncio dal segno, anche se questo costituisce per avventura la denominazione sociale del soggetto comunicante, segno al quale non potrà di certo essere riferita alcuna funzione di marchio nel caso il contesto in cui è utilizzato sia graficamente idoneo a concretare una siffatta funzione. Se si è nel giusto, incorre certamente in errore chi, contrapponendo in astratto il segno utilizzato dall'inserzionista come marchio con quello che ne costituisce la denominazione sociale e che è utilizzato nell'inserzione, conclude per l'assenza nel messaggio di un marchio aziendale. La prospettiva corretta per individuare la presenza o meno di una pubblicità istituzionale sembra consistere piuttosto nel valutare fino a quando il segno apposto nel messaggio svolge la funzione di denominazione sociale e da quale momento in poi invece si deve ritenere che costituisca un marchio²¹, assumendo a para-

²⁰ Un argomento testuale potrebbe riconoscersi nell'art. 1-bis r.d. 29 giugno 1942, n. 929, così come introdotto dal d.lgs. 4 dicembre 1992, n. 480. Il legislatore infatti, al fine di delimitare l'esclusiva del titolare del marchio registrato, distingue la funzione di marchio del segno da quella esclusivamente descrittiva dello stesso. Ciò significa che il segno, pur registrato, può essere utilizzato in funzione descrittiva, purché l'uso sia conforme ai principi della correttezza professionale, sia da quei soggetti (i titolari di un nome o di un indirizzo simile o identico al segno registrato) che per quelle finalità (ad esempio, l'indicazione della provenienza geografica o della destinazione del prodotto o del servizio) che altrimenti

risulterebbero ingiustificatamente pregiudicate dall'esclusiva assoluta disposta in favore del titolare del marchio. Cfr. sul punto, VANZETTI, *op. cit.*, 31 ss., che per siffatte utilizzazioni auspica una applicazione rigorosa sia del principio di correttezza che della distinzione tra funzione di marchio e funzione descrittiva.

²¹ Dal punto di vista pratico, poi, le conseguenze dell'interpretazione dell'Autorità Garante non sembrano di minor rilievo, giacché accoglierne le premesse significherebbe affermare che le ipotesi di pubblicità istituzionale finora riconosciute dall'Autorità Garante sono state considerate tali soltanto perché raffiguravano il marchio comunemente utilizzato in pubblicità

metro di riferimento del giudizio non le modalità grafiche del segno, quanto il contesto grafico del messaggio nel quale il segno si inserisce²².

L'analisi del contesto grafico non solo dovrà procedere secondo una prospettiva per così dire « dimensionale » del segno²³, ma soprattutto dovrà ricercare la ragione della presenza del segno nell'annuncio, presenza che, nel caso specifico, non sembra affatto necessaria, se non a fini promozionali, e che comunque appare ulteriore rispetto alla finalità perseguita con l'indicazione dell'indirizzo dell'inserzionista nel testo del messaggio, giustificata viceversa dalla possibilità per il destinatario della comunicazione di richiedere altra documentazione a proposito del fumo in diretto.

Evidenziate le perplessità suscitate dal provvedimento, da un lato, deve essere riconosciuta al messaggio valenza pubblicitaria istituzionale; e, dall'altro, occorre valutarne, secondo la prospettiva propria dell'Autorità Garante, la legittimità alla luce del d.lgs. n. 74/1992.

Lasciando da parte la violazione del disposto normativo che vieta la propaganda pubblicitaria dei prodotti da fumo (legge 10 aprile 1962, n. 165) e le problematiche ad essa connesse²⁴, nonché l'indulgenza finora

dal soggetto comunicante. L'interpretazione accolta nel provvedimento allora, se, da una parte, disconosce i principi normativi accolti in materia di segni distintivi (art. 2569 ss. cod. civ.; r.d. 21 giugno 1942, n. 929), dall'altra, determina l'assurda conseguenza di dover ravvisare negli annunci istituzionali una manifestazione del pensiero tutte le volte che l'inserzionista decida di utilizzare il segno che ne caratterizza la denominazione sociale anziché quello da lui stesso comunemente utilizzato in pubblicità come marchio. Il paradosso che accompagna il provvedimento in esame non solo è di tutta evidenza, ma trova proprio nei precedenti dell'Autorità Garante la sua conferma. È proprio l'Autorità Garante infatti ad aver ritenuto che l'apposizione del marchio Philip Morris al termine di un calendario concretasse un'ipotesi di pubblicità istituzionale (provv. 3635/1996, PI660, in *Boll.* 8/1996). Se in quel caso la presenza del marchio è stata ritenuta sufficiente per rilevare la natura pubblicitaria del messaggio, occorre interrogarsi allora, alla luce delle conclusioni del provvedimento in esame, sulla valutazione che l'Autorità Garante avrebbe dovuto adottare qualora quello stesso messaggio, anziché con il marchio registrato, fosse stato « chiuso » nel medesimo contesto grafico con la dizione « Philip Morris Europe s.a. ».

²² La questione è affrontata, in mancanza di riscontri precisi sul metodo interpretativo applicato dall'Autorità Garante nei provvedimenti in questione, al fine di argomentare la sussistenza nei messaggi di un approccio promozionale di natura isti-

tuzionale. Le osservazioni esposte appaiono pertinenti quale che sia stato il ragionamento logico preferito dall'Autorità: la critica relativa alla mancata valutazione del contesto grafico del messaggio infatti può rinnovarsi, secondo una prospettiva diversa, anche nel caso in cui sia stata proprio la valutazione concreta di questo — erronea se si accolgono le argomentazioni esposte nel testo — a legittimare la decisione.

²³ Il punto, svalutato dall'Autorità Garante quando si tratta di marchi (per tutte, le pubblicità United Colors of Benetton: Aut. Garante, provv. 1752/1994, PI160, cit.), assume rilevanza viceversa nel caso si tratti di denominazione sociale dell'inserzionista. L'aspetto dimensionale non è peraltro considerato nella pubblicità redazionale (da ultimo, Aut. Garante 4693/1997, PI1048, in *Boll.* 8/1997).

²⁴ In dottrina, OPPO, *Diritto al Marchio e divieto di propaganda del prodotto*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, 337; RESCIGNO, *I confini del divieto di propaganda del tabacco*, in questa *Rivista*, 1997, 1; FRANCESCHELLI, *Fumo e uso del marchio a fini pubblicitari*, in *Riv. dir. ind.*, 1987, II, 313; G. GUGLIEMMETTI, *Pubblicità nascosta ed autodisciplina pubblicitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1990, I, 384; ZENO ZENCOVICH-ASSUMMA, *Pubblicità e sponsorizzazioni*, Padova, 1991. In giurisprudenza, da ultimo, Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1995, n. 10508, in *Foro it.*, 1995, I, 3458; in *Corr. Giur.*, 1996, 184 (con commento di ZENO-ZENCOVICH); in questa *Rivista*, 1996, 31; in precedenza, Cass. 16 ottobre 1991, n. 10906, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 704; Cass. 11 luglio 1990, n.

dimostrata dall'Autorità Garante nel valutare la pubblicità indiretta dei produttori di sigarette quale pubblicità di prodotti pericolosi per salute e la sicurezza dei consumatori (art. 5, d.lgs. n. 74/1992), la natura pubblicitaria del messaggio diffuso dalla Philip Morris Europe consente di accertare la veridicità del suo contenuto²⁵.

Gli annunci sottoposti nell'occasione al giudizio dell'*Authority*, a tacer della presenza nel contesto del messaggio di un segno riprodotto la denominazione sociale del soggetto comunicante utilizzato in funzione di marchio che, come detto, rivela la valenza pubblicitaria del messaggio in questione, appaiono da subito, sia nel contenuto che nella grafica, particolarmente aggressivi: il loro intento non è limitato a sollevare il problema in termini di rapporti sociali; quello che si vuole mettere in discussione è la stessa veridicità degli assunti relativi alla dannosità del fumo passivo. L'approccio adottato nell'inserzione sembra porsi trasversalmente rispetto alle convinzioni del pubblico, ottenendo il consenso sia di coloro che confidano ciecamente nelle opinioni scientifiche, sia di quelli che si mostrano scettici rispetto all'allarmismo che talvolta vi proviene. L'aspetto che merita di essere censurato riguarda la sola apparente omogeneità delle « attività quotidiane » considerate nei differenti studi scientifici richiamati nell'annuncio. Il fumo passivo è rapportato infatti ad abitudini che, per quanto insalubri, sono caratterizzate da un prevalente aspetto volontaristico, nel senso che, mentre colui che mantiene ad esempio un'alimentazione molto ricca di grassi saturi sceglie di sopportare un rischio cancerogeno supplementare, lo stesso non può certo dirsi per chi invece, suo malgrado, è esposto al fumo indiretto del tabacco, non potendo ravvisarsi, in mancanza di una libera scelta, alcuna attività. Proprio perché il rischio non è volontariamente assunto dal soggetto, la situazione si scopre disomogenea rispetto alle altre considerate, e, in quanto tale, non dovrebbe essere oggetto di alcun confronto con queste²⁶.

7209, in questa *Rivista*, 1991, 829; Cass. 27 aprile 1990, n. 3545, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1574; Cass. 29 luglio 1987, n. 6547, in *Giust. civ.*, 1988, I, 120. La pronuncia dell'Autorità Garante, peraltro, appare preclusiva anche dell'applicazione del divieto di propaganda pubblicitaria dei prodotti da fumo, a meno di preferire nell'applicazione della legge n. 165/1962 una interpretazione dell'espressione « propaganda pubblicitaria » svincolata da quella di pubblicità commerciale. Sul tema si permetta di rinviare a SONNINO, *La propaganda pubblicitaria dei prodotti da fumo*, in *N. giur. civ. comm.*, 1997, II, 282.

²⁵ Il contenuto del messaggio, pubblicato sulla rivista « *The Economist* » (Prov. 3762/1996, PI707, cit.), appare non ingannevole e, per questo, incensurabile ai sensi del d.lgs. n. 74/1992, là dove il problema dei rapporti tra fumatori e non fumatori viene affrontato, secondo una visione liberale e antiproibizionistica, sulla base della cortesia del vivere comune e del buon senso.

²⁶ L'ingannevolezza del metodo meta-analitico applicato nei dati riferiti in un messaggio pubblicitario è stata rilevata da Trib. Roma, 29 settembre 1993, in *Riv. dir. ind.*, 1993, II, 382, con nota di A.M. GAMBINO, *La distribuzione dell'onere probatorio nella legge sulla pubblicità ingannevole (in un caso di « meta-analisi »)*, *ibidem*, 1993, II, 388.

Altro sarebbe stato a dirsi se, invece, il fumo passivo fosse stato rapportato nel messaggio ad altri elementi inquinanti di un ambiente chiuso, secondo una prospettiva che se, da una parte, avrebbe recuperato quella omogeneità di cui, nel caso specifico, si è lamentata la mancanza, dall'altra, attraverso un messaggio di maggior trasparenza, avrebbe potuto realmente contribuire alla regolamentazione dei rapporti tra fumatori e non fumatori, partecipando ad un dibattito su un tema di carattere generale e di particolare attualità.

Quale risposta dunque al quesito sollevato? Si tratta di una comunicazione di carattere commerciale o di una semplice opinione proveniente da un'impresa? Le due campagne pubblicitarie diffuse dalla Philip Morris Europe, se si ritengono pertinenti le argomentazioni esposte, connotano entrambe un approccio promozionale di tipo istituzionale, ma per il loro particolare contenuto non sembrano poter godere della medesima tutela. Ciò che rileva sembra far riferimento soprattutto alla posizione del destinatario del messaggio: nella prima campagna (provv. 3792/1996 PI 707, cit., l'intento, seppure finalisticamente orientato, non oltrepassa la soglia del buon senso, nella seconda (cui si riferisce la decisione in commento) invece, il tentativo è ulteriore, al consumatore sono messe a disposizione delle informazioni non solo, presumibilmente parziali e comunque discutibili, secondo le valutazioni conclusive della stessa Autorità Garante, ma soprattutto subdolamente disomogenee. In altri termini, l'inserzionista non intende soltanto sollevare il problema, ma vuole sollecitare ad ogni costo una risposta favorevole al suo punto di vista, secondo i dettami comunicazionali di una particolare tipologia di pubblicità: l'*advocacy advertising*.

4. IL MESSAGGIO « PHILIP MORRIS EUROPE » COME *ADVOCACY ADVERTISING*.

Con la pubblicità commerciale, l'operatore pubblicitario intende promuovere un particolare prodotto o servizio, rendendolo visibile all'interno del mercato, così da aumentarne la domanda. In certe occasioni, tuttavia, vuoi perché l'ordinamento ha disposto delle limitazioni alla reclamizzazione di particolari prodotti, vuoi perché sussistono nel mercato delle condizioni esterne ad esso che sfavoriscono l'allocazione di determinati prodotti o servizi, l'impresa, nel tentativo di perseguire le finalità ricordate, anziché utilizzare la pubblicità commerciale, preferisce adottare delle tecniche comunicazionali alternative.

La loro peculiarità consiste nel contenuto del messaggio che appare irriducibile all'interno della dicotomia tra pubblicità *profit* e *non profit*, là dove l'immaterialità di quanto reclamizzato esclude la nozione di pubblicità commerciale comunemente intesa, mentre l'unilateralità e la natura controversa del punto di vista che costituisce l'oggetto del messaggio allontana la fattispecie dalle comuni tipologie di manifestazione del pensiero.

In sociologia²⁷, si afferma che l'*advocacy advertising* è la « pubblicità sociale » che più si avvicina alla pubblicità di tipo tradizionale: se è pur vero infatti che ciò che si intende promuovere non è un prodotto ma piuttosto un punto di vista su un tema controverso, alla ricerca di visibilità e consenso in un mercato sostanzialmente sfavorevole, non bisogna dimenticare, tuttavia, che, in questo caso, l'opinione che è oggetto di diffusione non è affatto disinteressata, risultando, anzi, frutto di indagini svolte generalmente su fondamenti c.d. meta-analitici, nelle quali vi è la tendenza a prospettare come unanimemente accettate delle conclu-

²⁷ G. FABRIS, *La pubblicità, teorie e prassi*, Milano, 1994, 585.

sioni che in realtà sono il risultato di aggregazione e analisi di dati non omogenei²⁸.

Individuati nell'immaterialità dell'oggetto e nella parzialità del soggetto comunicante i due aspetti caratteristici di siffatta relazione comunicazionale, occorre chiedersi quale debba essere l'atteggiamento dell'ordinamento e, più in particolare, dell'Autorità Garante, nel caso siano sottoposti al suo giudizio annunci di tal genere. Nella consueta alternativa tra libera manifestazione del pensiero e pubblicità quale iniziativa economica privata, la posizione del destinatario della comunicazione e la tutela che l'ordinamento intende accordargli sembra costituire, ancora una volta, elemento fondante della preferenza dell'una o dell'altra ricostruzione. La valutazione dovrà contrapporre proprio i due elementi che, per quanto si è detto, caratterizzano questo genere di comunicazione, al fine di individuarne il prevalente.

Se la prevalenza non sembra in discussione quando, come in questo caso, il messaggio manifesta un approccio promozionale di carattere istituzionale, tale soluzione, nel momento in cui si riconosce valenza pubblicitaria al messaggio sulla base esclusiva della presenza non casuale di un riferimento al soggetto comunicante che nell'occasione funge da segno distintivo dello stesso, non può essere ovviamente riproposta nel caso un annuncio dello stesso tenore sia diffuso in maniera graficamente anonima²⁹. Quale tutela allora, di fronte a simili fattispecie comunicazionali? L'insegnamento parrebbe provenire dall'esperienza autodisciplinare che recentemente ha disciplinato la c.d. « pubblicità sociale » (art. 46, c.a.)³⁰. La questione, evidenziandone la delicatezza, sta nel ritenere percorribile o meno in sede istituzionale la strada che, come vedremo, è stata già intrapresa dagli organi autodisciplinari, consapevoli, da un lato, delle difficoltà di ordine costituzionale riferibili ad un intervento legislativo di tale portata³¹, dall'altro, del ruolo di supplenza che, fino

²⁸ Non a caso la ricerca del U.S. E PA *Environmental Protection Agency*, della quale nel messaggio si riportano le conclusioni sul solo coefficiente di rischio cancerogeno riferibile al fumo passivo, in altra parte afferma, con tono più allarmista, che « *the report estimates that roughly 30 percent of all lung cancers caused by factors other than smoking are attributable to exposure to environmental tobacco smoke* ».

²⁹ CAFAGGI ritiene che in casi simili deve parlarsi di comunicazione di impresa non avente carattere pubblicitario (*op. cit.*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, 679). Secondo questo A. infatti « il riferimento esplicito alla promozione della vendita di beni, alla costituzione di diritti ed obblighi ed alla prestazione di opere e servizi fa propendere per l'esclusione dal presente decreto [d.lgs. n. 74/1992, n.d.r.] della pubblicità avente ad oggetto messaggi di utilità sociale, la cui finalità cioè non sia mediatamente o immediatamente la promozione di un'attività economica » (*ibidem*, 681).

³⁰ ROSSOTTO, *La pubblicità degli enti non profit*, in *Il dir. ind.*, 1995, 387, osserva che « le *guide lines* sulla pubblicità c.d. sociale possono essere di ulteriore stimolo al settore controllando e monitorizzando però gli abusi pubblicitari, messi in atto da chi, attraverso l'uso di tecniche aggressive, spregiudicate e a volte contrarie alla stessa norma comune, può dare luogo a gravi fenomeni di disinformazione o peggio di immagine negativa della pubblicità nel suo complesso » (*op. cit.*, 385).

³¹ Da questo punto di vista, sembrerebbe soccorrere la delimitazione funzionale dell'ambito di applicabilità del comma 2 dell'art. 21 Cost. proposta da GHIDINI, *op. cit.*, 228 ss., che tende a svalutare i timori segnalati da più parti a riguardo di una possibile estensione dell'art. 41 Cost., e dei limiti che gli sono propri, alla propaganda elettorale e dei sindacati (in questo senso, cfr. FOIS, *op. cit.*, 853; nonché, recentemente, nel corso della relazione annuale 1996, il Presidente dell'Autorità Ga-

ad allora (non diversamente da quanto era accaduto prima della emanazione del d.lgs. n. 74/1992), sarà svolto dall'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria.

5. LA DEFINIZIONE DI PUBBLICITÀ NELL'ORDINAMENTO AUTODISCIPLINARE. CONCLUSIONI.

Maggiore sensibilità rispetto alle problematiche descritte ha dimostrato, come detto, il Giurì di Autodisciplina Pubblicitaria. A questo riguardo, l'orientamento degli organi autodisciplinari deve essere distinto in relazione alla recente introduzione della disciplina sulla pubblicità sociale (art. 46, c.a.).

Nel 1991, innanzi ad un messaggio relativo al problema dell'*Environmental Tobacco Smoke* (ETS), il Giurì ha affermato che « i messaggi provenienti da un'associazione dichiaratamente costituita da produttori di tabacco, destinati a mantenere o accrescere il novero di utenti di un certo prodotto, sono da qualificare pubblicità ai sensi del codice di autodisciplina, in quanto esercizio non della libertà di manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost., ma della libertà d'iniziativa economica ex art. 41 Cost. »³². La natura pubblicitaria dell'annuncio nel caso specifico è stata dimostrata, innanzitutto, dal fatto che i messaggi provenivano da (ed erano imputabili ad) un gruppo di produttori di articoli da fumo, organizzati, nel caso specifico, in una associazione di documentazione e informazione sul tabacco; poi, dalla stretta relazione sussistente tra messaggi e settore di operatività dei produttori associati al Centro; e, infine, dalla finalità degli stessi messaggi, volti a sortire effetti favorevoli ai produttori di articoli da fumo.

Il Giurì, sebbene la definizione di pubblicità commerciale accolta nel codice di autodisciplina faccia anch'essa esclusivo riferimento alla promozione della « vendita di beni o servizi »³³, ha sempre ritenuto che l'interpretazione di siffatta disposizione dovesse comunque permettere « d'integrare il concetto, precisando che il comunicato deve darsi come supporto ideologico, intenzionale e interessato, di un'attività economica imprenditoriale », così da poter essere applicata anche ad « una propaganda di pura immagine, che lasci tra parentesi il versante commerciale e tenda a migliorare in termini psicologici e a preservare da incagli conflittuali le relazioni esterne tra imprenditori e ambiente sociale e le stesse relazioni interne alla struttura aziendale, può favorire la conduzione di un'attività d'impresa »³⁴.

rante, richiamato da GAMBARELLA, *op. cit.*, 315). Perplexità di ordine costituzionale sono espresse anche sulla normativa autodisciplinare, nella nota anonima alle decisioni del Giurì, 30 gennaio 1996, n. 81/96 e Id., 30 aprile 1996, n. 91/96, *Giurì e pubblicità sociale: la pubblicità animalista*, in *Responsabilità comunicazione impresa*, 1996, 471.

³² Giurì, 15 ottobre 1991, n. 154/91, in *Giur. Pubbl.*, IV, 463.

³³ Codice dell'Autodisciplina Pubblicitaria, Norme preliminari e generali, lett. e). Definizioni.

³⁴ Giurì, 25 novembre 1986, n. 81/86, in *Rass. giur. Enel*, 1987, 207.

Se questo è l'orientamento autodisciplinare precedente all'introduzione della disciplina della pubblicità sociale³⁵, a conclusioni non dissimili è giunto il Giurì nella valutazione del messaggio oggetto della decisione in commento: l'annuncio diffuso dalla Philip Morris Europe, considerato pubblicità ai fini del codice di autodisciplina, è stato ritenuto in contrasto con l'art. 12 c.a. nella parte in cui è idoneo « a indurre i destinatari a diminuire il senso di vigilanza e di responsabilità verso i pericoli del fumo (anche indiretto) »³⁶.

La linea argomentativa dell'organo autodisciplinare, pur conforme all'orientamento richiamato, è fondata però su motivazioni ulteriori rispetto alle pronunce precedenti³⁷. Le prime riguardano l'introduzione nel codice di autodisciplina dell'art. 46 volto a disciplinare la « pubblicità sociale », le seconde illustrano la convinzione, indotta da quella

³⁵ L'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria ha peraltro sottolineato, al momento della sua introduzione nel codice, « la natura di norma "eccezionale" dell'articolo sulla pubblicità sociale rispetto al corpo del Codice che continua a riguardare la sola pubblicità commerciale » (*Notiziario IAP*, marzo 1995, n. 102).

³⁶ Giurì, 2 luglio 1996, n. 138/139/96, in *Notiziario IAP*, n. 108. Va sottolineato peraltro che i rilievi sulla disomogeneità dei dati richiamati nel messaggio non sono stati oggetto di censura neanche da parte del Giurì di Autodisciplina.

A riguardo della violazione della norma disciplinante la sicurezza (art. 12 c.a.), dalla quale il Giurì ha desunto l'ingannevolezza del messaggio, si osserva che la medesima conclusione poteva essere adottata per il messaggio in questione, sempre che ne avesse riconosciuta la natura pubblicitaria, anche dall'Autorità Garante che, tra i criteri della valutazione dei messaggi sottoposti al suo giudizio, accoglie anche quello della pericolosità del prodotto per la salute e la sicurezza dei consumatori (art. 5, d.lgs. n. 74/1992). L'applicazione della disposizione, riferendosi quest'ultima al prodotto reclamizzato, avrebbe richiesto tuttavia un passaggio ulteriore rispetto al riconoscimento della natura pubblicitaria istituzionale del messaggio. La mancanza di un richiamo esplicito al prodotto pericoloso e l'obiezione che le è connotata poteva essere superata, non senza difficoltà, interpretando in questo senso quell'orientamento dell'Autorità Garante che ha riconosciuto come « non si possa dubitare che l'utilizzazione del marchio di prodotti da fumo per promuovere prodotti diversi, generi un effetto promozionale anche in favore dei primi in relazione ai quali il marchio ha acquisito la sua notorietà » (prov.

3679/1996, PI719, in *Boll.* 12/1996; 3680/1996, PI721, in *Boll.* 12/1996). L'orientamento di cui si riferisce, pur costituendo un sufficiente riferimento interpretativo, non è stato utilizzato nei casi di pubblicità indiretta dei prodotti da fumo ai fini dell'applicazione dell'art. 5, d.lgs. n. 74/1992, perché non era ravvisabile una finalità promozionale in questo senso, pur in presenza, per stessa ammissione dell'Autorità Garante, di un effetto evocativo a favore dei prodotti da fumo. La discutibile conclusione dell'Autorità, fondata sulla distinzione tra la finalità e effetto promozionale (*contra*, Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1995, n. 10508, cit.), non sembra tuttavia riproponibile nel caso specifico, là dove la finalità promozionale appare riferibile, senza distinzione alcuna, a tutti i prodotti e i servizi commercializzati con il marchio reclamizzato.

³⁷ La decisione del Giurì, senz'altro apprezzabile dal punto di vista sostanziale, tralascia anch'essa di considerare il messaggio quale pubblicità istituzionale di un soggetto operante nella produzione e nel commercio di beni e servizi. La competenza del Giurì viene recuperata attraverso la disciplina della pubblicità sociale (art. 46 c.a.), sebbene la sua applicazione, se si accolgono i rilievi fatti in precedenza, non appaia nel caso concreto di assoluta necessità. L'eccezionalità della normativa in materia di pubblicità sociale ne consiglierebbe un'applicazione più restrittiva, della quale avvalersi soltanto nel caso altri criteri consolidati nell'esperienza autodisciplinare risultino non concretamente applicabili, come nell'eventualità in cui il messaggio sia diffuso in un contesto grafico anonimo ovvero il marchio pur presente nell'annuncio non riguardi un operatore commerciale, trattandosi, ad esempio, di un'associazione ambientalista (Giurì, 30 aprile 1996, n. 91/

stessa disciplina, che se « il codice di autodisciplina si applica alle comunicazioni che non provengono da imprenditori e non si propongono di promuovere la vendita di prodotti, ma che possono influenzare le abitudini e le scelte di consumo del pubblico, [...] non può non applicarsi anche a campagne comunicazionali provenienti da imprenditori che si propongono di influenzare favorevolmente l'atteggiamento del pubblico nei confronti di determinati tipi di prodotti, rimuovendo pregiudizi contrari eventualmente indotti da movimenti di opinione »³⁸. La decisione subisce, com'è immaginabile, un condizionamento dal particolare contenuto del messaggio. L'intento è di temperare il rigore delle precedenti decisioni³⁹ con interpretazioni più liberali, secondo una tendenza già manifestata proprio a riguardo della propaganda pubblicitaria dei prodotti da fumo, notoriamente vietata dall'ordinamento statale (legge 10 aprile 1962, n. 165), ma non sanzionata dagli organi autodisciplinari se non attraverso i consueti parametri di giudizio espressi nel codice di autodisciplina⁴⁰. La consapevolezza del Giurì di quanta circospezione occorra nel giudicare fattispecie pubblicitarie simili si evince del resto dalla lettura della stessa decisione autodisciplinare, decisione nella quale a più riprese si afferma che « la libertà di opinione può essere esercitata anche tramite la comunicazione pubblicitaria », non potendosi contestare il diritto dell'operatore pubblicitario di far conoscere al pubblico attraverso inserzioni a pagamento la propria opinione, nel caso specifico, sugli effetti cancerogeni del fumo passivo. Se è vero quindi che dalle disposizioni del codice di autodisciplina possono desumersi delle limitazioni alle manifestazioni del pensiero applicabili anche ad ipotesi di *advocacy advertising*, altrettanto vero è che « in questi casi si debbano applicare criteri di valutazione che tengano conto della natura del messaggio e dell'esigenza di non comprimere la libertà di manifestazione del pensiero e il pubblico dibattito. In particolare, l'applicazione di criteri di valutazione "liberali" può essere giustificato anche con la considerazione che simili prese di posizione pubbliche sono destinate a suscitare un dibattito dell'opinione pubblica nell'ambito del quale le opinioni discutibili trovano risposte adeguate che possono neutralizzare gli effetti sul pubblico della comunicazione pubblicitaria »⁴¹.

Se così stanno le cose, non solo le ragioni che fondano le precedenti decisioni del Giurì sembrano superate, per il fatto che si preferisce considerare il fenomeno della *advocacy advertising* quale espressione della pubblicità sociale, svalutando altresì la presenza di un segno utilizzato dal soggetto comunicante in funzione di marchio, ma, in mancanza di una disposizione analoga nell'ordinamento statale, l'Autorità Garante, proprio perché il suo giudizio è fondato su una concezione "commerciale" del fenomeno pubblicitario, che potrebbe dirsi superata a livello autodisciplinare, non può adottare nessuna delle argomentazioni oggetto di considerazione da parte dell'organo autodisciplinare.

96, cit.).

³⁸ Giurì, 2 luglio 1996, n. 138-139/96, cit.

³⁹ Giurì, 15 ottobre 1991, n. 154/91, cit.

⁴⁰ Giurì, 7 maggio 1979, n. 1/79, in *Riv. dir. ind.*, 1980, II, 189; Giurì, 18 luglio 1991, n. 124/91, in *Giur. pubbl.*, IV, 436.

⁴¹ Giurì, 2 luglio 1996, 139-139/96, cit.

L'esperienza autodisciplinare allora può soccorrere soltanto mediamente⁴², attraverso quelle argomentazioni, quali la provenienza e le finalità del messaggio, nonché la relazione sussistente tra messaggi e settore di operatività dell'inserzionista, che, come si è visto, prima dell'espressa disciplina della pubblicità sociale, venivano addotte dal Giurì al fine di sottoporre al proprio giudizio questo genere di messaggi⁴³; il tutto senza dimenticare che simili rilievi, nel caso specifico, appaiono quantomeno suffragati dalla presenza non casuale di una denominazione notoriamente conosciuta nel mondo del tabacco, presenza che sostanziando essa stessa un marchio, secondo le ragioni di cui si è già riferito, configura un'ipotesi di pubblicità istituzionale o di pura immagine.

MARCO SONNINO

⁴² Per una disamina dei rapporti tra Autorità Garante e Giurì di Autodisciplina, MELI, *Autodisciplina pubblicitaria e legislazione statale*, in *Il dir. ind.*, 1996, 226; MACALUSO, *Pubblicità ingannevole*, in *Cons. mercato*, 4/1996, 378; particolari perplessità solleva, peraltro, BALZANO, *L'Autorità Garante della concorrenza e l'autodisciplina pubblicitaria alla luce del-*

la nuova disciplina sulla pubblicità ingannevole, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 672, che, criticando il sistema di coordinamento predisposto dal d.lgs. n. 74/1992, lamenta il rischio di un progressivo abbandono del giudizio autodisciplinare (cfr. Aut. Garante, provv. 3725/1996, PI656, in *Goll.* 12/1996; 3882/1996, PI770, in *Boll.* 19/1996).

⁴³ Giurì, 15 ottobre 1991, n. 154/91, cit.