

---

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

---

## LA DISCIPLINA LEGISLATIVA DELL'ATTIVITÀ PUBBLICITARIA: RAGIONI E CONTRADDIZIONI

---

**SOMMARIO:** 1. Il panorama della disciplina della pubblicità. — 2. L'attività pubblicitaria è solo una fase dell'attività produttiva. — 3. Il rilevante interesse pubblico alla disciplina di tutte le attività comunicazionali, ivi compresa quella pubblicitaria. — 4. La ragionevolezza della disciplina limitativa della pubblicità. — 5. Realtà e retorica nelle contestazioni al divieto della pubblicità di taluni prodotti.

---

### 1. IL PANORAMA DELLA DISCIPLINA DELLA PUBBLICITÀ.

---

L'attività pubblicitaria è soggetta ad una crescente disciplina legislativa e regolamentare. Esisteva già un certo numero di provvedimenti, taluni molto risalenti, che però riguardavano specifici settori: fra i tanti si possono citare l'art. 11 della L. 26 marzo 1936, n. 526 (modificato dall'art. 15 del DPR 28 luglio 1955 n. 630) sulle pubblicazioni riguardanti i prezzi e i dati sulle attrezzature di alberghi pensioni e locande (per le quali era — dico era perché occorrerebbe valutare l'impatto del recente provvedimento di liberalizzazione dei prezzi in tale settore — necessaria l'autorizzazione dell'EPT); l'art. 201 del T.U. delle leggi sanitarie (R.D. 27 luglio 1934, n. 1265) sulla pubblicità di specialità medicinali (anche qui è prevista una autorizzazione amministrativa); la L. 10 aprile 1965, n. 165 (novellata dall'art. 8 della L. 22 febbraio 1983, n. 52) riguardante la pubblicità dei prodotti da fumo (vietata); l'art. 13 della L. 30 aprile 1962, n. 283 che pone il divieto di pubblicizzare sostanze alimentari « adottando denominazioni o nomi impropri, frasi pubblicitarie, marchi o attestati di qualità o genuinità da chiunque rilasciati, nonché disegni, illustrazioni tali da sorprendere la buona fede o da indurre in errore gli acquirenti circa la natura, sostanza, qualità o le proprietà nutritive delle sostanze alimentari stesse o vantando particolari azioni medicamentose » (e in senso convergente v. il DPR 18 maggio 1982, n. 322 sulla etichettatura,

---

(\*) Il presente scritto riproduce una relazione all'incontro di studi su « I limiti alla pubblicità » organizzato a Milano dal Club Rosselli.

presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari); la L. 19 marzo 1980, n. 80 sulla pubblicizzazione delle c.d. vendite di liquidazione.

Ma negli ultimi tempi si assiste ad un vero profluvio di normative talune generali, altre settoriali: a cominciare dall'art. 8 della L. 6 agosto 1990, n. 223 (sulla disciplina della radiotelevisione) concernente la pubblicità e le sponsorizzazioni radiotelevisive (nonché gli altri articoli della stessa legge che disciplinano la « trasparenza » delle concessionarie di pubblicità e le ipotesi di concentrazione).

Ad esso ha fatto seguito il D.M. 4 luglio 1991, n. 439 (in *G.U.* n. 19 del 24 gennaio 1992) che adotta il regolamento sulle sponsorizzazioni televisive. Poi il D. Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 (in *G.U.* n. 136 del 13 febbraio 1992) che dà attuazione alla direttiva comunitaria 84/450 in materia di pubblicità in generale. Ancora il D.M. 30 novembre 1991, n. 425 (in *G.U.* n. 4 del 7 gennaio 1992) attuativo della Direttiva comunitaria n. 89/552 in materia di pubblicità televisiva dei prodotti del tabacco e delle bevande alcoliche e di tutela dei minorenni. Vi si aggiunga la L. 5 febbraio 1992, n. 175 (in *G.U.* n. 50 del 29 febbraio 1992) sulla pubblicità sanitaria e la L. 17 febbraio 1992, n. 154 (in *G.U.* n. 45 del 24 febbraio 1992) sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e ci si rende conto che il campo ancora abbastanza sgombro della pubblicità è stato nel giro di poco tempo fittamente etero-regolamentato.

Di fronte a questa evoluzione ci si possono porre due questioni, uno di metodo, l'altro di merito:

1) è giusto (intendo l'aggettivo nel senso più ampio) questo processo di regolamentazione?

2) la regolamentazione concretamente attuata è condivisibile?

Le mie risposte — pur nella consapevolezza della mutevolezza delle situazioni e delle loro diversità — sono, rispetto al primo quesito, che il processo di regolamentazione è coerente con la generale politica di regolamentazione di tutte le attività economiche; rispetto al secondo, che le soluzioni adottate sono opinabili, ma costituiscono il primo passo verso una disciplina adeguata agli scopi che si vorrebbero (e si dovrebbero) raggiungere.

Cercherò di motivare nel modo più ragionato tali risposte, attraverso una serie di proposizioni.

## 2. L'ATTIVITÀ PUBBLICITARIA È SOLO UNA FASE DELLA ATTIVITÀ PRODUTTIVA.

L'affermazione è talmente ovvia per chi svolge una attività economica (sia essa di produzione, di commercio o di servizi) da non avere bisogno di essere spiegata. La pubblicizzazione del prodotto o del servizio costituisce un aspetto essenziale sia della determinazione dei costi che della previsione dei ricavi. Questa evidenza viene talvolta offuscata dalla circostanza che i soggetti pre-

posti all'attività di pubblicizzazione sono esterni all'impresa produttrice e ai suoi circuiti distributivi ed hanno una forte ed autonoma immagine professionale. Ciò può indurre a ritenere che la pubblicità sia «altro» dal prodotto (o dal servizio), frutto di una attività essenzialmente creativa (non a caso il termine è utilizzato per individuare alcuni dei soggetti più importanti nella realizzazione del messaggio pubblicitario), tutelata anche dal diritto d'autore. Pur con tutto il rispetto verso gli operatori pubblicitari ed il loro lavoro occorre dire con franchezza che da un punto di vista economico — e quindi giuridico — la tesi secondo cui la pubblicità sarebbe altro dal prodotto ha altrettanto fondamento di quella che sostenesse che l'etichetta o la confezione sono altro dal prodotto. Essi ne sono una parte estremamente importante e se così non fosse, d'altronde, non si spiegherebbero gli ingenti investimenti su queste componenti.

La conseguenza è che se si disciplina il prodotto o il servizio nel suo contenuto intrinseco, non si può non disciplinare il modo con cui lo si presenta e lo si pubblicizza. Affermare che l'attività pubblicitaria non deve essere disciplinata mentre lo è — minuziosamente — quella produttiva e di etichettatura non trova una giustificazione coerente nell'ambito dell'attuale sistema di controllo pubblico dell'economia cui si ispirano i paesi dell'Europa comunitaria.

Una critica coerente della disciplina della pubblicità deve necessariamente contestare in radice il controllo — o le sue forme — sulle attività economiche: per quanto non manchino appassionati fautori di tale approccio iper-liberista che tenta di costruire una teoria del *laissez-faire* valida per il XXI secolo, non sembra che finora i risultati siano particolarmente significativi. Anche la vicenda — fortemente ideologizzata — della c.d. *deregulation* negli Stati Uniti vista a distanza di un decennio si è risolta essenzialmente non in una assenza di regolamentazione, bensì nell'introduzione di regole diverse più favorevoli all'attività imprenditoriale (il che sembrerebbe avvalorare la polemica di quanto sostengono che gli iper-liberisti sono contrari alla regolamentazione perché non riescono ad ottenere la regolamentazione che starebbe loro bene).

Dunque, fintanto che lo Stato disciplina l'attività di produzione e fornitura di beni e servizi, non può non disciplinare anche la loro pubblicizzazione.

### 3. IL RILEVANTE INTERESSE PUBBLICO ALLA DISCIPLINA DI TUTTE LE ATTIVITÀ COMUNICAZIONALI, IVI COMPRESA QUELLA PUBBLICITARIA.

Ma, oltre alle considerazioni sopra svolte, ve ne sono altre che giustificano una disciplina pubblicistica della pubblicità, esaminandola da un diverso angolo visuale.

Se le — ampiamente diffuse e condivise — ricerche sociologiche sulla c.d. «era dell'informazione» (o delle comunicazioni) non

sono destinate a restare mera teorizzazione, una delle loro conseguenze più evidenti è che l'informazione (o, se si vuole, i messaggi comunicazionali) costituiscono un bene (qualificabile, a secondo delle prospettive, come prodotto o come servizio) oggetto di rapporti giuridici e, quindi, di disciplina giuridica. L'interesse del giurista civilista si incentrerà soprattutto sulle informazioni aventi un intrinseco valore (o una utilità) economica: per fare alcuni esempi banali, l'ora esatta, una quotazione di borsa, l'orario di un treno *et similia* in un crescendo di complessità. Ma il giurista pubblicista considererà piuttosto l'interesse della collettività alla circolazione di informazioni quanto più esatte o, comunque, diligentemente accertate. Si tratta di un interesse che trova una prima risalente (e molto rudimentale) tutela nelle sanzioni penali per la diffusione di « notizie false e tendenziose », e una molto più attuale con riguardo ai fenomeni dell'aggiotaggio (comune e bancario) e dell'*insider trading*.

Ad avviso chi scrive tale interesse non può limitarsi ai soli settori di maggiore rilievo economico quali le operazioni di banca e di borsa, ma si estende al complesso delle informazioni riguardanti argomenti di interesse pubblico in quanto suscettibili di influenzare le decisioni politiche, economiche e sociali dei cittadini. Ovviamente tale interesse varia a seconda dell'informazione fornita (si comprende facilmente la diversa importanza fra l'orario degli spettacoli di un cinema e l'indicazione delle farmacie aperte di notte o in un giorno festivo; fra le vicende sentimentali di un personaggio dello spettacolo e le notizie su un sadico assassino di coppie appartate in luoghi pubblici), ma indubbiamente sussiste. Come ho cercato di motivare in altra e più appropriata sede (*Il controllo sulle metodologie informative*, in questa *Rivista* 1991, 553), tale interesse viene soddisfatto con riguardo all'informazione giornalistica non inseguendo chimeriche « verità », bensì imponendo con riguardo alle singole tipologie informative precise metodologie di raccolta, verifica e diffusione delle notizie.

Come trasferire questa impostazione all'attività pubblicitaria? È noto che esistono due posizioni nella nostra dottrina pubblicitaria: la prima, prevalente e autorevolmente suffragata da diverse pronunce della Corte costituzionale, secondo cui i messaggi pubblicitari costituendo una mera attività d'impresa sarebbero esclusi dalle garanzie offerte dall'art. 21 Cost. alle manifestazioni del pensiero e rientrerebbero nell'ambito dell'art. 41 Cost. il quale, appunto, legittima controlli nell'interesse pubblico. La seconda, decisamente minoritaria, per la quale anche la pubblicità costituirebbe manifestazione del pensiero costituzionalmente protetta. Che si accolga l'una o l'altra tesi il risultato, ai fini del presente discorso, non cambia: se l'attività informativa è (o dovrebbe essere) disciplinata nell'interesse pubblico l'informazione pubblicitaria, anche o *fortiori*, è soggetta a tale disciplina.

Non si ignorano quelle obiezioni secondo cui la pubblicità non può non essere rappresentazione di parte (o, meglio, auto-rappresentazione) sicché il tradizionale requisito della verità dell'esposizione sarebbe inesigibile. Ma ad esse si è già data risposta quando si è detto che il criterio scriminante fra comunicazione lecita e comunicazione illecita non è quello della verità bensì quella della diligenza, che nel campo della pubblicità va inteso come obbligo di non diffondere messaggi ingannevoli (nel senso più lato del termine). E l'accertamento del rispetto dell'obbligo appare assai più facile con riguardo alla pubblicità che rispetto ad altre attività comunicazionali, in quanto essa ha sempre un punto di riferimento oggettivo rappresentato dal prodotto o dal servizio.

Vi è un'ulteriore obiezione della quale occorre dare conto: ammesso che siano costituzionalmente compatibili i controlli e le limitazioni all'attività pubblicitaria, il divieto *tout court* della pubblicità si porrebbe in insanabile contrasto con le norme fondamentali dell'ordinamento in quanto sopprimerebbe la libertà dell'imprenditore di informare su di sé e sui propri prodotti.

Ritorna qui il problema dell'inquadramento costituzionale dell'attività pubblicitaria: se sotto l'art. 21 Cost. o sotto l'art. 41 Cost. Se si aderisce a questa seconda tesi — che si è detto essere maggioritaria — l'obiezione non sembra avere molto peso, in quanto quel che si vieta non è l'attività economica in sé e per sé, bensì una particolare fase dell'attività produttiva, e cioè il momento della comunicazione pubblicitaria e tale limitazione appare giustificata dagli espressi richiami costituzionali alla sicurezza e alla salute delle persone.

Diverso è il discorso se si sostenga che l'impresa è titolare di un diritto costituzionale a parlare di sé e che esso non può essere soppresso. Ammesso che tale diritto sussista — e confesso che le argomentazioni finora svolte dalla dottrina, minoritaria, sul punto non mi sembrano del tutto convincenti — si possono fornire due giustificazioni del divieto. La prima è formale (e forse formalista): all'impresa non è vietato esporre il proprio punto di vista sulla propria attività, bensì solo utilizzare il messaggio pubblicitario per reclamizzare i propri prodotti. Quel che viene presentato come un divieto assoluto non è tale, bensì è solo una limitazione che incide su una delle tante forme di manifestazione del pensiero dell'impresa.

La Costituzione non ammette la soppressione del diritto di espressione, ma consente che ad esso siano posti limiti e condizioni (ad es. nella attività di cronaca, l'interesse pubblico, la verità dei fatti e la continenza nell'esposizione).

La seconda giustificazione è sostanziale: non è vero che la Costituzione è indifferente al contenuto della manifestazione di pensiero; quando essa è contraria al buon costume o all'ordine pubblico viene colpita da speciali disposizioni penali (reati di pubbli-

cazioni oscene, di istigazione a delinquere, di apologia). Tale sistema sanzionatorio esiste — ed è stato riconosciuto conforme alla Costituzione — perché mira a tutelare interessi ritenuti superiori a quello individuale di chi vuole manifestare un pensiero « osceno » o « sovvertitore ».

In questo contesto il divieto di pubblicità di taluni prodotti, giudicati nocivi per la salute, non appare né irrazionale né discriminatorio in quanto si ritiene che talune forme comunicazionali accrescano il pericolo di lesione al superiore interesse nella salute pubblica. Si aggiunga che, considerata la diversa natura delle sanzioni comminate (in genere amministrative, e non penali) non reggono molte delle obiezioni, argomentatamente esposte, dei fautori della non compatibilità nel nostro ordinamento costituzionale dei *reati* di pubblicazioni oscene e di apologia.

#### 4. LA RAGIONEVOLEZZA DELLA DISCIPLINA LIMITATIVA DELLA PUBBLICITÀ.

Esaminata la coerenza e compatibilità di una disciplina dell'attività pubblicitaria, si può ora passare a trattare il merito delle varie limitazioni.

Non è possibile, in questa sede, compiere una esegesi delle singole norme giacché ciò comporterebbe una esposizione di tutte le diverse forme di pubblicità, con riguardo sia alla loro tipologia che alla natura del prodotto o del servizio reclamizzato.

Limitando l'esame al testo più ampio — e comune a tutti i paesi europei — il D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 che dà attuazione alla Direttiva CEE 84/450 — si può dire che esso recepisce principi largamente diffusi e accolti nei numerosissimi codici europei di autodisciplina pubblicitaria.

Si deve anzi lamentare che il testo normativo non abbia attinto maggiormente ad essi: per fare solo un esempio il D.Lgs. 74/1992 omette — e si tratta di gravi lacune, fortunamente colmate in via applicativa dall'Autorità Garante per la Concorrenza — ogni riferimento ai concorsi a premi, alla pubblicità di vendite per corrispondenza, di corsi di istituzione, di viaggi organizzati che pure trovano espressa disciplina nel nostro C.A.P.. La nuova normativa d'altro canto aggiunge quel che mancava — e costituiva la principale debolezza — al sistema di autodisciplina e cioè un apparato sanzionatorio, anche se, alla prova dei fatti, esso appare assai debole soprattutto nei confronti dei trasgressori abituali. Sul punto semmai ci si può dolere che non sia stato compiuto un maggiore sforzo di integrazione fra i due sistemi, quello autoregolamentare e quello pubblico. Il modello avrebbe potuto essere quello di taluni collegi professionali le cui decisioni sono sorrette da procedure di coazione, mentre l'organo pubblico funge da sede di gravame.

Si possono dunque manifestare critiche verso il testo normativo, ma riguardano la sua insufficiente adesione a quel che sono consolidate regole applicate dagli operatori pubblicitari e accettate dalle imprese produttrici e dai media.

Si è dunque verificato un fenomeno tipico dello sviluppo del diritto privato (e del diritto degli imprenditori in particolare): i privati fissano fra di loro delle regole che, quando sono generalmente accettate e sufficientemente sperimentate, vengono normativizzate dallo Stato.

##### 5. REALTÀ E RETORICA NELLE CONTESTAZIONI AL DIVIETO DELLA PUBBLICITÀ DI TALUNI PRODOTTI.

Se dunque la disciplina della pubblicità è ampiamente accettata, anche nelle sue concrete modalità, dagli interessati, il reale oggetto di controversia è l'esistenza di divieti alla pubblicità di taluni prodotti. Le ragioni sono essenzialmente due: il divieto non giova agli interessi che si vorrebbero tutelare; il divieto ha degli effetti distorsivi sul mercato. L'esempio più ricorrente è quello del divieto di pubblicizzare le sigarette che impedisce ai produttori di sigarette a basso contenuto nicotinicò di far preferire il proprio prodotto rispetto a quello ad alto contenuto. I consumatori sarebbero avvantaggiati o comunque più consapevoli nelle loro scelte dell'esistenza di una ampia informazione pubblicitaria. Il mercato si orienterebbe in modo più razionale.

Confesso che pur con tutto il rispetto verso gli autorevoli avvocati di tali tesi, esse mi paiono una parata di buone argomentazioni retoriche per una causa sbagliata. Devo per forza di cose fissare le premesse del discorso. Se oggi si vieta o si tende a vietare la pubblicità del tabacco o di alcolici è perché è universalmente riconosciuto che si tratta di prodotti pericolosi per la salute e causa di grandi sofferenze individuali e di ingenti costi sociali (i malati di cancro o di cirrosi epatica vengono in gran parte curati in strutture pubbliche e a spese della collettività). Solo chi non ha visto morire un parente o un conoscente per cause connesse all'assunzione di alcool o di tabacco può a cuor leggero accontentarsi di brillanti ricerche di mercato presentate su carta patinata dove i decessi sono solo un anonimo dato statistico e non dolore e danno concreto per centinaia di migliaia di persone. Certo, dietro l'assunzione c'è — salvo i casi non infrequenti di condizionamento genetico — una scelta volontaria dell'individuo, ma nella determinazione della scelta non è estranea la pubblicità. E non si può certo sostenere che la persuasione pubblicitaria sia ininfluenza — in primo luogo sulle vendite — altrimenti non saremmo qui a discutere della richiesta di taluni settori imprenditoriali di sopprimere il divieto alla pubblicità: si chiede di poter reclamizzare il proprio prodotto perché si sa che ciò incentiverà le proprie vendite (anche se non necessariamente

la propria quota di mercato) e l'insieme della pubblicità di tutti i prodotti di quel settore incrementerà i profitti per quel prodotto.

In secondo luogo l'affermazione che la possibilità di pubblicizzare i prodotti qualificati pericolosi consentirebbe di informare i consumatori sui prodotti meno pericolosi, consentendo di scegliere il male minore, appare fortemente intrisa di ipocrisia. Si finge cioè di ignorare che le imprese dei settori in questione (penso soprattutto al tabacco e agli alcolici) producono un « panierino » che comprende tutta la gamma di quei prodotti (da quelli più « pericolosi » a quelli meno « pericolosi ») e non sembra quindi credibile una spietata concorrenza all'interno della stessa impresa fra le sue diverse marche.

Infine, che il divieto di pubblicità influenzi il mercato non c'è dubbio, con la conseguenza di favorire i prodotti succedanei (ad. es. gomme da masticare rispetto a sigarette; bevande analcoliche rispetto ad alcolici). Ma la soluzione economica (o, almeno, una soluzione) per i produttori del settore cui è inibita la pubblicità è quella di investire sul mercato succedaneo. Si potrebbe anzi osservare che i risparmi di spesa pubblicitaria possono consentire tale diversificazione; comunque rendono disponibili fonti di ricerche sul miglioramento del prodotto e della sua sicurezza.

Ora, senza voler entrare nel dettaglio di questioni che sono molto più politiche che giuridiche, la reale debolezza della posizione del divieto di pubblicità è che si tratta di una mezza misura della quale è facile questionare la coerenza. Di fronte a prodotti di accertata pericolosità se ne dovrebbe vietare *tout court* non la pubblicità ma la produzione; senonché per un verso si concorda che tali prodotti se assunti in dosi ridotte non sono nocivi per l'organismo umano; per altro verso ci si rende conto che ci si pone su una china economicamente e ideologicamente assai pericolosa ( le automobili inquinano l'ambiente, le armi uccidono le persone, perché non vietare anche questi prodotti?) che contrasta nettamente con il fondamento industriale delle società moderne; infine l'esperienza del proibizionismo è stata almeno nel settore degli alcolici una lezione sufficiente. Si opta dunque per una soluzione intermedia: è lecito produrre, non è lecito pubblicizzare, esponendosi così alla contestazione di mancanza di coerenza e di intenti discriminatori (se possiamo produrre come tutti gli altri, perché non possiamo pubblicizzare come tutti gli altri?).

Ma si deve dire che l'essersi la disciplina fermata a metà strada non giustifica — al di là di abili esercizi retorici — la soppressione di quel tratto di strada. Semmai richiede un più efficace intervento a favore degli interessi pubblici. In tutti gli studi sulla tutela del consumatore si evidenzia come la comunicazione pubblicitaria sia sempre univoca, a favore del produttore, mancando un efficace contraddittorio, se non *a posteriori*, quando il messaggio è già stato lanciato e recepito. Mai come con riferimento ai prodotti



quali il tabacco e l'alcool si renderebbe urgente e opportuna una efficace attività di contro-pubblicità, o meglio di pubblicità di beni di sicuro interesse collettivo: la salute, la sicurezza, la salvaguardia del patrimonio naturale e culturale, l'ambiente. Il fatto che non abbiano prezzo non vuole certo dire che non abbiano valore.