

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA in Diritto, persona e mercato

CICLO: XXXII

TITOLO DELLA TESI: Comunicazione persuasiva e libertà di autodeterminazione: il diritto di fronte alla pratica pubblicitaria

TESI PRESENTATA DA: Dott. Antonio Paolo Seminara

TUTOR: Prof. Raffaele Caterina

COORDINATORE DEL DOTTORATO: Prof.ssa Elena D'Alessandro

ANNI ACCADEMICI: 2016/2017, 2017/2018, 2018/2019

SETTORE SCIENTIFICO-DISCIPLINARE DI AFFERENZA: IUS/01 (Diritto privato)

**COMUNICAZIONE PERSUASIVA E LIBERTA' DI AUTODETERMINAZIONE:
IL DIRITTO DI FRONTE ALLA PRATICA PUBBLICITARIA**

Antonio Paolo Seminara

Indice

*** Introduzione**

*** Capitolo I: La pubblicità come fenomeno socialmente performativo**

1.1 Breve storia della pubblicità

1.2 Sociologia dei consumi

*** Capitolo II: Psicologia e pubblicità**

2.1 Nascita della psicologia e attività pubblicitaria

2.2 Psicoanalisi e Comportamentismo: le teorie psicologiche e la loro applicazione a fini di persuasione commerciale

2.3 Il neuromarketing e la “fisiologia del consumo”

*** Capitolo III: Il diritto dei consumatori: dalla *ratio* della disciplina al valore della libertà consumeristica in materia di pratiche commerciali scorrette**

3.1 Nascita e *ratio* della disciplina a tutela del consumatore

3.2 La disciplina delle pratiche commerciali scorrette

3.3 Consumatore “medio” e consumatore “particolarmente vulnerabile”

3.4 La libertà del consumatore

*** Capitolo IV: Disciplina della pubblicità e tutela psicologica del consumatore**

4.1 La regolazione pubblicitaria e il codice di autodisciplina

4.1.1: la pubblicità radio-televisiva

4.1.2: la pubblicità su internet

4.1.3: la pubblicità di particolari categorie merceologiche

4.1.4: uno sguardo al Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale

4.2 Pubblicità ingannevole e pubblicità aggressiva nella prassi applicativa

4.2.1: prodotti potenzialmente pericolosi e consumatori particolarmente vulnerabili

4.3 Ingannevolezza psicologica

4.3.1: l'ingannevolezza alla luce dei singoli *biases* cognitivi

4.3.2: considerazioni conclusive

4.4 Aggressività psicologica

4.4.1: considerazioni conclusive

* **Capitolo V:** Gli strumenti di tutela del consumatore

5.1 Brevi riflessioni iniziali

5.2 Pregi e difetti degli strumenti previsti dal Codice del Consumo

5.3 L'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria

5.4 Conclusione: tutela psicologica del consumatore e libertà di autodeterminazione

* **Bibliografia**

“(...) la *maggioranza dei prodotti* – persino quelli che non possiamo chiamare artificiali, come ad esempio il burro, che si accumula in vere e proprie montagne, affermando la propria digeribilità – *hanno fame di essere consumati*, visto che non possono né devono senz'altro contare sul riscontro di un altrettanto grande fame umana. Cioè affinché i conti tornino e la produzione non s'interrompa, dev'essere introdotto a forza tra prodotto e uomo un prodotto ulteriore (di secondo grado), e questo prodotto si chiama «bisogno». Formulato secondo la nostra prospettiva: *per poter consumare prodotti, è necessario che ne abbiamo necessità*. Ma poiché questa necessità non ci viene spontanea (come la fame), dobbiamo *produrla*; e ciò per mezzo di una industria particolare, con mezzi specifici di produzione prodotti macchinalmente a questo scopo, che sono *prodotti di terzo grado*. Questa industria, che deve rendere uguale la fame delle merci di essere consumate e la nostra fame di merci, si chiama «pubblicità». Si producono dunque mezzi di propaganda, al fine di produrre il bisogno di prodotti che hanno bisogno di noi; in modo che, liquidando questi prodotti, noi garantiamo la continuazione della produzione di questi prodotti”

(Günther Anders)

INTRODUZIONE

La comunicazione pubblicitaria rappresenta, già da tempo, un fenomeno di grande interesse tra gli studiosi di diverse discipline.

Il messaggio commerciale ha acquisito una posizione centrale nel panorama collettivo ed individuale ed è divenuto oggetto di ricerche di natura non solo economica, ma anche sociologica e psicologica.

L'aumento quantitativo della comunicazione pubblicitaria ha portato con sé anche un'evoluzione qualitativa che ne ha modificato la natura prettamente commerciale.

Si è infatti scoperto che, dietro al velo della semplice proposta di prodotti e servizi, può crearsi un sistema di valori ed esigenze in alcun modo connessi con le caratteristiche dell'oggetto venduto, bensì legati a fattori più profondi ed articolati.

Il consumo, lungi dall'aver una caratterizzazione puramente funzionale, si colora di connotazioni socio-simboliche e psicologiche. Le prime riguardano la connessione tra atto di consumo e *status* sociale, dunque la comunicazione simbolica di messaggi legati al *brand*. Le seconde attengono piuttosto ai fattori psico-emotivi coinvolti nel messaggio commerciale e nell'atto di consumo, legati tanto alla percezione cognitiva delle informazioni veicolate, quanto all'influenza inconsapevole di fattori psichici e pulsionali. Non a caso, in psicologia si è anche parlato di "prodotto psicologico", inteso come entità percettiva filtrata mentalmente, accanto al prodotto reale.

A conferma del legame tra psicologia e pubblicità, basti pensare che tra le prime applicazioni delle teorie psicologiche comportamentali, diverse erano dedicate alla pubblicità.

Lo studio di tali aspetti, avviatosi a partire dalla metà del XX secolo, ha permesso ai professionisti del marketing, con l'ausilio di esperti della psicologia e della comunicazione, di affinare ed articolare in modo sempre più preciso la pubblicità così da renderla quanto più efficace.

Un ruolo iniziale hanno avuto, in questo senso, le indagini psico-grafiche condotte dalle imprese sui bisogni dei consumatori, suddivisi per *target* omogenei a seconda del tipo di prodotto proposto.

La persuasione del consumatore, dunque, si è progressivamente spostata dal piano del convincimento informativo, ormai marginalizzato se non del tutto trascurato, alla dimensione della pura stimolazione psico-emotiva, soprattutto per le pubblicità nella forma audio-visiva. E quand'anche vi sia un messaggio con una struttura sintattica dal valore anche parzialmente informativo, l'uso di particolari strategie comunicative consente di sfruttare e sollecitare distorsioni cognitive che non permettono al consumatore di avere una chiara comprensione delle informazioni

necessarie.

In sostanza, o la comunicazione commerciale, del tutto priva di elementi informativi, cerca di persuadere il consumatore mediante la semplice suggestione emotiva che sfrutta pulsioni più o meno inconse; o la stessa, pur comunicando talune informazioni, le presenta in modo da eludere la loro piena percezione da parte del destinatario, inducendolo ad errori cognitivi ben noti alla psicologia comportamentale.

Pur con le dovute differenze, si tratta in ogni caso di aggirare l'attenzione del consumatore e di agire al di sotto della sua consapevolezza, cioè di quella soglia oltre la quale l'individuo attiva le difese necessarie alla comprensione della realtà. In altre parole, la coscienza è quel fattore che consente al soggetto di avere cognizione dell'oggetto percepito, e di agire in virtù di questa comprensione, dunque di agire liberamente.

Agire liberamente non significa agire "bene" in un certo senso morale, ma semplicemente agire con consapevolezza, non fuorviati nella cognizione né limitati nella decisione. *Ex adverso*, una scelta dovuta a una pressione puramente emotiva, o condizionata da un'informazione parziale o ingannevole, non può dirsi né consapevole né, conseguentemente, libera.

Partendo da questi spunti, la tesi "azzarda" una ricostruzione delle categorie normative della disciplina consumeristica in chiave psico-emotiva, concentrandosi sulle pratiche commerciali scorrette e sulla relativa disciplina, introdotta con la Direttiva n. 29 del 2005, attuata nel Codice del Consumo (D. Lgs. n. 206/05), agli articoli 18 e seguenti. L'analisi tiene a mente, quali valori cardine della protezione consumeristica, il diritto "fondamentale" ad un'adeguata informazione e ad una corretta pubblicità (art. 2, lett. c, Cod. Cons.), nonché, più in generale, la libertà del consumatore, per come valorizzata nel sistema delineato dalla normativa sulle pratiche commerciali scorrette.

Focalizzando l'attenzione sull'attività pubblicitaria, rientrante tra le pratiche commerciali di cui alla direttiva stessa, la tesi verifica la possibilità di interpretare le categorie normative di "ingannevolezza" (artt. 6 Dir. e 21 Cod. Cons.) ed "aggressività" (artt. 8 Dir. e 24 Cod. Cons.) includendovi, rispettivamente, alcune forme di inganno percettivo e di limitazione psico-emotiva della libertà consumeristica.

Seguendo la struttura piramidale introdotta dalla normativa, si terrà conto tanto degli elementi contenuti nella clausola generale che vieta la "pratica commerciale scorretta" (artt. 5 Dir. e 20 Cod. Cons.), quanto degli esempi di pratiche ritenute dal legislatore "in ogni caso scorrette", secondo la lista contenuta nell'allegato I della Direttiva, e negli articoli 23 e 26 del Codice del Consumo. Tra le ipotesi da questi ultimi indicate non mancano, infatti, esempi interessanti per una lettura in chiave psicologica della normativa, come i casi del *bait advertising* e del *nag factor* di cui rispettivamente alla lettera e dell'art. 23 del Codice e alla medesima lettera dell'art. 26.

Nel caso delle pratiche commerciali ingannevoli, si farà riferimento alle ricerche di psicologia

comportamentale e del più recente filone c.d. *heuristics & biases*, avviato da Tversky e Kahneman. Essi hanno dimostrato la sistematica presenza nell'individuo di determinati errori cognitivi ed euristiche, i quali vengono spesso deliberatamente sfruttati dalla comunicazione commerciale in modo da fuorviare la cognizione delle (già scarse) informazioni pubblicitarie.

Nel caso delle pratiche commerciali aggressive, l'attenzione sarà rivolta alle forme di "indebito condizionamento" dovuto a manipolazioni psicologiche, più strettamente connesse ad elementi pulsionali (tra cui la libido, la paura, l'insicurezza) stimolati attraverso messaggi puramente suggestivi. In quest'ultima ipotesi, accanto al filone comportamentale nella sua versione più "classica", si farà riferimento alle teorie psicologiche di stampo freudiano, e a loro successive letture.

Inoltre, uno sguardo viene rivolto al più recente, e forse più "pericoloso", tra i filoni di psicologia applicati al marketing, noto come *Neuromarketing*. Mediante la combinazione fra neuroscienze e marketing, oggi si consente alle imprese di testare direttamente in laboratorio, con l'uso di strumenti tecnologici, l'efficacia di un messaggio pubblicitario. Gli esperti del settore sono, infatti, in grado di misurare tipo e intensità di reazione cognitiva ed emotiva di fronte ad una stimolazione audiovisiva, così da scegliere il messaggio dal più forte impatto (emotivo, s'intende).

L'inquadramento giuridico di queste più recenti forme di pubblicità commerciale viene effettuato attraverso la ricerca di indizi normativi che suggeriscono una certa attenzione legislativa verso i condizionamenti non palesi della libertà del consumatore.

Pur non giungendo a parlare di influenza psicologica, il legislatore prende in considerazione forme subdole di ingannevolezza o di aggressività, dando ad esempio rilevanza alle modalità di presentazione del messaggio (art. 6 Dir. 05/29/CE) o parlando di "indebito condizionamento", quale autonoma forma di aggressività commerciale (art. 8 Dir.).

Utili riferimenti saranno rintracciati, oltre che nella disciplina sulle pratiche commerciali scorrette di cui alla Direttiva prima indicata, anche in talune discipline settoriali, relative a particolari mezzi di comunicazione o a determinati prodotti. Tra le prime, un ruolo centrale riveste certamente la disciplina in materia di radiotelevisione, introdotta dalla Dir. 89/552/CEE, attuata con D. Lgs. 177/05 (cd. "Testo Unico in materia di Radio-televisione"), in cui non mancano richiami alla paura e alla superstizione, nonché interessanti riferimenti alle debolezze dei minori, o a fattori più complessi coinvolti nel consumo di particolari prodotti (in particolare, gli alcolici).

Al di fuori della normativa statale, pur nella sua natura di codice deontologico volontario, un importante parametro di confronto sarà il Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale adottato dagli operatori del settore, ricco di interessanti riferimenti (per certi versi più "spinti") a possibili elementi di natura psicologica sfruttati dalla pubblicità. Va precisato che il Codice, pur richiamato da alcune disposizioni della normativa europea e nazionale, si colloca

“fuori” dall’ordinamento giuridico, e vincola solo coloro che vi aderiscono.

Oltre agli elementi del testo legislativo, la configurazione delle forme di scorrettezza psicologica della pratica pubblicitaria trarrà spunto dalla prassi applicativa delle varie autorità coinvolte nella protezione consumeristica, dunque la giurisprudenza comunitaria e nazionale, le decisioni dell’Autorità Antitrust e, con riguardo al Codice di Autodisciplina, quelle del Giurì di Autodisciplina.

Tra le pronunce più interessanti, un ruolo chiave va certamente attribuito a quelle che configurano il profilo normativo di “consumatore medio”, adottato dalla disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette. Costruito dalla prassi della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, come richiamata dal *Considerando* n. 18 della Direttiva, in termini di soggetto “normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto”, tale modello di riferimento appare, confrontato con la realtà concreta, assolutamente rigido e poco realistico, come evidenziato da parte della dottrina.

Il consumatore reale, infatti, si caratterizza piuttosto per un livello di attenzione ed informazione tendenzialmente scarso, e per una certa emotività che lo spinge ad agire in modo non sempre avveduto o razionale. Una prova, in tal senso, è data dalle stesse pratiche pubblicitarie, le quali non si caratterizzano di certo per una ricchezza informativa, né per una costruzione razionale del discorso persuasivo. Consapevoli dei fattori cognitivi ed emotivi coinvolti nell’atto di acquisto, i professionisti tendono a sfruttarli mediante particolari strategie comunicative e con il ricorso alla suggestione emotiva.

Si cercherà, dunque, di rivisitare il modello di consumatore medio alla luce delle ricerche di psicologia analizzate, considerando, altresì, talune pronunce giurisprudenziali (non solo italiane) ed amministrative da cui si evince una più flessibile valutazione dello stesso. Altri elementi di flessibilità saranno estratti dalle nozioni di *target group* e di categoria di “consumatori particolarmente vulnerabili”, come previsti dalla normativa sulle pratiche commerciali.

Anche per questo tema, un utile termine di confronto è rappresentato dal settore autodisciplinare e dal relativo Giurì.

A partire da tale “revisione”, si potrà ricostruire lo stesso concetto di “libertà”, centrale nella disciplina a tutela del consumatore. Essa, infatti, ha assunto un’importanza crescente nel corso dell’evoluzione normativa europea e nazionale, diventando la *ratio* fondamentale della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette.

Tuttavia, a ben vedere, l’omessa considerazione delle più recenti forme di condizionamento psicologico del consumatore, ampiamente diffuse nell’attività di marketing, sembra escludere dallo spettro considerato dalla normativa una vasta mole di pratiche potenzialmente dannose.

La loro inclusione va di pari passo con l’estensione del concetto di libertà consumeristica, arricchito ove si considerino i fattori psico-emotivi del processo decisionale.

Tornando alla prassi applicativa, l'analisi giuridica del fenomeno pubblicitario si sposterà sui precedenti giurisprudenziali e amministrativi che hanno stigmatizzato talune pratiche comunicative, dando così attuazione alle disposizioni consumeristiche.

Verificare il peso attribuito dalle autorità giudicanti ai vari elementi della pubblicità, in relazione alla protezione del consumatore, consente di ricercare, anche in questa sede, altri utili riferimenti per una ricostruzione in chiave psicologica delle categorie di scorrettezza commerciale.

Non mancano, infatti, indizi di una certa attenzione a fattori la cui rilevanza ben si può cogliere alla luce delle ricerche di psicologia: si pensi all'importanza attribuita, nella valutazione dell'ingannevolezza, alle modalità di presentazione del messaggio; o ancora alle pronunce in materia di pubblicità occulta, che parlano di "naturali difese critiche", associate alla consapevolezza della natura commerciale del messaggio.

Argomentazioni più incisive si ritrovano nei precedenti relativi alle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili e alla pubblicità di particolari prodotti merceologici. Si tratta di due ambiti di intervento connessi, infatti talune tipologie di prodotti (spesso "potenzialmente pericolosi") sono frequentemente legati al soddisfacimento di bisogni psicologici più delicati. Si pensi alla pubblicità dei farmaci, dei cosmetici, dei prodotti liturgici e delle scommesse sportive.

D'altro canto, tra le cause della particolare vulnerabilità si annoverano, accanto alla minore età, anche l'ingenuità e l'infermità. Inoltre, la prassi è giunta a considerare particolarmente vulnerabili anche i consumatori di cosmetici, di oggetti liturgici o "magici", e di bevande alcoliche (incluse, a loro volta, tra i prodotti potenzialmente pericolosi).

Non mancano, nelle pronunce in questione, considerazioni su aspetti di natura emotiva ritenuti determinanti nel processo decisionale del consumatore, alle quali consegue una maggiore severità nella valutazione delle comunicazioni commerciali. Tra i casi considerati, l'Autorità Antitrust ha attribuito una certa rilevanza alla debolezza psico-emotiva dei consumatori di prodotti dimagranti, esaminando con più rigore l'ingannevolezza delle relative pubblicità; o ancora, la stessa ha fatto riferimento alla generale, maggiore, suggestionabilità dei minorenni, con conseguenze sulla valutazione delle comunicazioni commerciali a loro rivolte.

Anche in questi settori, la prassi del Giurì torna ad essere utile come termine di confronto per l'analisi. Le sue decisioni, infatti, manifestano con evidenza una maggiore sensibilità, rispetto alle autorità ordinarie, verso i fattori psico-emotivi sfruttati dalle pratiche pubblicitarie.

Occorre però sottolineare che, nonostante qualche sporadico riferimento interessante ricavabile dalla prassi applicativa delle varie autorità, non pare potersi desumere una chiara volontà di reprimere forme di ingannevolezza ed aggressività commerciale di natura "meramente" psicologica. Finora si è, piuttosto, rivolta l'attenzione esclusivamente a clamorose forme di pratiche fisicamente aggressive (tra cui le proposte commerciali via telefono o le nuove pubblicità via e-mail) o

palesamente ingannevoli (come quelle oggettivamente false, o presentate in modo evidentemente fuorviante).

In tal senso, la presente analisi vuole stimolare l'apertura verso una combinazione tra concetti giuridici e psicologici ponderata e al contempo efficace per una maggiore tutela della libertà consumeristica. D'altronde, essa non può considerarsi una proposta isolata: in dottrina già da tempo si considera la possibilità di analizzare la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette (e non solo) utilizzando i risultati delle ricerche appartenenti al filone degli *heuristics & biases*, con particolare attenzione verso le pratiche ingannevoli.

In questa sede, oltre a ciò, si farà riferimento, come già anticipato, alla configurazione di una pratica commerciale psicologicamente aggressiva, utilizzando l'"indebito condizionamento" come principale categoria normativa di riferimento.

L'argomento trattato non si presenta evidentemente scevro da difficoltà, tanto di ordine teorico che pratico.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, rimane aperta la questione della fattibilità concreta di una tale proposta teorica, dunque la sua implementabilità nelle diverse sedi giurisdizionali, amministrative ed autodisciplinari. La tesi avanza, nella parte conclusiva, qualche suggerimento al riguardo, senza alcuna pretesa di esaustività.

D'altro canto, le ragioni di opportunità che spingerebbero verso una direzione opposta a quella percorsa si scontrano con la scelta normativa di attribuire, anche a livello costituzionale (art. 41 Cost.), un valore maggiore alla libertà e alla dignità individuale rispetto all'attività d'impresa. Questa scelta impone, tanto logicamente quanto assiologicamente, di valutare con serietà ogni occasione di lesione, diretta o indiretta, palese o velata, dell'autodeterminazione del consumatore da parte di pratiche commerciali come quella pubblicitaria.

E ciò, soprattutto se si considera che la libertà è il valore centrale dell'intero *corpus* normativo introdotto dalla direttiva in materia di pratiche commerciali scorrette. Se l'obiettivo di quest'ultima è proteggere il consumatore da pratiche idonee a "falsarne in misura apprezzabile il comportamento", ad "indurlo in errore" o a "limitarne considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento", l'esclusione delle attuali forme di manipolazione e condizionamento psicologico e cognitivo dal novero delle pratiche illegittime rischia di svuotare o, quanto meno, sminuire considerevolmente il contenuto della tutela.

Evidentemente, non si può chiedere alla pubblicità di rinunciare totalmente ad una sua naturale connotazione persuasiva; tuttavia, non può al contempo giustificarsi, in un'ottica liberista, ogni forma di manipolazione perpetrata mediante il messaggio commerciale.

In questi termini, una sfida che qui si tenta di affrontare è quella di tracciare una soglia al di là della quale l'esagerazione, la presentazione e la suggestione pubblicitaria cessa di essere irrilevante

(dietro alla maschera del *dolus bonus*), e diventa giuridicamente sindacabile. In questa valutazione, un ruolo centrale va attribuito all'elemento informativo, ritenuto altrettanto imprescindibile rispetto a quello persuasivo nella comunicazione commerciale, soprattutto se si vuole considerare seriamente la libertà dei suoi destinatari e la natura "fondamentale" del "diritto ad un'adeguata informazione".

La totale assenza dello stesso a favore di messaggi puramente suggestivi, o la sua copertura mediante artifici estetici, rende la pubblicità suscettibile di essere stigmatizzata dal diritto. E ciò si giustifica maggiormente, se si considera che, come a volta si dimentica, si tratta pur sempre di una comunicazione imposta.

Capitolo I

La pubblicità come fenomeno socialmente performativo

1.1 Breve storia della pubblicità

“L'individuo serve il sistema industriale non già apportandogli le sue economie o fornendogli il suo capitale, ma consumandone i prodotti. Non c'è del resto nessun'altra attività religiosa, politica o morale, a cui lo si prepari in maniera così completa, dotta e costosa”

(J. K. Galbraith)

“Se fossimo sinceri non dovremmo pregare: «Dacci oggi il nostro pane quotidiano», ma «dacci oggi la nostra fame quotidiana», come suona un aforisma molussico, affinché la fabbricazione del pane rimanga quotidianamente assicurata. Anche se la preghiera dovesse uscire ancora oggi dalle nostre bocche umane, in realtà a pregare sono i prodotti: «Dacci oggi i nostri mangiatori quotidiani».”

(G. Anders)

La complessità del fenomeno pubblicitario richiede un'analisi che lo osservi da diversi punti di vista. Qui si presenta la pubblicità commerciale nella sua evoluzione storica, evidenziando successivamente il valore simbolico che la stessa ha progressivamente assunto. Nel secondo capitolo, invece, la ricerca si concentrerà sulle teorie di psicologia e neurologia applicate all'attività pubblicitaria, per individuare i possibili effetti sulla libertà del consumatore.

La pubblicità è una forma di comunicazione complessa che trova le sue origini, nella forma oggi a noi conosciuta, solo durante la prima rivoluzione industriale, nell'età moderna¹. La produzione in massa di beni di consumo, prima inimmaginabile, grazie all'evoluzione tecnologica, spinse i

¹ Per approfondimenti sulla storia della pubblicità, vedi: G. P. Ceserani, *Storia della pubblicità in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 1988; V. Codeluppi, *Storia della pubblicità italiana*, Carocci editore, Roma, 2013; S. Pincas e M. Loiseau (2008), *A History of advertising*, Taschen, Köln; D. Pittèri, *La pubblicità in Italia. Dal dopoguerra a oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2002; A. Testa, *La pubblicità*, Il Mulino, Bologna, 2007; M. Tungate, *Storia della pubblicità. Gli uomini e le idee che hanno cambiato il mondo*, Franco Angeli, Milano, 2010.

fabbricanti, “prima confinati a fare business nel loro cortile, a cercare mercati più lontani”².

L'insegna commerciale, già presente nell'antichità romana e greca, pur abbellita con iscrizioni e simboli, non può considerarsi, infatti, una pubblicità nel senso odierno di attività comunicativa commerciale.

Un passo decisivo in tal senso si ha con l'invenzione della stampa e, in particolare, con la diffusione seicentesca delle “gazzette”, periodici destinati ad un pubblico elitario che davano spazio alla *réclame*, prima vera forma di pubblicità, priva di illustrazioni³.

Il Settecento si contraddistingue per la diffusione della *réclame* nei giornali inglesi e statunitensi, legata all'avvio del processo di industrializzazione, e per la creazione della figura dell'agente pubblicitario, grazie alla società Talyer & Newton, fondata a Londra da William Talyer nel 1786. Tuttavia, per tutto il Settecento e parte dell'Ottocento, “annunci di piccola pubblicità continuano ad apparire solo su settimanali specializzati, o vengono a volte pubblicati, ma gratuitamente, sulla «Gazette» parigina, come servizio ai lettori”⁴.

Verso la metà dell'Ottocento, negli Stati Uniti nascono le prime agenzie pubblicitarie (la prima a Filadelfia) e si sviluppano gli spazi dei giornali dedicati alle *réclame*, i quali superano la metà delle pagine totali⁵. Analogamente, nel 1836 viene creato a Parigi “La Presse”, la cui ultima pagina era interamente dedicata alle pubblicità. Ciò suscitò la reazione negativa di taluni giornalisti, i quali ritenevano una simile concessione contraria al prestigio della professione. Il termine “pubblicità” (dal francese “publicité”) appare per la prima volta nel 1849, inteso come più generale attività aziendale volta a richiamare l'attenzione del pubblico sul proprio prodotto e incrementarne le vendite.

Nel 1851 viene stampato, a Londra, il primo catalogo illustrato di prodotti, mentre nel 1861 nasce la pubblicità “dinamica”, consistente in manifesti affissi alla nuova metropolitana londinese.

Nell'Italia ottocentesca, un ruolo centrale è assunto dall'agenzia pubblicitaria A. Manzoni & C., tutt'ora attiva nel settore, che divenne l'agenzia pubblicitaria di numerosi giornali, tra cui il Corriere della Sera, e si occupò di progettare alcune tra le prime pubblicità, tra cui quella dell'acqua Fiuggi⁶. Grazie alla litografia prima, e alla cromolitografia dopo, l'immagine, divenuta colorata, sviluppa la propria carica espressiva, dando vita alle riviste illustrate, diffuse in tutti i paesi industrializzati (tra cui “Vogue”, “Vanity Fair”, “La Tribuna illustrata”).

2 Cit. M. Tungate, *op. cit.*, p. 26.

3 Tra le prime, si ricordano quelle del 1625 sul “Mercurius Britannicus” inglese, e quelle contenute nella “Gazette” parigina creata nel 1631 da Théophraste Renaudot. In Italia si dovrà attendere il 1691, a cui risale presumibilmente il più vecchio annuncio, pubblicato sul “Protogiornale Veneto Perpetuo”. Esso riguardava un profumo, a cui si attribuiva grande prestigio, associandolo alla corte di Versailles, vera e propria *testimonial* del prodotto.

4 Cit. A. Testa, *op. cit.*, p. 51.

5 Il primo quotidiano di massa statunitense è il “New York Sun” del 1833.

6 V. Codeluppi, *op. cit.*, p. 21.

Nella seconda metà del XIX secolo nasce anche lo “slogan”⁷, frase sintetica ad effetto, inserita nelle *réclame*, mentre l'immagine inizia a diventare centrale anche nei manifesti, soppiantando la parola e mostrando una maggiore *vis attractiva*. Il manifesto⁸, dunque, attraverso la rivoluzione urbana e l'incremento della popolazione nelle città, diventa protagonista dello spazio pubblico, invadendolo con immagini gigantesche a fini pubblicitari⁹, grazie anche alla crescente collaborazione di numerosi artisti.

L'applicazione, a inizio '900, della psicologia all'attività pubblicitaria, come vedremo meglio nel secondo capitolo, esercita, anche sui manifesti (ma successivamente su ogni forma di pubblicità), un'influenza notevole. Essi, infatti, iniziano a rivolgere l'attenzione sugli aspetti più istintuali dei destinatari, tra cui centrali sono certamente la pulsione sessuale, e finanche il senso di colpa.

Tuttavia, dobbiamo attendere gli anni Venti per assistere al vero cambio di paradigma della pubblicità. Essa, infatti, diviene “*un vero e proprio sistema industriale e di comunicazione che ha contribuito in maniera determinante alla creazione di una cultura di massa per la nascente società dei consumi*”¹⁰. Non sorprende il fatto che tale mutamento nasca negli Stati Uniti, paese dal più avanzato livello di industrializzazione, dove la crisi del '29 ha reso necessaria la stimolazione della domanda di beni di consumo. La pubblicità diventa, così, il principale strumento per sollecitare i consumi, attraverso l'adozione della psicologia e delle strategie di *marketing*, che rendono il messaggio promozionale più articolato ed efficace.

Vi è da dire, però, che, in Italia, i professionisti della comunicazione avevano ancora un peso trascurabile nella creazione del messaggio pubblicitario, per il quale venivano “assoldati” ancora numerosi artisti¹¹. Tra l'altro, non può negarsi un certo legame tra Futurismo e attività pubblicitaria, come dimostrato dal fatto che, persino il suo esponente di spicco, Tommaso Marinetti, si è occupato di “poemi industriali”. Per non parlare di Fortunato Depero, che ha creato nel 1919 la “Casa d'arte futurista”, vera e propria agenzia di pubblicità per talune aziende, tra cui la Campari¹².

7 A titolo di curiosità, la parola “slogan” deriva dal gaelico “sluag”, cioè “grido di guerra”. Non è l'unico caso di riferimento militare della terminologia pubblicitaria: si pensi, ad esempio, alle espressioni “campagna pubblicitaria” “target”, “task force”.

8 Tra i tanti, si ricordano il manifesto “Les chats” di Édouard Manet per la promozione di un libro, o quelli a colori di Jules Chéret, caratterizzati dalla combinazione armonica e strategica di immagine e parola (V. Codeluppi, *op. cit.*, p. 28). In Italia, il primo manifesto a colori va attribuito a Rossetti, per promuovere il *Faust*, opera lirica di Charles Gounod. Tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, si estende, nel territorio nazionale, il coinvolgimento di artisti famosi (ad es. Mataloni e Dudovich) per la creazione di manifesti pubblicitari, tra cui innovativo risulta quello dedicato a Zenit, marca del Borsalino, nel quale per la prima volta il prodotto, un cappello, viene posto al centro dell'immagine.

9 In Italia, nel 1874 viene istituita dal Parlamento la tassa “sopra le insegne e qualsiasi forma di avviso o indirizzi relativi all'esercizio di professioni, industrie e commerci”. Nasce, poco dopo, l'Impresa Generale di Affissioni e Pubblicità (IGAP), società specializzata nella gestione degli spazi pubblicitari pubblici.

10 Cit. V. Codeluppi, *op. cit.*, p. 43.

11 Per fare due esempi, si pensi al contributo di Giacomo Puccini alla scrittura di versi per la pubblicità del dentifricio Odol in “Illustrazione Italiana”, o a quello di Gabriele D'Annunzio per l'amaro Montenegro, “il liquore delle virtùdi”.

12 La prima vera agenzia pubblicitaria italiana moderna è, però, la ACME-Dal Monte, fondata nel 1922 sul modello

In tale periodo, molte aziende italiane, tra cui Alfa Romeo, Fiat, Buitoni-Perugina e Olivetti, creano al proprio interno degli uffici dedicati all'attività pubblicitaria, a cui partecipano grafici, artisti e scrittori giornalisti.

La radio, nata negli anni '20, ha contribuito allo sviluppo della pubblicità, i cui messaggi, così, acquisivano un carattere privato, direttamente ricevuti in casa dai consumatori. Negli Stati Uniti, i programmi radiofonici vengono prodotti grazie al contributo delle agenzie pubblicitarie, a cui le radio vendevano gli spazi¹³. Nella penisola, invece, la pubblicità radiofonica nasce nel 1926, due anni dopo l'avvio della radio, grazie alla concessionaria SIPRA e alla precedente URI (Unione radiofonica italiana), che diviene RAI nel 1944. Il suo linguaggio, però, è ancora sintetico e privo di divagazioni¹⁴. Ad esso si accompagnerà la musica, a partire dal messaggio del purgante Euchessina del 1927.

Mentre il resto del mondo industrializzato sviluppava, in senso tecnico-industriale, la comunicazione pubblicitaria¹⁵, l'Italia, commercialmente più arretrata, subiva un ulteriore arresto dall'autarchia del ventennio fascista. In esso, infatti, talune tecniche di comunicazione commerciale diventano strumento per gli interessi nazionalistici e politici, con un uso smodato di slogan propagandistici (tra cui “credere obbedire combattere”, “vincere e vinceremo”). Diverse imprese italiane, tra cui la Perugina e la Fiat, hanno beneficiato proprio delle parole del duce per pubblicizzare o per nominare i propri prodotti (si pensi all'automobile “Balilla”).

Negli Stati Uniti, invece, le pubblicità si spinsero fino ad evidenziare l'importanza del contributo militare del proprio prodotto¹⁶, anche con immagini dal carattere poco sensibile¹⁷.

Prima degli anni 50', come giustamente rilevato, nonostante qualche iniziativa aziendale di “protomarketing”, non può parlarsi di vero e proprio *marketing management*¹⁸; solo con il secondo dopoguerra si assiste a un suo notevole sviluppo, per cui il *marketing* diventa una pratica diffusa e, contemporaneamente, inizia a strutturarsi come una vera e propria scienza. Ciò grazie anche allo sviluppo, proprio nel 1950, della ricerca motivazionale, fondata da Ernest Dichter e sfruttata, come vedremo nel prosieguo, da numerose imprese.

Se è vero che la radio ha dato un importante impulso all'evoluzione dell'attività pubblicitaria,

statunitense.

13 Il termine “soap-opera”, che designa le serie a puntate di successo, deriva proprio dal fatto che le aziende di trasmissione radio possedevano, negli anni '30, un forte legame con imprese, come la Procter & Gamble, produttrici di detersivi (“soap”= sapone), che sponsorizzavano i programmi.

14 D. Pittèri, *op. cit.*, p. 24.

15 Iniziano, infatti, ad essere scritti i primi manuali per fare efficacemente pubblicità, come “Scientific advertising” di Claude Hopkins del 1923.

16 *Cit. M. Tungate, op. cit.*, p. 55.

17 Come la Texaco, società produttrice di carburante, che assicurava ai suoi clienti che la benzina veniva “trasformata in prodotti bellici per accelerare la vittoria delle nostre forze armate”, con un'immagine che raffigurava il tentativo di soldati tedeschi di mettersi al riparo da una violenta esplosione. In M. Tungate, *op. cit.*, p. 55

18 Esso è quel processo di analisi e programmazione volto alla realizzazione controllata di un progetto imprenditoriale.

l'impatto che sulla stessa ha avuto la televisione sembra di gran lunga più determinante. Mentre fino agli anni '50 prevaleva l'attività di sponsorizzazione dei programmi, dalla metà del XX secolo si sviluppa lo *spot*, il quale ha contribuito, con la sua maggiore capacità persuasiva, all'espansione del consumo di massa. Se negli USA, grazie anche alle nuove agenzie pubblicitarie, la comunicazione pubblicitaria si sviluppava rapidamente, in Italia la stessa struttura del messaggio risentiva ancora dell'arretratezza industriale, mostrandosi meno altisonante ma più vicina al consumatore¹⁹.

Nonostante ciò, anche in Italia si assiste alla formazione di diverse agenzie pubblicitarie (tra cui la Armando Testa), e alla nascita dell'associazione di categoria UPI (Unione italiana della pubblicità), poi divenuta FIP (Federazione italiana pubblicità) e, nel 1948, UPA (Utenti pubblicitari associati). Inoltre, molte agenzie americane (ad es. W.J. Thompson, Ogilvy & Mather e la Young & Rubicam) aprono, quali multinazionali, delle sedi in Italia, importando così il modello pubblicitario statunitense, più articolato, suggestivo, e basato sulle ricerche di mercato. Non può negarsi come, attraverso il modello pubblicitario, è stato importato anche lo stile di vita e la cultura americani. A riprova di ciò, gli anni '60, caratterizzati dall'espansione economica, hanno visto il cd. "boom dei consumi", caratterizzato dall'ingresso nelle abitudini quotidiane dei beni di consumo di massa.

Certamente caratteristico della televisione italiana, attiva dal 1954, è il Carosello, programma all'interno del quale, a partire dal 3 febbraio 1957, iniziano ad essere trasmessi dei messaggi pubblicitari²⁰. Questi consistevano in brevi scene dal carattere teatrale, piccole commedie alla cui realizzazione contribuivano attori, registi e scrittori. La posizione politica della RAI, più moderata rispetto alle dinamiche commerciali di impronta anglosassone, limitava l'aspetto promozionale al "codino" finale (da 35 secondi), mentre gran parte del video era composto da uno spettacolo privo di ogni riferimento a prodotti; inoltre, vi era un rigido controllo preventivo a cura dei dirigenti della RAI sui testi dei filmati, che potevano inoltre essere ritoccati. E ciò anche a causa delle numerose proteste per la notevole quantità di pubblicità radiofonica, che finanziava quasi tutti i programmi trasmessi²¹. Come opportunamente evidenziato, attraverso il Carosello, all'etica del risparmio della vecchia cultura contadina inizia a sostituirsi la cultura dell'opulenza della vita cittadina²², mentre il linguaggio del divismo cinematografico diviene strumento di identificazione popolare²³. Tuttavia, il consumismo di fine anni Sessanta è ancora agli esordi, dato il peso limitato dei *media* e la censura televisiva. Ciò, però, non lo sottrae alle critiche di taluni intellettuali di quel tempo²⁴.

19 Si pensi ai messaggi: "Come natura crea, Cirio conserva" (Pelati Cirio, 1952) o "Assaggiatemi, diverremo amici" (Biancosarti, 1946). Esempi tratti da V. Codeluppi, *op. cit.*, p. 85.

20 Cfr. L. Ballio e A. Zancchi, *Carosello story. La via italiana alla pubblicità televisiva*, RAI-ERI, Roma, 2009.

21 A. Testa, *op. cit.*, p. 54.

22 V. Codeluppi, *op. cit.*, p. 100.

23 F. Alberoni, *L'élite senza potere*, Vita e Pensiero, Milano, 1963.

24 Un ruolo di primo piano va, in questo senso, riconosciuto alla Scuola di Francoforte, tra i cui esponenti principali ricordiamo Herbert Marcuse, Max Horkheimer e Theodor Adorno.

Gli anni '70 vedono un periodo di crisi dell'attività pubblicitaria, dovuto, da un lato alle rivoluzioni culturali marxiste e anti-consumiste, che criticavano la tendenza della comunicazione commerciale a creare bisogni falsi ed illusori, e dall'altro alla crisi petrolifera che ha determinato una drastica recessione economica e, di conseguenza, una riduzione notevole dei consumi. In risposta a ciò, la pubblicità, pur diminuiti i suoi investimenti, cerca di assorbire le critiche sociali rendendole protagoniste dei propri messaggi²⁵. Gli stessi giovani ribelli diventano, nel corso del tempo, i nuovi modelli di riferimento della società dei consumi; accanto ad essi si sviluppa, quale altro fattore di grande influenza, la rivoluzione sessuale di quegli anni. Il messaggio pubblicitario, dunque, inizia ad utilizzare, mediante il ricorso ad immagini di donne provocanti, riferimenti sessuali, più o meno velati²⁶, seguendo così il modello americano già proiettato lungo questa strada.

Durante gli anni Settanta, si ricorda anche la creazione, su impulso dell'amministratore delegato della W.J.Thompson Italia D.C. Harris, di Pubblicità Progresso, istituzione (oggi fondazione²⁷) che si occupa di realizzare delle pubblicità volte a sensibilizzare i destinatari verso tematiche di carattere sociale (razzismo, AIDS, incidenti sul lavoro, droga, disabilità etc.). Essa è espressione della più generica "Pubblicità sociale", la quale ha anche contribuito allo sviluppo della responsabilità sociale d'impresa (RSI), intesa come forma di marketing più attenta alle esigenze sociali e alla dignità degli individui coinvolti nel processo di produzione e consumo.

Proprio in quegli anni, in risposta alle contestazioni sociali della comunicazione pubblicitaria, prende avvio anche l'autoregolamentazione degli attori del settore che oggi trova espressione nel Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale. Già il 12 maggio 1966, infatti, a Roma veniva formalizzato il Codice di autodisciplina pubblicitaria, a tutela del consumatore, degli utenti e della stessa pubblicità. Del sistema di regolamentazione e tutela dallo stesso istituiti ci occuperemo in un apposito paragrafo dell'ultimo capitolo; per il momento basta sottolineare l'importante influenza che il codice ha avuto nel mondo pubblicitario, dato il numero elevato di sottoscrittori dello stesso o delle decisioni delle sue istituzioni giudicanti.

Con la sentenza n. 202 del 1976, la Corte Costituzionale mette fine al monopolio televisivo della RAI e consente l'avvio delle televisioni private, dal carattere più prettamente commerciale.

Dai 260.000 spot del 1981 si passa, nel 1985, a 556.000, con un incremento anche del fatturato delle tv private (476,4 miliardi di lire nel 1983).

Lo spot di 30 secondi, coda del vecchio Carosello, passa al centro della comunicazione televisiva, suscitando forte interesse da parte delle imprese. L'attività pubblicitaria italiana, dunque, si

25 Si ricorda, ad esempio, lo slogan a favore dell'emancipazione femminile della marca d'abbigliamento Cori.

26 Come quelli contenuti nella pubblicità della birra Peroni o quelli, ancora più espliciti, della pubblicità dei jeans Jesus ("Chi mi ama mi segua", con la raffigurazione di un fondo schiena in parte scoperto).

27 I soci attuali sono AAPI, ASSIRM, ASSOCOM, FIEG, IAP, PUBLITALIA '80, RAI, UNICOM, UPA, Discovery Ita, Facebook Ita, Google Ita, S. Marino RTV, Sky Ita, e varie Onlus.

conforma a quella internazionale, divenendo più articolata, pianificata, coinvolgente e spettacolare. Con Publitalia, concessionaria di Canale 5, viene introdotta, negli anni '80, l'interruzione dei programmi all'interno della televisione commerciale, esclusa durante il monopolio della RAI.

Possiamo dire che l'inserimento sempre più massiccio della pubblicità nella programmazione televisiva ha determinato, oltre che un'aggressività crescente del suo linguaggio, una performance dello stesso linguaggio televisivo ai suoi caratteri brevi e suggestivi. "Poiché consumare non è più una colpa (anzi: l'esibizione del consumo e del lusso è interpretata come segno di successo personale), la pubblicità viene considerata con benevolenza e divertimento. Dev'essere spettacolare, stimolante e, anche lei, edonistica"²⁸.

La pubblicità si colora, dunque, di caratteri magici, grazie anche all'intervento di attori e registi dal mondo del cinema hollywoodiano, e alla formazione di nuove agenzie pubblicitarie statunitensi e inglesi (Chiat/Day, Wieden & Kennedy e BBH). Per tali motivi, si ritiene che gli anni '80 rappresentino l'età dell'oro della pubblicità televisiva²⁹. Il carattere spettacolare la rende sempre più vicina al film, tant'è che, accanto ai tradizionali festival di Cannes e di Venezia, si affiancano quelli di premiazione del miglior *advertising* ("The Cannes Lions International Advertising Festival", gli "Epica Awards", i "New York Festival" etc.).

L'Italia, in particolare, si contraddistingue per la tendenza alla fidelizzazione del consumatore attraverso il carattere seriale delle pubblicità, con la creazione di vere e proprie *fiction* tra cui si ricordano quella del caffè Lavazza (1981-1992) e quella della pasta Barilla (1985-1991), caratterizzate dalla centralità di valori tradizionali, come la famiglia.

Negli anni Ottanta si sviluppa anche il concetto di marca industriale che, da semplice denominazione di prodotti, diventa espressione di *status* sociale, caricandosi di valenze simboliche e comunicative legate alla *brand identity*, come meglio si vedrà nel successivo paragrafo. Il valore della marca, dopo un primo momento critico dovuto all'arrivo dei prodotti a basso costo negli *hard discount* e alla enorme varietà degli stessi, si è mantenuto elevato, grazie all'utilizzo, da parte delle grandi multinazionali (tra cui Nike, Adidas, Apple, Coca-cola), di messaggi pubblicitari più suggestivi e accattivanti, facenti ricorso ad elaborate tecniche di persuasione psico-emotiva e basati su attente ricerche psico-grafiche (*target-group*), che permettono di segmentare i destinatari e caratterizzare in base agli stessi il contenuto del messaggio e il *medium* di trasmissione. L'immagine, seducente ed esteticamente attraente, della pubblicità degli anni '80 prevale nettamente sulla parola, caratteristica degli anni '70.

Gli anni Novanta vedono il crescente ricorso, da parte di talune marche, a temi filantropici o alla dissacrazione degli stereotipi della cultura di massa, fino all'utilizzo di strumenti persuasivi più

28 Cit. A. Testa, *op. cit.*, p. 57.

29 M. Tungate, *op. cit.*, p. 131.

aggressivi, tra cui lo sfruttamento di temi alquanto delicati.

Con lo sviluppo, nel XXI secolo, dei *media* digitali, la pubblicità si estende progressivamente anche a nuovi canali, fino alla piattaforma telematica³⁰. Internet, infatti, è diventato nel tempo il canale principale di trasmissione pubblicitaria, a stretto contatto con i consumatori costantemente connessi, tanto attraverso il PC quanto, grazie allo sviluppo tecnologico più recente, con gli *smartphones*.

Il carattere parassitario della pubblicità ha potuto, dunque, svilupparsi liberamente, confidando nella individuale ed immediata raggiungibilità dei vari utenti, che ha permesso, nel corso del tempo, una personalizzazione della comunicazione commerciale.

Secondo i dati Audiweb del 2016, 32,7 milioni di italiani possono accedere a Internet da *smatphone*, tra gli 11 e i 74 anni (68% della popolazione), mentre 12,9 milioni dal *tablet*. Secondo gli stessi dati, si calcola che il tempo speso online nel giorno medio tra i 18 e i 74 anni è di circa 2 ore, con una netta maggioranza dei dispositivi mobili³¹.

La comunicazione integrata nelle varie piattaforme sociali attribuisce alla pubblicità un'efficacia diretta e immediata, rafforzata dall'utilizzo di sofisticate tecniche di invasione (*pop-up*, *newsletter* etc.) e personalizzazione (*cookies*). Se ancora si registrano numerosi casi di consueto “interruption marketing”, anche attraverso le nuove forme di *spam* (messaggi pubblicitari telematici non richiesti), *newsletter* (tramite posta elettronica) e *banner* (interruzione non richiesta) si stanno sviluppando, ormai da tempo, delle forme di “permission marketing” che, attraverso i *big data* ottenuti tramite i *cookies*, inviano solo le informazioni desiderate e si inseriscono nella navigazione limitando relativamente il disturbo. Occorre sin da subito anticipare che, sebbene si parli di “permission”, in tali casi il consenso del consumatore sembra acquisito, più che razionalmente e liberamente, attraverso tecniche di indebita pressione tali da spingerlo spesso ad accettare pubblicità inconsapevolmente.

La forza persuasiva dell'attività pubblicitaria, inoltre, è arricchita dall'inserimento, accanto alla comunicazione verbale, di nuove forme di *marketing* che coinvolgono il consumatore a 360 gradi, tra cui il *marketing* relazionale, estetico ed esperienziale (olfattivo, uditivo, sensoriale). L'atto di acquisto, spettacolarizzato, diventa un'esperienza a sé, dal valore autoreferenziale: grandi marche, tra cui Virgin, Nike, Sony, Disney, realizzano punti vendita in cui sono coinvolti tutti i sensi del consumatore³².

Si parla, con riguardo a tali ultime evoluzioni, di “marketing non convenzionale” e di “guerrilla

30 Tra il 2015 e il 2016 si è registrato un aumento degli investimenti totali in pubblicità del 3,8%, di cui, in particolare, del 5,1% in TV, del 7,8% in internet, del 13,6% in *out of home*, 16% sul cinema, e solo dell'1,7% sulla radio, mentre vi è stata una riduzione negli investimenti sulla stampa (-4,4%) e sulla *direct mail* (-9,4%). Dati presi da Nielsen 2016.

31 Cfr. M. Ferraresi, *Pubblicità: teorie e tecniche*, Carocci Editore, Roma, 2017.

32 Se Sony inserisce nei suoi negozi un aroma di vaniglia e mandarino, i magazzini Bloomingdale diversificano gli odori a seconda del reparto (talco nell'area bambini, cocco in quella dei costumi estivi).

marketing”, caratterizzato dalla maggiore creatività e dalla tendenza a raggiungere il consumatore nei momenti meno attesi e in cui può stupirsi più facilmente e difendersi meno avvedutamente. Si pensi, tra gli esempi, al marketing “virale” (diffuso attraverso contagio esponenziale tra gli utenti, principalmente giovani, di un servizio), all'*ambient marketing* (negli spazi, anche pubblici, con allestimenti e installazioni) e allo *stealth marketing* (in cui, pur non palesandosi subito come tale, il *brand* sfrutta il coinvolgimento del consumatore attraverso eventi spettacolari³³).

L'uscita della comunicazione pubblicitaria dalle sue forme più classiche, il suo oltrepassare i media tradizionali, invadendo³⁴ ogni spazio ed ogni mezzo, pubblico e privato, per raggiungere il destinatario, la rende un vero e proprio “regime”: un invito pervasivo, onnipresente e violento al consumo.

“La sensazione dell'invasività, intrusività e ridondanza della marca in tutto lo spazio del sociale, anche negli angoli più privati della propria esistenza, comincia ad affiorare con preoccupante insistenza nelle ricerche sui consumatori”³⁵.

Per dare l'idea della portata, anche economica, dell'attività pubblicitaria mondiale, si consideri che, secondo un rapporto annuale di *Statista*, gli investimenti in essa, nel 2018, hanno raggiunto i 630,59 miliardi di dollari, di cui circa il 40% è stato speso in media digitali.

Dunque, se il consumo è divenuto il motore principale della società, la pubblicità è il carburante che ne permette il funzionamento³⁶.

Come vedremo meglio nel prosieguo della trattazione, l'articolata evoluzione della pratica pubblicitaria, e dell'attività di marketing più in generale, ha contribuito a sollecitare una reazione del diritto che si è spinta fino a considerare, quale macro-area di grande interesse, la tutela del consumatore in quanto contraente debole e destinatario delle pratiche commerciali.

33 Si ricorda l'episodio del sommergibile in via Mercanti di Milano, in cui, attraverso la ricostruzione di un incidente, con vigili, ambulanze e televisioni, si è successivamente svelato che si trattava della pubblicità “*tutto può succedere*”, di Europe Assistance Italia di Generali Assicurazioni.

34 Non solo la pubblicità invade ogni spazio, ma è diventata, in talune occasioni, essa stessa luogo fisico: vengono, infatti, costruiti gli edifici delle imprese con gli stessi criteri del messaggio pubblicitario. Si parla, in tali casi, di *brandscape* (*landscape + brand*), di cui un esempio è Autostadt (la città della Volkswagen) o il ponte di legno Adidas di 115 tonnellate all'esterno dell'aeroporto di Monaco.

35 Cit G.P. Fabris, *Societing: il marketing nella società postmoderna*, Egea, Milano, 2013, p. 57.

36 M. Ferraresi, *Pubblicità: teorie e tecniche*, Carocci Editore, Roma, 2017.

1.2 Sociologia dei consumi

“Il miracolo del consumo mette in mostra tutto un dispositivo di oggetti-simulacri, di segni caratteristici di felicità”

(J. Baudrillard)

“Per tutto ciò che in essi supera la funzione pura e semplice, gli oggetti simulano l'essenza sociale, lo status, la grazia di predestinazione per nascita o per eredità culturale”

(J. Baudrillard)

“La forma merce trasforma ambiti della vita sociale fin qui esenti dalla sua logica, al punto che la soggettività stessa diventa una merce da comprare e vendere sul mercato come bellezza, pulizia, sincerità e autonomia”

(J. Livingston)

La riflessione³⁷, iniziata intorno agli anni '60, su quella che è stata, a ragione, definita “la società dei consumi”, ha sottolineato, da diversi punti di vista, come l'atto di consumo³⁸ non possa essere valutato esclusivamente in termini di valore d'uso, ma che lo stesso sembra aver assunto, nel corso del tempo, un “imprescindibile valore simbolico”. Esso è un atto che produce, per il destinatario, senso e identità (cd. “funzione conativa”).

Si è evidenziato, infatti, come la razionalità formale del modello economico classico vada ripensata tenendo in considerazione quei fattori sociali, tra cui persuasione psicologica, processi identificativi e valori culturalmente orientati, che attribuiscono all'oggetto un valore ben superiore rispetto alla sua semplice funzione materiale, valore che ha acquisito una certa autonomia rispetto alle stesse

37 Per approfondimenti cfr.: J. Baudrillard, *La società dei consumi*, Il Mulino, Bologna, 2010 (II ediz.); *id. Lo scambio simbolico e la morte*, Feltrinelli, Milano, 2015 (II ediz.); Z. Bauman, *L'etica in un mondo di consumatori*, Laterza, Bari, 2012 (II ediz.); *id. Homo consumens*, Erickson, Trento, 2016 (X ediz.); V. Codeluppi, *Il potere della marca*, Bollati Boringhieri, Torino, 2012; U. Eco, *Apocalittici e integrati*, Bompiani, Milano, 2016 (XII ediz.); G. Debord, *La società dello spettacolo*, Baldini & Castoldi, Milano, 2013 (IV ediz.); G.P. Fabris, *Societing: il marketing nella società postmoderna*, Egea, Milano, 2009; M. Ferraresi, *Pubblicità: teorie e tecniche*, Carocci Editore, Roma, 2017; N. Klein, *No Logo*, BUR, Milano, 2010; G. Morici, *Fare marketing rimanendo brave persone*, Feltrinelli, Milano, 2016 (III ediz.); M. Nadotti, *Necrologhi: pamphlet sull'arte di consumare* Il Saggiatore, Milano, 2015; U. Volli, *Semiotica della pubblicità*, Laterza, Bari, 2005 (XI ediz.); A. Zanicchi, *Il libro nero della pubblicità. Potere e prepotenze della pubblicità sul mercato, sui media, sulla cultura*, Iacobelli, Pavona di Albano Laziale (Castelli Romani, Roma), 2010.

38 Il termine *consumare* ha una doppia radice etimologica: deriva tanto da “consumere”, che vuol dire eliminare, quanto da “consummare”, ovvero concludere. Entrambi i termini implicano l'eliminazione e l'usura del prodotto, lo sfruttamento delle sue funzioni originarie.

concrete caratteristiche del prodotto, grazie soprattutto alla manipolazione massmediatica e pubblicitaria.

Dunque, diventano rilevanti quei vettori di significati, costantemente interrelati, che poco o nulla hanno a che vedere con l'utilità economica del bene proposto³⁹.

E', ormai da tempo, comunemente diffusa la definizione della pubblicità commerciale come fenomeno sociologicamente rilevante, come confermato dal "Dizionario della pubblicità", edito da Zanichelli nel 1994, che la descrive come "pratica sociale, volta all'esibizione di contenuti simbolici con funzioni di persuasione e socializzazione, solitamente realizzata nel contesto di un più vasto scambio di stampo economico e/o comunicativo"⁴⁰.

Il contesto entro il quale la pubblicità moderna sviluppa le proprie potenzialità è quello dei *mass media*. Questi ultimi, attraverso la produzione intensiva e continuativa di messaggi, "elaborati industrialmente in serie e trasmessi via canali commerciali"⁴¹, creano la civiltà di massa, i cui componenti divengono, in un modo o nell'altro, consumatori dei messaggi e dei valori dagli stessi trasmessi.

Non a caso, vi è chi⁴² ha definito tale società "la società dello spettacolo", in cui la merce viene privata del suo valore intrinseco e ridotta al suo puro valore simbolico. Lo spettacolo, attraverso la comunicazione pubblicitaria e la presentazione costante di prodotti in ogni *medium* rivolto alla massa, "è il capitale a un tale grado di accumulazione da divenire immagine"⁴³. La vera essenza della merce diviene la sua spettacolarizzazione (feticismo⁴⁴ al grado assoluto), e questa viene acquistata per il suo valore simbolico.

Il carattere prestigioso di un prodotto muore non appena entrato nella casa del consumatore mentre già un altro oggetto si fa interprete delle nuove esigenze di cambiamento e di rinnovato consumo.

Va rilevato che in tale contesto comunicativo non vi è spazio per un'analisi critica, opposta all'apologia del consumo; anzi, cosa ancora più grave, la stessa critica viene inglobata nello spettacolo e presentata secondo le sue logiche, dunque viene privata di ogni forza.

La libertà di scelta del consumatore, di fronte a tale sistema performativo, si riduce a mera mistificazione, essendo essa stessa imposta dai modelli veicolati. La coercizione, tipica di taluni sistemi repressivi del passato, viene, infatti, sostituita dalla stimolazione, l'imposizione dalla seduzione, il controllo dei comportamenti dalla manipolazione pubblicitaria, la regolazione delle abitudini dalla creazione di nuovi bisogni.

39 G.P. Fabris, *op. cit.*, p. 87.

40 A. Abruzzese e F. Colombo (a cura di), *Dizionario della pubblicità. Storie. Tecniche. Personaggi*, Zanichelli, Bologna, 1994.

41 Cit. U. Eco, *Apocalittici e integrati*, cit. p. 19.

42 G. Debord, *La società dello spettacolo*, cit.

43 Cit. *id.*, p. 64.

44 K. Marx, *Il capitale*, Utet, Torino, ed. 2009.

Si parla, in altri termini, di “mitopoietica” della società industriale avanzata, ovvero di una ricreazione di valori universali di fronte alla “demitizzazione” (crisi del sacro e dell'iconologia tradizionale) del nostro tempo: la nuova “mitizzazione” consiste in una “simbolizzazione inconscia, identificazione dell'oggetto con una somma di finalità non sempre razionalizzabili, proiezione nell'immagine di tendenze, aspirazioni, timori”⁴⁵ di un individuo e di un'intera comunità. Essa viene indotta e favorita dalla persuasione massmediatica, dal continuo suggerimento, attraverso tutti i canali di comunicazione e la pubblicità, di ciò che deve essere desiderato e di come ottenerlo. Ad esempio, il modello del “self made man” di Madison Avenue diventa l'istruttore della sensibilità collettiva maschile, facendo di beni come l'automobile il segno del proprio *status* sociale.

L'accumulo sempre maggiore degli oggetti di consumo ha fatto di essi, al di là della loro somma materiale, il “contesto” comunicativo sociale, l'insieme dei segni attraverso i quali gli individui comunicano i propri valori e la propria identità. Dunque, l'opulenza diventa accumulazione dei segni della felicità, consumo senza fine delle immagini promosse dai *mass media*⁴⁶.

L'atto di consumo, quindi, assume la funzione di strumento comunicativo del proprio *status* sociale, linguaggio interpersonale, dispositivo inconscio di integrazione, in cui anche lo spreco assume il valore sociale della produzione di senso⁴⁷.

Gli oggetti al centro dei messaggi pubblicitari e i loro protagonisti diventano i segnali di identificazione di un modello di riferimento e le relative figure emblematiche, rimpiazzando i totem delle tribù del passato⁴⁸; il mancato consumo rappresenta, dunque, il tabù⁴⁹ imposto dall'ideologia consumistica. Non a caso vi è chi⁵⁰ parla di *marketing* “tribale”, il cui obiettivo è la segmentazione in gruppi dalle caratteristiche comuni, secondo i comportamenti di acquisto e consumo, o gli atteggiamenti e i vissuti verso il prodotto. Il consumo, dunque, diviene un mezzo di aggregazione sociale della comunità postmoderna, “motore semiotico” fondatore di un mondo di valori identificativi.

In tale sistema di scambi simbolici tutti i consumatori hanno il proprio compito, ma non può negarsi il ruolo centrale degli “eroi del consumo”⁵¹, di tutti i protagonisti dello spreco, delle stelle dello spettacolo e della pubblicità, modello sociale degli spettatori. Si parla anche di consumo “vistoso”,

45 Cit., U. Eco, *op. cit.*, p. 219.

46 J. Baudrillard, *La società dei consumi*, cit., p. 12.

47 Lo “standard package”, espressione americana che identifica l'insieme di beni e servizi tipici del consumatore medio, è aumentato notevolmente nel corso del tempo, comprendendo beni che prima non venivano neanche pensati.

48 In tal senso, Z. Bauman, *Homo consumens*, cit., p. 15 ss.

49 Per continuare l'analogia metaforica, colui che si astiene dal consumo diviene egli stesso tabù (la forza negativa del divieto, “mana”, si trasferisce su di lui, “homo sacer”), dunque meritevole di esclusione e segregazione. Cfr. S. Freud, *Totem e tabù*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011.

50 Cfr., ad esempio, G.P. Fabris, *op. cit.*, p. 357 ss.

51 Alberoni parla di “élite irresponsabile”, in quanto, pur non rispondendo istituzionalmente delle proprie decisioni, diventa modello di comportamento sociale e divulgatore di valori. Cfr. F. Alberoni, *L'élite senza potere*, cit.

per identificare quella forma di sfacciata esibizione della propria ricchezza agli occhi degli altri. Grazie alla magia pubblicitaria, che riesce a diminuire il valore d'uso dei prodotti a vantaggio del valore moda dei loro significati, un oggetto, ancora materialmente utile, può diventare socialmente obsoleto, in quanto non più aderente ai modelli veicolati.

Considerando quanto detto fino ad ora, possiamo caratterizzare il processo di consumo in due sensi: da un lato, esso è processo di significazione e comunicazione, codice in cui le pratiche di consumo assumono un valore simbolico; dall'altro è, al contempo, processo di classificazione e differenziazione sociale, in cui l'oggetto diviene simbolo di appartenenza ad una certa classe⁵². In tale seconda accezione, i beni assumono il valore di filtro sociale delle classi agiate, che diviene “imperativo categorico” (*fun morality*) per i consumatori delle classi inferiori, mantenute sempre a distanza grazie all'innovazione produttiva continua⁵³.

In tale sistema simbolico, la centralità della comunicazione pubblicitaria è chiaramente indiscussa. Come giustamente affermato, infatti, “il valore strategico e l'astuzia della pubblicità è precisamente questa: toccare ciascuno in funzione degli altri, nelle sue velleità di prestigio reificato. Mai essa si rivolge all'uomo preso da solo, essa lo prende di mira nella sua relazione differenziale e, anche ove sembri afferrare le motivazioni profonde, lo fa sempre in modo spettacolare, convocando i vicini, il gruppo, la società gerarchizzata nel processo di interpretazione e sfruttamento da essa instaurato”⁵⁴. La pubblicità, principale mezzo di presentazione del linguaggio del consumo, produce quindi i valori segno che permettono la differenziazione⁵⁵, e al contempo la omologazione in gruppi⁵⁶, dei consumatori.

In tale seconda accezione, vi è chi⁵⁷ ha puntualizzato il carattere di “sciame” di tali aggregazioni, semplice somma di parti legate “da una solidarietà meccanica e dal movimento verso una analoga direzione” (consumare).

La capacità della pubblicità di performare i valori e i caratteri sociali è certamente dovuta anche alla posizione dalla stessa costantemente assunta all'interno di ogni mezzo di comunicazione di massa, in cui, se ad una prima impressione sembra essere centrale il discorso informativo (programma televisivo o radiofonico, video o altro intrattenimento telematico), protagonista diventa, invece, la

52 Distinzione operata da J. Baurillard, in *La società dei consumi*, cit., p. 54.

53 Lo stesso presidente statunitense Eisenhower, nel 1958, ha presentato il consumo come dovere civico: «in una società libera, il governo incoraggia al massimo la crescita economica allorché incoraggia lo *sforzo* degli individui e dei gruppi privati. Lo Stato non spenderà mai così bene il denaro come lo avrebbe fatto il contribuente, una volta liberato dal fardello delle imposte».

54 Cit. J. Baudrillard, *La società dei consumi*, cit., p. 59.

55 Secondo Baudrillard, il paradosso della differenziazione di *status* sta nell'*underconsumption* delle classi agiate: prestigiosa discrezione, rinuncia e modestia, che sottintende un lusso in più, una più sottile differenza.

56 In tali gruppi, la solidarietà storica marxiana viene sostituita da un'indifferenza ed un individualismo collettivi sotto il segno dell'oggetto comune (“semiocrazia”). Cfr. J. Baudrillard, *Lo scambio simbolico e la morte*, cit., p. 99.

57 Z. Bauman, *L'etica in un mondo di consumatori*, cit., pp. 10-18.

forte carica emotiva del messaggio pubblicitario⁵⁸. Esso, alternandosi continuamente con le storie raccontate, assume un'equivalenza (ma spesso una prevalenza) semiotica (“ospite performativo”⁵⁹) rispetto al resto delle informazioni: la notizia sull'omicidio si carica, nella percezione della sequenza informativa, dello stesso valore della promozione del bagnoschiuma, enfatizzata alla pari di altri messaggi dal contenuto non commerciale.

Inoltre, il carattere spettacolare conferisce alla pubblicità il riconoscimento di *mass medium* più forte: essa fa dell'oggetto un avvenimento, un'immagine simbolica di cui si eliminano le caratteristiche oggettive-informative per costruire un evento meramente spettacolare. Da ciò deriva il carattere tautologico e privo di senso del messaggio pubblicitario, in cui la spiegazione e la prova sono “sostituiti da un indicativo senza frasi, che è un imperativo ripetitivo”⁶⁰. Il carattere puramente estetico, e marginalmente informativo, è accentuato dall'utilizzo di figure retoriche⁶¹ ed altre strategie linguistiche⁶², tendenti a distrarre dal contenuto, comunque povero, del messaggio pubblicitario.

La stessa può essere definita, dunque, a differenza della proposizione referenziale, un messaggio “poetico”⁶³, caratterizzato da ambiguità e dall'utilizzo volontario di termini la cui funzione informativa è alterata. L'attenzione del consumatore viene spostata dal significato al significante, oggetto principale di attenzione e consumo.

La semiotica del messaggio pubblicitario⁶⁴, inoltre, sottolinea il suo carattere indiretto, a differenza delle altre forme di *marketing* (come la vendita porta a porta, o l'applicazione di un prezzo conveniente): esso, infatti, crea una dimensione spazio-temporale terza rispetto al suo oggetto, e presenta un contenuto simbolico, attribuendo al prodotto o alla marca un significato figurativo (cd. “segno pubblicitario”).

Comunicazione “perlocutiva”, la pubblicità mira ad ottenere il consumo, congiungendo un oggetto o un'azione all'alternativa euforia-disforia (cd. opposizione timica).

Un ruolo centrale, nell'efficacia del messaggio, è assunto anche dal mezzo televisivo (o telematico), il cui effetto “ipnotico” è stato più volte analizzato dagli studiosi di psicologia⁶⁵. I risultati degli esperimenti neurologici sull'ascolto televisivo hanno mostrato una tendenza alla ricezione intima

58 E ciò grazie agli *hypes*, prodotti dell'industria delle comunicazioni, miranti alla separazione degli oggetti da evidenziare e rendere desiderabili, rispetto al resto degli elementi improduttivi.

59 Cit. Ugo Volli, *Semiotica della pubblicità*, cit., p. 12 ss.

60 Cit. J. Baudrillard, *La società dei consumi*, cit., p. 145.

61 A titolo di esempio: l'anafora (“be light, be strong, be free”, Samsonite), l'antonomasia (“non si dice sambuca, si dice Molinari”), la metafora (“quattro salti in padella Findus”) o l'ossimoro (“Ramazzotti, l'amaro positivo”).

62 Come l'utilizzo del “tu” intimistico (“La Coop sei tu, chi vale di più?”), dell'imperativo (“drink Coca Cola”) o del doppio senso (“O è una Lacoste presa qui, o è una presa in giro”).

63 Cfr. U. Eco, *op. cit.*, p. 92 ss.

64 Vedi U. Volli, *op. cit.*

65 Cfr., ad esempio, H. Cantril & Allport (1935), *The psychology of radio*, Harper and Brothers. In chiave più divulgativa, un testo noto è quello di G. Sartori, *Homo Videns*, Laterza, Bari, 2007 (XVI ediz.).

passiva, in cui lo spettatore (“homo videns”), lungi dall'essere attivamente critico, è “relaxed”, ovvero è incline ad accettare senza riserve ciò che gli viene comunicato, nel significato che gli viene attribuito. In altri termini, se la parola, scritta o sentita, richiede una capacità di astrazione (dal simbolo-parola al concetto), l'immagine televisiva richiede la semplice visione: con essa si inverte il passaggio dal sensibile all'intelligibile (*ictu oculi*), con un ritorno al semplice vedere, linguaggio percettivo. La televisione, realizzando immagini ed eliminando i concetti, indebolisce, secondo tali ricerche, la nostra capacità di capire, per cui l'occhio crede in ciò che vede (appare reale, dunque è vero).

La pubblicità, quindi, attraverso il video non informa realmente del prodotto ma, abusando del proprio carattere spettacolare, presenta al massimo delle sotto-informazioni (insufficienti) o delle disinformazioni (fuorvianti), che non hanno altro fine che creare modelli da seguire, indottrinando ed emozionando. Questo carattere appare in netto contrasto con il diritto ad un'adeguata informazione del consumatore, e con la razionalità e la libertà della sua scelta, valori fondamentali del codice del consumo.

Inoltre, un'importanza centrale nell'attribuzione di un significato simbolico all'oggetto è certamente da attribuire al *brand*, ovvero la marca, che “marchia” l'identità collegata ai suoi prodotti. Essa, a differenza del singolo prodotto materiale, contiene “la mediazione mediatica”, cioè la costruzione, attraverso il messaggio pubblicitario, di un mondo di significati alla stessa legati: quale “mondo possibile” viene creato un “costrutto culturale ipotizzato dal destinatario che possiede una natura narrativa, contiene valori, attori e situazioni e configura un possibile percorso di eventi”⁶⁶.

Dunque, nella marca vi è il “valore di comunicazione”, rappresentato dall'insieme di caratteri (notorietà, fedeltà, identità, posizionamento, descrizione) che ne compongono l'*equity*, cioè il prestigio complessivo⁶⁷. Tra i principali modelli teorici sulla marca (tra cui quelli di Seguéla e di Semprini), un ruolo centrale è assunto dal riferimento ad una struttura identitaria (cd. *brand identity*) e relazionale, studiata da esperti (*product manager, brand manager, art director, marketing manager* etc.) all'interno delle imprese per il coinvolgimento di un determinato *target* di riferimento.

Per fare qualche esempio attuale di *brand identity*: se alla BMW si riconosce la personalità del sicuro di sé e del potente, alla Apple va attribuito il carattere del sognatore e del mago, mentre il profilo del ribelle va certamente ritrovato nella marca Diesel. Sono tutti archetipi della personalità (strutture identitarie profonde, ricorrenti nella storia), impressi nell'inconscio collettivo⁶⁸ ed

66 Espressione di U. Eco, ripresa da Semprini per identificare il mondo della marca (in V. Codeluppi, *Il potere della marca*, cit., p. 36).

67 Cfr. M. Ferraresi, *op. cit.*, p. 16.

68 Si fa qui riferimento alla nota concezione psicologica di K.J. Jung, il quale affianca all'inconscio individuale un inconscio collettivo, substrato impersonale della psiche. Esso è formato da quelle immagini primordiali (archetipi),

analizzati per il posizionamento della marca.

Il posizionamento (*placement*) consiste nell'individuazione strategica dei luoghi e canali di promozione e distribuzione di un prodotto. Ciò presuppone l'individuazione di un target di riferimento, a sua volta suddiviso in un target centrale e in target secondari, mediante indagini psico-grafiche quali-/quantitative implicanti l'analisi di stili di vita, bisogni, linguaggi e valori condivisi.

Il bene pubblicizzato, dopo approfondite ricerche, viene collegato, attraverso simboli verbali, ad un desiderio o ad una paura diffusi: il consumatore, attraverso l'acquisto del bene (ad. es. l'automobile di lusso), soddisfa illusoriamente il sogno sotteso (ad es. il bisogno di prestigio), identificandosi con il target di riferimento della stessa pratica pubblicitaria.

Abbiamo detto che la pubblicità crea e fa riferimento a diversi valori attorno ai quali sviluppa la fidelizzazione dei consumatori, canale di persuasione e di riconoscimento.

Tra i tanti valori veicolati, un ruolo centrale va riconosciuto certamente al sesso, attraverso la “sessualizzazione” automatica di quasi ogni oggetto pubblicizzato, di cui sembra essere consumata, più che la sua utilità, la stessa carica sessuale. Sembra evidente, già a partire dagli anni '70, una netta prevalenza per lo sfruttamento del corpo della donna, tanto come stimolo per il pubblico maschile, quanto come metro di paragone di quello femminile.

Il modello erotico della donna perfetta e seducente, rappresentante universale del desiderio insaziabile, se da un lato mira a rendere più attraenti per l'uomo taluni prodotti (i più disparati, persino shampoo e yogurt), dall'altro diventa esempio di confronto per le donne spettatrici, *status* potenziale e desiderabile⁶⁹. Ad ogni modo, dietro a tali forme di pubblicità si cela la promessa di appartenenza ed inclusione al gruppo identificato nel modello comportamentale mostrato. Quest'obbligo di identificazione, celato dietro alla “libertà” di scelta, rende automatica l'adesione al sistema dei valori pubblicitari.

Ma ancora, si pensi al modello dell'uomo virile, che “non deve chiedere mai”, promosso inizialmente dalla Marlboro nel 1954, e successivamente veicolato da altre pubblicità (automobili sportive, rasoi per la barba), posizionato nell'immaginario maschile come archetipo da seguire.

La società dei consumi è stata da altri definita⁷⁰ una “società liquida”, ovvero una società contraddistinta dalla dinamicità individuale dei suoi componenti (socialità meccanica), dalla cultura

universali ed ereditarie, che vengono percepite attraverso le rappresentazioni simboliche. Esse, riconosciute inconsciamente, danno una sensazione di “protezione contro la paurosa realtà delle profondità psichiche” (K.G. Jung, *Gli archetipi dell'inconscio collettivo*, Bollati Boringhieri, Torino, 1977). Tra gli archetipi ricorrenti nella pubblicità, oltre a quelli già detti, vi sono il tema del viaggio e dell'avventuriero che torna a casa (da Omero alla Barilla), o ancora dell'eroe che coraggiosamente ottiene la vittoria contro un nemico-avversario (Nike). Cfr. G. Morici, *op. cit.*, pp. 93-141.

69 Per un'analisi critica dell'uso del corpo femminile nella pubblicità, come corpo morto, irreale, senza tempo, cfr. M. Nadotti, *Necrologhi*, cit.

70 Si rinvia alle opere di Z. Bauman, citate nella nota 37.

della velocità e del momento presente (consuma *hic et nunc*), dunque dall'obsolescenza programmata e dalla necessità di un mobile e costante cambiamento. La vita del consumatore viene identificata come un continuo alternarsi di apprendimento (acquisto) e oblio (scarto), funzionali allo sviluppo del sistema industriale.

L'attuale sociologia dei consumi, attenta ai nuovi sviluppi tecnologici (tra cui gli *smartphone* e i *tablet*, accanto ai PC), ha messo in luce come la pubblicità abbia assunto un carattere più personalizzato che fa di essa “un Enorme Fratello che sa tutto di noi ed è in grado di anticipare non solo i nostri desideri, ma anche i nostri pensieri”⁷¹. Attraverso tecniche di rilevamento dei *big data* (con i *cookies*, veri e propri contratti di cessione delle proprie informazioni⁷²) dei consumatori, la pubblicità viene modellata secondo le abitudini di consumo (pagine visitate, ricerche effettuate, informazioni sui *social network*). Si parla, come già anticipato prima, di *permission marketing*, contrapposto all'*interruption marketing* più tradizionale. Tra i risultati di queste nuove tecniche pubblicitarie, oltre all'aumento dell'efficacia persuasiva, centrale è l'affermazione del *brand* come partner diretto del consumatore. Ciò comporta un'ulteriore fidelizzazione del cliente, una simbiosi identitaria con il *brand*, la cui efficacia è misurata da una serie di numeri indicativi (es. il numero di *click*).

Inoltre, all'identificazione con la marca contribuiscono anche le nuove, ulteriori, forme di *marketing* a cui sopra si è accennato (*guerrilla marketing*, *marketing* esperienziale etc.), che permettono un coinvolgimento anche sensoriale del consumatore.

Per concludere, se vi è chi⁷³ ritiene che il consumatore postmoderno sia un consumatore più vigile, attento alle alternative, pacato, critico, va rilevato, come altri⁷⁴ giustamente sottolineano, che in questo profilo, alla luce di quanto sopra detto, sembra difficile farvi rientrare la maggior parte dei consumatori: e ciò è dimostrato dal fatto che la maggioranza dei messaggi pubblicitari, oggi ancor di più, non fa minimamente leva su elementi informativi e razionali, bensì sulla stimolazione esclusiva di emozioni e su aspetti suggestivi che nulla hanno a che vedere con le qualità del prodotto.

Inoltre, considerati il carattere ipertrofico della pubblicità, l'aumento dell'aggressività ed ingannevolezza dei suoi messaggi, anche per prodotti potenzialmente pericolosi, la sua invasione degli spazi più privati, le sue componenti ideologiche, l'influenza sui mezzi di comunicazione di massa, sui modi di pensare e di agire degli individui: tutto ciò, se da un lato sollecita la riflessione della sociologia e della filosofia, dall'altro richiede l'interesse e l'intervento del legislatore e del

71 M. Nadotti, *op. cit.*, p. 175.

72 Tra i principali attori della pubblicità su internet vi è Double Click, società che invia milioni di *cookies* che si installano negli *hard disk* di utenti ignari, i quali divengono destinatari di messaggi pubblicitari costruiti secondo i dati raccolti non senza una possibile violazione della *privacy*, con non poche preoccupazioni del relativo Garante.

73 G.P. Fabris, *Societing: il marketing nella società postmoderna*, cit.

74 A. Zanicchi, *Il libro nero della pubblicità*, cit., p. 73 ss.

giurista.

Un intervento che deve tener conto dell'imprescindibile esigenza di tutelare il consumatore, prima ancora essere umano, da tutte le forme di distorsione, inganno, manipolazione, subdolo condizionamento della sua libertà e delle sue scelte.

Un intervento che diviene obbligatorio, se si considera che ormai da oltre mezzo secolo la pubblicità fa ricorso, per la persuasione del consumatore, alle più sofisticate tecniche di psicologia e di neuroscienze, rispetto a cui, chi parla di razionalità del consumatore sembra manifestare un ottimismo lontano dalla realtà dei fatti.

Capitolo 2

Psicologia e pubblicità

2.1 Nascita della psicologia e attività pubblicitaria

“Quando la pubblicità comincia, essenzialmente nel periodo tra le due guerre e un poco prima negli USA, a guardarsi intorno per verificare se è possibile, con un approccio più scientifico, affinare le armi per essere più efficace, scopre la psicologia, la psicologia positivista e segnatamente il comportamentismo negli USA e la riflessiologia nell'URSS”

(G. P. Fabris)

L'instancabile ricerca della persuasione del consumatore spinge la pubblicità allo sfruttamento, accanto alla semplice seduzione estetica e alla comunicazione informativa sempre più marginale, dei risultati delle ricerche in campo psicologico⁷⁵.

A dimostrazione del successo di tale commistione, si pensi che già tra i primi studi di psicologia molti erano dedicati all'attività pubblicitaria, vantaggiosa da un punto di vista lavorativo anche per gli operatori del settore⁷⁶.

John Watson, fondatore della psicologia comportamentale nonché presidente dell'*American Psychology Association* nel 1914, studioso del comportamento animale e infantile, ha dato un contributo notevole al settore pubblicitario, attraverso l'applicazione del comportamentismo alla *réclame*. Ha, inoltre, fondato la *Psychological Corporation*, dedicata a studi sull'efficacia pubblicitaria ed aziendale: tra le sue ricerche, oltre a quelle relative alla collocazione strategica dei prodotti vicino alle casse, di rilievo sono gli studi successivi sull'efficacia degli *spot*⁷⁷.

Facendo un passo indietro, il connubio tra pubblicità e psicologia può rintracciarsi sin dalla data di

75 Per approfondimenti sul tema, cfr.: M. Ferraresi, *Pubblicità: teorie e tecniche*, Carocci Editore, Roma, 2017; N. Guéguen, *Psicologia del consumatore*, Il Mulino, Bologna, 2010; G. Morici, *Fare marketing rimanendo brave persone*, Feltrinelli Editore, Milano, 2016; V. Packard, *I persuasori occulti*, Einaudi Editore, Torino, 2005; V. Russo, *Neuromarketing, comunicazione e comportamenti di consumo*, Franco Angeli, Milano, 2015; D. Trevisani, *Psicologia di marketing e comunicazione*, Franco Angeli, Milano, 2002;

76 M. Ferraresi, *op. cit.*, p. 198

77 M. Ferraresi, *op. cit.*, pp. 198 – 199.

nascita di quest'ultima. Già nel 1879, all'interno del laboratorio di Lipsia, fondato da Wilhelm Wundt, venivano sviluppate ricerche, anche con scopi pubblicitari, per studiare il funzionamento della percezione umana. Centrale, in tale filone di studi, è l'analisi degli stimoli e della loro percezione. Grazie al lavoro di Wundt e di altri psicologi, vengono infatti individuate le soglie percettive⁷⁸ delle stimolazioni, utili alla pubblicità subliminale. Inoltre, presso l'Università del Minnesota, viene affidato nello stesso anno a H.S. Gale il laboratorio di psicologia sperimentale all'interno del quale, a partire dal XX secolo, prende avvio un programma di ricerca sugli effetti psichici della pubblicità.

Prescindendo dai singoli esempi proposti, qui si vuole sottolineare l'importanza centrale che la psicologia, e l'insieme dei suoi strumenti teorici e pratici, va progressivamente assumendo nel settore pubblicitario. In particolare, dal momento che, come sopra visto, l'atto del consumo, piuttosto che incentrarsi esclusivamente sull'utilità oggettiva del bene, si colora di aspetti simbolici ed emotivi, si avverte l'esigenza di reimpostare il rapporto con il consumatore in termini più profondi ed articolati. La psicologia, così, diventa il principale strumento di manipolazione e persuasione dei consumatori, la cui svelata vulnerabilità diventa un importante punto di forza dei professionisti del *marketing*.

Ecco che, a partire dagli anni '50, grazie all' *Institute for Motivational Research* fondato da Ernest Dichter⁷⁹, si sviluppa la ricerca motivazionale, attraverso cui, mediante interviste psico-grafiche cosiddette “in profondità”, si individuano i *target* di potenziali consumatori di un prodotto (cd. *focus group*), secondo i relativi profili psicologici (bisogni, atteggiamenti, valori). L'obiettivo è quello di verificare le motivazioni, più o meno consce, che stanno dietro alle scelte di consumo: si scopre, dunque, che spesso si tratta di processi impulsivi ed emotivi, caratterizzati da una percezione cognitiva del prodotto e del *brand* tutt'altro che razionale. Da un punto di vista procedurale, invece, la tecnica utilizzata consiste nel cercare un desiderio o una paura diffusi e nel metterli in rapporto a un prodotto attraverso un ponte di simboli verbali e non verbali, mediante il quale il cliente passa dal fatto concreto all'illusione di appagare il bisogno sotteso con il prodotto⁸⁰.

Tra le “variabili intervenienti” nell'atto di consumo possono individuarsi il carattere, l'intelligenza, gli atteggiamenti, le opinioni, l'attenzione e l'emozione: il prodotto viene dunque valutato dal consumatore solo dopo il passaggio attraverso filtri culturali, percettivi e mnemonici.

Se a determinare la decisione del consumatore contribuiscono principalmente tali fattori soggettivi,

78 Queste si distinguono in soglie percettive assolute (quantità di stimolazione minima percepibile) e relative (quantità di cambiamento minimo percepibile di stimolazione).

79 Un ruolo altrettanto determinante va attribuito anche a Louis Cheskin, direttore del *Color Research Institute of America*, a cui molte aziende, tra cui la Philip Morris e la Procter & Gamble, si sono rivolte per sfruttare i risultati delle ricerche sui colori delle confezioni dei prodotti. Da queste si evinceva come i colori più smorti e neutri fossero preferiti dalle classi agiate, mentre quelli più vivaci da quelle più basse.

80 Con il termine *insight* si intende la prospettiva intima e segreta da cui il consumatore medio, appartenente al target di riferimento, percepisce il problema che il prodotto dovrebbe risolvere.

ne risulta che l'elaborazione del messaggio commerciale si concentra non più sulle informazioni del prodotto, ma su aspetti estranei ad esso, dal carattere più prettamente psico-emotivo. Alcune delle strategie utilizzate attengono al contenuto del messaggio, strumentalizzando vecchi tabù e tendenze universali, altre invece puntano sulla forma della comunicazione, in modo da fuorviare la sua percezione da parte del consumatore. Le prime puntano principalmente alla “psiche”, le seconde si concentrano maggiormente sui sensi e la loro elaborazione cognitiva.

Mentre inizialmente si registra una principale, se non esclusiva, applicazione alla pubblicità delle teorie comportamentali, con il progredire della ricerca psicologica, l'attenzione degli uomini di *marketing* si estende anche alle scoperte della *Gestalt*, della psicoanalisi, della psicologia cognitiva (parte della psicologia della decisione, insieme al comportamentismo) e, più recentemente, del *neuromarketing*. Rispetto alle prime teorie, l'attuale ricerca psicologica dimostra un elevatissimo grado di approfondimento e di articolazione teorico-pratica, che si traduce in vantaggio per le aziende grazie alla collaborazione (al loro interno o all'interno delle agenzie di pubblicità) di esperti di psicologia.

Come vedremo nel prosieguo, ciascuna delle teorie suddette manifesta una maggiore efficacia a seconda del settore e della tipologia di comunicazione commerciale. Comune a tutte, però, è l'obiettivo al quale viene rivolta la loro applicazione più o meno congiunta: persuadere il consumatore in modo subdolo, attraverso canali emotivi e poco consapevoli.

2.2 Psicoanalisi e Comportamentismo: le teorie psicologiche e la loro applicazione a fini di persuasione commerciale

“Se analizziamo le trascrizioni scientifiche dei moventi d'acquisto – espresse dagli stessi consumatori – notiamo che in molti atti non appare niente di quanto previsto dall'economia classica. Il concetto di utilità razionale del prodotto a volte sparisce e l'acquisto diventa un fenomeno psicologico che risponde ad altre esigenze, ad esempio un riempitivo psicologico, una tecnica di riparazione di stati emotivi negativi, o un modo di affermarsi”

(D. Trevisani)

“Siamo ciechi all'evidenza e siamo anche ciechi alla nostra stessa cecità”

(D. Kahneman)

Il modello del consumatore come agente razionale, proposto dalle concezioni classiche e neoclassiche di economia-politica, non sembra trovare pieno riscontro nella realtà, come rilevato ormai da tempo da numerose ricerche⁸¹. Il tramonto di tale modello teorico, che concepisce l'agente economico come colui che tende sempre a massimizzare il proprio profitto (comparando costi e benefici della scelta) e a valutare le informazioni in modo razionale e ragionevole, ha lasciato spazio a nuove prospettive che, ormai da circa mezzo secolo, hanno messo in luce le deviazioni da questo olimpico punto di riferimento.

Un ruolo di primo piano va riconosciuto ad Herbert Simon⁸², il quale ha voluto contrapporre al modello classico un altro modello, ovvero quello della razionalità limitata. Tale teoria evidenzia

81 A titolo di esempio, tra coloro che hanno evidenziato questa contraddizione, vedi: M. Ferraresi, *op. cit.*, p. 210 ss.; S. Frerichs (2011), *False Promises? A sociological Critique oh the Behavioural Turn in Law and Economics*, in *Journal of Consumer Policy*, 34, pp. 289 - 314; J. D. Hanson & D. A. Kysar, *Taking Behaviouralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*, in *New York University Law Review*, Vol. 74:630, p. 633 ss.; D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, Oscar Mondadori, Milano, 2017, p. 16 ss.; L.A. Reisch e M. Zhao (2017), *Behavioural Economics, Consumer Behaviour and Consumer Policy: state of the art*, in *Behavioural Public Policy*, 1:2, pp. 190 – 191; R. H. Thaler e C. R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano, 2009; D. Trevisani, *op. cit.*, pp. 11 – 35; J. Trzaskoski (2011), *Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practises Directive*, in *Journal of Consumer Policy*, 34:377, p. 387.

82 H. Simon (1959), *Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science*, in *The American Economic Review*, vol 49, n. 3, pp. 253-283; *id.*, *Causalità, razionalità, organizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1985.

che, eliminate le condizioni di concorrenza perfetta e di piena informazione che stanno alla base della costruzione del modello di agente razionale, la sua definizione diviene incerta. In opposizione ad esso, dunque, viene presentato un individuo che, influenzato dalla personalità ma anche dall'ambiente, possiede una razionalità decisionale contraddistinta da taluni limiti: difficoltà e costi della ricerca e dell'elaborazione di informazioni, nonché limiti alla memoria e all'attenzione. L'uomo si concentrerebbe, per dirla in breve, solo su una parte dei dati a disposizione nell'ambiente, e precisamente quella parte che sia legata agli scopi ed ai valori che lo spingono ad agire, tralasciando, invece, le altre informazioni, seppur oggettivamente importanti.

Occorre quindi, da un lato dare conto della complessità dell'ambiente oggettivo, e dall'altro distinguere tra questo e l'ambiente percepito dall'individuo, spesso differente dal reale.

Un diverso modello teorico di agente economico è quello costruito da Petty e Cacioppo⁸³, denominato "Elaboration Likelihood Model" (ELM), il quale delinea due meccanismi attraverso cui l'uomo giungerebbe alla decisione: una via centrale, contraddistinta da razionalità e faticosa elaborazione di informazioni; una via periferica, caratterizzata da immediatezza, superficialità cognitiva e prevalenza delle emozioni. Mentre la *central route* riguarda le attitudini durevoli e implica comprensione e apprendimento delle informazioni di un prodotto, invece la *peripheral route*, legata a fattori temporanei e contestuali, coinvolge atteggiamenti di favore o sfavore anche irrazionali e imprevedibili.

Dunque, la persuasione commerciale dovrebbe scegliere la via più consona per la strutturazione del messaggio, a seconda della probabilità di elaborazione da parte del destinatario e delle motivazioni retrostanti alla decisione⁸⁴. Tale probabilità dipende dalla considerazione e dall'importanza attribuita alle caratteristiche del prodotto, per cui: se vi è un elevato interesse e, dunque, una probabilità di elaborazione elevata, allora il messaggio pubblicitario dovrebbe puntare su contenuti informativi ragionati e veritieri; viceversa, se vi è una probabilità di elaborazione bassa, allora il messaggio potrà incentrarsi su fattori più superficiali e contestuali, come la forma in cui è presentato, o una certa estetica del comunicante⁸⁵. Va rilevato che una simile distinzione non appare sempre netta, dato che taluni aspetti possono risultare spesso trasversali alle due vie considerate, come rilevato dagli stessi teorici.

Analogo al secondo è il modello proposto da Daniel Kahneman⁸⁶, noto per gli studi svolti, insieme

83 Per approfondimenti, M. Ferraresi, *op. cit.*, pp. 211 - 212; R. Petty, J.T. Cacioppo, D. Schumann (1981), *Central and Peripheral Routes to advertising effectiveness: the moderating role of involvement*, in *Journal of Consumer Research*, vol 10, No. 2 (Sept. 1983), pp. 135 - 146.

84 Tra i fattori motivazionali, un ruolo rilevante possono assumerlo, ad esempio, l'importanza e la conoscenza personale dell'argomento trattato, la distrazione e l'attenzione, l'urgenza, le esperienze passate e le aspettative.

85 Cfr., su tale tema, anche R. E. Petty J. T. Cacioppo (1980), *Effects of Issue Involvement on Attitudes in an Advertising Context*, in *Proceedings of the Division 23 Program*, eds. Gerald G. Gorn and Marvin E. Goldberg, Montreal, Canada: American Psychological Association, pp. 75-79.

86 Un ottimo compendio divulgativo del suo pensiero è D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, cit.

al collega Amos Tversky, sugli *heuristics and bias* di cui parleremo più avanti quando tratteremo della psicologia della decisione.

Kahneman profila un tipo di agente in cui possono distinguersi due sistemi di pensiero: un pensiero lento (“sistema 2”), preposto ad attività impegnative, che richiedono concentrazione e sforzo (come i calcoli complessi); un pensiero veloce (“sistema 1”), che, costantemente attivo, agisce frettolosamente, in modo incontrollato, poco faticoso e più intuitivo (ad esempio per il riconoscimento degli oggetti). Il pensiero lento, unico in grado di scegliere oculatamente dopo un adeguato confronto dei costi e dei benefici, è solitamente in una modalità di minimo sforzo e in cui solo una piccola parte di esso viene attivata. Esso si mobilita pienamente solo nel caso in cui, quale controllore “pigro” del sistema 1, si accorga che il primo risulti insufficiente o fallisca nel compito da affrontare (cd. “tensione cognitiva”). Quindi, il pensiero veloce elabora continuamente spunti per il pensiero lento (intuizioni, impressioni, sensazioni e intenzioni), i quali diventano credenze e azioni volontarie solo ove corroborate dal secondo.

Ciò premesso, senza alcuna intenzione di creare un modello per la trattazione seguente, qui ci si limiterà ad esaminare le varie teorie psicologiche applicate alla comunicazione pubblicitaria. L’esposizione di alcuni modelli alternativi a quello classico dell’*homo oeconomicus* è servita esclusivamente a dimostrare l’assoluta mancanza di scientificità di quest’ultimo, trattandosi esclusivamente di una tra altre teorie.

Piuttosto, sembra ormai potersi sinteticamente affermare, data l’evidenza empirica, che l’utilità razionale del prodotto assume un minimo ruolo all’interno dell’acquisto: esso, piuttosto, diventa un “fenomeno psicologico che risponde ad altre esigenze”⁸⁷. L’agente reale, dunque, si caratterizza per un insieme di credenze, pregiudizi e predisposizioni emotive che lo portano spesso a scelte poco ragionate, impulsive ed incoscienti, o comunque dettate da fattori tutt’altro che razionali e minimamente legati alle caratteristiche del prodotto.

Tra le teorie di psicologia applicate alla pratica pubblicitaria, un ruolo centrale va certamente attribuito alla psicoanalisi, nata con Sigmund Freud⁸⁸, e diversamente articolata da altri studiosi in epoca più recente. Essa, per usare le parole del suo fondatore, consisterebbe nell’“esame della componente inconscia della vita psichica individuale”⁸⁹, la quale determina ed influenza gran parte delle nostre azioni, seppur in apparenza coscienti.

Il suo impiego in massa per la persuasione del consumatore sta alla base, ormai da tempo, dell’industria multimiliardaria della pubblicità.

87 Cit. D. Trevisani, *op. cit.*, p. 13.

88 Tra le tante opere del padre della psicoanalisi, cfr.: S. Freud, *Totem e tabù* e, nello stesso volume, *Psicologia delle masse e analisi dell’io*, Bollati Boringhieri Editore, Torino, 2016 (III ristampa); *Id.*, *Introduzione al narcisismo* e, nello stesso volume, *Inibizione, sintomo e angoscia*, Bollati Boringhieri Editore, Torino, 2017 (II ristampa).

89 Cit. S. Freud, *Totem e tabù*, cit., p. 52.

L'assunto di base è che vi siano tre livelli di coscienza, ciascuno dei quali presenta un determinato grado di consapevolezza delle proprie pulsioni⁹⁰, ovvero di quelle spinte somatiche eccitanti che promuovono processi psichici i quali, traducendosi in comportamenti, permettono di scaricare la tensione pulsionale.

Il primo livello è quello della “coscienza”, in cui, pienamente consapevoli delle nostre esigenze ed azioni, sviluppiamo valutazioni razionali.

Il secondo livello è il “sub-conscio”, ove vi è l'associazione inconsapevole, o parzialmente inconsapevole, tra l'azione (nel nostro caso l'acquisto) e l'eliminazione di problemi reali o potenziali. In tale stadio, siamo spinti da pulsioni spesso inconsapevoli di natura culturale (es. esigenze di conformazione, religione) e ontogenetica (influenze derivanti dal contesto della crescita)⁹¹.

Il terzo livello, ancora più profondo, è rappresentato dall’“inconscio” (detto anche “es”, nucleo dell’“io”). In esso si manifestano dinamiche non percepite razionalmente dal soggetto, il quale viene spinto da pulsioni istintuali, ancestrali e genetiche: si tratta di quelli aspetti psico-biologici e filogenetici, tra cui gli impulsi sessuali, di autoconservazione, i sentimenti di paura e di possesso. Essi tendono spesso ad essere rimossi, dunque a rimanere ignoti. A questo livello, da un punto di vista neuronale, corrisponde, come vedremo nel paragrafo successivo, la parte del cervello più antica (cd. rettiliana).

Dunque, secondo la teoria della motivazione⁹², il processo decisionale vede un iniziale “stato di tensione” (squilibrio psichico), da cui deriva un “impulso” mirante all'equilibrio, il quale si trasforma in movente che spinge all'azione finale risolutiva. Secondo il “principio di piacere” freudiano, quindi, obiettivo finale di tutti gli impulsi è la riduzione della tensione corporea, che viene dall'individuo sperimentata come piacere.

Tale procedimento può essere, come evidenziato da numerose ricerche, applicato all'atto del consumo, per cui l'impulso, determinato dalla tensione, che spinge il soggetto all'atto di acquisto, viene diretto verso oggetti esterni presentati e percepiti come utili al riequilibrio psicologico, dunque al piacere. Lo stesso Freud afferma che la “libido”, insieme di pulsioni orientate al piacere sessuale e all'amore, può essere indirizzata non solo verso l'amante o verso amici, ma anche verso oggetti sostitutivi o idee⁹³.

Il consumatore, destinatario passivo di sollecitazioni che non riesce a riconoscere come tali, diventa

90 Per qualche spunto sul tema nell'ambito dei consumi, cfr.: M. Ferraresi, *op. cit.*, p. 209 ss.; G. Morici, *Fare marketing rimanendo brave persone*, cit., pp. 52 - 70; D. Trevisani, *op. cit.*, p. 13 ss.; Tra i sociologi, vedi V. Packard, *I persuasori occulti*, cit., p. 23 ss.

91 In esso ci si rende confusamente conto delle pulsioni e degli atteggiamenti, ancorché non si desidera spiegarli, dunque realizzarli.

92 Cfr., a tal riguardo, J. R. Greenberg & S. A. Mitchell, *Le relazioni oggettuali nella teoria psicoanalitica*, Il Mulino, Bologna, 1986, nonché D. Trevisani, *op. cit.*, p. 27.

93 S. Freud, *Psicologia delle masse e analisi dell'io*, cit., p. 211-212.

incapace di contrastarle.

Da ciò deriva che, accanto al prodotto reale, possiamo identificare un “prodotto psicologico”, definibile come “pura entità percettiva la cui natura fisica viene analizzata da innumerevoli filtri mentali”⁹⁴, tra cui fattori biologici, fisiologici e culturali. Esso, lungi dal soddisfare solo il bisogno tangibile e immediatamente identificato dalle caratteristiche funzionali del bene, risolverà anche i problemi psico-fisiologici sottostanti (cd. bisogno sottostante servito)⁹⁵.

Allo stesso modo, tra i filtri in base a cui il consumatore valuterà un prodotto o servizio, accanto alle prestazioni oggettive, vi saranno quelle soggettive psico-culturali (cd. *performance evaluation source*), soprattutto per quei prodotti che più sono legati alle pulsioni inconse o subconscie, spesso identificativi di stili di vita.

In altre parole, penetrando attraverso il subconscio e fino all'inconscio, il prodotto può divenire un mezzo per il soddisfacimento di desideri (ad. es. il desiderio sessuale, di potere sociale, o altre forme di narcisismo⁹⁶), che nulla hanno a che vedere con la sua funzione materiale⁹⁷, e che vengono simbolicamente associati ad esso attraverso il meccanismo psicologico della “proiezione”⁹⁸. Quest'ultimo è legato, inoltre, alla “sublimazione”, ovvero la tendenza a rivolgere la pulsione sessuale verso una meta diversa dal soddisfacimento sessuale.

E questo perché, secondo la teoria psicoanalitica ortodossa, il desiderio pulsionale, che sta alla base dell'azione, si scontra, seppur inconsapevolmente, con il divieto derivante dal “super-io”, insieme di imperativi morali che la coscienza pone quale limite alla tendenza libidica. A seguito di tale scontro, si tende a sostituire l'originario desiderio libidico con pratiche⁹⁹ o oggetti surrogati. In questi casi, l'acquisto non è più considerato per le sue caratteristiche oggettive, ma come fattore necessario per soddisfare esigenze più nascoste; esso viene “idealizzato”, ovvero psichicamente arricchito di benefici e caratteri risolutivi ulteriori rispetto a quelli reali.

94 Cit. D. Trevisani, *op. cit.*, p. 45

95 Correlativamente, accanto ai costi economici, vi saranno anche i “costi psicologici”, tanto personali (ad. esempio l'ansia derivante dal conflitto con i propri valori e credenze), quanto sociali (come i giudizi altrui).

96 Il narcisismo è quel “comportamento di una persona che tratta il proprio corpo allo stesso modo in cui è solitamente trattato il corpo di un oggetto sessuale”, dunque contemplandolo e curandolo intensamente. Esso è una caratteristica fondamentale della psiche umana, tipica dell'età infantile (pienamente concentrata sull'io) ma che trova espressione anche in età adulta (patologicamente nei nevrotici e nei parafrenici). Cfr. S. Freud, *Introduzione al narcisismo*, cit., p. 17 ss.

97 Si pensi al soddisfacimento, in termini di “social appeal”, derivante dall'atto del fumare. Pur trattandosi di un comportamento oggettivamente controproducente, il *bisogno sottostante servito* va ben oltre la semplice ricarica di nicotina necessaria alla dipendenza, fino ad assumere i contorni di un residuo di “fase orale” tipicamente infantile. Fortunatamente la pubblicità delle sigarette è ormai vietata dagli anni '60 (in Italia, con la L. n. 165 del 10 aprile 1962), anche se non sono mancate strade alternative di promozione del fumo. Si pensi, a titolo di esempio, ai numerosi casi di sponsorizzazione di eventi e di attività sportive.

98 Per cui, un sentimento di cui non si è consapevoli, perché inconscio, viene trasferito dalla percezione interna al mondo esterno. Cfr. S. Freud, *Totem e tabù*, cit., pp. 87-88.

99 Si parla, più precisamente, di “sintomo”, per indicare quella tendenza comportamentale che traduce, sostituendolo, un mancato soddisfacimento pulsionale, rimosso dall'io perché in contrasto con il super-io. Vedi S. Freud, *Inibizione, sintomo e angoscia*, cit., p. 78.

Esempio palese di tale valorizzazione psicologica è quello in cui prodotti con la medesima qualità vengono diversamente percepiti e valutati perché di marca (o con etichetta) differente¹⁰⁰, a conferma della funzione simbolica e sociologica assunta dal *brand*.

Tra gli psicologi che, dopo Freud, hanno evidenziato maggiormente lo stretto legame tra società industriale e psicologia individuale un ruolo di centrale importanza va certamente attribuito a Erich Fromm¹⁰¹.

Partendo dall'analisi della società capitalistica, basata sul massimo consumo possibile di beni e servizi, e sul lavoro industriale alienato e routinizzato, viene identificato un individuo infelice, isolato, depresso ed ansioso. Condizionato dalla continua ed aggressiva stimolazione al consumo, mediata dai mezzi di comunicazione di massa, l'essere umano prefigura il proprio rapporto col mondo in termini di possesso/proprietà: dunque più *ha*, più è.

Il consumatore, alla ricerca instancabile di beni da “incorporare”, diventa, per usare le parole di Fromm, un “eterno lattante”¹⁰². A differenza di Freud, che riconduce ogni tendenza psico-patologica ad aspetti costitutivi e biologici, la teoria frommiana sottolinea l'influenza determinante delle norme secondo cui una società, attualmente quella industrializzata e consumistica, funziona; queste compongono il “carattere sociale”, ovvero le tendenze dominanti di chi vi appartiene.

Se nel XIX secolo la media e alta borghesia tendevano a tesaurizzare l'acquisto, che aveva un carattere duraturo, il consumatore di oggi tende a sostituire, insaziabilmente, un bene con un altro. Egli, in altre parole, ha un carattere “recettivo”, analogo al carattere “orale” freudiano, contrapposto al carattere “anale”¹⁰³ del secolo precedente.

Il senso di ansia e frustrazione, che spinge l'individuo a cercare sicurezza e piacere nel consumo continuo, è determinato dall'insensatezza della propria esistenza e dalla marginalità del proprio ruolo rispetto al gigantesco ingranaggio industriale.

Per tale motivo, la pubblicità non fa più appello alla ragione, ma si sposta sui canali della persuasione emotiva e della suggestione¹⁰⁴. In particolare, essa indebolisce le facoltà critiche attraverso la costante enunciazione di formule standardizzate, e mediante la presentazione di immagini che si riferiscono alle principali debolezze psicologiche, tra cui la paura o la libido

100 In un esperimento, poi confermato da altri successivi, si è dimostrato come il semplice fatto di apporre etichette diverse sullo stesso yogurt modificava la percezione del consumatore. Cfr. A. Westcombe & J. Wardle (1997), *Influence of relative fat content information on responses to three foods*, *Appetite*, 28 (1), pp. 49-62.

101 Tra i tanti saggi, cfr.: E. Fromm, *Avere o essere?*, Oscar Mondadori, Milano, 2013; *id.*, *Fuga dalla libertà*, Oscar Mondadori, Milano, 2013; *id.*, *Psicoanalisi della società contemporanea*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977 (XI ed.).

102 Cit. E. Fromm, *Avere o essere?*, cit., p. 40. L'autore, inoltre, parla di incorporazione proprio per paragonare il consumatore al bambino, in cui il mangiare (o il semplice mettere le cose in bocca) rappresenta la prima forma di impossessamento. Questa, in altre parole, corrisponde alla fase “orale” freudiana.

103 Tale è il carattere tendente al risparmio e alla cura dei propri averi, spesso associato a meticolosità, pignola puntualità e testardaggine.

104 E. Fromm, *Fuga dalla libertà*, cit., p. 112.

sessuale.

Il consumo diviene, pertanto, uno dei meccanismi di fuga dalle proprie insicurezze, e in esso si proiettano le proprie esigenze fondamentali non appagate; in realtà, attraverso la maggior parte dei consumi, si soddisfano bisogni artificiali, creati dalla pubblicità e dai modelli sociali veicolati per la massa¹⁰⁵.

Dunque, secondo quanto detto finora, una comunicazione commerciale efficace deve cercare le leve connesse ai bisogni sottostanti (sub-consci o inconsci) per persuadere il consumatore all'acquisto. Un ruolo importante, in tale attività di ricerca, va riconosciuto, come visto sopra, alle indagini psico-grafiche (cd. "in depth") svolte su campioni di potenziali consumatori.

Conosciute le motivazioni inconsce ed interagendo con esse, la pubblicità aggira le resistenze e i blocchi emozionali, persuadendo al di sotto del livello della coscienza.

Vediamo alcuni esempi di applicazione concreta della teoria psicologica delle pulsioni inconsce all'attività pubblicitaria.

Partiamo da un caso storico, a cui ha partecipato lo stesso E. Dichter, di cui si è detto prima. Per formulare la pubblicità del lancio di un nuovo sapone sul mercato, sono state ricercate le valenze simboliche del prodotto e del suo uso, per cui si è scoperto come la pratica del bagno fosse in realtà strettamente connessa, da un lato alla preparazione per un appuntamento galante, e dall'altro al più generale rapporto con la propria coscienza. La stessa "strategia del desiderio", implicante la stimolazione dei desideri inconsci e la loro direzione verso determinate forme di soddisfacimento, è stata dal teorico applicata a pubblicità relative ad altri prodotti, considerati i risultati positivi in termini di efficacia.

Passiamo ad esempi più attuali.

Una strategia molto diffusa in ambito pubblicitario consiste nel presentare una minaccia futura, attraverso la creazione di un bisogno presente, e facendo leva su pulsioni negative, come l'ansia e la paura.

E' quello che avviene con una certa frequenza per prodotti cosmetici, dimagranti e farmaceutici, in cui spesso la pubblicità punta, abusandone, all'insicurezza, alla frustrazione e al timore dei consumatori.

Ma lo stesso può dirsi per la pubblicità del gioco e della scommessa, incentrata sul senso di frustrazione personale e sul desiderio di possesso, in cui vengono proiettate le proprie debolezze. La stessa, non a caso, fa leva sulla credulità del destinatario e sulla sua dipendenza patologica: presentando la vincita come facilmente raggiungibile, illude il consumatore della possibilità di risolvere i propri problemi attraverso la scommessa. Non può dirsi in alcun modo sufficiente il

105 E. Fromm, *Psicoanalisi della società contemporanea*, cit., p. 134.

messaggio, privo di tono e velocizzato, che avverte, a fine spot, della possibilità di sviluppare una dipendenza patologica dal gioco.

Per non parlare della pubblicità degli alcolici, prodotti particolarmente pericolosi. Lungi dall'avvertire dei possibili effetti nocivi, il messaggio commerciale si basa su una suggestione emotiva tutt'altro che innocua. Presentando il consumo di alcol come mezzo per il raggiungimento del divertimento e di una maggiore capacità di approccio con nuovi partner, esso induce piuttosto a trascurare cautela e moderazione. Non può negarsi il ruolo determinante, nell'opera di persuasione, del lato libidico, narcisistico, e delle insicurezze personali, terreno ideale per la creazione della dipendenza.

Oltre a questi casi più delicati, non va escluso il valore psicologico che possono assumere altri prodotti, tra cui l'automobile: oltre ad essere un oggettivo mezzo di spostamento, essa diventa principalmente “mezzo” per soddisfare il bisogno di affermare il proprio status¹⁰⁶, o la propria aggressività, ad ogni modo legata al narcisismo personale¹⁰⁷. In altre parole, essa diviene una via alternativa alla ricerca di autostima e sicurezza di sé. A dimostrazione di ciò, si pensi alla tendenza alla sua ostentazione presso gli altri, che rende il suo utilizzo una funzione cerimoniale¹⁰⁸. Inoltre, non è un caso che le pubblicità dell'automobile la presentino come strumento di successo sociale, o addirittura come caratterizzata da attrazione sessuale.

A prescindere dai singoli esempi, il tratto comune delle relative pubblicità è lo sfruttamento di talune tendenze inconsce, tra cui la paura e, prima fra tutte, la pulsione sessuale. Quasi ogni pubblicità, infatti, utilizza l'elemento erotico per promuovere i prodotti più disparati, seppur in alcun modo connessi funzionalmente ad esso (dai trucchi al profumo, dall'alcol alla telefonia mobile). Tale fattore assume dei profili di criticità giuridica se si tiene in considerazione anche il fatto che, all'interno del messaggio commerciale, riveste un ruolo marginale, ormai praticamente assente, il contenuto informativo, certamente necessario per garantire una scelta libera e consapevole da parte del consumatore.

Un secondo filone di ricerche spesso sfruttato in ambito pubblicitario è quello della psicologia comportamentale. Parte della psicologia della decisione, essa, come visto sopra, ha trovato un enorme successo nella comunicazione commerciale sin dalla sua nascita, e ancora oggi fornisce numerosi strumenti strategici alla stessa, soprattutto grazie al filone più recente noto come *heuristics and biases*.

106 E. Fromm, *Avere o essere*, cit., p. 87.

107 Un insieme di profili caratteriali legati a diverse automobili era già stato individuato, intorno gli anni '50, da un'inchiesta che aveva coinvolto 352 proprietari di automobili, tenuta da numerosi esperti della *Social Research Inc.* per la “Chicago Tribune”. Dai risultati emergeva che solo per una piccola minoranza, per lo più composta da ceti meno abbienti, l'automobile aveva un valore realmente legato alle caratteristiche tecniche; per la stragrande maggioranza, essa riveste un elevatissimo significato sociale e psicologico, immagine e rappresentazione della personalità. Cfr. V. Packard, *op. cit.*, pp. 50 – 51.

108 D. Trevisani, *op. cit.*, p. 154.

L'assunto della psicologia comportamentale è che le decisioni dell'individuo sono spesso frutto di stimoli esterni, a cui lo stesso, consapevolmente o meno, reagirebbe¹⁰⁹. Nel caso del consumatore, dunque, esso viene considerato come un essere passivo e acritico, un soggetto da condizionare attraverso l'associazione tra bisogno e rinforzo¹¹⁰.

Un'applicazione basilare ma ancora molto comune è la ripetizione incessante del messaggio pubblicitario, la quale vi attribuirebbe maggiore efficacia esaurendo la capacità di resistenza del consumatore.

Ma ancora, nell'ambito della più generale attività di marketing, un ruolo non trascurabile va attribuito all'ambiente commerciale, o cd. "atmospheric". La prassi commerciale più recente, infatti, ha considerato l'importanza che il contesto sensoriale presenta nelle decisioni del consumatore. Attraverso la stimolazione positiva di taluni sensi, si riesce ad alterare il grado di ponderazione e di razionalità del comportamento economico di quest'ultimo. Tra i fattori principali un ruolo centrale va sicuramente attribuito alla musica: diversi esperimenti hanno dimostrato come tanto il suo livello sonoro¹¹¹ quanto la tipologia¹¹² possano spesso influenzare il comportamento dei consumatori. Ma lo stesso può dirsi dei profumi, strategicamente utilizzati nei negozi, o anche al di fuori, per attivare uno stato psicologico particolare in grado di indurre alla maggiore permanenza o, addirittura, a decisioni di un certo tipo¹¹³.

La teoria comportamentale ortodossa, pur diffusamente utilizzata in ambito pubblicitario, inizia tuttavia a mostrarsi, nel corso del tempo, insufficiente nella considerazione delle variabili intervenienti nel processo decisionale.

Le ricerche nel campo della psicologia della decisione, infatti, cominciano a studiare con maggiore precisione le strutture cognitive¹¹⁴, la dinamica selettiva del ricordo, i meccanismi attentivi e, più in generale, tutti quei fattori che inducono il consumatore a percepire il prodotto, o la sua presentazione, in modo distorto, alterando la razionalità della sua scelta.

Su tale scia, prende avvio negli ultimi trent'anni il filone di ricerca noto come *Euristics and Biases*,

109 La versione russa della teoria comportamentale, nata negli States, è rappresentata dalla *riflessiologia*, teoria di Ivan Pavlov basata su esperimenti applicati ai cani. Essa ha studiato lo "stimolo condizionato", associando ad un input di per sé neutro una conseguenza positiva. Applicandolo alla pubblicità, occorrerebbe associare il prodotto ad uno stimolo, la cui intensità è di centrale importanza.

110 M. Ferraresi, *op. cit.*, p. 201 ss.

111 Il volume alto della musica spesso determina una sorta di sovrattivazione fisiologica e psicologica. Cfr. N. Guéguen, H. Le Guellec e C. Jacob (2004), *Sound level of background music and consumer behavior: An empirical evaluation*, in *Perceptual and Motor Skills*, 99, pp. 34 – 38.

112 Cfr. A. C. North, A. Shilcock e D. J. Hargreaves, *The effect of musical style on restaurant consumers' spending*, in *Environment and Behavior*, 35 (5), pp. 712 – 718.

113 Tra gli esperimenti, cfr. N. Gueguen e C. Petr (2006), *Odor and consumer behavior in a restaurant*, in *International Journal of Hospitality Management*, 25, pp. 208 - 212; N. Gueguen e C. Jacob (2011), *Congruence d'une odeur culinaire et orientation du choix du consommateur: une évaluation en situation naturelle*, in *Psychologie du consommateur*, Dunod, Paris.

114 Si parla anche di *psicologia cognitiva*, come quel filone che si occupa di analizzare il modo in cui gli stimoli esterni vengono elaborati, memorizzati e percepiti dall'individuo, e dunque il ruolo determinante del processo cognitivo soggettivo.

il quale ha evidenziato il ruolo che diverse anomalie cognitive assumono nel processo decisionale¹¹⁵. Dunque, come dimostrato da numerose ricerche anche sperimentali, la scelta avviene spesso in modo “euristico”, poco coinvolto e quasi automatico¹¹⁶. Per questo motivo, il decisore spesso incappa in “biases”, cioè in errori cognitivi sistematici, che non gli permettono di percepire con adeguata attenzione le variabili della decisione, o le sue conseguenze.

I risultati ottenuti in tale ambito, progressivamente affinati e corroborati dalle numerose conferme empiriche, hanno iniziato ad essere applicati diffusamente nel *marketing*. Tra i contesti in cui, infatti, si manifestano maggiormente errori cognitivi, vi è certamente quello del consumo, come ormai evidenziato da diversi studiosi¹¹⁷.

Sembra ormai evidente che coloro che si occupano della formulazione e della presentazione del messaggio pubblicitario, oltre che degli altri elementi di *marketing* (es. il *packaging*), sfruttino nel modo più efficace possibile le tendenze non razionali del consumatore, per manipolarne la percezione, il comportamento e le preferenze.

In particolare, le pratiche commerciali sembrano strumentalizzare taluni *biases*, studiati dalla letteratura psicologica, per indurre il consumatore a decisioni tutt'altro che consapevoli. Vediamone qualcuno.

Uno dei principali è certamente il “priming” semantico, per il quale le informazioni e le stimolazioni iniziali (anche visive e sonore, dunque anche *atmospheric*) influenzano cognitivamente la percezione delle informazioni successive, nonché i comportamenti conseguenti. Il consumatore, pur rimanendo inconsapevole dell'influenza, agirebbe dunque condizionato dalla preparazione cognitiva¹¹⁸. Tra gli esempi, si pensi all'utilizzo, da parte di una pubblicità relative a prodotti potenzialmente nocivi, di parole che richiamano la spensieratezza e la disattenzione, in questo modo predisponendo il destinatario a non percepire adeguatamente eventuali successive contro-informazioni sugli effetti dannosi.

115 I fondatori di questo ambito di ricerca sono certamente A. Tversky e D. Kahneman, ai quali si deve certamente l'identificazione e l'analisi delle varie anomalie cognitive. Tra i vari scritti, seppur più risalenti, cfr.: A. Tversky e D. Kahneman (1974), *Judgement under uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, New Series, Vol. 185, no. 4157, pp. 1124 - 1131; *id.* (1979) *Prospect Theory: an analysis of Decision under risk*, in *Econometrica* 47, pp. 263 - 291; A. Tversky (1997), *Rational Theory and constructive choice*, in *The Rational Foundation of Economic Behaviour*, pp. 185 - 197; Con un approccio divulgativo, più di recente, vedi anche D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, cit.

116 Si stima che circa i 2/3 degli acquisti non siano pianificati, cfr. M. R. Solomon (1999), *Consumer Behaviour: Buying, Having & Being*, Person, p. 317.

117 Per approfondimenti sul tema, si consigliano: J.H. Hanson & D. A. Kysar (1999), *Taking behavioralism seriously: the problem of market manipulation*, in *NYU Law Review*, Vol. 74:630, pp. 630 – 749; *id.*, *Taking Behavioralism Seriously: Some evidence of market manipula*, in *Harvard Law Review*, Vol. 112, no. 7, pp. 1420 – 1572. Tra i più recenti, invece, cfr.: S. Frerichs (2011), *False Promises? A sociological Critique oh the Behavioural Turn in Law and Economics*, cit.; L.A. Reisch & M. Zhao (2017), *Behavioural Economics, Consumer Behaviour and Consumer Policy: state of the art*, cit.; D. Trevisani, *Psicologia di marketing e comunicazione*, cit.; J. Trzaskoski (2011), *Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practices Directive*, cit.

118 Cfr. N. Mandel & E. Johnson (2002), *When web pages influence choice: Effects of visual primes on experts and novices*, in *Journal of Consumer Research*, 29 (2), pp. 235 – 245; N. Guéguen, *op. cit.*, pp. 37 - 38; D. Kahneman, *op.cit.*, p. 67 ss.

Tra i *biases* maggiormente considerati nella presentazione di un prodotto, ritroviamo anche il cd. *framing effect*, ovvero la differente percezione di una medesima informazione solo perché diversamente presentata e inquadrata¹¹⁹. Risulta evidente il suo frequente sfruttamento da parte della comunicazione commerciale. Un esempio di questo tipo sarebbe la presentazione di un prodotto alimentare che indichi la percentuale di grassi posseduti (es. 25%), piuttosto che quella dei grassi mancanti (in tal caso 75%)¹²⁰, o più in generale la quantità elevata di rischi assenti rispetto a quella, più bassa, dei rischi effettivamente collegati al prodotto.

Un altro *bias* analizzato dalla ricerca è quello della “disponibilità”, per cui si tende, pigramente, a considerare solo le informazioni più vivide e disponibili, rispetto a cui le altre informazioni, pur rilevanti per una decisione razionale (e ragionevole), vengono sottostimate, se non ignorate¹²¹. Tra gli esempi più comuni, basta rammentare quelle comunicazioni pubblicitarie che evidenziano solo alcune informazioni (le sole che verranno percepite), mentre attribuiscono uno spazio irrilevante ad altre, di fatto nascoste all’attenzione del destinatario.

Altra categoria esaminata dagli studiosi è quella dei cd. “confirmatory biases” (o *status quo biases*), processi cognitivi implicanti una particolare resistenza rispetto al cambiamento di una credenza o concezione mentale iniziale. Tra questi, centrale è il meccanismo dell'*anchoring*, che induce l'agente ad analizzare la convenienza di una decisione affidandosi in modo eccessivo alla prima informazione ricevuta, che condiziona la successiva percezione del valore reale definitivo. Nell'ambito della comunicazione commerciale, un esempio è quello della presentazione di un prezzo iniziale che poi in realtà aumenta per dei costi aggiuntivi, sottostimati dal consumatore. Allo stesso modo può considerarsi l’indicazione di un prezzo possibile del prodotto, più alto rispetto al prezzo reale successivamente rivelato, il quale, seppur alto, verrà percepito diversamente. Più in generale, il professionista potrebbe “ancorare” il consumatore ad informazioni iniziali favorevoli, distogliendolo da successive contro-informazioni.

Questa regola euristica è strettamente connessa ad un altro *bias* di conferma, implicante la sovrastima dei fattori più coerenti con una nostra ipotesi iniziale, e correlativamente la sottostima di quelli in contrasto con essa, con ripercussioni sulla corretta interpretazione delle informazioni. Si pensi al caso in cui, partendo da una concezione del prodotto positiva, tanto in termini tecnici che etici, successivamente si disconosca o si sottovaluti, nonostante l'evidenza di dati posteriori, la probabilità di mal funzionamento del bene o la sussistenza di profili moralmente criticabili nell'operato del produttore (ad. esempio, l'applicazione di condizioni lavorative poco dignitose o di

119 J. D. Hanson & D. A. Kysar, *Taking behavioralism seriously: the problem of market manipulation*, cit., p. 684 ss.

120 J. D. Hanson & D. A. Kysar, *Taking behavioralism seriously: some evidence of market manipulation*, cit., pp. 1451 – 1542.

121 Si parla anche di “effetto alone”, ovvero la tendenza a valutare, positivamente o negativamente, il tutto solo per aver considerato una parte di esso.

politiche anti-ecologiche).

Altro gruppo di dinamiche euristiche è quello basato sulla “self-confidence”, dunque sulla inclinazione a valutare il reale come proiezione di pregi che ci si autoattribuisce. Ad esempio, a causa dell'*overconfidence*, si tende a sopravvalutare le proprie capacità e, di conseguenza, a sottostimare la probabilità di eventi negativi futuri. Si pensi alle conseguenze sulla razionalità decisionale del consumatore, soprattutto in ambiti in cui invece appare particolarmente opportuno soppesare oculatamente vantaggi e svantaggi di una scelta (assicurativo, bancario).

Un possibile abuso della *over-confidence*, in un certo senso legata al narcisismo descritto sopra, è l'utilizzo, da parte della pubblicità video, di personalità dal forte carisma e della grande sicurezza, sia pur in circostanze rischiose (il guidatore dell'automobile sportiva, spericolato ma esperto).

Un ultimo *bias* tipicamente considerato è la *loss aversion*, cioè la tendenza dell'individuo a percepire maggiormente un'avversione alla perdita piuttosto che una propensione al guadagno¹²². Da ciò deriva che il costo di privarsi di un bene posseduto diviene maggiore rispetto a quello che si pagherebbe per acquistarlo (cd. *endowment effect*). Nell'ambito della comunicazione pubblicitaria, ciò potrebbe essere sfruttato evidenziando maggiormente l'assenza di perdite, piuttosto che la presenza di vantaggi, con una percezione possibilmente diversa da parte del consumatore.

In conclusione, al di là dei diversi *biases* evidenziati dalla psicologia della decisione, tale intero filone di ricerca permette di sollecitare l'attenzione sul ruolo centrale dell'emozione e della memoria all'interno del processo decisionale.

Tali due fattori, come vedremo anche quando tratteremo delle neuroscienze, sono fortemente interconnessi.

Si deve notare come la memorizzazione possa anche avvenire ad un basso grado attentivo¹²³, dunque come la pubblicità abbia la “possibilità di influenzare le future decisioni di acquisto, anche quando i soggetti (...) non elaborano l'annuncio con attenzione e (...) non ricordano di aver mai visto l'annuncio”¹²⁴. Una simile capacità condizionante, rimanendo nascosta, appare certamente più pericolosa e subdola, e sollecita ulteriori riflessioni in merito alla necessaria tutela del consumatore. Prima di rivolgere l'attenzione a quest'ultima, occorre, a fini di completezza, trattare brevemente delle più recenti evoluzioni nell'ambito della psicologia del consumo; evoluzioni che chiamano in causa non solo le astratte teorie sulla psiche, ma la concreta fisiologia cerebrale.

122 R. Sunstein (1993), *Endogenous preferences, Environmental law*, 22J, in *Journal of Legal Studies*, Vol. 22, p. 230.

123 H. E. Krugman & E. Hartley (1970), *Passive Learning from Television*, in *Public Opinion Quarterly*, 34, 2, pp. 184 – 190; H. E. Krugman (1970), *Memory without Recall, Exposure without Perception*, in *Journal of Advertising Research*, 17, 4, pp. 7 – 12. In forma riassuntiva, vedi anche M. Ferraresi, *op. cit.*, pp. 215 – 217.

124 Cit., S. Shapiro, D. J. MacInnis & L. E. Heckler, (1997), *The effect of incidental ad exposure on the formation of consideration set*, in *Journal of Consumer Research*, 24, p. 102.

2.3 Il neuromarketing e la “fisiologia del consumo”

“Nella sua *essenza*, per me, l'emozione è l'insieme dei cambiamenti dello stato corporeo che sono indotti in miriadi di organi dai terminali delle cellule nervose, sotto il controllo di un apposito sistema del cervello che risponde al contenuto dei pensieri relativi a una particolare entità o evento”

(A. Damasio)

Il progresso scientifico e tecnologico degli ultimi anni ha permesso agli esperti della pubblicità di far ricorso a strumenti sofisticati per la misurazione della sua efficacia persuasiva. Il principale interlocutore del *marketing* è rappresentato, in tal senso, dalle neuroscienze¹²⁵.

Attraverso queste ultime si è studiata, infatti, la stretta connessione tra emozione e razionalità decisionale¹²⁶. In particolare, si è verificato come il cervello sia suddivisibile in differenti parti che, seppur certamente interconnesse, sono deputate a funzioni differenti, o quanto meno si attivano con intensità differente a seconda dell'attività psico-emotiva coinvolta. In termini molto generali, se nelle attività logico-razionali, che richiedono una certa attenzione, sono coinvolte maggiormente le regioni prefrontali della corteccia¹²⁷, in quelle più emotive e istintuali si registra una maggiore attivazione del sistema limbico (ipotalamo, ippocampo, amigdala, midollo allungato)¹²⁸, e di quello rettiliano o antico¹²⁹.

Le risposte comportamentali nate da queste ultime strutture cerebrali rimangono molto spesso nascoste alla coscienza dell'individuo, a differenza di quelle più impegnative derivanti dalla corteccia in situazioni complesse. Si tratterebbe, dunque, di reazioni adattive di tipo emotivo

125 Per approfondimenti sul tema, tra i tanti, vedi: A. Damasio, *L'errore di Cartesio*, Adelphi, Milano, 2016 (IX ediz.); M. Ferraresi, *Pubblicità: teorie e tecniche*, cit., pp. 218 - 223; J. Le Doux, *Il cervello emotivo. Alle origini delle emozioni*, Baldini & Castoldi, Milano, 2014; V. Russo, *Neuromarketing, comunicazione e comportamenti di consumo*, Franco Angeli, Milano, 2015.

126 Seppur in molti casi l'emozione pregiudichi la razionalità della scelta, la sua riduzione o l'alterazione del sistema cerebrale emotivo può risultare altrettanto svantaggioso in termini di ragionevolezza comportamentale. Una corretta emozione (ad esempio la paura di un pericolo, anche economico) è strumentale ad una scelta razionale. Cfr. A. Damasio, *op. cit.*, p. 100.

127 Il cervello corticale è principalmente destinato alle attività più razionali, come la logica, la memoria, il linguaggio, il ragionamento induttivo o la concezione di giusto o sbagliato.

128 Oltre all'emotività e al comportamento immediato, tale sistema è anche deputato all'olfatto. Capita spesso, infatti, che un odore determini un'emozione pur rimanendo ancora sommerso il ricordo cui è connessa. Non manca, chiaramente, una strumentalizzazione da parte del *marketing* (cd. olfattivo – sensoriale) di questa valenza emotiva degli odori.

129 Compreso nel diencefalo, mesencefalo e in parte del telencefalo, questa parte del cervello è la più antica, e si attiva automaticamente per i riflessi, gli impulsi ed altri stimoli irrefrenabili di ordine elementare legati alla sopravvivenza.

inconsapevoli.

A seguito di tali scoperte si sviluppa il *neuromarketing*, il quale può essere definito come quel “nuovo campo di studio, nato dalla convergenza delle teorie di marketing, delle scoperte neuroscientifiche sul funzionamento del cervello, dell'economia comportamentale, della psicologia dei consumi e della comunicazione, nonché dello sviluppo di sofisticate tecnologie di analisi di indici psicofisiologici e neurologici”¹³⁰.

Tale filone di ricerca, attraverso lo studio delle attività biologiche del cervello, analizza i tre fattori ritenuti determinanti nel processo di consumo: il coinvolgimento emotivo (tipo, intensità e orientamento sull'azione), la focalizzazione attentiva (condizionata dalle aspettative e dall'ambiente) e la memorizzazione (in entrata e in uscita)¹³¹.

Mediante l'utilizzo di macchine tecnologicamente avanzate, i ricercatori sono in grado misurare le più piccole alterazioni psico-fisiologiche e neurologiche che si manifestano durante la visualizzazione di uno spot o di un *brand*: ciascuna di queste, essendo direttamente collegata all'attivazione emotiva, viene considerata come sintomo di coinvolgimento e di efficacia pubblicitaria.

Tra i vari strumenti utilizzati, un ruolo di primo piano va riconosciuto all'elettroencefalogramma, in grado di misurare e localizzare l'attività elettrica del cervello e l'impegno cognitivo¹³², al *face reader*, per il riconoscimento di emozioni espresse attraverso microespressioni facciali automatiche, e all'*eye tracker*, che permette di verificare il percorso degli occhi durante ogni stimolo visivo (quindi i punti più guardati), la dilatazione pupillare e il *blinking*, connessi con l'attenzione.

Tale è ormai la precisione di questo armamentario tecnico¹³³, che non solo si è in grado di verificare l'attivazione emotiva, ma si giunge ad analizzare l'intensità, la motivazione dell'emozione e la piacevolezza dell'esperienza.

Appaiono evidenti i vantaggi, in termini di efficacia della comunicazione commerciale, che possono derivare dalla precisa misurazione delle reazioni alle stimolazioni pubblicitarie e dei processi, anche inconsapevoli, sottostanti alle scelte di consumo. Simili test permettono, infatti, di verificare in laboratorio gli effetti emotivi di ogni singolo fotogramma (o altro elemento) del messaggio pubblicitario, e le varie attività neuronali coinvolte, così da strutturarli nella forma che più stimoli

130 Cit. V. Russo, *op. cit.*, p. 9

131 Ricordiamo anche qui che l'elaborazione degli stimoli, seppur non coscientemente, può essere in ogni caso registrata ed influenzare le future decisioni del consumatore. Cfr., in tal senso, anche J. Le Doux, *op. cit.*, 2014, p. 40.

132 L'analisi dell'efficacia pubblicitaria spesso si concentra sulla frequenza dell'oscillazione neuronale delle onde “alpha”, che indicano stati rilassati del cervello e, dunque, l'attenzione e la memorizzazione di un messaggio commerciale.

133 Ma ancora, si fa ricorso ad altri strumenti altrettanto sofisticati, che permettono di misurare la respirazione, il battito cardiaco, la conduttanza cutanea o addirittura le immagini del cervello attraverso la risonanza magnetica computerizzata.

la parte bassa del cervello, appunto deputata alle pulsioni.

La maggior parte delle pubblicità, come ormai evidente, tende esclusivamente ad emozionare, attribuendo all'aspetto informativo un ruolo marginale, o persino nullo. Talune, infatti, totalmente prive di senso, non sono altro che uno strumento volto a fornire al consumatore stimoli dalla netta connotazione emotiva, associati al *brand* senza alcuna spiegazione circa le caratteristiche del prodotto.

Ma ancora, si pensi all'efficacia di taluni strumenti, come l'*eye tracking*, nella strutturazione del messaggio pubblicitario, o anche della semplice etichetta¹³⁴, in modo da verificare gli aspetti principalmente guardati dal consumatore, e così da evitare che la sua attenzione si rivolga alle controinformazioni.

Attraverso il *neuromarketing*, dunque, l'attività pubblicitaria ha assunto dei connotati ancor più complessi e sottili, certamente rilevanti nella valutazione del rispetto della libertà del consumatore.

Per concludere, l'analisi delle diverse teorie e tecniche psicologiche sistematicamente applicate alla pubblicità ha permesso di evidenziare tutti quei fattori che possono subdolamente condizionare la scelta di consumo. Solo in questo modo, svelate le caratteristiche meno superficiali della pratica pubblicitaria, si potrà orientare il giurista verso una più consapevole considerazione della portata del fenomeno, e, dunque, verso una interpretazione più articolata delle disposizioni sull'ingannevolezza e sull'aggressività delle pratiche commerciali.

Una concezione giuridica della libertà che non tenga conto delle forme di condizionamento psico-emotivo, sub-cosciente, del comportamento del consumatore, è una concezione che non tiene realmente conto della stessa libertà.

Eppure, quest'ultima rappresenta il valore centrale dell'intero *corpus* normativo a tutela del consumatore, che ora andremo a trattare.

134 Tra le varie aziende che l'utilizzano vi sono Microsoft e Google, le quali fanno ricorso allo strumento per analizzare l'efficacia delle pubblicità su internet e del *packaging* dei prodotti. Cfr. V. Russo, *op. cit.*, p. 135.

Capitolo III

Il diritto dei consumatori: dalla *ratio* della disciplina al valore della libertà consumeristica in materia di pratiche commerciali scorrette

3.1 Nascita e *ratio* della disciplina a tutela del consumatore

“Il consumo è il solo fine e scopo di ogni produzione, e non ci si dovrebbe mai prender cura dell'interesse del produttore, se non in quanto ciò possa tornare necessario per promuovere quello del consumatore. La massima è così perfettamente evidente di per se stessa che sarebbe assurdo tentare di dimostrarla”

(A. Smith)

La tutela del consumatore, oggi principio generale del diritto comunitario e materia affidata alla competenza concorrente dell'Unione Europea e degli Stati (art. 4, par. 2, lett. *f* T.F.U.E.), è il frutto di un travagliato percorso giuridico che, lungi dall'essersi concluso, sembra ancora percepire le esigenze di un continuo rinnovamento¹³⁵.

La necessità di una tutela del destinatario delle attività commerciali¹³⁶ inizia ad essere avvertita intorno alla fine del secolo scorso, quando ormai diversi anni di esperienza mercantile avevano chiaramente dimostrato l'asimmetria, non solo informativa, caratterizzante il rapporto tra il professionista e il cliente.

Nonostante le eccezionali occasioni in cui tale squilibrio di potere sembra potersi ridurre (si pensi ad un consumatore esperto, o ad un professionista poco preparato), non può negarsi che la stragrande maggioranza dei casi ha evidenziato, e continua ad evidenziare, il manifestarsi di una

135 In questo paragrafo si darà una più generale descrizione dell'evoluzione normativa della disciplina consumeristica, mentre l'analisi della disciplina pubblicitaria, oggi rientrando principalmente in quella delle più generali pratiche commerciali scorrette, verrà sviluppata in un paragrafo apposito.

136 Per una panoramica sulla tutela del consumatore, cfr.: G. Alpa, *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, in *Nuov. Giur. Civ. Comment.*, 2009, pt. II, fasc. 6, p. 241 ss; G. Alpa e A. Catricalà, *Diritto dei consumatori*, Il Mulino, Bologna, 2016; G. Alpa e G. Conte (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, Giuffrè Editore, Milano, 2015; V. Meli, Voce “pubblicità ingannevole”, in *Enc. Giurid. Treccani*, vol. XXIX, 2006, p. 1 ss.; L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010; E. Piro, *Tutela del consumatore e terzo contratto*, monografia in *Dir. E Giur. Commentata*, DIKE Giuridica, Roma, 2013; L. Rossi Carleo, *Diritto comunitario, «legislazione speciale» e «codici di settore»*, in *Riv. Not.*, 2009, p. 13 ss.

certa debolezza, contrattuale e non, del consumatore.

La tutela della sua libertà, insieme alla correttezza delle relazioni commerciali, hanno così fondato, oltre che giustificato, un intero sistema normativo la cui ampia ed articolata fisio-nomia impone al giurista non solo una sua analisi accurata, bensì addirittura una rivisitazione delle tradizionali categorie codicistiche.

Vi è chi¹³⁷, sinteticamente, parla del passaggio da un diritto “mimetico” rispetto alle regole del mercato, quello tipicamente liberale del codice civile, a un diritto “ortopedico” degli anni '70, che inizia a conformare le regole contrattuali agli obiettivi dell'economia sociale di mercato, a, infine, un diritto “omeopatico”, che aggiunge, ad un intervento a tutela del contraente debole, l'obiettivo del miglior funzionamento del mercato. In quest'ultima fase, che corrisponde a quella attuale, la tutela del contraente debole si affianca, quale valore centrale del sistema normativo europeo e nazionale, alla salvaguardia dell'efficienza e correttezza del mercato, rispetto alla quale può divenire strumentale.

La posizione giuridica dell'impresa si carica, di conseguenza, di una serie di oneri, progressivamente ampliati e compendiabili nell'espressione “responsabilità d'impresa”¹³⁸.

Si assiste, dunque, ad un progressivo intervento dello Stato e delle istituzioni europee nell'economia al fine, da un lato, di eliminare, o quanto meno comprimere, i fallimenti di mercato e le scorrettezze anticoncorrenziali, e, dall'altro, di proteggere quelle categorie di soggetti che più risentono del libero gioco economico¹³⁹.

Il percorso giuridico sembra caratterizzarsi per lo sviluppo di due direttrici: una quantitativa, relativa agli ambiti ed alle attività considerate via via dal legislatore per la tutela del consumatore; una qualitativa, attinente piuttosto all'intensità della protezione ad esso riconosciuta.

Mentre inizialmente la normativa europea considerava la posizione del consumatore solo di riflesso rispetto alle disposizioni a tutela della concorrenza, unico valore del diritto comunitario¹⁴⁰, a partire dagli anni '70 (e in alcuni Paesi anche prima) si avverte un primo fermento, sia in ambito accademico che legislativo, legato alla maggiore consapevolezza dell'esigenza di una tutela consumeristica.

In particolare, l'attenzione legislativa inizia a rivolgersi progressivamente verso il bene della libertà del consumatore, rispetto a cui il diritto all'informazione pare assumere una funzione strumentale¹⁴¹.

137 L. Nivarra, *op. cit.*, pp. 22 – 37.

138 Cfr., in tal senso, G. Alpa e G. Conte, *op. cit.*, p. 3 ss.

139 Per approfondimenti sull'evoluzione del rapporto tra diritto ed economia di mercato, vedi L. Nivarra, *op. cit.*

140 Rispettivamente agli artt. 85 e 86 del Trattato sulla Comunità Europea.

141 In tal senso, un primo richiamo normativo al tema è il “Programma preliminare della CEE per una politica di tutela ed informazione dei consumatori”, emanato nel 1975 tramite risoluzione del Consiglio. A questo seguono, nell'ottica di una crescente protezione, due altri programmi nel 1982 e nel 1985.

Ciò è confermato, nel percorso verso una tutela elevata del consumatore, dal riconoscimento, nei Trattati di Maastricht del 1992 e di Amsterdam del 1997, di un'importanza centrale anche all'educazione dei consumatori. In altre parole, il potere di fatto sul controllo delle informazioni da parte dei professionisti, diviene il presupposto per l'attribuzione di un loro preciso dovere giuridico¹⁴².

Tale tendenza normativa è successivamente confermata dalla Direttiva n. 29 del 2005 sulle pratiche commerciali scorrette che, non solo conferma la centralità della libertà consumeristica quale valore normativo europeo, bensì estende la tutela anche contro comportamenti commerciali prima non considerati, ove in grado di pregiudicare la libertà consumeristica.

Se prima, infatti, la protezione era rivolta esclusivamente contro pratiche antitrust, pubblicità ingannevoli e particolari forme di contratti, tale intervento normativo estende il giudizio alle più varie attività poste in essere dal professionista anche in fasi antecedenti e diverse, seppur ad essa connesse, da quella più propriamente contrattuale, grazie all'ampia definizione di pratica commerciale, come vedremo nel prosieguo, contenuta nell'art. 3 della Direttiva (e nell'art. 18 del Cod. Cons.).

Frutto di un travagliato percorso normativo, il principio della tutela del consumatore, insieme alla tutela del mercato¹⁴³, può oggi considerarsi un principio generale sia comunitario che nazionale, rientrando tra le politiche fondamentali sia dell'Unione Europea che degli Stati membri.

Esso è diventato un parametro non solo per l'applicazione della disciplina consumeristica, ma anche per l'interpretazione della disciplina anticoncorrenziale, con cui è strettamente legato. Infatti, da un lato all'Autorità Antitrust (A.G.C.M.) sono stati progressivamente riconosciuti, come vedremo più avanti, rilevanti poteri a tutela del consumatore, dall'altro quest'ultima è diventata uno dei criteri (art. 4 L. 287/90) che la stessa Autorità (nonché il giudice nazionale) deve tenere in considerazione per valutare l'anticoncorrenzialità di un comportamento imprenditoriale, rispetto a cui, secondo il sistema vigente (art. 33 comma 2 della stessa legge), un consumatore leso può agire per il risarcimento del danno¹⁴⁴, attraverso il cd. "private enforcement".

A conferma della centralità normativa assunta, in ambito europeo, dal principio della tutela elevata del consumatore e della sua consapevolezza, oggi esso trova conferma nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea il quale prevede, all'art. 12, che «*nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze*

142 Cfr. A. G. Cianci, *Comunicazione pubblicitaria e contratti del consumatore. Dal motivo allo status relazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2013.

143 La saldatura degli obiettivi non solo è espressamente prevista dai trattati europei, ma è stata confermata dalla giurisprudenza della Corte dell'UE: tra le tante, vedi Cort. Giust. UE, *Cassis de Dijon* del 20 febbraio 1979, C-120/78.

144 Più volte la dottrina ha avuto modo di sottolineare, a ragione, le difficoltà nell'adempimento dell'onere probatorio del consumatore leso, in relazione al rapporto di causalità tra comportamento antitrust e danno subito. Cfr., ad esempio, G. Alpa e A. Catricalà, *op. cit.*, p. 58.

inerenti alla protezione dei consumatori», e all'art. 169 che «al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi».

Anche la Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), che ha lo stesso valore giuridico dei trattati, prevede all'art. 38 che *«nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori»*, con ciò dimostrando anche il carattere di diritto fondamentale della protezione consumeristica.

In ambito nazionale, la protezione del consumatore è principalmente rintracciabile nel Codice del Consumo (D.Lgs. 206/05). Inoltre, secondo un'interpretazione sistematica, essa può collegarsi alle disposizioni costituzionali a tutela della persona e, in particolare, agli articoli 2 e 41 comma 2 della Costituzione¹⁴⁵. Questa, condizionata dalle impronte socialiste e cattoliche, tutela infatti l'individuo anche in quanto parte di formazioni sociali, gruppi intermedi tra il singolo individuo e lo Stato. Tra essi, pur mancando una espressa previsione costituzionale, non può negarsi l'esistenza dei consumatori e del consumatore “medio” come membro di tale gruppo. A conferma di ciò, il contenuto dell'art. 41, comma 2, della Costituzione sembra delineare una gerarchia di valori che subordina l'attività commerciale alla libertà individuale.

Il Codice del Consumo, in cui si è operato il riassetto normativo della materia, rappresenta la principale fonte nazionale per la tutela del consumatore, che è espressamente indicata quale obiettivo all'art. 1 del D. Lgs. n. 206/05, il quale richiama anche l'art. 169 T.F.U.E.

L'articolo 2 del Codice, dal canto suo, indica i diritti “fondamentali” riconosciuti al consumatore, con un elenco più ricco rispetto alla disposizione europea, inserendovi inoltre “il diritto a una adeguata informazione e a una corretta pubblicità” (lett. *c*), all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà (lett. *c-bis*), nonché alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali (lett. *e*). Vi è chi ha dedotto, dalla qualifica normativa come “fondamentali”, la natura costituzionale dei diritti elencati, i quali si porrebbero in evidente tensione con la libertà d'impresa riconosciuta dall'art. 41 della Costituzione¹⁴⁶.

I diritti riconosciuti, inoltre, sono irrinunciabili, come previsto dall'art. 143 Cod. Cons. che, quindi, rende imperative le disposizioni codicistiche.

Il Codice presenta diverse parti, ciascuna delle quali abbraccia materie più o meno connesse

145 L'art. 2 prevede che *«la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»*; L'art. 41, comma 2, invece, dopo aver dichiarato libera l'iniziativa economica privata, dispone che essa *«non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»*.

146 A. G. Cianci, *op. cit.*, p. 3.

(contratti a distanza e fuori dai locali commerciali, clausole vessatorie, prodotti difettosi, etc.).

Tra esse, l'attenzione si concentrerà sulla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, prevista dagli artt. 18 e seguenti, in attuazione della Direttiva 05/29. In essa può rintracciarsi più chiaramente l'importanza attribuita alla libertà del consumatore, la quale va intesa come un diritto fondamentale al pari degli altri visti prima.

L'attività pubblicitaria, prima oggetto di una disciplina separata, oggi rientra giuridicamente nell'alveo delle pratiche commerciali, rappresentando per di più la principale pratica commerciale del *marketing*. Essa, dunque, deve essere analizzata secondo le regole e i criteri per le stesse previsti.

3.2 La disciplina delle pratiche commerciali scorrette

“(...) nel mercato operano anche i consumatori, non come *domini* della situazione, ma neppure come *subiecti*. Se il mercato è il luogo ideale di conflitto e di incontro dei diversi interessi in gioco, anche gli interessi dei consumatori (...) debbono avere cittadinanza”

(G. Alpa)

L'attribuzione di una rilevanza giuridica a momenti antecedenti alla conclusione del contratto, già *in nuce*, seppur limitatamente, nella disciplina sugli obblighi informativi durante le trattative in talune tipologie di contratti con il consumatore, trova la sua più completa manifestazione grazie alla Direttiva n. 05/29 sulle pratiche commerciali sleali.

Con questo provvedimento normativo, che attua un'armonizzazione massima della materia¹⁴⁷ (*considerando* nn. 1 e 5), il legislatore europeo ha inteso intervenire sull'attività imprenditoriale più a monte rispetto alla fase propriamente contrattuale.

Consapevole del fatto che la sofisticazione delle tecniche di *marketing* e di comunicazione permette di condizionare la volontà del consumatore ben prima della conclusione di un accordo, e che quindi

¹⁴⁷ Tale intervento normativo è stato reso necessario, altresì, dalle difficoltà derivanti dalle differenze tra le discipline nazionali in materia, a fronte di un mercato che invece mira ad essere “unico”, come evidenziato dal *considerando* n. 3 della direttiva.

il *virus* della scorrettezza può annidarsi in momenti embrionali rispetto a quello contrattuale, il legislatore ha ritenuto necessario regolare l'attività commerciale vietando ogni forma di prevaricazione, più o meno evidente, sui destinatari della stessa¹⁴⁸.

La tutela si sposta, come giustamente evidenziato, dall'atto all'attività degli attori del mercato, indipendentemente da ogni rapporto contrattuale¹⁴⁹.

L'obiettivo, dunque, è quello di creare una disciplina che regoli i rapporti tra professionista e consumatore a partire dal primo contatto commerciale, equilibrando razionalità del mercato e tutela elevata del contraente debole¹⁵⁰. Ciò risulta evidente dall'art. 1 della direttiva, secondo il quale «*la presente direttiva intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori mediante l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori*».

I due principali beni giuridici sono, dunque, la correttezza del mercato ed un elevato livello di tutela del consumatore¹⁵¹: essi, nell'ottica del legislatore, devono ritenersi complementari e strumentali l'uno rispetto all'altro.

Per quanto riguarda il secondo bene giuridico, questo si traduce, come ormai ampiamente confermato dalla dottrina, nella tutela della piena libertà del consumatore nelle scelte di consumo (dunque anche di quella negativa di non consumo): nonostante il riferimento al termine libertà sia contenuto esclusivamente nella disposizione sulle pratiche aggressive (art. 8 Dir.), la sua configurazione come valore fondamentale dell'intero sistema consumeristico può ricostruirsi sia

148 Sulla idoneità di tale regolazione a tutelare adeguatamente la libertà del consumatore contro forme di persuasione e condizionamento psico-emotivo, oggi prevalenti nel *marketing*, discuteremo più avanti. In questa parte della trattazione ci occuperemo esclusivamente di presentare la disciplina delle pratiche commerciali e la sua struttura concettuale. Va comunque precisato che la scelta, operata dal legislatore europeo, dell'armonizzazione massima può tradursi anche in una limitazione della protezione consumeristica, non potendo gli Stati diversificare la propria disciplina neanche in termini di *favor consumatoris*.

149 Cfr. in tal senso: M. Dona, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, Torino, 2008, p. 4, nota 17; L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e Diritto privato*, 2010, p. 699 ss; A. P. Seminara, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, in *I Contratti*, 2018, 6, pp. 689 – 702; D. Valentino, *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 5, p. 1157 ss.

150 Per approfondimenti sul tema, vedi: G. Alpa e A. Catricalà, *Diritto dei consumatori*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 195 ss.; G. Alpa e G. Conte (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, cit., pp. 253 – 319; C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. e Contr.*, 2010, 6, p.408 ss.; G. De Cristofaro, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 143 ss.; M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. E impr.*, 2009, 1, p. 73 ss.; A. Nobile, *Le tutele civilistiche avverso le pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. Impr. Europa*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2014, pp. 180-199; R. Pennisi, *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, in *Giur. Comm.*, fasc. 5, 2012, p. 653; C. Willett (2010), *Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive*, in *Journal of Consumer Policy*, 33, 247–273.

151 Vi è da dire che, su impulso della stessa Dir. 05/29 (considerando 18) e del Libro Verde sull'*acquis* nella disciplina del consumatore del 2007, il legislatore italiano, attraverso il D.L. n. 1/2012, convertito in L. 27/2012, ha esteso l'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette anche alla tutela delle “micro-imprese”, la cui definizione è ora contenuta nella lettera *d-bis* dell'art. 18 Cod. Cons.

attraverso un'interpretazione logico-sistematica dei divieti ivi previsti, sia guardando ai *considerando* della Direttiva 05/29. In particolare, il *considerando* n. 7, dopo aver escluso dall'ambito di applicazione della direttiva le questioni relative al buon gusto di una pratica in quanto strettamente legate alla cultura nazionale, aggiunge che, ad ogni modo, «*gli Stati membri dovrebbero di conseguenza poter continuare a vietare le pratiche commerciali nei loro territori per ragioni di buon gusto e decenza conformemente alle normative comunitarie, anche se tali pratiche non limitano la libertà di scelta dei consumatori*». Una simile espressione sembra implicare, di conseguenza, la centralità della libertà del consumatore per la stessa applicazione delle disposizioni sulle pratiche commerciali sleali. Esse, d'altronde, fanno costante riferimento all'induzione ad una scelta che il consumatore “altrimenti non avrebbe preso”, sostanzialmente stigmatizzando l'alterazione del suo libero percorso decisionale.

L'importanza della libertà consumeristica è, altresì, confermata dal *considerando* n. 14 della Direttiva, il quale prevede che “*è auspicabile che nella definizione di pratiche commerciali ingannevoli rientrino quelle pratiche, tra cui la pubblicità ingannevole, che inducendo in errore il consumatore gli impediscono di scegliere in modo consapevole e, di conseguenza, efficiente*”. La consapevolezza della propria scelta, come si avrà modo di argomentare nel prosieguo, è un correlato imprescindibile della libertà, come il legislatore sembra voler suggerire.

Non pare potersi condividere l'opinione¹⁵² secondo cui ad essere tutelata è la convenienza economica della scelta: il riferimento all'efficienza, di cui alla previsione suddetta, non ha in alcun modo identificato la “consapevolezza” con la “convenienza economica”, ma parte semplicemente dall'assunto che ad una decisione consapevole dovrebbe, ragionevolmente, conseguire un vantaggio, in termini anche economici, per il consumatore. Come vedremo meglio successivamente, una lettura sistematica della normativa suggerisce, con evidenza, che il legislatore ha attribuito importanza, accanto alla correttezza del mercato, solo alla libertà del consumatore come valore in sé, a prescindere da qualsiasi valutazione sull'opportunità economica della scelta¹⁵³. Basti considerare, in tal senso, la definizione di “falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore” (art. 2, lett. *e*), in cui il riferimento all'efficienza della decisione scompare.

Quanto alla prassi nazionale, la configurazione della libertà del consumatore come valore tutelato è stata confermata anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato¹⁵⁴.

Va sin da ora precisata l'importanza che, nella protezione dell'autodeterminazione consumeristica,

152 M. Bertani, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, p. 14.

153 Lo stesso Bertani, consapevole della centralità della libertà nella normativa europea, si spinge ad affermare che ad essere tutelata è la “libertà di scegliere secondo la propria convenienza”, e financo a dire che “l'insufficienza di consapevolezza equivale ad inefficienza”. Una tale interpretazione appare un po' forzata, non essendovi alcuna equivalenza tra efficienza e consapevolezza: si può essere, infatti, consapevoli di fare una scelta inefficiente e, viceversa, inconsapevoli di prendere una decisione efficiente.

154 Cons. St., Sez. VI, 24 marzo 2011, n. 1813.

assume il diritto ad un'informazione adeguata (art. 2, lett. c, Cod. Cons.), strumentale alla libera formazione della decisione economica.

Dunque, la correttezza del mercato e la libertà del consumatore sono i beni giuridici tutelati dalla disciplina, e vanno considerati reciprocamente strumentali: la regolazione delle attività commerciali secondo correttezza e buona fede mira, infatti, a garantire che le stesse non pregiudichino la consapevolezza e libertà del consumatore nelle sue decisioni economiche, e che queste siano frutto di un comportamento razionalmente deliberato; viceversa, la tutela della libertà dei consumatori diviene strumentale al miglior funzionamento del mercato e alla sua regolarità, evitando che scorrettezze commerciali possano arrecare un ingiusto vantaggio ai professionisti coinvolti nel gioco della concorrenza.

La sua attuazione è avvenuta attraverso tre decreti legislativi: il D. Lgs. n. 145 del 2007, con cui si è modificata la disciplina della pubblicità ingannevole e scorretta comparativa, a tutela dei professionisti concorrenti, già contenuta nel D. Lgs. n. 74 del 1992 (sulla pubblicità ingannevole), confluito nel Codice del Consumo; il D. Lgs. n. 146 del 2007, di maggior rilievo, che ha introdotto nel Codice del Consumo (art. 18 ss.) l'intera disciplina delle pratiche commerciali scorrette a tutela del consumatore; il D. Lgs. 221 del 2007, con cui, infine, sono state introdotte ulteriori particolari modifiche, ad esempio in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (art. 67-*bis* ss. Cod. Cons.).

In sostanza, l'attuazione della direttiva europea in materia di pratiche commerciali scorrette ha preso la forma di un sistema binario¹⁵⁵, a tutela dei consumatori da un lato, e a tutela dei professionisti dall'altro.

Dunque, a fianco del decreto n. 145/2007 che si occupa dei rapporti tra professionisti in materia di pubblicità, la disciplina delle pratiche commerciali sleali di cui alla direttiva trova la sua piena attuazione nel Codice del Consumo agli articoli 18 e seguenti: a parte l'utilizzo nazionale del diverso termine "scorrette"¹⁵⁶, piuttosto che dell'europeo "sleali", non sembra potersi intravedere una sostanziale diversificazione della disciplina rispetto a quella europea.

La struttura del *corpus* normativo assume una forma piramidale¹⁵⁷, in cui al vertice vi è una disposizione di carattere generale che vieta le pratiche commerciali scorrette, mentre, scendendo verso la base, troviamo le due principali categorie di pratiche commerciali, ingannevoli ed

155 La dottrina ha segnalato la mancanza di organicità della disciplina italiana e i problemi di coordinamento tra le normative che possono nascere da tale frammentazione. Si veda, ad esempio, De Cristofaro, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il d. Lgs. n. 146 del 2 agosto 2007*, in *Studium iuris*, 2007, p. 1181 ss.; M. Fusi, *op. cit.*

156 Probabilmente l'utilizzo della parola "scorrette" piuttosto che "sleali" si deve alla presenza, già da tempo, della categoria degli atti di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 del Codice Civile, rispetto a cui non si è voluto creare alcun fraintendimento linguistico.

157 Ciò è stato evidenziato, ad esempio, da M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, *cit.*

aggressive, e, infine, due liste di particolari pratiche (cd. *black lists*), ciascuna per categoria, che devono ritenersi vietate in ogni caso.

Innanzitutto, per avere un'idea chiara del sistema normativo in esame, occorre partire dalle definizioni, le quali suggeriscono anche l'ampia portata delle attività prese in considerazione dal legislatore.

In particolare, qui rileva la definizione di “pratica commerciale tra professionista e consumatore”, prevista dalla lettera *d*) dell'art. 2 della Direttiva (a cui corrisponde la lett. *d*) dell'art. 18 Cod. Cons.), che comprende «*qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori*». La sua ampiezza, confermata dalla giurisprudenza¹⁵⁸, permette di comprendervi ogni comportamento, attivo od omissivo, posto in essere dal professionista, purché sia direttamente legato alla commercializzazione di un prodotto, a partire dalla sua promozione pubblicitaria. In altre parole, ogni “forma di contatto, effettivo o potenziale, collettivo o individuale, tra il professionista e i consumatori”¹⁵⁹, dunque ogni atto di *marketing*.

Definita in tal modo la pratica commerciale, l'art. 20 del Codice del Consumo, analogamente all'art. 5 della Direttiva, dichiara che «*le pratiche commerciali scorrette sono vietate. Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori*».

Questa disposizione rappresenta la clausola generale dell'intera disciplina, il divieto più ampio, rispetto a cui vanno considerate le altre disposizioni in materia di pratiche commerciali. La relazione intercorrente tra queste e la prima è stata diversamente interpretata: lo scrivente aderisce a quella tesi¹⁶⁰ che la configura come norma fondamentale rispetto a cui le altre rappresentano norme particolari di specificazione. L'interpretazione e l'applicazione non devono seguire il criterio escludente di specialità, ma il canone della coerenza sistematica e dell'uniformità ermeneutica. Le disposizioni sono parte di un sistema organico coerente e volto ad uno scopo unitario, cioè la tutela elevata del consumatore rispetto a comportamenti scorretti del professionista; da ciò consegue l'opportunità di un'interpretazione armonica e coerente delle sue disposizioni.

I requisiti, che analizzeremo di seguito, della generale scorrettezza di una pratica sono, dunque, trasversali, e vanno considerati come necessari per ogni categoria di scorrettezza, sia attiva che

158 Cons. St., Sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3896.

159 Così D. Lamanna Di Salvo, *La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici*, in *Giur. Merito*, fasc. 12, 2013, p. 2658B ss.

160 M. Libertini, *op. cit.*, p. 80 ss.

omissiva: se per le *black lists* di pratiche scorrette non è necessario accertarli, è per il semplice fatto che tale accertamento è stato già fatto *ex ante* dal legislatore europeo il quale, dunque, presume nei casi elencati la sussistenza dei requisiti previsti dalla clausola generale.

Gli elementi intorno a cui è costruita la disposizione generale di cui agli artt 20 Cod. Cons e 5 Dir. n. 05/29 sono la contrarietà alla diligenza professionale e la falsità o l'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio.

Per quanto riguarda la “diligenza professionale”, questa è definita dall'art. 2 lett. *h* della Direttiva (analogamente dalla lett. *h* dell'art. 18 Cod. Cons.¹⁶¹), «rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista», come «il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori».

La definizione legislativa assume dei criteri di tipicità sociale desunti dalla prassi del mercato, e in particolare del settore di attività, concentrandosi sugli *standards* di affidabilità che un consumatore può attendersi dal professionista¹⁶². Inoltre, la valutazione della professionalità presuppone anche l'onestà e/o la buona fede dell'imprenditore, la cui portata varia anche a seconda del mercato del prodotto in questione. Mentre l'onestà si riferisce alle *best practices* del settore, la buona fede assume un significato più ampio, come conformità ad un generale dovere di solidarietà verso il cliente.

Dunque, come precisato dall'Autorità Antitrust¹⁶³, nella violazione della “diligenza professionale” rientrano anche le violazioni di regole diverse rispetto alla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, comprese regole che non hanno carattere non normativo nell'ordinamento italiano (come quelle autodisciplinari).

Sembra opportuno ritenere che lo standard di diligenza professionale richiesto aumenti con il crescere dell'asimmetria informativa e della complessità tecnica del prodotto. Esso, in altre, parole, rappresenta un parametro relazionale inversamente proporzionale rispetto al grado di diligenza esigibile dal consumatore medio¹⁶⁴.

Il collegamento tra scorrettezza della pratica e violazione dell'onestà e della buona fede trova conferma anche nella lettera *c-bis* dell'art. 2, comma 2 del Codice, il quale, tra i diritti fondamentali riconosciuti al consumatore, indica anche il “diritto all'esercizio di pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà”.

161 Il legislatore interno ha parzialmente modificato la definizione, sostituendo il riferimento all'onestà con “il rispetto dei principi generali di correttezza e buona fede”, così escludendo, almeno apparentemente, la rilevanza delle consuetudini mercantili del settore.

162 Sono comprese anche le regole di fonte autodisciplinare, tenute in considerazione dall'Autorità nella valutazione della diligenza professionale e richiamate anche dal Codice del Consumo agli artt. 19, 21, 23 e 27-bis.

163 Cfr., ad esempio, A.G.C.M., PB/24, Provv. n. 18739, 7 agosto 2008, in *Boll.* n. 19/2008, nonché PS/9812, Provv. n. 23313, 3 gennaio 2015, in *Boll.* n. 11/2015.

164 M. Bertani, *op. cit.*, p. 59.

Si può affermare che, nelle ipotesi tipiche previste dagli artt. 21 e seguenti, la scorrettezza professionale e la violazione della mala fede siano oggetto di presunzione¹⁶⁵, che diventa assoluta per le pratiche, "in ogni caso" ingannevoli o aggressive, previste dagli articoli 23 e 26.

Per quanto riguarda, invece, il parametro dell'"idoneità a falsare il comportamento economico", esso rende la scorrettezza un illecito di pericolo, che prescinde da una concreta, attuale, lesione¹⁶⁶.

A definirla espressamente è l'art 2 lett. e della Direttiva (come l'art. 18 lett. e del Codice) che la configura come idoneità «*ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso*». Un ruolo non trascurabile per la comprensione del concetto va però riconosciuto anche alla definizione di "indebito condizionamento", di cui alla lettera l delle medesime disposizioni, connessa alle pratiche aggressive, e di cui parleremo più avanti, essendo un elemento centrale per un'interpretazione psicologicamente orientata della scorrettezza commerciale della pubblicità.

La definizione legislativa sembra comprendere ogni forma di alterazione sensibile della consapevolezza del consumatore, e della sua libertà nella "decisione commerciale". Quest'ultima è ampiamente descritta dall'art. 2, lett k della direttiva (art. 18, lett. k del codice), che vi ricomprende ogni «*decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto. Tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla*». La varietà di comportamenti compresi nella definizione permette di considerare vietata ogni pratica commerciale che condizioni la libertà del consumatore con riguardo a ogni scelta di consumo, in relazione all'*an*, al *quomodo* e ai diritti contrattuali successivi all'acquisto¹⁶⁷.

Ancora una volta, l'ampiezza della definizione legislativa tradisce l'intento, coerente con la *ratio* che performa l'intero sistema consumeristico, di garantire un'ampia tutela del consumatore, contro le più svariate forme di pratiche scorrette e in relazione alla più ampia varietà di comportamenti di consumo. Ad essere tutelata è la sua intera posizione nel mercato, la sua condizione individuale rispetto ad ogni attività commerciale che lo possa condizionare per il futuro.

La stessa *ratio* che spinge il legislatore a dare una definizione ampia delle espressioni utilizzate deve incentivare, a parere dello scrivente, un'ampia interpretazione delle stesse, così da farvi

165 Come confermato dal fatto che la Corte di Giustizia UE non ritiene rilevante considerare l'elemento della diligenza professionale nell'accertamento delle ipotesi tipicamente previste dagli artt. 6 ss. della Direttiva. Vedi, ad esempio, Corte Giust. UE, 19 settembre 2013, C-435/11.

166 Ciò è confermato dal Consiglio di Stato (Sent. n. 3896 del 22 luglio 2014), che ha evidenziato come rilevi esclusivamente la potenzialità lesiva della pratica, indipendentemente da una concreta lesione patrimoniale al comportamento del consumatore. Allo stesso modo, cfr., ad esempio, Tar. Lazio, Sez. I, 17 gennaio 2011, n. 348.

167 Cfr. De Cristofaro, *La nozione di pratica commerciale scorretta*, cit.

rientrare, come verrà evidenziato più avanti, anche forme più subdole e sottili di condizionamento della libertà del consumatore, le quali, in questo modo, assumerebbero una certa rilevanza nella valutazione di scorrettezza. Con riguardo alla scelta di natura commerciale, potremmo farvi rientrare anche tutte quelle decisioni, indotte da un condizionamento psicologico, relative alle scelte di consumo identitarie e agli atteggiamenti culturali, alle manifestazioni di personalità o di tendenze psichiche sollecitate da una pratica commerciale in quanto connesse all'atto di acquisto¹⁶⁸.

Mentre della concezione di consumatore medio e della sua libertà parleremo, rispettivamente, nei prossimi due paragrafi, occorre evidenziare sin da subito come il legislatore richieda il superamento di un certo standard minimo di apprezzabilità (cd. *de minimis*) della scorrettezza. Dalle espressioni utilizzare, infatti, si può ricavare la necessità di un'“alterazione sensibile” (art. 18, comma 1, lett. e), di un condizionamento “in misura apprezzabile” (art. 20, comma 2), del comportamento del consumatore. Ciò significa che non ogni falsificazione e condizionamento della libertà del consumatore deve ritenersi vietato, ma solo quelli in grado di spingerlo ad una decisione “che non avrebbe altrimenti preso”. Un'interpretazione estensiva di tale espressione, certamente vaga, richiede che essa sia intesa nel senso di escludere solo i casi in cui le scorrettezze siano assolutamente irrilevanti (o comunque di natura bagatellare¹⁶⁹), mentre comprenderebbe ogni incidenza, seppur parziale, sull'*iter* decisionale del consumatore.

In tal senso, il considerando n. 6 specifica che «*la presente direttiva lascia altresì impregiudicate pratiche pubblicitarie e di marketing generalmente ammesse, quali il product placement consentito, la differenziazione del marchio o l'offerta di incentivi in grado di incidere legittimamente sulla percezione dei prodotti da parte dei consumatori e di influenzarne il comportamento senza però limitarne la capacità di prendere una decisione consapevole*». Anche se di questa previsione parleremo approfonditamente più avanti, pare opportuno già ora evidenziare la difficoltà di una sua chiara interpretazione: rimangono dubbi, infatti, sia quando l'incidenza sulla percezione sarebbe legittima, sia la necessità o meno di un carattere *apprezzabile* della limitazione della capacità.

Il sistema normativo sulle pratiche commerciali prosegue, nella sua struttura piramidale, con la definizione di due macro-categorie di pratiche scorrette.

La prima di esse è quella della “pratica commerciale ingannevole”, definita dall'art. 6 della Direttiva

168 Vi è chi afferma che, ad una lettura combinata degli artt. 129 e 18 ss. del Codice del Consumo, ha assunto (dopo la fase della “forma”, *ex. artt.* 1341 e 1342 C.C., e quella della “sostanza” *ex. artt.* 33 ss. Cod. Cons.) una chiara centralità, nella disciplina di settore, il “motivo” a contrarre del consumatore, di cui l'atto di consumo è oggettivazione (cfr. A. G. Cianci, *op. cit.*, pp. 220 – 222). Mediante il nuovo sistema normativo di derivazione comunitaria, si è introdotto nel nostro ordinamento un procedimento di ricostruzione e valutazione della volontà del contraente sconosciuto alla sistematica generale classica, il quale spinge verso nuove frontiere di analisi e valutazione (*Id.*, *op. cit.*, pp. 282 – 285)

169 L'unico caso di scorrettezza bagatellare irrilevante espressamente previsto dal legislatore è quello del messaggio pubblicitario esagerato o destinato a non essere preso alla lettera (artt. 5,3 Dir. 05/29 e 20,3 cod. cons). Di esso parleremo nel capitolo sulla pubblicità.

(e in modo equivalente dall'art. 21 Cod. Cons.) come quella «*pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più dei seguenti elementi e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso*», elencando successivamente un'ampia serie di elementi, tra cui le caratteristiche del prodotto o il prezzo, su cui può ricadere l'inganno.

Il secondo comma della disposizione prosegue disponendo che «*è altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporti:*

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

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

Dalla lettura della disposizione risulta come il legislatore comunitario, e conseguentemente quello nazionale, abbia inteso stigmatizzare sia quelle forme di ingannevolezza palese, consistente nella indicazione di informazioni inesatte o nella loro presentazione fuorviante, purché relative alla lista di elementi indicati dalla disposizione, sia quelle forme non specificate di comportamenti che concretamente, nei più svariati modi, siano in grado di indurre il consumatore ad una decisione che, altrimenti, non avrebbe preso.

Con riguardo a tale ultimo punto, occorre evidenziare che il giudizio sull'influenza potenziale nella sfera decisionale non richiede, per la scorrettezza, che vi sia un pregiudizio della posizione patrimoniale del consumatore: in altre parole, ad essere giudicata non è tanto l'opportunità, o la convenienza, di una scelta, ma esclusivamente la sua libertà¹⁷⁰. Ciò trova conferma, oltre che nella formulazione delle disposizioni sulle pratiche ingannevoli ed aggressive, anche nella definizione di “falsare in misura rilevante il comportamento economico” (art. 2, lett. e Dir. 05/29, art. 18, lett. e cod. cons.) e in quella di “decisione commerciale” (lett. k delle stesse disposizioni).

Ad una prima impressione, sembrerebbe che, per il primo caso di ingannevolezza, non debba essere valutata in concreto l'idoneità all'inganno; tuttavia, una lettura sistematica, oltre che logica, induce a

¹⁷⁰ Questa è anche la posizione consolidata dell'A.G.C.M. (vedi Relazione annuale del 1998) e della giurisprudenza amministrativa (vedi Relazione annuale del 1992).

ritenere che, in ogni caso, occorrerebbe una valutazione della capacità reale di ogni falsità (o di una presentazione fuorviante del messaggio) di compromettere la consapevolezza della scelta del consumatore¹⁷¹. Valutazione che andrebbe fatta anche per una serie di casi indicati nella *black list* di cui all'art. 23 Cod. Cons., la cui ingannevolezza non risulta *ictu oculi* così evidente, ma presenta dei profili di dubbia rilevanza¹⁷².

Una seconda ipotesi di ingannevolezza è prevista dal secondo comma dell'art. 21. Se da un lato la disposizione si caratterizza per una maggiore ampiezza, rispetto al primo comma, nella formulazione delle modalità dell'inganno (parlando genericamente di idoneità “nella fattispecie concreta” ad “indurre il consumatore a prendere una decisione che altrimenti non avrebbe preso”), essa richiede, diversamente dalla prima ipotesi, che si tratti o di un atto di *marketing* comparativo ingannevole, o quanto meno di un'attività che non rispetti i codici di condotta a cui il professionista abbia seriamente aderito, indicati nella pratica stessa.

Dunque, l'ipotesi più ampia di pratica ingannevole attiva rimane quella prevista dalla seconda parte del primo comma, come qualsiasi pratica che, anche per la sola modalità di presentazione, “in ogni caso” sia idonea ad indurre il consumatore ad una scelta diversa da quella che, ove reso chiaramente edotto di tutte le caratteristiche dell'atto di acquisto, avrebbe preso.

Occorre rilevare, inoltre, come l'ingannevolezza possa derivare anche dalle modalità di presentazione del messaggio¹⁷³, dunque come anche il contesto comunicativo abbia la sua concreta rilevanza per valutare la completezza e la veridicità del messaggio, sin dal primo contatto¹⁷⁴.

In tal senso, questa scelta legislativa, dimostrando una certa consapevolezza delle variabili coinvolte nel processo comunicativo, manifesta un'apertura verso la relativa letteratura psicologica, la quale dimostra le possibilità di una diversa percezione delle informazioni a seconda del modo in cui vengano presentate¹⁷⁵.

I commi 3 e 4 dell'art. 21 indicano, invece, due ipotesi specifiche di pratiche ingannevoli, più delicate in quanto riguardanti i casi di prodotti pericolosi per la salute e la sicurezza¹⁷⁶, con

171 Ciò è stato evidenziato da Libertini, il quale ha sollecitato l'interpretazione di ogni disposizione in combinato con la clausola generale di cui all'art. 5 della Direttiva (20 Cod. Cons). Da ciò, ha inoltre desunto il carattere esemplificativo della lista contenuta nell'art. 21, i cui esempi andrebbero, di volta in volta, valutati concretamente nella loro idoneità a fuorviare. Cfr. M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 117.

172 Si pensi, tra i vari esempi, al caso di cui alla lettera *g* dell'art. 23 (analogamente il punto 7 dell'allegato I della Dir. 05/29), che parla di una dichiarazione di disponibilità del prodotto per un periodo di tempo *molto* limitato, utilizzando un superlativo privo di alcuna specificazione e passibile di diverse interpretazioni. Cfr. M. Libertini, *op. cit.*, pp. 117-118.

173 Come confermato dalla giurisprudenza, tra cui ad es. TAR Lazio, sez. I, 8 marzo 2013, n. 2481.

174 Cons. St., Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050, in *Foro amm.*, 2014, 12, p. 3112.

175 Una simile posizione si allontana, invece, dalla concezione classica della scelta razionale, secondo cui, per il principio della “coerenza descrittiva”, la diversa presentazione delle informazioni non condiziona la decisione individuale.

176 In queste ipotesi l'ingannevolezza consisterebbe nell'omettere l'informazione sui pericoli così da indurre i consumatori a trascurare le regole di prudenza e vigilanza. Trattandosi di un caso di omissione ingannevole, non si

particolare attenzione ai prodotti rivolti, anche indirettamente, ai minorenni. Per tali casi, l'art. 27, comma 9, prevede una sanzione pecuniaria minima più elevata.

La seconda ipotesi rilevante di pratica ingannevole è rappresentata dalle omissioni ingannevoli, previste dall'art. 22 Cod. Cons., che riproduce l'art. 7 Dir. 05/29. Essa consiste in quella pratica che *«nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»*.

Il secondo comma prosegue, aggiungendo che *«una pratica commerciale è altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al comma 1, tenendo conto degli aspetti di cui al detto comma, o non indica l'intento commerciale della pratica stessa qualora questi non risultino già evidenti dal contesto nonché quando, nell'uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»*.

Dunque, consapevole che un inganno deriva molto spesso dall'omissione strategica di informazioni determinanti, il legislatore ha vietato, nell'ottica di una tutela piena ed effettiva della libertà consumeristica, anche tutte quelle omissioni che abbiano come risultato lo sviamento del consumatore dalla consapevolezza delle proprie decisioni commerciali.

Vi è da dire che, a volte, può risultare difficile distinguere tra una comunicazione di un messaggio ingannevole per un'informazione errata, o comunicata in modo fuorviante, e un'omissione di informazioni rilevanti, potendo le due ipotesi ben coincidere: ciò, chiaramente, poco cambierebbe in termini di tutela finale del consumatore.

Dunque, l'art. 22 non solo vieta il caso, più palese, della concreta omissione di un'informazione, ma anche quello, spesso più sottile, della presentazione di informazioni rilevanti oscura, incomprensibile, ambigua o intempestiva.

La disposizione codicistica, inoltre, manifesta una sensibilità verso il contesto della pratica e verso il mezzo di comunicazione utilizzato dal professionista, essendo entrambi determinanti nella valutazione della chiarezza o meno di un messaggio informativo, e dunque dell'ingannevolezza o meno della pratica commerciale. Sensibilità ulteriormente confermata dal terzo comma dell'art. 22 (e dell'art. 7 della Direttiva), che prevede che *«qualora il mezzo di comunicazione impiegato per la pratica commerciale imponga restrizioni in termini di spazio o di tempo, nel decidere se vi sia stata*

spiega per quale motivo il legislatore abbia inserito tale disposizione nell'art. 21 piuttosto che nell'art. 22.

un'omissione di informazioni, si tiene conto di dette restrizioni e di qualunque misura adottata dal professionista per rendere disponibili le informazioni ai consumatori con altri mezzi». Rispetto a tale scelta normativa, valgono le medesime considerazioni sopra esposte sulle azioni ingannevoli.

Senza dilungarci troppo sul punto, di cui tratteremo più ampiamente nel prosieguo, si pensi, ad esempio, alle pubblicità video da 30 secondi in TV o su internet, o ancora ai *banner, spam o pop-up* che furtivamente spuntano durante la navigazione web. La rapidità delle prime, o l'invasività delle seconde, oltre che l'assenza di ogni componente informativa-razionale, non possono non influenzare il giudizio di una loro eventuale ingannevolezza.

La seconda macro-categoria di pratiche commerciali scorrette è quella delle pratiche commerciali aggressive, prevista dall'art. 8 Dir. 05/29 e dall'art. 24 del Codice del Consumo.

Mentre la categoria giuridica dell'ingannevolezza già esisteva grazie alle direttive sulla pubblicità ingannevole, recepite in Italia dal D.Lgs. n. 74/92, solo con la Dir. 05/29, invece, la pratica aggressiva viene inquadrata come categoria distinta rispetto alla prima¹⁷⁷.

Secondo entrambe le disposizioni, *«è considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, limiti o sia idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induca o sia idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».*

Si tratta, in altre parole, di un'attività commerciale che, attraverso varie modalità, più o meno coattive, limiti o sia in grado di limitare la libertà del consumatore in modo determinante (elemento "funzionale" della fattispecie).

Ancora una volta, la *ratio* di una tutela elevata del consumatore ha indotto ad una formulazione ampia ed articolata della regola di divieto.

Non solo si è fatto riferimento alla "forza fisica", ma, tra le possibili modalità di aggressione, il legislatore ha altresì indicato, forse peccando di ridondanza, le "molestie", la "coercizione" e la categoria, dai contorni più sfuggenti, dell'"indebito condizionamento". Di quest'ultima parleremo più approfonditamente quando tratteremo dell'aggressività psicologica della pubblicità; per il momento basta precisare che la definizione di "indebito condizionamento" data dalla direttiva all'art. 2 lett. j (allo stesso modo dall'art. 18, lett. l, del codice) è quella di *«sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla*

¹⁷⁷ Ciò trova conferma anche nel considerando n. 11, che dispone che *«la presente direttiva introduce un unico divieto generale di quelle pratiche commerciali sleali che falsano il comportamento economico dei consumatori. Essa stabilisce inoltre norme riguardanti le pratiche commerciali aggressive, che attualmente non sono disciplinate a livello comunitario».* Cfr., in tal senso, M.A. Caruso, *Il telemarketing come pratica aggressiva e come atto di concorrenza sleale*, in *Riv. Dir. Ind.*, fasc. 4-5, 2010, p. 365.

forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole». Tanto questa definizione, quanto l'autonoma previsione di tale categoria di aggressività, consentiranno successivamente di farvi rientrare il condizionamento psicologico del consumatore, quale forma di scorrettezza commerciale subdola e più efficace.

L'ampiezza della formulazione legislativa della pratica aggressiva può essere apprezzata, altresì, considerando che, oltre alla libertà di scelta, la disposizione protegge la libertà “di comportamento”, considerandola in modo autonomo¹⁷⁸. A parere dello scrivente, la decisione normativa di aggiungere, accanto alla “scelta”, il “comportamento” del consumatore andrebbe letta nel senso di attribuire una rilevanza giuridica al condizionamento aggressivo non solo dell'atto finale di acquisto, ma anche dell'insieme di comportamenti e decisioni antecedenti che hanno composto l'iter psicologico-decisionale. Anche questo, chiaramente, gioverà ad una lettura psicologica della pratica commerciale aggressiva.

In breve, è aggressiva quella pratica che abbia quale effetto, anche potenziale, di determinare un'indebita pressione sul consumatore, limitandone la libertà.

E' chiaro che il test di apprezzabilità di una pratica aggressiva che non consista (o non consista solo) in una palese costrizione fisica richiede un'attenta e difficile valutazione dell'idoneità a suscitare una reazione, ancorché inconsapevole, del consumatore, ad esempio in termini di tensione psicologica, escludendo quelle molestie bagatellari assolutamente prive di efficacia condizionante. Efficacia che sarebbe condizionante non solo nel caso in cui lo si induca a comprare un prodotto piuttosto che un altro, ma anche ove lo si influenzi, spingendolo a comprare prodotti che, in assenza di determinate circostanze, non avrebbe acquistato.

Proseguendo, la disposizione successiva (art. 25 Cod. Cons. e 9 Dir. 05/29) indica i criteri in base ai quali valutare l'aggressività della pratica commerciale, di seguito elencati come espressamente previsto:

- a) i tempi, il luogo, la natura o la persistenza;
- b) il ricorso alla minaccia fisica o verbale;
- c) lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto;
- d) qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista;

178 L'art. 24, infatti, utilizza la congiunzione “o”, separando chiaramente le due ipotesi.

e) qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata.

L'ampia formulazione del primo criterio, di cui gli altri potrebbero rappresentare particolari specificazioni, permette di configurare una valutazione estesa e discrezionale della pratica, che tenga conto di tutti i fattori, anche contestuali. Inoltre, occorre rilevare la natura esemplificativa dell'elenco, come evidenziato in dottrina¹⁷⁹.

Per quanto riguarda la pubblicità, non può negarsi, ad esempio, il ruolo determinante del mezzo di comunicazione utilizzato, del tono del messaggio, della sua rapidità, oltre che dei suoi contenuti.

Dopo le due macro-categorie di pratiche commerciali scorrette, ingannevoli ed aggressive, il Codice del Consumo, fedelmente all'allegato I della Direttiva, indica, agli articoli 23 e 26, due liste di pratiche (cd. *black lists*) da considerare "in ogni caso", rispettivamente, ingannevoli ed aggressive. Esse contengono un insieme vario di attività scorrette, la maggior parte delle quali consistono in comunicazioni che possono trovare spazio all'interno della pubblicità.

Le pratiche contenute in tali liste, come previsto dal considerando n. 17 della Direttiva, possono considerarsi sleali senza una necessaria valutazione caso per caso. Tuttavia, l'utilizzo di espressioni non sempre particolarmente precise richiede, come già anticipato sopra, un'opera interpretativa che ne permetta di verificare l'applicabilità al caso concreto. In sostanza, anche per tali ipotesi, potrebbe risultare necessario, talvolta, il cd. *materiality test*, ordinariamente applicato per le ipotesi generali di cui agli artt. 20, 21, 22 e 24: la verifica della capacità, anche solo potenziale, di condizionare sensibilmente il comportamento del consumatore¹⁸⁰. Si pensi, ad esempio, alle espressioni "generare comunque l'impressione", "fuorviare deliberatamente", "lasciar intendere", (lett. *i, o, aa* dell'art. 23)¹⁸¹, o ancora all'espressione "creare l'impressione", di cui alla lett. *a* dell'art. 26 Cod. Cons.

Di più evidente applicazione risultano, invece, altre ipotesi di pratiche "in ogni caso vietate", come quella, prevista dalla lett. *c* dell'art. 26, del *telemarketing* ripetuto e non richiesto. Anche in tale caso, sembra possibile dare un'interpretazione che estenda il carattere aggressivo a fattispecie che, più subdolamente (si pensi allo sfruttamento di un particolare orario, o dell'*overload* informativo), possano determinare, per sfinimento, un consenso del consumatore poco consapevole e razionale¹⁸². D'altronde, come già evidenziato¹⁸³, anche con riguardo a talune pratiche in ogni caso scorrette, il legislatore ha manifestato una certa conoscenza di particolari forme di sfruttamento psicologico da parte del marketing contemporaneo, come la "tecnica dell'esca" per il caso di cui alla lett. *e* dell'art

179 F. Caronna (2018), *Tackling aggressive commercial practices: Court of Justice case law on the UCPD ten years on*, in *European Law review*, 43 (6), pp. 880 – 903.

180 Cfr., in tal senso, oltre a M. Libertini (vedi nota n. 170), anche R. Pennisi, *op. cit.*, p. 655.

181 O, ancora, cfr. nota 172.

182 Cfr. M. A. Caruso, *op. cit.*

183 R. Caterina, *Pratiche commerciali scorrette e psicologia del consumatore*, in *Studi in onore di Aldo Frignani - Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Jovene, Napoli, 2011, p. 128.

23 (allegato I, n. 5 della Direttiva)¹⁸⁴, o l'“effetto sorpresa” per l'ipotesi prevista dalla lettera *b* dell'art. 26 (allegato I, n. 25 della Direttiva).

Di simili forme di scorrettezza psicologica, insieme ad altre forme ancor più subconscie, tratteremo nel quarto capitolo, solo dopo aver chiarito altri due concetti fondamentali per il sistema normativo di protezione del consumatore: il consumatore medio (e particolarmente vulnerabile) e la sua libertà.

3.3 Consumatore “medio” e consumatore “particolarmente vulnerabile”

“Razionalità e irrazionalità (...), in definitiva, si intrecciano nelle infinite motivazioni che ci spingono a consumare e che la pubblicità cavalca e asseconda, nella sua costante ricerca di tutti quei fattori di influenza che ne rendono più efficace la forza persuasiva”

(A. Zancchi)

Una definizione in chiave psicologica della protezione del destinatario delle pratiche commerciali scorrette richiede una riflessione sul contenuto del concetto di “consumatore” utilizzato dalla normativa alle stesse dedicata. La sua ricostruzione deve, infatti, confrontarsi con le considerazioni teoriche sopra esposte, sia di ordine sociologico che psicologico.

Abbiamo visto che l'*homo consumens* è quell'individuo che, all'interno di una serie di valori veicolati dalla società massmediatica, si caratterizza per un agire simbolico concretizzantesi nell'atto di consumo, il quale dunque assume un significato ben più ampio della semplice utilità d'uso¹⁸⁵.

Abbiamo anche visto che, da un punto di vista psicologico, il consumatore agisce, spesso, spinto da esigenze psichiche tutt'altro che razionali, di tipo inconscio e pulsionale, soprattutto con riguardo a taluni prodotti. In tal senso, il grado di consapevolezza va riducendosi progressivamente con il passaggio, nell'atto di consumo, dalle motivazioni cosce, a quelle subconscie e inconse.

184 Di tale ipotesi sono ben consapevoli l'A.G.C.M. e la giurisprudenza amministrativa, che ritengono sufficiente, per configurare un'ingannevolezza, l'effetto di aggancio del consumatore, attribuendo invece una certa irrilevanza alle informazioni date dal professionista solo successivamente al primo contatto. Cfr., ad esempio, TAR Lazio, Sez. I, 26 maggio 2009, n. 5249.

185 Per chiarimenti, si rinvia al secondo paragrafo del primo capitolo della trattazione.

Inoltre, le azioni del consumatore si contraddistinguono spesso per il perseguimento di regole euristiche, scorciatoie cognitive che escludono, o quanto meno limitano, la piena consapevolezza delle proprie scelte¹⁸⁶.

Di questi aspetti non si può non tener conto per analizzare il significato giuridico di “consumatore”, e, in particolare, di “consumatore medio”, espressione utilizzata dalla disciplina sulle pratiche commerciali. Una sua diversa concezione, infatti, non sarebbe priva di riflessi tanto nell’interpretazione della sua libertà di autodeterminazione quanto, di conseguenza, nella protezione.

Il concetto di “consumatore”, contenuto sia nella disciplina consumeristica europea sia nel codice del consumo nazionale, non presenta alcun profilo critico rilevante ai fini della presente trattazione. Di esso si dà una definizione “relativa”, in antitesi negativa rispetto alla definizione di professionista: è consumatore «*qualsiasi persona fisica che (...) agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale*» (art. 2, lett. a Dir. 05/29 e 18, lett. a Cod. Cons.)¹⁸⁷.

Ciò che rileva in questa sede è tuttavia il concetto, dai contenuti più problematici, di “consumatore medio”, unicamente previsto in tema di pratiche commerciali scorrette¹⁸⁸. Esso, come sopra visto, rientra tra i criteri di valutazione della scorrettezza di una pratica commerciale, tanto nella clausola generale quanto nelle due categorie dell’ingannevolezza e dell’aggressività. Tutte fanno, infatti, riferimento alla idoneità della pratica a falsare in misura rilevante il comportamento del “consumatore medio”, inducendolo ad una scelta che altrimenti non avrebbe preso.

La rilevanza giuridica della pratica commerciale, insieme al grado di diligenza del professionista, andrà valutata, dunque, nell’ottica del “consumatore medio”, o del “membro medio” del gruppo a cui essa è diretta. A differenza della disciplina civilistica tradizionale, concentrata sulle concrete esigenze di tutela di una singola persona individuata, la disciplina consumeristica delle pratiche commerciali fa uso di tale canone oggettivo, la cui diversa ricostruzione permette di parametrare la

186 Si rinvia al secondo capitolo, in cui abbiamo ampiamente trattato della psicologia del consumo.

187 Una definizione più ampia è contenuta nell’art. 5 lett. a del codice del consumo che, con riguardo alle informazioni ai consumatori, lo identifica con “la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali”.

188 Per approfondimenti sul tema, cfr.: G. Alpa e A. Catricalà, *Diritto dei consumatori*, cit., p. 141 ss.; M. Bertani, *op. cit.*; R. Caterina, *Pratiche commerciali scorrette e psicologia della decisione*, cit; B.B. Duivenvoorde (2014), *The consumer benchmark in the Unfair Commercial Practices Directive*, Ipskamp Drukkers; *Id.* (2013), *The Protection of Vulnerable Consumers under the Unfair Commercial Practices Directive*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2, pp. 69 – 79; M. Fusi, *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, in *Riv. Dir. Ind.*, fasc. 1, 2009, p. 5 ss.; M. Fusi e P. Testa, *Diritto e pubblicità*, Lupetti editore, Milano, 2006, p. 65 ss; 44; R. A. Heiner (1986), *Imperfect Decision and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules*, in *Journal of Legal Studies*, vol. 15, n. 2, pp. 227-261; M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 96 ss.; R. Pennisi, *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, cit. p. 653 ss.; N. Zorzi Galgano, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile*, in *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, CEDAM, Vol. 62, Padova, 2012.

condotta professionale¹⁸⁹.

Il riferimento allo standard del “consumatore medio” implica, quindi, il carattere prognostico ed ipotetico della valutazione tanto della diligenza professionale, quanto dell'astratta idoneità a falsare in misura apprezzabile il suo comportamento economico. La Corte di Giustizia, tuttavia, ha avuto modo di precisare, in un precedente relativo alla pubblicità di automobili immatricolate presentate come “nuove”, che nel caso in cui la valutazione dell'ingannevolezza di un messaggio commerciale presenti talune difficoltà, il giudice nazionale potrebbe accertare nel caso concreto, anche attraverso perizie, l'idoneità della condotta a falsare quel determinato comportamento, secondo le caratteristiche specifiche della fattispecie e il tipo di consumatori destinatari¹⁹⁰.

Salvo casi come questo, però, l'accertamento concreto della scorrettezza di una pratica commerciale deve parametrarsi al criterio astratto del consumatore medio, rispetto a cui andrà confrontato, ove vi sia, il consumatore del caso di specie, secondo i fattori sociali, culturali e linguistici. Un ruolo importante in sede applicativa, evidentemente, andrà riconosciuto alle “circostanze del singolo caso in questione”, come riconosciuto dall'ultima parte del considerando n. 7.

La questione teorica da risolvere risiede, ad ogni modo, nel contenuto semantico dell'espressione. Cosa s'intende, infatti, per “consumatore medio”?

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette, pur facendovi riferimento, tuttavia non ne dà una definizione. Questa si trova esclusivamente nel considerando n. 18 della Dir. 05/29, il quale prevede che *«è opportuno proteggere tutti i consumatori dalle pratiche commerciali sleali. Tuttavia, la Corte di giustizia ha ritenuto necessario, nel deliberare in cause relative alla pubblicità dopo l'entrata in vigore della direttiva 84/450/CEE, esaminare l'effetto su un virtuale consumatore tipico. Conformemente al principio di proporzionalità, e per consentire l'efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, ma contiene altresì disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali. Ove una pratica commerciale sia specificatamente diretta ad un determinato gruppo di consumatori, come ad esempio i bambini, è auspicabile che l'impatto della pratica commerciale venga valutato nell'ottica del membro medio di quel gruppo. È quindi opportuno includere nell'elenco di pratiche considerate in ogni caso sleali una disposizione che, senza imporre uno specifico divieto alla pubblicità destinata ai bambini, tuteli questi ultimi da esortazioni dirette all'acquisto. La nozione di consumatore medio non è statistica. Gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali dovranno*

189 M. Bertani, *op. cit.*, pp. 4 – 5.

190 Corte Giust., 16 gennaio 1992, C-373/90.

esercitare la loro facoltà di giudizio tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, per determinare la reazione tipica del consumatore medio nella fattispecie».

Dunque, il considerando dà atto della ricostruzione giurisprudenziale della nozione ideal-tipica di consumatore medio a cura della Corte di Giustizia UE. Quest'ultima, d'altronde, aveva già espresso la sua concezione in diverse pronunce relative ad ambiti diversi rispetto alle pratiche commerciali (principalmente in tema di imballaggio ed etichette ingannevoli) partire dagli anni '90¹⁹¹. Ad essa si è conformato, nel corso del tempo, anche l'orientamento della Corte di Cassazione italiana.

Il giudice europeo lo ha definito un concetto “oggettivo, giuridicamente determinato” e qualitativo. La Corte di giustizia, limitandosi alla generica definizione, non ha mai dato alcuna direttiva in merito all'applicazione del criterio adottato. In tal modo, ha consentito alle autorità nazionali di esercitare la propria facoltà di giudizio, riconosciuta dalla parte conclusiva del considerando appena visto¹⁹². Queste ultime si sono generalmente adattate al parametro europeo, ma la prassi applicativa di alcune autorità ha manifestato una maggiore flessibilità e sensibilità verso il comportamento reale dei consumatori.

Ad esempio, la prassi tedesca, pur essendosi di recente allineata maggiormente alle aspettative europee, si caratterizza per una considerazione non elevata dell'agente economico, definendo il consumatore medio come “osservatore casuale e privo di capacità critica”¹⁹³.

Anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dal canto suo, ha dimostrato, seppur senza esprimersi direttamente, una concezione non propriamente olimpica di consumatore medio¹⁹⁴, in particolare per quei settori con maggiori asimmetrie informative, come quello delle telecomunicazioni o del credito; lo stesso può dirsi per talune pronunce della giurisprudenza amministrativa, soprattutto in settori relativi all'offerta di prodotti complessi (come il credito al consumo) in cui si è tratteggiato il profilo di un “consumatore meno smalzato”¹⁹⁵.

191 Cfr., ad esempio, Corte Giust. UE, 16 luglio 1998, C- 210/96; Corte Giust. UE, 6 luglio 1995, C-470/93; Corte Giust. UE, 7 marzo 1990, C- 362/99 e Corte Giust. UE, 10 novembre 1982, C-261/81.

192 Nonostante la facoltà concessa dalla normativa europea, e l'importanza di un'adeguata profilazione delle caratteristiche del consumatore medio, parte della dottrina ha evidenziato un'attività di valutazione tendenzialmente scarsa, in tal senso, da parte delle autorità nazionali (compreso il Giudice Amministrativo), a cui si accompagna una povertà argomentativa in merito alla scelta del *target audience* da parte dell'AGCM. Cfr., in tal senso, M. Bertani, op. cit. p. 16, e V. Meli, “Diligenza professionale”, “Consumatore medio” e regola di “*de minimis*” nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, (a cura di V. Meli e P. Marano), Giappichelli, Torino, 2011, p. 1 ss.

193 Vedi, ad esempio, BGH, 23 gennaio 1959, I ZR 14/58, GRUR, 1959, p. 365. In particolare, per un'analisi approfondita del profilo di consumatore medio anche in un'ottica comparatistica, cfr. B. Duivenvoorde (2014), *The consumer benchmark in the Unfair Commercial Practices Directive*, cit.

194 Cfr. V. Meli, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova, Cedam, 2008, p.102. Tra le pronunce che sembrano assumere un carattere *behavioral* più marcatamente paternalistico cfr.: A.G.C.M. PS/9082, 3 febbraio 2015, Provv. n. 25311, in *Boll. n. 5/2015*; PS/4926, 30 marzo 2010, Provv. n. 20960, in *Boll. n. 13/2010*; PS/3417, 10 febbraio 2010, Provv. n. 20772, in *Boll. n. 6/2010*;

195 Cfr., in particolare: Cons. Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2012, n. 853; Tar Lazio, Sez. I, 18 gennaio 2011, n. 9536 e 29 marzo 2010, n. 4931.

Quest'ultima è giunta ad escludere la rilevanza giuridica della sprovvedutezza nel caso in cui il messaggio commerciale presenti un'oggettiva attitudine ingannatoria¹⁹⁶.

Ad ogni modo, il consumatore medio, secondo il modello costruito dalla giurisprudenza europea, è quello che, pur non dotato di specifiche esperienze nel settore, risulta in possesso delle ordinarie informazioni necessarie alla scelta, e si caratterizza per una ragionevole avvedutezza e attenzione nell'atto di consumo.

Se ne ricava, in sostanza, una visione ottimistica di consumatore, analogo al classico "homo oeconomicus", dotato di un buon livello di istruzione, di esperienza e di capacità critica¹⁹⁷, in grado di avvedersi di particolari anche non evidenti, privo di distrazioni e capace di selezionare le informazioni¹⁹⁸. Essa si traduce, di fatto, in una concezione deontologica¹⁹⁹ dello stesso, dietro alla quale vi è una scelta normativa che pone a carico del consumatore un onere di diligenza e di attivismo nel suo rapportarsi alle pratiche commerciali.

In taluni casi, come quello dei beni di largo consumo (es. alimentari), la giurisprudenza europea ha parlato di "consumatore medio non specializzato", caratterizzato da minore attenzione e ponderazione nell'atto di acquisto, così riducendo il livello del parametro di riferimento²⁰⁰: questo è diventato, in tali casi, un soggetto dotato di minore capacità di valutazione e cognizione, e che tende a limitare la propria ponderazione sul prodotto da acquistare. Da ciò si ricava che il livello di attenzione e ponderazione attribuiti al consumatore medio dipendono anche dalla categoria di prodotto oggetto della pratica commerciale²⁰¹.

La costruzione del modello di consumatore in questi termini si spiega considerando che tale figura "ideal-tipica" rappresenta "il punto di equilibrio tra massima tutela ed esigenza di non gravare le imprese di costi eccessivi"²⁰², e vuole evitare che una concezione paternalistica del consumatore determini una valutazione eccessivamente rigida del *marketing* imprenditoriale.

Tuttavia, a parere dello scrivente, la concezione del consumatore come agente razionale finisce col limitare la portata della tutela, che invece appare necessaria per la sua piena libertà. Tale configurazione deontologica, si scontra, infatti, con i risultati di psicologia e di economia

196 Tar Lazio, Sez. I, 23 maggio 2011, n. 4532. Vedi, inoltre, V. Meli, voce "Pubblicità ingannevole" in *Enc. Giurid. Treccani*, vol. XXIX, 2006, p. 8.

197 Ciò è stato confermato dall'Avvocato Generale della Corte dell'UE Trstenjak, il quale ha presentato una concezione di consumatore consapevole anche delle proprie emozioni e dello scopo delle promozioni (in C-540/08)

198 Simili caratteristiche andrebbero, logicamente, misurate in base alla tipologia di prodotto oggetto della pratica, dovendosi distinguere tra quelli ricercati e costosi, per cui si presumerebbe una maggiore riflessione (non sempre esistente) e quelli, acquistati ordinariamente, con prezzo contenuto. Ma ancora, sarebbe opportuno valutare il bagaglio informativo del consumatore a seconda della tecnicità e complessità di un prodotto, e conseguentemente la sua avvedutezza.

199 Vedi, in tal senso, N. Zorzi Galgano, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile*, cit..

200 Cfr., ad esempio, Corte Giust. UE, 29 aprile 2004, C-468/01, relativa a prodotti di lavabiancheria.

201 Ciò trova conferma anche nella giurisprudenza del Tribunale dell'UE, 06 ottobre 2004, T-117/03. Cfr., anche, N. Zorzi Galgano, *op. cit.*, p. 25

202 *Cit.* D. Lamanna Di Salvo, *op. cit.*, p. 2664.

comportamentale sopra analizzati.

Il modello del consumatore “pienamente informato e ragionevolmente attento ed avveduto” dimostra una certa distanza, forse eccessiva, da una visione realistica dell'agire umano. Questo risulta spesso motivato da ragioni diverse dalla massimizzazione dell'utilità, e si manifesta frequentemente privo di consapevolezza, piuttosto caratterizzandosi per irrazionalità, instabilità delle preferenze, perseguimento di regole euristiche, condizionamento psicologico ambientale ed altri fattori lontani dal punto di riferimento adottato²⁰³.

Inoltre, come giustamente sottolineato²⁰⁴, i caratteri attribuiti dalla giurisprudenza europea al consumatore medio, se possono logicamente configurarsi in relazione alle pratiche ingannevoli, risultano meno appropriati per le pratiche aggressive. Può, infatti, darsi il caso di una persona informata e avveduta, ma che, per debolezza psicologica, sia facilmente inducibile ad un atto di consumo. In questo caso, tutt'al più, potrebbero tradursi l'“attenzione” e l'“avvedutezza” come normale equilibrio psicologico o ordinario autocontrollo, per cui una pratica sarebbe illegittima ove l'aggressione sia idonea a pregiudicare questi ultimi.

Una concezione realistica del consumatore dovrebbe, a parere dello scrivente, considerare anche i fattori psico-emotivi coinvolti nella decisione, sia con riguardo alle pratiche ingannevoli (per cui comunque gli *standards* comunitari risultano troppo alti) sia, a maggior ragione, con riguardo alle pratiche aggressive (per cui risultano poco appropriati).

Occorre dunque verificare, innanzi tutto, la possibilità di un'interpretazione più estesa, rispetto a quella finora adottata, delle disposizioni considerate, stante l'importanza di un'adeguata profilazione del destinatario delle pratiche commerciali.

Intanto, essere “ragionevolmente” attenti ed avveduti non significa esserlo “infinitamente”²⁰⁵.

D'altro canto, già il riferimento del considerando n. 18 ai fattori sociali, culturali e linguistici sembra

203 Analogamente, tra gli studiosi che hanno evidenziato la distanza tra l'*homo oeconomicus* della concezione europea e i risultati della *behavioural economics* e delle neuroscienze, sottolineandone anche i riflessi in termini di protezione del consumatore, cfr.: M. Bertani, *op. cit.*, p. 20 ss.; W.H. van Boom (2011), *Price Intransparency, Consumer decision making and European Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 34 (3), pp. 359 - 376; R. Caterina, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, I-2012, pp. 67 - 84; *Id.*, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore: il problema delle «pratiche ingannevoli»*, in *Sistemi Intelligenti*, XXII, 2010, pp. 221-22; M. G. Faure & H. L. Luth (2011), *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms*, in *Journal of Consumer Policy*, 34 (3), pp. 337 - 358; K. Gidlöf et al. (2013), *Material Distortion of Economic Behaviour and Everyday Decision Quality*, in *Journal of Consumer Policy*, 36, 389-402; R. Incardona & C. Poncibò (2007), *The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution*, in *Journal of Consumer Policy*, 30, 21 - 38; L. A. Reisch & M. Zhao, (2017), *Behavioural Economics, Consumer Behaviour and Consumer Policy: state of the art*, in *Behavioural Public Policy*, 1:2, pp. 190 - 191; J. Trzaskowski (2011), *Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practices Directive*, in *Journal of Consumer Policy*, 34 (3), pp. 377-392. Per un'analisi articolata della questione della razionalità limitata nel diritto privato, vedi R. Caterina (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto*, cit., e G. Rojas Elgueta e N. Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma Tre-Press, Roma, 2014.

204 M. Libertini, *op. cit.*, p. 108

205 *Cit.* R. Caterina, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit., p. 7.

implicare una certa flessibilità nella valutazione dell'espressione "consumatore medio", che assume una natura qualitativa, non statistica, la cui ricostruzione potrebbe tener conto sia del mutare delle condizioni sociali, sia dei risultati delle ricerche socio-psicologiche in tale ambito.

Un'altra "iniezione" di flessibilità può altresì derivare dalla categoria del gruppo a cui la pratica sia eventualmente rivolta in modo diretto e specifico (c.d. "target group"). In tal caso, come previsto sia dal considerando n. 18 che dalla clausola generale di cui all'art. 5 Dir. (20 Cod. Cons.), l'impatto della pratica commerciale deve essere valutato nell'ottica del membro medio di quel gruppo. Dunque, nel caso in cui questo gruppo sia meno informato, attento ed avveduto, il criterio applicativo dovrà moderare, di conseguenza, le proprie pretese²⁰⁶.

Accanto al consumatore medio, la normativa europea prevede la categoria del "consumatore particolarmente vulnerabile", la cui definizione è già contenuta nel considerando n. 19 della direttiva, il quale prevede che *«qualora talune caratteristiche, quali età, infermità fisica o mentale o ingenuità, rendano un gruppo di consumatori particolarmente vulnerabile ad una pratica commerciale o al prodotto a cui essa si riferisce, e il comportamento economico soltanto di siffatti consumatori sia suscettibile di essere distorto da tale pratica, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere, occorre far sì che essi siano adeguatamente tutelati valutando la pratica nell'ottica del membro medio di detto gruppo»*.

Queste indicazioni normative sul concetto di "particolare vulnerabilità" lasciano intravedere, seppur limitatamente a determinate ipotesi, una certa attenzione verso situazioni di debolezza psicologica²⁰⁷.

A conferma di ciò, l'art. 5, par. 3, della Dir. 05/29 (e analogamente l'art. 20, comma 3, Cod. Cons.²⁰⁸), dispone che *«le pratiche commerciali che possono falsare in misura rilevante il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo»*.

La disposizione fa, dunque, riferimento a tutti quei casi in cui, a causa di particolari condizioni soggettive, i destinatari di una determinata pratica commerciale risultano particolarmente deboli in termini di capacità di autodeterminazione. Si tratta di casi che, già prima della disciplina in esame,

206 B. Duivenvoorde (2014), *The consumer benchmark in the Unfair Commercial Practices Directive*, cit. p. 24.

207 Di rilevante importanza, nello sviluppo della nostra analisi, sarà anche l'art. 29 Cod. Cons. (analogo è l'art. 8 del Codice di Autodisciplina) che, con riguardo alle televendite e agli spot pubblicitari, fa riferimento anche allo sfruttamento di paura, superstizione e credulità o all'utilizzo di scene di violenza fisica o morale.

208 La disposizione codicistica, forse più precisa al riguardo, prevede che rientrano in tale categoria di pratiche anche quelle che "pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori" sono comunque idonee a falsare il comportamento solo di un gruppo, più vulnerabile, chiaramente individuabile. Da ciò deriva l'irrilevanza del sostanziale raggiungimento di una massa più grande di consumatori, essendo decisivo esclusivamente l'impatto sul gruppo particolarmente vulnerabile alla pratica o al prodotto.

erano presi in considerazione nella valutazione della pubblicità ingannevole da parte delle autorità nazionali.

Va precisato che la lista delle vulnerabilità indicate dalla normativa ha carattere non tassativo, come chiarito dalla Commissione Europea²⁰⁹ e suggerito dalla parola “quali”, utilizzata dal considerando n. 19.

La stessa Corte di Giustizia ha dimostrato, in un caso (rimasto isolato) relativo alla vendita porta a porta di materiale educativo, la possibilità di identificare forme di vulnerabilità nuove, connesse a certi prodotti²¹⁰. In particolare, la Corte ha ritenuto che l'utilizzatore potenziale di materiale didattico o il fruitore di servizi di insegnamento risulta particolarmente vulnerabile a pratiche di questo tipo in quanto mirerebbe a colmare una lacuna o un ritardo nella propria formazione. Ciò lo renderebbe più incline ad accettare promesse, potenzialmente ingannevoli o aggressive, di un miglioramento dell'avvenire professionale.

Analogamente, il Consiglio di Stato ha ritenuto che nel contesto della vendita porta a porta, o di altre simili strategie, il consumatore medio può manifestare una inferiore capacità critica e, dunque, una maggiore vulnerabilità, soprattutto ove l'intento commerciale non risulti palese sin dall'inizio²¹¹.

A conferma del carattere esemplificativo dell'elenco delle possibili vulnerabilità, l'Autorità Antitrust, dal canto suo, ha riconosciuto, in un caso relativo alla promozione a domicilio di servizi formativi, la particolare vulnerabilità delle persone disoccupate e degli stranieri con scarsa comprensione linguistica²¹².

Seguendo tale *trend* giurisprudenziale, sarebbe quindi auspicabile una lettura della disposizione ampia e flessibile, che tenga in considerazione anche i fattori psico-emotivi coinvolti nelle comunicazioni pubblicitarie, soprattutto per determinati prodotti.

L'importanza, più in generale, di un'adeguata profilazione del parametro soggettivo da adottare in sede applicativa è stata dalla dottrina evidenziata considerando la complessità del modello di consumatore derivante da una lettura sistematica della Direttiva²¹³. Si è suggerito che le autorità competenti dovrebbero di volta in volta spiegare e motivare il tipo di consumatore a cui abbiano fatto riferimento nella valutazione della pratica commerciale, seguendo il principio di proporzionalità per come indicato dal considerando n. 18. Si è, altresì, evidenziato²¹⁴, che l'intensità della profilazione dovrà essere inversamente proporzionale al grado di ingannevolezza e di aggressività insito nella pratica considerata, con la possibilità di far ricorso alla presunzione ex. art.

209 SEC (2009) 1666, p. 29.

210 Corte di Giust. UE, 16 maggio 1989, C-382/87.

211 Cons. St., Sez. VI, 8 marzo 2006, n. 1263.

212 AGCM, PS/7258, 26 novembre 2014, Provv. n. 25212, in *Boll.* n. 48/2014

213 In tal senso, vedi M. Bertani, *op. cit.*, p. 42.

214 *Id.*, *op. cit.*, p. 63.

2729 c.c., che diviene assoluta nelle ipotesi indicate dalle *black lists*.

Tornando ai consumatori vulnerabili, il riferimento dell'art. 5, par. 3, della Direttiva alla ragionevole prevedibilità del pregiudizio al comportamento economico di particolari categorie di soggetti non appare limitativo, trattandosi di un rinvio al generale senso comune, rispetto a cui, come ormai noto, le articolate operazioni di marketing e le strategie comunicative deliberatamente adottate dal professionista sembrano manifestare una maggiore consapevolezza di tali fattori²¹⁵.

In tali casi, dunque, l'ingannevolezza e l'aggressività potrebbero divenire più facilmente configurabili, soppesando più rigidamente la valutazione della scorrettezza di una pratica secondo le specifiche caratteristiche dei destinatari, cioè del membro medio del gruppo particolarmente vulnerabile²¹⁶.

Tra gli esempi considerati, in ragione dell'età, vi sono certamente i minori, bambini o adolescenti²¹⁷, tutelati altresì dalla disciplina in materia di radiotelevisione (Dir. 89/552 e D. Lgs. 177/05) per quanto riguarda la relativa pubblicità, come vedremo più avanti. La loro tutela mirata è, d'altronde, confermata dall'art. 21, comma 4, Cod. Cons., già indicato *supra*, ma anche dall'art. 31 in relazione alle televendite.

Per quanto riguarda, invece, l'ingenuità, sono stati ritenuti particolarmente vulnerabili i consumatori di prodotti per la cura del corpo²¹⁸, data la loro situazione di disagio psico-fisico a causa delle proprie condizioni.

Ancora, si è fatto spesso riferimento, quale categoria di soggetti vulnerabili per ingenuità, agli utilizzatori di prodotti magici, di servizi di ipnosi o di cartomanzia, tendenti, per le proprie condizioni culturali o di fragilità psichica, ad essere persuasi all'acquisto²¹⁹.

Proviamo ad estendere l'applicazione dell'art. 5, par. 3, Dir. 05/29 (art. 20, comma 3, Cod. Cons) ad altre categorie di soggetti vulnerabili.

Per quanto riguarda l'età, ad esempio, potrebbe ammettersi una certa debolezza psicologica (oltre

215 In termini procedurali, tale previsione si traduce nell'onere del professionista di provare che non avrebbe potuto ragionevolmente prevedere l'impatto sul consumatore vulnerabile (art. 27, comma 5, Cod. Cons.). Per quanto riguarda la pubblicità contemporanea, per cui gli uomini di marketing, con l'ausilio di esperti di psicologia, utilizzano strumenti comunicativi di grande efficacia, un simile onere probatorio, rinviando ad un'omissione colposa, appare quasi obsoleto rispetto alla dososità delle ormai diffuse strategie commerciali di "adescamento" dei consumatori.

216 Un messaggio commerciale rivolto, ad esempio, ai minori abbisogna di una serie di accorgimenti linguistici che permettano, in modo più agevole, una loro piena comprensione dei suoi contenuti informativi, e in particolare, di quelli necessari alla decisione. Le informazioni rilevanti, in simili casi, potrebbero essere maggiori. Cfr., ad esempio, A.G.C.M., PS/322, 2 ottobre 2008, Provv. n. 18951, in *Boll.*, 37/2008.

217 Tra i provvedimenti dell'A.G.C.M., vedi ad esempio PI/4115, 7 agosto 2003, Provv. n. 12355, in *Boll.*, 32/03, e PI/4363, 10 giugno 2004, Provv. n. 1328, in *Boll.*, 21/2004.

218 Cfr., ad esempio, A.G.C.M., PI/33/23, 6 settembre 2001, Provv. n. 9924, in *Boll.*, 35-36/01, o ancora PI/3972, 27 marzo 2003, Provv. n. 11854, in *Boll.* 13/2003.

219 Cfr., ad esempio, A.G.C.M., PI/170, 23 giugno 1993, Provv. n. 1242, in *Boll.*, 14/1993, o, più recentemente, PS/717, 26 maggio 2010, Provv. n. 21178, in *Boll.*, 22/2010.

che fisica) alla categoria degli anziani. Secondo un'opinione²²⁰, essa mancherebbe di una sufficiente omogeneità, date le differenze tra le varie situazioni individuali, in termini di condizioni psico-fisiche, da cui dipenderebbe l'impatto di una pratica commerciale.

A parere dello scrivente, invece, "individuare chiaramente"²²¹ una categoria non significa fissare rigidamente delle caratteristiche personali, ma piuttosto tracciare dei tratti salienti che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, contraddistinguerebbero un gruppo di persone rispetto alla generalità dei consociati. In tal senso, non sembrano esservi particolari difficoltà nel configurare la categoria degli "anziani", come soggetti tendenzialmente inclini, date le frequenti condizioni di isolamento familiare e sociale, ad essere persuasi da particolari pratiche commerciali per ragioni di natura emotiva²²². Come le altre, la sua vulnerabilità potrebbe più facilmente individuarsi considerando la tipologia di prodotti e pratiche a cui si espone maggiormente, dunque quelli prevalentemente rivolti agli anziani.

Analogamente, per quanto riguarda l'infermità mentale, se una lettura restrittiva la limiterebbe ad una menomazione cerebrale clinicamente accertata, un'interpretazione più ampia vi farebbe rientrare anche casi di anomalie psicologiche meno gravi (ad. es. le dipendenze) o semplici disturbi psichici (come l'ansietà). Interpretata in questo modo, la disposizione di cui all'art. 5, par. 3 della Direttiva si presterebbe a tutelare ipotesi ben più ampie di vulnerabilità; d'altro canto, una tale operazione ermeneutica si sposerebbe bene con la *ratio* della tutela elevata del consumatore che, come abbiamo già visto, ha giustificato una formulazione ampia delle definizioni legislative.

A parere di chi scrive, dunque, l'esigenza di un'elevata tutela del consumatore, anche da un punto di vista psicologico, impone un'interpretazione dell'intera disciplina che permetta di estendere la protezione a casi meno evidenti, ma per questo più pericolosi, di ingannevolezza e di aggressività.

In questo senso, una concezione del consumatore più attenta al suo profilo psicologico sembra rintracciarsi nelle regole del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale²²³, di cui parleremo più avanti.

In questa sede basta evidenziare che, oltre alle categorie già prese in considerazione dalla disciplina normativa tra le cd. "sensitive audiences", il Giurì di autodisciplina ha manifestato una certa attenzione verso la generale debolezza psicologica, pronunciandosi a tutela, ad esempio, di quelle persone prive "delle difese intellettuali di fronte a promesse irrazionali, ma ad alta carica emotiva"²²⁴. Più in generale, si registrano decisioni che delineano un consumatore tendente alla

220 Cfr. in tal senso N. Zorzi Galgano, *op. cit.*, p. 47

221 Espressione estratta dalla disposizione in esame, che parla di gruppi "chiaramente individuabili".

222 B. Duivenvoorde (2013), *op. cit.*, p. 76.

223 Esse, pur menzionando il "consumatore medio" non ne danno alcuna definizione; tuttavia taluni aspetti presi in considerazione dalle norme di divieto suggeriscono una maggiore attenzione a profili di integrità psicologica dello stesso, dunque a una concezione meno rigida e razionalizzante.

224 Giurì n. 36/78.

sprovvedutezza e alla distrazione, piuttosto che all'accortezza e all'attenzione²²⁵.

Diversamente da quella appena vista, la concezione giurisprudenziale europea di “consumatore medio” risulta chiaramente rigida, irrealistica, frutto più di una scelta politica.

Come già evidenziato, gli studi di psicologia e di economia comportamentale mettono in discussione l'idea di un attore razionale che, in quanto autodeterminato, si comporta in modo responsabile. Nel corso del tempo, tale modello di derivazione economico-politica neoclassica, è stato criticato sia nella sua incompletezza, sia nel suo carattere normativo-prescrittivo²²⁶.

Sulla base di tali premesse, la *Behavioural Law and Economics*²²⁷ ha avviato un filone di ricerche che, partendo dall'agire economico, è giunto fino a revisionare le tradizionali categorie di analisi dell'agire giuridico (tendenzialmente in linea con il primo²²⁸), il cui relativo soggetto (*homo iuridicus*) non si sottrae certamente alle inclinazioni psicologiche riconosciute a ogni *homo naturalis*.

Quella europea è una ricostruzione che manifesta un'insufficienza non solo teorica, perché poco aderente ai risultati di psicologia, ma anche pratica, perché inefficace per una tutela piena ed effettiva della sua libertà. Quest'ultima, d'altronde, rappresenta, anche nell'ottica del legislatore europeo, la finalità ultima di un'adeguata costruzione dello standard di consumatore medio²²⁹.

Vi è da dire che recenti provvedimenti del Parlamento Europeo²³⁰ e della Commissione²³¹ hanno evidenziato la distanza empirica tra la costruzione normativa del consumatore medio e la realtà dei fatti, manifestando altresì una certa consapevolezza sulla necessità, ai fini della stessa protezione giuridica, di tener conto anche delle scienze che si occupano del *consumer behaviour*.

E' pur vero che l'obiettivo della disciplina non può risultare quello utopico di assicurare un decisore infallibilmente razionale, ma non può negarsi la portata giuridica delle attuali forme di manipolazione e coazione psicologica adottate dal marketing, e la loro rilevanza per la tutela del consumatore: il profilo più critico, che sarà discusso più avanti, diventa allora quello di distinguere

225 Giurì nn. 29/76, 302/01, 64-56/2017, 65bis/2018; ad analogo orientamento aderisce la Corte di Cassazione Penale, come riscontrabile, per quanto riguarda ad esempio l'inganno, in Cass. pen. sez. II, 19 aprile 1991, in *Giust. pen.*, 1992, II, p. 173.

226 Cfr. A. Gentili, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in G. Rojas Elgueta e N. Verdi (a cura di), *op. cit.*, p. 91.

227 Per approfondimenti, si rinvia alla lista bibliografica contenuta nella nota 203 di p. 71.

228 E' stato evidenziato, infatti, come il modello di agire adottato dal diritto civile classico, ma anche da altre normative settoriali diverse da quella in materia di pratiche commerciali scorrette (si pensi alla disciplina bancaria e finanziaria, tutta basata sugli obblighi di informazione, ritenuti sufficienti), si sia sempre basato sulla costruzione di un soggetto di diritto come attore razionale. Il progressivo svelarsi, da parte delle ricerche in materia, delle reali componenti behavioural ha indotto anche gli studiosi di diritto a rivisitare i modelli adottati. Cfr., sul punto, G. Rojas Elgueta e N. Vardi (a cura di), *op. cit.*, pp. 13 – 14 e 202 – 203.

229 Cfr. considerando n. 18.

230 Risoluzione del Parlamento Europeo sulla strategia per rafforzare i diritti dei consumatori vulnerabili, n. 2011/2272, del 22 Maggio 2012.

231 Documento di lavoro della Commissione Europea sull'Empowerment del consumatore nell'Unione Europea, SEC (2011) n. 0469, paragrafo 4, del 22 maggio 2012. Analoghe conclusioni possono riscontrarsi in SEC (2009) 1666, p. 25.

tra influenza ragionevole e rispettosa dell'autodeterminazione, e condizionamento illecito della stessa.

In ragione di ciò, in luogo della ricostruzione del consumatore in termini di agente razionale, dovrebbe darsi spazio ad una concezione psico-emotiva dello stesso, che tenga conto sia delle pulsioni sia dei *bias*, entrambi di frequente sfruttati dal marketing contemporaneo. Occorre, dunque, tener conto sia dei fattori che incidono sul processo cognitivo, sia di quelli che influenzano l'elemento motivazionale (che non sempre corrisponde, a differenza di quanto assunto dal modello razionale, alla massimizzazione del profitto) del comportamento individuale, fattori i quali possono essere percepiti dal consumatore più o meno consapevolmente.

Va evidenziato che una definizione di consumatore medio, e di quello particolarmente vulnerabile, più ampia e realistica diventa aspetto preliminare, ed imprescindibile, per una concezione della sua libertà più attenta alle variabili che intervengono nel processo decisionale.

Dal canto suo, una ricostruzione della libertà consumeristica più attenta ai profili psico-emotivi diventa condizione necessaria per la piena protezione del consumatore: vediamo cosa s'intende, dunque, per "libertà del consumatore".

3.4 La libertà del consumatore

“meglio è definire la mia libertà esterna (cioè giuridica) come la facoltà di non obbedire ad altre leggi esterne, se non a quelle cui ho potuto dare il mio assenso”

(I. Kant)

“La ricerca condotta nell'ambito delle scienze del comportamento e della cognizione permette oggi di essere assolutamente certi che l'essere umano, e quindi il consumatore, non elabora l'informazione senza che questa venga alterata, soggettivamente reinterpretata, o distorta (...). Il funzionamento della memoria umana, i preconcetti normativi, le influenze inconsapevoli e non controllate sono solo alcuni dei fattori che predispongono alla distorsione dell'informazione”

(N. Guéguen)

La lettura delle disposizioni in materia di pratiche commerciali scorrette ha suggerito che, insieme alla correttezza del mercato, il valore giuridico centrale dell'intero *corpus* normativo è rappresentato dalla libertà del consumatore. Essa, infatti, è il vero e proprio oggetto di quella “tutela elevata” a cui la disciplina consumeristica fa costante riferimento.

Da un punto di vista costituzionale (art. 41), inoltre, la libertà è configurata tra i limiti al libero esercizio della libertà di iniziativa economica privata, insieme alla dignità umana e alla sicurezza: in tal modo, essa si presenta come valore fondamentale superiore, rispetto a cui l'attività di impresa deve bilanciarsi e limitarsi.

Occorre ora dedicare qualche breve riflessione al concetto di libertà, e al suo significato nella disciplina delineata dalla Direttiva 05/29 e dal Codice del Consumo²³².

La sua analisi si presenta, inoltre, ancor più opportuna, se si pensa che, nella società consumistica, l'impulso ad adempiere alle direttive veicolate dalle ultime offerte di mercato, e osannate dai messaggi pubblicitari, viene percepito dal consumatore come espressione della propria libertà.

Occorre, a tal fine, sottolineare come da una determinata costruzione teorica del “consumatore”

232 Un contributo importante per la sensibilizzazione del tema, all'interno della dottrina italiana, va certamente riconosciuto a Libertini, il quale ha proposto, nonostante ancora una certa aridità giurisprudenziale, la categoria degli atti lesivi della libertà del consumatore. Cfr. M. Libertini, *Lezioni di diritto industriale*, Catania, 1979.

derivi una particolare, conseguente, valutazione della sua libertà.

Appare evidente, infatti, che una concezione di consumatore quale *homo oeconomicus* razionale si rifletta anche negli strumenti predisposti alla sua tutela. Per questo motivo, l'interpretazione comune della disciplina vigente, basandosi su una simile costruzione del parametro soggettivo di riferimento, sembra ritenere sufficiente stabilire un insieme di obblighi di informazione e di chiarezza precontrattuale e contrattuale, nella convinzione che l'unica asimmetria da riequilibrare sia quella informativa (cd. "paradigma informativo")²³³. Ciò si traduce, a livello normativo, nella previsione dei diritti ad un'adeguata informazione e all'educazione (art. 2 cod. cons.), e nella indicazione di un contenuto minimo di informazioni che il professionista è tenuto a fornire.

Esemplari sono, in questo senso, gli obblighi di informazione in materia di contratti stipulati fuori dai locali commerciali o a distanza (art. 49 Cod. Cons.), nonché nel settore bancario e finanziario (cfr. T.U.B. e T.U.F.).

E' pur vero che, come abbiamo visto sopra, il legislatore si manifesta consapevole della possibilità di ingannare attraverso le semplici modalità di presentazione di un messaggio, aprendosi a interpretazioni più ampie di ingannevolezza; tuttavia, sembrerebbe finora che, con riguardo a quelle pratiche che, come la pubblicità, consistano nella comunicazione di informazioni, la libertà del consumatore verrebbe tutelata intervenendo esclusivamente su forme di evidente falsità od omissione fuorvianti, o su una presentazione palesemente ambigua ed oscura.

Nel caso della pratica aggressiva, pur sussistendo l'indizio normativo dell'"indebito condizionamento" quale categoria autonoma rispetto alla coercizione, finora, come vedremo nel prosieguo, la prassi applicativa della disciplina ha manifestato una tendenza a considerare compromessa la libertà del consumatore, in sostanza, solo nei casi di "invasione" fisica e di evidente limitazione dell'autonomia nell'atto di acquisto.

In assenza di simili forme di scorrettezza, infatti, secondo la concezione prevalente, il consumatore medio, nella sua ordinaria razionalità, con attenzione e avvedutezza giungerebbe ad una decisione libera e consapevole.

In questi termini, la libertà del consumatore coinciderebbe con il possesso sufficiente di informazioni, non essendo minimamente messa in dubbio la sua razionalità.

E' pur vero che il ruolo delle informazioni va considerato tutt'altro che marginale per prendere una decisione libera e consapevole, e in tal senso un pluralismo informativo sull'attività commerciale dei

233 Cfr.: I. Domurath (2013), *The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law – An Inquiry into the Paradigms of Consumer Law*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 3, pp. 124 – 137; B. Duivenvoorde (2014), *The Consumer Benchmark in the Unfair Commercial Practices Directive*, cit, p. 30 ss; M. G. Faure e H. A. Luth, *op. cit.*, pp. 340-343; U. Morera, *Irrazionalità del contraente investitore e regole di tutela*, in G. Rojas Elgueta (a cura di), *op. cit.*, p. 202 ss.; G. Straetmans (2016), *Misleading practices, the consumer information model and consumer protection*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 5, pp. 199 – 210.

professionisti e sui loro prodotti avrebbe certamente degli effetti positivi nella “democrazia” del mercato. Il consumatore medio non conosce, infatti, né l'origine né, solitamente, le caratteristiche della maggior parte dei beni che acquista ed utilizza. La decisione avviene sulla base di quelle poche informazioni che il professionista mette a disposizione, evidenziandone alcune piuttosto che altre.

Come si vedrà, proprio per tali ragioni, il ruolo delle informazioni nella comunicazione commerciale verrà valorizzato quando si procederà, nel successivo capitolo, alla valutazione delle forme di scorrettezza, anche psicologica, della pratica pubblicitaria.

Nonostante ciò, a parere dello scrivente, il possesso di un insieme di informazioni completo, pur importante per la decisione economica, non può ritenersi sufficiente ad assicurare una piena libertà del consumatore²³⁴. Oltre al fatto, ormai evidente, che in circostanze frequenti (come la navigazione su internet) il consumatore manifesta una certa avversione rispetto alla lettura delle informazioni, la cui enorme quantità può, altresì, risultare controproducente in termini di “informazione” (per il cd. “*overload* informativo”), va evidenziato come anche un insieme di informazioni completo può fuorviare la consapevolezza del consumatore: si pensi, ad esempio, ad una presentazione di informazioni che, seppur formalmente veritiera, sfrutti taluni *bias* cognitivi, come il *framing effect* o l'*anchoring effect*, distorcendo la loro percezione da parte del consumatore. Di questo, d'altronde, il legislatore sembra manifestare una certa consapevolezza, nella misura in cui stigmatizza forme di ingannevolezza dovute più alle modalità di presentazione dell'informazione che al contenuto della stessa.

Considerando che il consumatore, lungi dall'essere un attore razionale, attento ed avveduto, risulta invece spesso caratterizzato da impulsività, irrazionalità e instabilità cognitiva, occorre dare alla libertà un contenuto diverso e più ampio di quello finora attribuito. Ad essa occorre dare, piuttosto, un contenuto pragmaticamente orientato, che tenga conto di tutti i fattori che principalmente possono condizionarla.

Tale libertà non può definirsi, esclusivamente, come assenza di vincoli in una situazione che, formalmente, risulta simmetrica dal punto di vista informativo; questa sarebbe una concezione astratta ed irrealistica di libertà, riferita ad un modello altrettanto distante dall'essere umano reale. Non può, infatti, dirsi libero colui che, costantemente indotto dall'attività di *marketing* al desiderio di possedere sempre nuovi prodotti, mediante lo sfruttamento di paura, desiderio sessuale, credulità, insicurezza o altre pulsioni, agisca nel senso del consumo di beni di cui, diversamente, non avrebbe neanche sentito il bisogno (cd. “prodotto psicologico”²³⁵). Non può neppure dirsi libero colui che, per la fretta, il contesto, il modo di presentazione delle informazioni, compia l'atto di consumo

234 Ad analoga conclusione giunge anche R. Caterina, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit.

235 Vedi sopra, p. 30.

condizionato da errori cognitivi (*biases*) e da euristiche deliberatamente sfruttate e incentivate dal professionista.

Abbiamo visto, infatti, come il *marketing* contemporaneo, e in particolare la pubblicità, ricorra alla psicologia, nelle sue diverse articolazioni (teoria comportamentale, *heuristics and biases*, psicoanalisi), per attuare una persuasione al consumo quanto più efficace possibile.

Occorre, dunque, evitare che l'abilità di attori del mercato nella costruzione del messaggio e nella sua presentazione si traduca nello sfruttamento delle tendenze non razionali del consumatore al fine di condizionarne il comportamento, le preferenze e la percezione dell'utilità delle proprie scelte²³⁶.

Occorre, in altre parole, ricomprendere, nella valutazione dell'ingannevolezza o dell'aggressività della pratica pubblicitaria anche le forme meno evidenti e più insidiose di condizionamento cognitivo/emotivo della scelta consumeristica, in modo da attribuirvi un ruolo importante (almeno quanto ai fattori più evidenti) nell'attività di protezione del decisore e della sua libertà.

Strettamente connessa alla libertà è, infatti, anche la razionalità del processo decisionale, la quale non va presupposta, ma giuridicamente perseguita e tutelata. La stessa implica, dal canto suo, una certa consapevolezza della scelta, aderenza di questa alle proprie esigenze²³⁷ e alla propria condizione economica e sociale.

La libertà di autodeterminazione presuppone anche la libertà di pensiero, senza la quale la decisione si caratterizzerebbe per una meccanicità ed un'automaticità tipiche di un essere alienato, non libero.

La libertà di pensiero, a sua volta, consiste nella libera formazione e scelta delle proprie idee, desideri e orientamenti.

La libertà, quindi, è la capacità e la possibilità di agire secondo ragione²³⁸, “spontaneitas intelligentis”²³⁹, cioè di chi è in grado di “intelligere”, distinguendo e soppesando le decisioni.

Una volontà inconsapevole, cognitivamente fuorviata, emotivamente dettata, patologicamente dipendente da fattori esterni, non può definirsi libertà²⁴⁰, ma al massimo “arbitrio”, privo di ogni giustificazione razionale²⁴¹.

Quanto al dettato normativo, quando il legislatore parla di “scelta che altrimenti non avrebbe preso”, certamente non si riferisce a un simile tipo di decisione del consumatore: dobbiamo ritenere

236 Cfr., in tal senso, J.D. Hanson e D.A. Kysar (1999), *Taking behavioralism seriously: the problem of market manipulation*, cit.

237 Spinoza distingueva già tra “desideri attivi”, radicati nelle condizioni naturali dell'esistenza, e “desideri passivi”, prodotti artificialmente da condizioni che limitano la libertà. Cfr. B. Spinoza, *Etica*, Bollati Boringhieri, Torino, 2006.

238 Una simile interpretazione della libertà può ritrovarsi anticamente nella filosofia di Aristotele, in *Etica Nicomachea*, Laterza, Bari, 2005 (XIII ed.). Allo stesso modo, la connessione tra libertà e ragione si rintraccia nelle filosofie illuministiche, come quella kantiana, e nella successiva filosofia della dialettica hegeliana.

239 G.W. Leibniz, *Scritti filosofici*, vol. I, UTET, Torino, 2000.

240 Cfr., inoltre, E. Fromm, *Psicoanalisi della società contemporanea*, cit., p. 305

241 La distinzione tra “libertà” e “arbitrio” è tratta da I. Kant, il quale ritiene che l'autonomia consista nella possibilità dell'uomo di obbedire esclusivamente a leggi che lo stesso si è liberamente dato. Cfr. I. Kant, *Critica della ragion pratica*, Laterza, Bari, 2006.

che lo stesso abbia a mente una scelta consapevole e incondizionata. Dobbiamo altresì intendere “la scelta” tutelata non solo come decisione di consumare un altro bene, ma anche di non consumarne alcuno.

E' dunque chiaro che l'attribuzione di tali contenuti alla libertà del consumatore diventa un'operazione ermeneutica necessaria per garantire una tutela elevata dello stesso.

In altre parole, la correttezza delle pratiche commerciali, strumentale alla libertà del consumatore, implica che la legge vada intesa nel senso di tutelare il percorso decisionale del consumatore da ogni ingerenza fisica e, inoltre, psico-emotiva.

Risulta evidente, rispetto a quanto detto, l'importanza dell'elemento informativo ma, al contempo, l'insufficienza di una tutela limitata all'informazione e all'educazione informativa.

Dunque, non solo occorre valutare negativamente ogni evidente falsità e spasmodica ricerca dell'attenzione del consumatore che si inserisca, mediante coercizione fisica, in quei pochi frammenti di tempo rimasti inutilizzati (si pensi ai casi di cui all'art. 26, lettere *b* e *c*²⁴²), ma anche ogni più subdola e inconscia influenza che determini un “indebito” condizionamento nell'atto di consumo, nei termini che vedremo nel prosieguo della trattazione.

D'altronde, anche la regolazione delle pratiche commerciali scorrette non nasconde l'inclinazione a collegare libertà e razionalità, nei suoi sparsi riferimenti alla “decisione consapevole”. La stessa espressione “indurre ad una scelta che altrimenti non avrebbe preso” traduce, in sostanza, il concetto di “rovesciamento delle preferenze”, tanto familiare alla psicologia della decisione²⁴³.

Abbiamo visto prima che soprattutto nell'ambito della pratica pubblicitaria, ormai da tempo, vengono applicate frequentemente articolate strategie di manipolazione psicologica, più o meno determinanti, che rendono la comunicazione commerciale particolarmente insidiosa.

Sfruttando, infatti, le debolezze psico-emotive del consumatore e i suoi *bias* cognitivi, la pubblicità spesso mina la sua libertà, come vedremo nel prossimo capitolo, o ingannandolo da un punto di vista cognitivo o condizionandolo indebitamente da un punto di vista psicologico, negando tra l'altro ogni elemento informativo potenzialmente d'ausilio per una scelta consapevole.

Premessi dunque gli aspetti socio-psicologici coinvolti nell'atto di consumo, tenuto conto degli stessi nella configurazione del consumatore medio/particolarmente vulnerabile, considerando altresì lo sfruttamento pubblicitario dei medesimi per manipolare il comportamento del consumatore, e avendo a mente la sua piena libertà come valore centrale complementare alla correttezza del mercato, occorre a questo punto identificare quali effetti tutto ciò abbia sull'interpretazione della disciplina consumeristica delle pratiche commerciali scorrette.

242 Riferiti, rispettivamente, alle visite indesiderate presso l'abitazione e alle ripetute e non richieste sollecitazioni mediante telefono o altro mezzo di comunicazione a distanza.

243 N. Bonini & C. Hadjichristidis, *Il senso senso. Emozione e ragione nella decisione*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2009, pp. 34-35.

Una simile operazione non risulta, d'altronde, nuova in ambito dottrinale. Negli ultimi anni, infatti, vari studiosi hanno analizzato il tema della manipolazione del consumatore e della sua piena tutela, concentrandosi, principalmente, sui *bias* cognitivi relativi alla percezione delle informazioni sui rischi, o sui costi, dei prodotti²⁴⁴. Meno ricca è certamente la ricerca accademica sulla rilevanza giuridica dell'aggressività psicologica²⁴⁵: risulta, però, già dalla stessa evidente che l'unico elemento normativo a cui poter ancorare una simile lettura dell'aggressività è il riferimento all' "indebito condizionamento" da parte degli artt. 8 Dir. 05/29 e 24 Cod. Cons.

Una lettura della disciplina sulle pratiche commerciali sleali che consideri anche i profili psicologici del comportamento economico, sebbene limitandoli ai risultati dell'economia comportamentale, è stata sollecitata anche dall' *EU Directorate-General for Health and Consumers*, organo interno alla Commissione europea.

Analoghe considerazioni possono farsi in relazione ad un recente orientamento dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (O.E.C.D.), la quale ha predisposto un *Consumer Policy Toolkit*, il cui report finale è stato redatto nel 2010. In esso si è messo in luce da un lato l'importanza di tenere in considerazione i risultati della *behavioural economics* nella predisposizione delle informazioni commerciali, e dall'altro il ruolo dell'educazione del consumatore, il quale andrebbe reso edotto non solo delle ordinarie informazioni sul prodotto, ma anche dei propri errori cognitivi²⁴⁶.

Vi è da dire che, come evidenziato²⁴⁷, il valore del documento suddetto è limitato ad una funzione di proposta nei confronti dei legislatori nazionali; considerando gli operatori del diritto, ne risulta che l'analisi degli aspetti comportamentali dallo stesso considerata appare più come un aspetto complementare di ricerca, che come un criterio di applicazione pratica.

Esso, purtuttavia, insieme agli orientamenti del Parlamento europeo e della Commissione prima indicati, dimostra un'iniziale apertura delle istituzioni europee verso una progressiva considerazione delle ricerche in materia di psicologia del consumatore.

Nel prosieguo della trattazione, oltre ad analizzare gli errori cognitivi quale possibile terreno per lo sviluppo di nuove pratiche ingannevoli (artt. 6 e 7 Dir. 05/29), dedicheremo grande attenzione anche al condizionamento psico-emotivo derivante dalla strumentalizzazione delle pulsioni evidenziate dalla psico-analisi, quale particolare forma di aggressività. In tal senso, i riferimenti all'"indebito

244 In tale filone, cfr.: W.H. van Boom (2011), *op. cit.*; R. Caterina, *opp. citt.*; M. G. Faure & H. L. Luth (2011), *op. cit.*; J. D. Hanson & D. A. Kysar, *opp. citt.*; L. A. Reisch & M. Zhao (2017), *op. cit.*; G. Rojas Elgueta e N. Vordi (a cura di), *op. cit.*; J. Trzaskowski, *opp. citt.*

245 Cfr.: R. Caterina, *Pratiche commerciali scorrette e psicologia del consumatore*, cit.; M. Fusi, *op. cit.*; J. Trzaskowski, *op. cit.*

246 Il documento manifesta anche una certa consapevolezza sulle concrete modalità in cui può esprimersi l'euristica del consumatore, indicando taluni esempi di sfruttamento dei *biases*.

247 M. Lissowska (2011), *Overview of BE elements in the OECD Consumer policy toolkit*, in *Journal of Consumer Policy*, 34: 393 – 398.

condizionamento” e alla libertà di scelta “o di comportamento” di cui all'art. 8 Dir. 05/29 (e 24 Cod. Cons.), diventeranno i punti di riferimento normativi per una simile rilettura.

Nonostante vi sia chi ritenga che un'interpretazione in chiave socio-psicologica della scelta di consumo, e dunque della libertà consumeristica, “renderebbe impraticabile la disciplina”, ammettendo la legittimità della pubblicità suggestiva²⁴⁸, qui si ritiene che, invece, la tutela della libertà del consumatore non possa prescindere dalla stigmatizzazione delle forme, d'altronde molto diffuse, di manipolazione psicologica della sua percezione e decisione. Occorrerà valutare la misura in cui un condizionamento psicologico deve intendersi contrario ai principi della disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

In particolare, l'attenzione ritornerà sull'attività pubblicitaria in quanto, da un lato essa rappresenta la principale forma di *marketing* contemporaneo e su cui maggiormente investono gli imprenditori, e dall'altro è proprio quella in cui l'applicazione delle tecniche di manipolazione psicologica è divenuta la prassi ordinaria e, ormai, ha assunto una portata che non può più essere indifferente al diritto.

Il discorso pubblicitario, infatti, si presenta oggi assolutamente privo di valore informativo e, lungi dal sollecitare una valutazione sull'utilità del prodotto, o un bilanciamento costi-benefici, interpella l'individuo, e lo suggestiona facendo appello ad aspetti tutt'altro che razionali²⁴⁹ e completamente slegati dalle caratteristiche del bene proposto²⁵⁰. Se poi si pensa, inoltre, che si tratta di una comunicazione imposta, come spesso si dimentica, la repressione giuridica delle sue forme di manipolazione diventa ancora più opportuna.

248 M. Libertini, *op. cit.*, p. 99.

249 Essa inoltre, in antitesi rispetto al tempo della riflessione, si presta ad incentivare quella tendenza alla rapida dimenticanza ed eliminazione, in continuo movimento, del precedente acquisto e alla valorizzazione del “*hic et nunc*” e del nuovo, in sostituzione del primo. Cfr., Z. Bauman, *Homo consumens, cit.*, p. 25.

250 Si rinvia, per approfondimenti, al secondo capitolo.

Capitolo IV

Disciplina della pubblicità e tutela psicologica del consumatore

4.1 La regolazione pubblicitaria e il codice di autodisciplina

“La pubblicità deve essere onesta, veritiera e corretta”

(Art. 1 Codice di Autodisciplina)

L'attività pubblicitaria, come visto sopra, rappresenta un fenomeno sociale di grande portata, in grado di toccare ed influenzare diversi valori giuridicamente rilevanti: dalla libertà del consumatore all'ordine pubblico, dalla pubblica decenza alla salute collettiva.

La sua lettura in chiave giuridica deve articolarsi in modo da chiarire sia le varie fonti normative coinvolte, sia il modo in cui il legislatore, tanto nazionale quanto comunitario, ha inteso regolare questa forma di marketing: l'analisi dell'attuale regolazione giuridica, come quella della sua concreta applicazione, diventeranno strumentali alla prospettazione di una protezione della libertà del consumatore da quelle che sono le forme più subdole di pubblicità ingannevole e aggressiva.

L'attività pubblicitaria è oggi destinataria di attenzione da parte dell'ordinamento giuridico sotto molteplici profili²⁵¹.

Da un punto di vista costituzionale, tanto la dottrina²⁵² quanto la giurisprudenza²⁵³ sembrano ormai orientarsi nel senso di configurare la pubblicità quale espressione della libertà di iniziativa economica privata, prevista dall'art. 41 della Costituzione italiana: essa dunque è libera, salvo il rispetto dell'utilità sociale, della dignità e della libertà dell'uomo. Il movente prettamente commerciale esclude, infatti, l'ipotesi di ricondurla alla libera manifestazione del pensiero (art. 21

251 Si pensi, secondo un approccio civilistico, alla materia della concorrenza sleale, del diritto d'autore, o alla qualificazione della pubblicità come offerta al pubblico (art. 1336 c.c.), promessa al pubblico (art. 1989 c.c.) o come un invito a proporre.

252 Per approfondimenti, cfr. M. Fusi e P. Testa, *Diritto e pubblicità*, Lupetti, Milano, 2006, pp. 21-23. Una conferma di tale posizione può ritrovarsi anche in A. Zancchi, *op. cit.*, p. 58.

253 Aderiscono a tale posizione sia la Corte Costituzionale (sent. 11 ottobre 1985, n. 231), sia la Corte di Cassazione (sent. 23 marzo 2001, n. 4183), sia, infine, il Giurì di Autodisciplina (n. 21/91 e n. 161/93).

Cost.), pur accreditata altrove²⁵⁴. Tra la dottrina minoritaria sul punto vi è chi²⁵⁵, ad esempio, deduce dalla configurazione legislativa di un diritto all'informazione (art. 2, lett. c Cod. Cons.) una necessaria, implicita, collocazione dell'attività pubblicitaria tra le forme di manifestazione del pensiero, tutelate dall'art. 21 Cost., non potendosi inquadrare, secondo tale interpretazione, il diritto suddetto nell' "utilità sociale" idonea a giustificare, ex. art. 41 Cost., un limite all'attività imprenditoriale. A ben vedere, tuttavia, tra i limiti all'attività imprenditoriale stabiliti da quest'ultima disposizione costituzionale vi sono anche la "dignità" e la "libertà". Con riguardo a quest'ultima, non sembra difficile, come più volte suggerito in questa sede, riconnettervi il diritto ad un'adeguata informazione, strumentale (ancorché di per sé non sufficiente) ad una scelta consapevole e libera.

Ad ogni modo, giova ripeterlo, la finalità evidentemente commerciale della comunicazione pubblicitaria è stata riconosciuta dalla giurisprudenza unanime (costituzionale e di legittimità) e dalla dottrina prevalente, con un definitivo suo inquadramento tra le attività imprenditoriali tutelate dall'art. 41 della Costituzione.

Una tale collocazione costituzionale suggerisce, dunque, la necessità di subordinare l'attività pubblicitaria ai valori della libertà e della dignità umana. Ciò, d'altronde, è confermato dalla normativa, prima vista, in materia di pratiche commerciali scorrette, dovendosi definitivamente considerare la pubblicità una "pratica commerciale" in essa rientrante.

Come si vedrà, tuttavia, un ruolo rilevante va riconosciuto anche a talune discipline normative settoriali e, infine, al Codice di Autodisciplina della comunicazione commerciale.

Se ad oggi non sembrano esservi dubbi circa l'appartenenza della pratica pubblicitaria all'alveo delle condotte regolate dalla Direttiva 05/29, occorre evidenziare che, già prima di questa, la comunicazione commerciale era oggetto di disciplina normativa a livello europeo

Essa, infatti, trovava la propria regolazione già nelle direttive 84/450/CE e 97/55/CE²⁵⁶.

La prima direttiva, di armonizzazione minima, è stata attuata in ambito nazionale attraverso il D. Lgs. n. 74 del 1992, ed era espressamente dedicata alla pubblicità ingannevole, a tutela sia dei

254 Ad esempio nella giurisprudenza statunitense, o anche della Corte Europea dei diritti dell'uomo (cfr., ad esempio, Sent. 17 ottobre 2002, *Stambuck c. Germania*, in *AIDA*, 2003, p. 875), la quale l'ha riferita all'art 10 della CEDU: questa disposizione, pur prevedendo la libertà di espressione, la subordina tuttavia al rispetto di eventuali formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che risultino necessarie in una società democratica. E' pur vero, però, che la lettura europea dell'attività pubblicitaria, soprattutto dopo la direttiva 05/29, appare ormai univocamente orientata verso la sua identificazione con la pratica commerciale, con tutte le sue conseguenze in termini di limiti e regolazione.

255 Cfr. A. G. Cianci, *Comunicazione pubblicitaria e contratti del consumatore. Dal motivo allo status relazionale*, cit., p. 6 ss. Lo stesso autore, nel tentativo di inquadrare l'attività pubblicitaria secondo lo schema di cui all'art. 21 Cost., richiama una sentenza che, analizzando i limiti della disposizione, trattava della liceità di giudizi di valore sull'attività economica di terzi, contenuti in un periodico che avrebbe avuto, a livello editoriale, dei contatti con un concorrente di questi ultimi. Non sembra, tuttavia, potersi confrontare una simile circostanza con l'attività pubblicitaria, essendo quest'ultima totalmente assente, e riguardando piuttosto materiale giornalistico evidentemente sindacabile secondo i suoi parametri.

256 Cfr., per una breve ricostruzione dell'evoluzione normativa, V. Meli, *Voce "Pubblicità ingannevole"*, cit.

consumatori che delle imprese concorrenti. Il decreto, inoltre, alle disposizioni della direttiva aggiungeva talune regole sulla protezione dei minori, sui prodotti pericolosi e sulla trasparenza.

Invece, la Dir. 97/55 (di armonizzazione massima), recepita in Italia con il D. Lgs. n. 67 del 2000 che ha innovato il decreto anzidetto, limitava, ad esclusiva tutela dei professionisti, la pubblicità comparativa, ovvero quella forma di pubblicità che confronta²⁵⁷ l'azienda o il prodotto con quelli di imprese concorrenti. E' chiaro che, in questa sede, occupandoci esclusivamente della tutela della libertà consumeristica, la pubblicità comparativa potrà rilevare²⁵⁸ esclusivamente se idonea a realizzare un inganno anche nei confronti dei consumatori; in sostanza, solo se si configura l'ipotesi ora prevista dall'art. 6, par. 2, lett. a, Dir. 05/29 (art. 21, comma 2 lett. a, Cod. Cons.)²⁵⁹.

Successivamente, con l'emanazione della Direttiva n. 05/29, la regolazione dell'attività pubblicitaria è confluita proprio nella disciplina riguardante, più genericamente, le pratiche commerciali.

Infatti, la direttiva e i suoi decreti di attuazione (D. Lgs. nn. 145 e 146 del 2007) hanno sostituito la precedente regolazione della comunicazione commerciale, come confermato dagli artt. 14 e 15 della Dir. 05/29 che indicano, rispettivamente, le modifiche apportate alle Direttive 84/450 e 97/55, le quali risultano oggi applicabili ad esclusiva tutela dei professionisti.

La disciplina generale sulla pratica pubblicitaria, in ambito nazionale, si trova ora distribuita in due fonti: il D. Lgs. n. 145/2007, in cui sono state trasposte le disposizioni prima previste dal D. Lgs. n. 74/92, a tutela dei professionisti concorrenti, contro la pubblicità ingannevole o comparativa illecita; il Codice del Consumo, agli artt. 18 ss., che invece si occupa della pubblicità come pratica commerciale a tutela dei consumatori.

Si è evidenziato²⁶⁰ come le due discipline non risultino totalmente sconnesse, ma anzi reciprocamente “contaminate”: mentre, infatti, l'art. 4, D. Lgs. 145/07 rinvia agli artt. 21, 22 e 23 Cod. Cons. per la valutazione dell'ingannevolezza, l'art. 21, comma 2, lett. a Cod. Cons., dal canto suo, fa riferimento alla pubblicità comparativa illecita.

Trattandosi di una pratica commerciale (come confermato dalla definizione *ex art. 2, lett d, Dir. 05/29*) la pubblicità va analizzata attraverso le categorie e i criteri indicati dalla normativa prevista dalla Direttiva 05/29 e dal Codice del consumo, esposta nel capitolo precedente.

Occorre incidentalmente precisare, a conferma della più generale importanza assunta dalla

257 Vi sono tre tipi di comparazione: la comparazione “diretta”, in cui vi è un'espressa citazione dei concorrenti paragonati; la comparazione “indiretta”, in cui invece questi non risultano individuabili; la comparazione “superlativa”, che definisce in modo, appunto, superlativo, il prodotto pubblicizzato (ad. es. “il migliore del settore”), creando dunque implicitamente un paragone che scredita le altre imprese.

258 Essa, tuttavia, può certamente annoverarsi, insieme alla pubblicità ingannevole, anche tra gli “atti di concorrenza sleale” di cui all'art. 2598 c.c., rispetto a cui le disposizioni di autodisciplina rappresentano un parametro di valutazione della correttezza professionale (Cass. Civ., 15 febbraio 1999, n. 1259, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, p. 345).

259 Anche il Codice di Autodisciplina prevede, agli artt. 13, 14 e 15, disposizioni contro forme di comparazione e denigrazione dei concorrenti, soprattutto ove atte ad ingenerare confusione.

260 G. Alpa e A. Catricalà, *op. cit.*, p. 196.

comunicazione pubblicitaria per la disciplina consumeristica, che quanto affermato da un venditore in sede promozionale di beni di consumo può, inoltre, divenire negozialmente vincolante, in funzione del meccanismo di cui all'art. 129 del Codice del Consumo²⁶¹. Quest'ultima disposizione, a tutela delle aspettative del singolo consumatore acquirente, prevede infatti che la conformità al contratto del bene consegnato, obbligatoria per il professionista, si presume sussistente quando il bene è conforme "alla descrizione fatta dal venditore". In questo modo, le affermazioni sulle caratteristiche del prodotto effettuate in ambito pubblicitario (escluse, chiaramente, quelle iperboliche) possono ben tradursi in volontà negoziale per il professionista, con le conseguenze derivanti *ex lege*²⁶².

Un simile meccanismo ben si sposa con il *trend* normativo, di derivazione europea, che attribuisce in sede civile una certa rilevanza anche alle dichiarazioni informative, seppur collocate a monte della fase propriamente negoziale, derivanti dalla parte forte del contratto: da ciò consegue un progressivo sfumarsi della differenza tra comunicazione pubblicitaria e trattative contrattuali, confermato dai richiami alla "correttezza" e alla "buona fede" di cui all'art. 2, co. 2, lett. *c-bis*, non senza assonanze con la responsabilità di cui all'art. 1337 del Codice Civile.

La nozione giuridica di attività pubblicitaria va ricostruita²⁶³ guardando al combinato disposto di cui agli artt. 18, lett. *d* del Codice del Consumo e 2, lett. *u* del D. Lgs. 177/05 (T.U. in materia di radio-televisione); essa, in sintesi, è una forma di comunicazione di un'impresa, rivolta alla collettività attraverso mezzi di comunicazione di massa al fine di sollecitare un certo comportamento economico.

Analogamente, la lettera *e* del Codice di Autodisciplina definisce la "comunicazione commerciale", includendovi, accanto alla pubblicità, ogni altra forma di comunicazione, anche istituzionale, diretta a promuovere la vendita di beni o servizi, quali che siano le modalità utilizzate.

Da questa definizione possiamo estrapolare i singoli elementi che compongono la pratica pubblicitaria.

Si tratta, innanzi tutto, di una comunicazione, con tale intendendosi qualsiasi messaggio, anche non

261 Non solo: si pensi anche alla rilevanza giuridica che assume una corretta e trasparente presentazione del prodotto per la normativa in tema di "responsabilità del produttore" (art. 114 ss. Cod. Cons.). Va, infatti, notato che, tra gli elementi che possono determinare il carattere difettoso del prodotto, rientra anche "la sua presentazione" da parte del produttore (o di colui che, nel suo interesse, realizza il messaggio pubblicitario), ove idonea a rendere il prodotto inidoneo ad offrire "la sicurezza che ci si può legittimamente attendere" (art. 117 Cod. Cons.).

262 Sul punto, cfr. A. G. Cianci, *op. cit.*, pp. 37 – 38.

263 Prima vi era la definizione di cui all'art. 2 lett. *a* del D. Lgs. 74/1992 che, in conformità alla Dir. 84/450, descriveva la pubblicità come «qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili, la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi oppure la prestazione di opere o di servizi». Per la ricostruzione della sua definizione, cfr., in dottrina: M. Fusi e P. Testa, *op. cit.*, pp. 33-44; V. Meli, *op. cit.*, p. 3 ss.

verbale²⁶⁴, in grado di identificare un'impresa o un prodotto. Secondo il Codice di Autodisciplina, il termine “messaggio” comprende ogni forma di presentazione di prodotti al pubblico, comprendendo altresì l'imballaggio, la confezione ed altri elementi simili²⁶⁵.

Pur essendo essa rivolta alla collettività, va rilevato che, ad una impersonalità procedurale si accompagna una personalizzazione dei contenuti, grazie alla progressiva diffusione di strumenti che, attraverso i *cookies* (contratti di cessione di dati personali), permettono di individuare i gusti e le tendenze dei singoli consumatori. E' chiaro che tale circostanza non può non essere tenuta in considerazione per valutare la scorrettezza della pratica pubblicitaria, soprattutto in termini di aggressività psicologica, potendo bene un messaggio commerciale sfruttare ciò che più coinvolge personalmente il consumatore.

Ancora, deve trattarsi di una comunicazione effettuata, o quanto meno promossa, da un'impresa, dunque da un “professionista” nel senso indicato dall'art. 2 lett. *b* Dir. 05/29 (art. 18, lett. *b* Cod. Cons.)²⁶⁶. Si tratta, solitamente, di imprese commerciali che si avvalgono di agenzie pubblicitarie altamente specializzate per sviluppare un messaggio quanto più efficace possibile.

Infine, occorre la finalità promozionale del messaggio, la quale può anche essere “mediata”, dunque perseguita indirettamente: si pensi ai casi di pubblicità “istituzionale”²⁶⁷, cioè avente ad oggetto esclusivo la descrizione positiva dell'ente commerciale, o ancora ai casi di sponsorizzazione di persone ed eventi.

Se una comunicazione possiede tali requisiti rientra nella categoria di pubblicità, e dunque sarà soggetta alle disposizioni previste, non solo dalla disciplina delle pratiche commerciali (e di quelle sopra indicate), ma anche dal Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, e, come vedremo, da talune normative settoriali relative al mezzo di comunicazione o a particolari tipologie di prodotti.

Innanzitutto, guardiamo alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, essendo questo il *corpus* normativo più ampio a cui fare riferimento.

In base alle sue disposizioni, già viste sopra, la pubblicità: non dovrà essere scorretta, più genericamente, ai sensi dell'art. 5 Dir. (e 20 Cod. Cons.); non dovrà risultare ingannevole, neanche per omissione, ai sensi degli artt. 6 e 7 Dir. (21 e 22 Cod. Cons.); non dovrà neanche essere aggressiva, secondo gli artt. 8 e 9 Dir. (24 e 25 Cod. Cons.); non dovrà, infine, rientrare nelle ipotesi

264 Come, ad esempio, l'utilizzo di particolari colori identificativi (Giurì n. 3/90).

265 A conferma di ciò, vedi Giurì n. 26/83 e n. 164/91. Anche l'A.G.C.M. è orientata verso tale interpretazione estensiva di messaggio (cfr. Relazione annuale del 2004 e, nella prassi, PI/940, 21 novembre 1996, Prov. n. 4437, in *Boll.* 47/96).

266 Dunque, vanno escluse le forme di propaganda politica, religiosa, di associazioni con scopi solidali (A.G.C.M. PI/2139, 17 dicembre 1998, Prov. n. 6720, in *Boll.* 51/1998). Rientrano, invece, nell'alveo delle pubblicità considerate quelle su iniziativa di enti pubblici, purché a carattere economico (Cass. Civ., Sez. I, 25 luglio 2001, n. 10127, in *Giust. Civ.*, 2002, I, p. 685).

267 Cfr., in tal senso, A.G.C.M. PI/660, 21 febbraio 1996, Prov. n. 3635, in *Boll.* 8/96 e Giurì n. 49/92.

tipicamente previste di pratiche in ogni caso ingannevoli o aggressive.

Del contenuto di queste disposizioni abbiamo già ampiamente parlato nel capitolo precedente; come, invece, le loro categorie si declinano nel caso della pratica pubblicitaria verrà analizzato nel prossimo paragrafo, facendo qualche riferimento a casi di ingannevolezza e di aggressività pubblicitaria. Evidentemente, la natura di messaggio e la funzione ontologicamente persuasiva della pubblicità si rifletteranno sulla valutazione delle condizioni previste dalla normativa, come ad esempio sul test di apprezzabilità dell'idoneità ad ingannare o a condizionare il consumatore.

L'estensione delle categorie indicate ai casi di pubblicità psicologicamente ingannevole o aggressiva verrà, infine, ipotizzata ed analizzata, non senza particolari esempi, nel prosieguo: sin da ora occorre evidenziare che, oltre alla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, un punto di riferimento per la nostra analisi, in tal senso, sarà rappresentato dalle regole autodisciplinari.

Accanto alle disposizioni che la Direttiva n. 05/29 prevede per qualsiasi pratica commerciale, in essa sono rintracciabili diversi riferimenti normativi più direttamente connessi alla pubblicità.

Innanzitutto, il considerando n. 6²⁶⁸ della Direttiva, oltre al riferimento alla “pubblicità sleale” e alla disciplina della pubblicità a tutela delle imprese (che la direttiva lascia impregiudicata), come già visto sopra prevede espressamente che *«la presente direttiva lascia altresì impregiudicate pratiche pubblicitarie e di marketing generalmente ammesse, quali il product placement consentito, la differenziazione del marchio o l'offerta di incentivi in grado di incidere legittimamente sulla percezione dei prodotti da parte dei consumatori e di influenzarne il comportamento senza però limitarne la capacità di prendere una decisione consapevole»*.

La formulazione normativa manifesta una certa consapevolezza della prassi mercantile e dell'uso sistematico di talune strategie di marketing. Da ciò, però, non deriva una totale ammissibilità delle stesse; infatti, seppur in modo vago e poco chiaro²⁶⁹, la disposizione ammette esclusivamente quelle pratiche che, pur intervenendo sul processo decisionale del consumatore, non ne pregiudichino la consapevolezza. Ancora una volta, la libertà e la consapevolezza del consumatore rappresentano il limite ultimo di ogni attività commerciale, oltre il quale la “legittimità dell'incidenza” e la “generale ammissibilità della pratica” diventano meritevoli di repressione.

Il considerando n. 14, dal canto suo, auspica l'inclusione all'interno delle pratiche ingannevoli anche della “pubblicità ingannevole”, come attività tipicamente idonea ad indurre in errore il consumatore impedendogli una scelta consapevole.

Proseguendo, l'art. 5, par. 3, Dir. 05/29 (e analogamente l'art. 20, comma 3 Cod. Cons.), dopo aver

268 Come evidenziato in dottrina, tale considerando non ha trovato un recepimento in ambito nazionale. Cfr. M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 110.

269 Viene da chiedersi quando, infatti, l'incidenza sulla percezione è ammessa e quando, inoltre, l'influenza sulla decisione non si traduca in una limitazione della consapevolezza. A tali interrogativi tenteremo di dare una risposta nel prosieguo.

indicato la clausola generale di scorrettezza, dispone che «*ciò lascia impregiudicata la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera*». Il legislatore, con tale precisazione, esclude quindi dal divieto generale di pratiche commerciali scorrette quelle forme di pressione inidonee ad incidere sulla scelta, e quelle esagerazioni comunemente iperboliche destinate a non essere prese alla lettera, palesemente inverosimili.

Vi è da dire, però, che tale ultima disposizione, da alcuni considerata superflua²⁷⁰, viene da altri²⁷¹ ritenuta, a ragione, poco opportuna (considerato anche il fatto che non sempre è semplice distinguere tra affermazione fuorviante e declamazione iperbolica). Essa, in ogni caso, dovrebbe pur sempre essere raccordata con la prima parte del terzo comma, in modo da fornirne un'interpretazione sensibile all'esigenza di tutela dei gruppi di consumatori concretamente destinatari della pratica commerciale. In considerazione di ciò, ove la pubblicità sia rivolta a un *target* di consumatori meno avveduto, più sensibile, o anche particolarmente vulnerabile, essa dovrà essere ampiamente usuale, oltre che legittima secondo le altre disposizioni.

E' dunque chiaro che la pratica pubblicitaria iperbolica, dovendo essere anche legittima, troverà sempre, tra i limiti giuridicamente invalicabili, i principi dell'ordinamento giuridico, sia costituzionali (art. 41, comma 2) sia relativi alla disciplina consumeristica. In altre parole, la libertà del consumatore non potrà mai essere pregiudicata, perciò tanto l'esagerazione (cd. *dolus bonus*) quanto le dichiarazioni non letterali andranno comunque valutate alla luce del contesto comunicativo, delle formule espressive adottate e della vulnerabilità del consumatore destinatario.

4.1.1: la pubblicità radio-televisiva

Accanto alle disposizioni più generali appena viste, un ruolo di centrale importanza nella regolazione pubblicitaria va, evidentemente, attribuito al capo I del titolo IV del Codice del Consumo, il quale dedica un insieme di regole specifiche alla tutela del consumatore in materia di televendite (artt. 28-32). Nonostante il più generico riferimento, nella rubrica del titolo, a “Particolari modalità di comunicazione pubblicitaria”, l'unico capo in esso previsto si riferisce

270 V. Meli, *Le pratiche sleali ingannevoli*, cit., p. 110.

271 G. B. Abbamonte, *The unfair commercial practices Directive and its general prohibition*, in *The regulation of unfair commercial practices under Ec Directive 2005/2009*, (a cura di Weatherill and Bernitz), Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 24.

esclusivamente al “Rafforzamento della tutela del consumatore in materia di televendite”²⁷².

Evidentemente, una simile attenzione del legislatore verso tali particolari forme di pubblicità, suggerisce che, nella *mens legis*, lo strumento televisivo, dato il suo potenziale coinvolgimento emotivo e la sua ampia diffusione, si presenta maggiormente in grado di condizionare la volontà del consumatore.

E' chiaro che analoghe valutazioni possono farsi per le immagini e i video trasmessi via internet, soprattutto considerando l'ampia diffusione degli *smartphones*, ancorché non rientrino nelle categorie tipicamente considerate dal legislatore: nonostante ciò, non sembra esservi alcun ostacolo alla loro valutazione secondo i criteri più generali di cui agli artt. 20 ss. Cod. Cons. (5 ss. della Direttiva), i quali d'altronde attribuiscono, come visto sopra, un ruolo non marginale al mezzo di comunicazione utilizzato.

La disciplina suddetta, convergendo quanto ad oggetto con la normativa in materia di radio-televisione (Dir. 89/552/CEE, attuata con D. Lgs. 177/05, cd. “Testo Unico in materia di Radio-televisione”), andrà coordinata con quest'ultima, di cui sostanzialmente ripropone talune disposizioni.

L'art. 28 Cod. Cons., in apertura dell'insieme di regole in esame, dispone che *«le disposizioni del presente capo si applicano alle televendite, come definite nel regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendite, adottato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n. 538/01/CSP del 26 luglio 2001, comprese quelle di astrologia, di cartomanzia ed assimilabili e di servizi relativi a concorsi o giochi comportanti ovvero strutturati in guisa di pronostici. Le medesime disposizioni si applicano altresì agli spot di televendita»*. Per quanto riguarda le “televendite”, l'art. 1 del Regolamento richiamato le definisce come *“l'offerta diretta trasmessa al pubblico attraverso il mezzo televisivo o radiofonico allo scopo di fornire, dietro pagamento, beni o servizi, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni”*²⁷³. Identica è la definizione data dall'art. 2, comma 1, lett. z del D. Lgs. 177/05.

Per quanto riguarda, invece, lo “spot”, a cui la disposizione estende la disciplina speciale, si tratterebbe di tutte quelle forme di esibizione di prodotti o servizi volte alla loro promozione²⁷⁴: l'art. 2, comma 1, lett. v, D. Lgs. 177/05, dal canto suo, definisce lo spot pubblicitario come *«ogni forma di pubblicità di contenuto predeterminato, trasmessa dalle emittenti radiofoniche e*

272 Tale circostanza sembra far presumere un intento legislativo ben più ampio, magari esteso ad altri mezzi di pubblicità, tra cui, ad esempio, quella telematica.

273 Da un punto di vista civilistico, la televendita è stata interpretata come una proposta di contratto *in incertam personam*, con effetti vincolanti e valore giuridico negoziale *ex art.* 1336 C.C. Cfr. G. Alpa e A. Catricalà, *op. cit.*, p. 415.

274 A differenza della televendita, lo spot (salvo che nel caso di cui all'art. 129 Cod. Cons.) rimarrebbe privo di valore negoziale e di efficacia direttamente vincolante, avendo un puro valore di pratica commerciale comunicativa, un invito ad acquistare più a monte rispetto alla fase strettamente negoziale. Aderiscono a tale orientamento anche, M. Fusi e P. Testa, *op. cit.*, p. 150.

televisive». In altre parole, esso comprende tutte le forme di pubblicità audio-video più diffuse tramite il mezzo televisivo o radiofonico.

A conferma della particolare sensibilità legislativa verso la pubblicità televisiva, nella disposizione successiva si individua una certa attenzione anche ad aspetti connessi all'integrità psicologica del consumatore e che possono avere degli effetti rilevanti sulla sua libera autodeterminazione.

L'art. 29, infatti, dispone che, *«le televendite devono evitare ogni forma di sfruttamento della superstizione, della credulità o della paura, non devono contenere scene di violenza fisica o morale o tali da offendere il gusto e la sensibilità dei consumatori per indecenza, volgarità o ripugnanza»*.

Analogamente è previsto dall'art. 8 del Codice di Autodisciplina per ogni forma di pubblicità.

La regola suddetta rappresenta l'unica disposizione del Codice del Consumo a contenere un diretto riferimento a forme indebite di impatto psicologico sul consumatore, e per tale motivo sarà di centrale importanza nella successiva analisi.

L'art. 30, invece, prevede al primo comma che *«è vietata la televendita che offenda la dignità umana, comporti discriminazioni di razza, sesso o nazionalità, offenda convinzioni religiose e politiche, induca a comportamenti pregiudizievoli per la salute o la sicurezza o la protezione dell'ambiente. È vietata la televendita di sigarette o di altri prodotti a base di tabacco»*. In tal caso, che trova un'analogia previsione nell'art. 10 del Codice di Autodisciplina, ad essere tutelati sono altri valori umani fondamentali ed ulteriori rispetto alla libertà di autodeterminazione del consumatore. Quest'ultima sembra essere coinvolta indirettamente nel caso dell'induzione a comportamenti pregiudizievoli per la salute, la sicurezza o la protezione dell'ambiente: non sembra difficile individuare casi pubblicitari in cui l'avvolgente atmosfera promozionale esclude ogni riferimento alla prudenza, anche per prodotti potenzialmente dannosi (si pensi agli alcolici).

Il secondo comma della disposizione aggiunge poi che *«le televendite non devono contenere dichiarazioni o rappresentazioni che possono indurre in errore gli utenti o i consumatori, anche per mezzo di omissioni, ambiguità o esagerazioni, in particolare per ciò che riguarda le caratteristiche e gli effetti del servizio, il prezzo, le condizioni di vendita o di pagamento, le modalità della fornitura, gli eventuali premi, l'identità delle persone rappresentate»*. Il contenuto della disposizione, pur apprezzabile come ulteriore sintomo di attenzione legislativa al mezzo televisivo, sembra potersi ricondurre alla generale ingannevolezza della pratica commerciale. Avendo ad oggetto una comunicazione commerciale, spesso spettacolare, la norma ha il pregio di far riferimento anche alle “ambiguità” e, soprattutto, alle “esagerazioni”, assente invece nelle disposizioni di cui agli artt. 21 e 22.

Infine, nella disposizione *ex art.* 31 del Codice, l'attenzione legislativa si concentra sui minori, ritenuti più bisognosi di protezione da indebite pressioni. Essa, in particolare, dispone che *«la televendita non deve esortare i minorenni a stipulare contratti di compravendita o di locazione di*

prodotti e di servizi. La televendita non deve arrecare pregiudizio morale o fisico ai minorenni e deve rispettare i seguenti criteri a loro tutela: a) non esortare i minorenni ad acquistare un prodotto o un servizio, sfruttandone l'inesperienza o la credulità; b) non esortare i minorenni a persuadere genitori o altri ad acquistare tali prodotti o servizi; c) non sfruttare la particolare fiducia che i minorenni ripongono nei genitori, negli insegnanti o in altri; d) non mostrare minorenni in situazioni pericolose». La previsione, che trova un'identica formulazione, come vedremo più avanti, nella disciplina sulla radio-televisione, evidenzia l'importanza di salvaguardare la posizione fisica, psicologica e morale di potenziali consumatori particolarmente vulnerabili come i minorenni, consapevole altresì della frequente esposizione, anche priva di accompagnamento adulto, degli stessi al messaggio pubblicitario televisivo.

Tali disposizioni del Codice del Consumo sono evidentemente connesse alla disciplina in materia di radio-televisione, la cui pubblicità appare certamente più carica, in termini psico-emotivi²⁷⁵, rispetto ad altre forme di pubblicità²⁷⁶. Per tale motivo, si ritiene necessario un suo approfondimento in questa sede.

E' chiaro che le considerazioni eventualmente sviluppate sulle pubblicità audio-video, in termini di ingannevolezza ed aggressività, possono analogamente estendersi a quelle presenti nella piattaforma telematica.

In ambito europeo, come già anticipato sopra, la normativa sulla televisione è contenuta nella Dir. 89/552/CEE, successivamente modificata da altri interventi normativi. In Italia, la relativa disciplina è ora accorpata nel D.Lgs 177/05 ("Testo Unico in materia di Radio-Televisione"), che attua la Legge Delega n. 112/04: esso contiene l'intera normativa sulla radio-televisione, tanto privata quanto pubblica, comprendendo anche le disposizioni, da coordinare con quelle viste prima, sulla pubblicità. In quest'ultima, oltre agli "spot" e alle "televendite" già definiti sopra, rientrano anche le sponsorizzazioni, di cui parleremo successivamente, e le "telepromozioni", definite come «ogni forma di pubblicità consistente nell'esibizione di prodotti, presentazione verbale e visiva di beni o servizi di un produttore di beni o di un fornitore di servizi, fatta dall'emittente televisiva o radiofonica nell'ambito di un programma, al fine di promuovere la fornitura, dietro compenso, dei

275 Per approfondimenti, cfr.: M.A. Caruso, *Il telemarketing come pratica aggressiva e come atto di concorrenza sleale*, in *Riv. Dir. Ind.*, fasc. 4-5, 2010, p. 345 ss.; M. Fusi e P. Testa, *op. cit.*, p. 139 ss.

276 Non deve negarsi, tuttavia, una certa rilevanza anche alla pubblicità stampa, in cui rientrano anche i *leaflets*, i fogli pubblicitari e i volantini a carattere non periodico. Oltre alla legge sulla stampa (L. n. 47/48), una disposizione riferibile alla pubblicità stampata è certamente quella di cui all'art. 23, comma 1, lett. *m*.

Ma ancora, un rilievo va riconosciuto anche alla pubblicità esterna, comprendente i cartelloni, i manifesti, i quadri luminosi, i mezzi acustici, e tutte le altre forme di pubblicità presenti negli spazi pubblici. Una simile forma di comunicazione commerciale può coinvolgere diversi interessi socialmente apprezzabili, come il patrimonio culturale ed ambientale, o ancora la sicurezza nelle strade e nelle autostrade. Per tale motivo, è prevista una serie di divieti e condizioni sull'applicazione della pubblicità esterna volti proprio a tutelare i beni anzidetti, come il divieto di pubblicità sui beni rientranti in quelle categorie di patrimonio protetto, salvo autorizzazione pubblica, o il divieto di pubblicità nelle autostrade, nelle curve, o che generi disturbo visivo o distraga i guidatori.

beni o dei servizi presentati o esibiti».

Per quel che qui interessa, occorre considerare l'esistenza, all'interno della disciplina, di una serie di divieti relativi ai contenuti della comunicazione pubblicitaria. Innanzi tutto, già tra i principi generali della normativa, si prevede che deve essere garantita *«la diffusione di trasmissioni pubblicitarie e di televendite leali ed oneste, che rispettino la dignità della persona, non evochino discriminazioni di razza, sesso e nazionalità, non offendano convinzioni religiose o ideali, non inducano a comportamenti pregiudizievoli per la salute, la sicurezza e l'ambiente, non possano arrecare pregiudizio morale o fisico a minorenni, non siano inserite nei cartoni animati destinati ai bambini o durante la trasmissione di funzioni religiose e siano riconoscibili come tali e distinte dal resto dei programmi con mezzi di evidente percezione, con esclusione di quelli che si avvalgono di una potenza sonora superiore a quella ordinaria dei programmi, fermi gli ulteriori limiti e divieti previsti dalle leggi vigenti»* (Art. 4, comma 1, lett. c, T.U.).

La disposizione prevede, accanto alla generale lealtà ed onestà, una serie di specifici criteri e limiti a cui la pubblicità radio-televisiva deve conformarsi. Occorre, infatti, che questa rispetti la dignità umana, l'uguaglianza, la libertà di pensiero e di religione, ma ancora, che la stessa eviti di indurre a comportamenti pregiudizievoli per la salute, la sicurezza e l'ambiente, e rispetti l'integrità psico-fisica dei minori, ritenuti particolarmente vulnerabili. A tutela della libertà del consumatore, la disposizione rivolge poi l'attenzione alla cd. "pubblicità occulta", prevedendo la riconoscibilità "come tale" della pubblicità, attraverso la sua distinzione dal resto dei programmi "con mezzi di evidente percezione". Evidentemente il legislatore è consapevole dei pericoli che una pubblicità non riconoscibile possa determinare in termini di aggiramento della consapevolezza del consumatore, e dunque di limitazione della sua libertà. La questione, ad ogni modo, verrà ripresa nel prosieguo.

Il capo IV della normativa è, poi, specificamente dedicato alla pubblicità.

In esso, all'art. 37 sono regolate le interruzioni pubblicitarie dei programmi, in modo da garantire a questi una certa continuità, evitando un pregiudizio al loro pieno godimento da parte degli spettatori. La medesima disposizione dedica, inoltre, una particolare attenzione alla pubblicità di taluni prodotti.

Innanzi tutto, essa vieta la pubblicità radio-televisiva per quei medicinali e cure che necessitano di una ricetta medica.

Per quanto riguarda, invece, la pubblicità dei prodotti da fumo, essa è vietata, *«anche se effettuata in forma indiretta mediante utilizzazione di nomi, marchi, simboli o di altri elementi caratteristici di prodotti del tabacco o di aziende la cui attività principale consiste nella produzione o nella vendita di tali prodotti, quando per forme, modalità e mezzi impiegati ovvero in base a qualsiasi altro univoco elemento tale utilizzazione sia idonea a perseguire una finalità pubblicitaria dei prodotti stessi»* (art. 37, comma 11, D. Lgs. 177/05). In tal senso, se ad una prima impressione sembra

doversi ritenere rispettata tale disposizione, un occhio più acuto non avrebbe difficoltà a rintracciare continue forme di pubblicità indiretta, probabilmente psicologicamente più efficaci proprio perché più subdole. Si pensi, *in primis*, al *product placement*, ovvero all'inserimento, all'interno dei film televisivi o cinematografici²⁷⁷, di marchi e/o prodotti utilizzati dai protagonisti che, pur integrandosi con la narrazione, esprimono una rilevante forza promozionale. Tale forma di pubblicità potrebbe, come giustamente evidenziato, concretizzare un'ipotesi di pubblicità non trasparente, ovvero di quella pubblicità (cd. "occulta") che non si palesa come tale, vietata. Per cui, oltre a pretendere, a tutela dell'opera cinematografica, una certa coerenza col contesto narrativo, la legge (art. 3 Dir. 07/65/CE e art. 9 D.Lgs. n. 28/04) richiede che tale pubblicità sia riconoscibile come tale: a tal fine essa ritiene sufficiente un avviso all'interno dei titoli di coda che informi sulla partecipazione delle ditte, cosa che, a parere dello scrivente, appare difficilmente in grado di coinvolgere l'attenzione del consumatore²⁷⁸.

Non si può negare che, da un punto di vista psicologico, il consumo di taluni beni da parte di certi modelli di comportamento (tra cui, ad esempio, i divi dello spettacolo) abbia un impatto emotivamente persuasivo verso il consumatore, da considerare particolarmente vulnerabile nel caso di determinati prodotti (si pensi, appunto, alle sigarette).

Un'altra interessante disposizione del Testo Unico in materia di radio-televisione riguarda gli alcolici, per i quali sono previste particolari condizioni a cui deve essere subordinata la relativa pubblicità. L'art. 37, comma 10, dispone infatti che «*la pubblicità televisiva delle bevande alcoliche e la televendita devono conformarsi ai seguenti criteri: a) non rivolgersi espressamente ai minori, né, in particolare, presentare minori intenti a consumare tali bevande; b) non collegare il consumo di alcolici con prestazioni fisiche di particolare rilievo o con la guida di automobili; c) non creare l'impressione che il consumo di alcolici contribuisca al successo sociale o sessuale; d) non indurre a credere che le bevande alcoliche possiedano qualità terapeutiche stimolanti o calmanti o che contribuiscano a risolvere situazioni di conflitto psicologico; e) non incoraggiare un uso eccessivo e incontrollato di bevande alcoliche o presentare in una luce negativa l'astinenza o la sobrietà; f) non usare l'indicazione del rilevante grado alcolico come qualità positiva delle bevande*».

Tali condizioni, evidentemente, si giustificano per la pericolosità di simili prodotti, in termini tanto di integrità fisica quanto di dipendenza psicologica; di quanto l'attuale pubblicità degli alcolici, soprattutto attraverso l'utilizzo di particolari strategie di stimolazione psicologica, rispetti tali criteri parleremo, tuttavia, successivamente.

L'art. 39 è, invece, dedicato alle "sponsorizzazioni", definite dalla lettera *t* dell'art. 2 come «ogni

²⁷⁷ Si parla, con riguardo al cinema, di *cinesponsoring*, ovvero a quella prassi per cui le imprese partecipano ai costi di produzione di un film, purché, chiaramente, i loro prodotti, o anche semplicemente il *brand*, siano strategicamente inseriti all'interno della narrazione.

²⁷⁸ Un'opinione conforme sul punto è quella di A. G. Cianci, *op. cit.*, p. 391.

contributo di un'impresa pubblica o privata, non impegnata in attività televisive o radiofoniche o di produzione di opere audiovisive o radiofoniche, al finanziamento di programmi, allo scopo di promuovere il suo nome, il suo marchio, la sua immagine, le sue attività o i suoi prodotti, purché non facciano riferimenti specifici di carattere promozionale a tali attività o prodotti».

In questa sede, sembra interessante evidenziare che, tra le condizioni che rendono la sponsorizzazione legittima, la lettera b dell'art. 39 richiede la sua "chiara riconoscibilità", ancorché nella prassi limitata all'invito all'ascolto in apertura e ai ringraziamenti in chiusura di programma, con l'esclusiva indicazione del nome e del logo, salvo particolari deroghe per le emittenti locali (D.M. n. 581/93).

Un'analoga attenzione a questo aspetto può rintracciarsi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette. L'allegato I, n. 11, della Dir. 05/29 (e analogamente l'art. 23, lett. m, Cod. Cons.) prevede, infatti, tra le pratiche in ogni caso ingannevoli, quella consistente nell' *«impiegare contenuti redazionali nei media per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga chiaramente dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore (advertorial ovvero pubblicità redazionale)»*, aggiungendo poi che tale disposizione non pregiudica quanto previsto dalla direttiva 89/552/CEE.

In sostanza, si tratta di quella forma di promozione commerciale di prodotti o servizi consistente nell'inserimento strategico degli stessi all'interno di una trasmissione televisiva o radiofonica. Dato il carattere meno palese e più occulto della pubblicità redazionale, e dunque data la sua tendenza alla persuasione del consumatore senza renderlo edotto con evidenza della finalità promozionale, il legislatore ha ritenuto la stessa più insidiosa, disponendo così due particolari obblighi di forma: l'uso di idonei accorgimenti e di modalità grafiche di evidente percezione per mantenere distinto il fattore commerciale dal contesto redazionale. Analogamente, il Codice di Autodisciplina prevede, più genericamente, che ogni comunicazione commerciale deve essere nettamente distinta dal contesto comunicativo di altro genere "per mezzo di idonei accorgimenti" (art. 7).

Al secondo comma dell'art. 39, poi, tornando a manifestare una certa sensibilità verso le categorie di prodotti sopra viste, la disposizione prevede che *«i programmi non possono essere sponsorizzati da persone fisiche o giuridiche la cui attività principale consista nella fabbricazione o vendita di sigarette o altri prodotti del tabacco, nella fabbricazione o vendita di superalcolici, nella fabbricazione o vendita di medicinali ovvero nella prestazione di cure mediche disponibili unicamente con ricetta medica»*.

L'art. 40 del T.U., secondo quanto previsto dall'art 16 Dir. 89/552, disciplina, infine²⁷⁹, le "televendite", già definite sopra. Esso, in particolare, prevede che *«è vietata la televendita che*

²⁷⁹ L'ultima disposizione del capo dedicato alla pubblicità televisiva si occupa della destinazione dei fondi istituzionali degli enti pubblici all'attività pubblicitaria, aspetto che esula dall'area di interesse della trattazione.

vilipenda la dignità umana, comporti discriminazioni di razza, sesso o nazionalità, offenda convinzioni religiose e politiche, induca a comportamenti pregiudizievoli per la salute o la sicurezza o la protezione dell'ambiente. E' vietata la televendita di sigarette o di altri prodotti a base di tabacco. La televendita non deve esortare i minori a stipulare contratti di compravendita o di locazione di prodotti e di servizi. La televendita non deve arrecare pregiudizio morale o fisico ai minori e deve rispettare i seguenti criteri a loro tutela: a) non esortare direttamente i minori ad acquistare un prodotto o un servizio, sfruttandone l'inesperienza o la credulità; b) non esortare direttamente i minori a persuadere genitori o altri ad acquistare tali prodotti o servizi; c) non sfruttare la particolare fiducia che i minori ripongono nei genitori, negli insegnanti o in altri; d) non mostrare, senza motivo, minori in situazioni pericolose».

Come per l'art. 31 del Codice del consumo, anche qui si esprime una particolare attenzione alla protezione dei minori²⁸⁰. La loro diretta esortazione all'acquisto viene altresì inserita tra le ipotesi di pratiche considerate in ogni caso aggressive, come previsto dall'allegato I della Dir. 05/29 al n. 28.

4.1.2: la pubblicità su internet

Dopo il mezzo televisivo, qualche breve considerazione va, ora, dedicata allo strumento telematico. Esso, come già visto sopra, sta diventando la principale piattaforma pubblicitaria. Grazie, infatti, alla diffusione virale di internet, oggi in costante contatto con il consumatore attraverso i dispositivi elettronici portatili, si assiste al proliferare di nuove, più articolate, forme di pubblicità cd. "below the line", alternative alla ordinaria "tabellare".

Si pensi, tra le forme di "interruption marketing"²⁸¹, ai *banners*, *newsletters*, *intestitials*, *spams* e, tra le forme di "permission marketing", ai *metatags*²⁸² o simili. Queste forme pubblicitarie, personalizzate attraverso i *cookies*²⁸³, raggiungono il consumatore durante la navigazione. Si tratta,

280 Cfr., per approfondimenti sul tema: L. Carrera, *La tutela del minore nelle comunicazioni televisive e nell'informazione*, in *Dir. Famiglia*, fasc. 2, 2001, p. 503 ss.; S. Oddi, *La tutela dei minori nella disciplina della radiotelevisione*, in *Giur. Cost.*, fasc. 6, 2007, p. 5053 ss.

281 Cfr. p. 12.

282 Si tratta di messaggi nascosti che, se vengono riconosciuti dai motori di ricerca, risultano invece irriconoscibili ai consumatori, i quali vengono dagli stessi veicolati, inconsapevolmente, verso siti non richiesti. Vedi M. Fusi e P. Testa, *op. cit.*, p. 197. In giurisprudenza, un riferimento a questi lo si ritrova, in termini di pubblicità ingannevole, in Trib. Milano, 8 febbraio 2002, in *Giur. Ann. Dir. ind.*, 2002, p. 618.

283 I *cookies* sono strumenti accurati che, rilevando i dati degli utenti, stabiliscono parametri in base a cui adattare i contenuti delle informazioni commerciali.

per la maggior parte, di pratiche non direttamente prese in considerazione dal legislatore, e a cui possono applicarsi le ordinarie disposizioni sulle pratiche commerciali scorrette²⁸⁴.

Tra le poche disposizioni rivolte a tali fenomeni, un ruolo centrale va attribuito alla disciplina in materia di privacy (D. Lgs. n. 196/3003), tra cui l'art. 130 (sulle *newsletters*) o l'art. 122 (rilevante in materia di *cookies*).

In questa sede ci si limita ad evidenziare un'indiretta incidenza sull'aggressività pubblicitaria della fase, più a monte, relativa all'ottenimento del consenso alla personalizzazione dei contenuti commerciali. Esso, infatti, avviene attraverso tecniche di indebita pressione sul consumatore o mediante l'aggiramento della sua consapevolezza: oltre al fatto che un consenso realmente informato implicherebbe la lettura di centinaia di pagine in cui sono esposte condizioni, tra l'altro, incomprensibili al consumatore "medio", vanno considerati anche il carattere "eccessivamente" semplificato della procedura (bastando un click su "accetto") e lo sfinimento derivante dall'invasione, effettivamente fastidiosa, da parte della finestra relativa, la quale disturba notevolmente la consultazione dei siti.

Tra le altre disposizioni, un ruolo importante va certamente riconosciuto agli artt. 8 e 9 del D. Lgs. n. 70/03, che, in attuazione della Dir. 00/31/CE, disciplina il commercio elettronico (cd. *E-commerce*). La prima delle due disposizioni stabilisce che *«in aggiunta agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, le comunicazioni commerciali che costituiscono un servizio della società dell'informazione o ne sono parte integrante, devono contenere, sin dal primo invio, in modo chiaro ed inequivocabile, una specifica informativa, diretta ad evidenziare: a. che si tratta di comunicazione commerciale; b. la persona fisica o giuridica per conto della quale è effettuata la comunicazione commerciale; c. che si tratta di un'offerta promozionale come sconti, premi, o omaggi e le relative condizioni di accesso; d. che si tratta di concorsi o giochi promozionali, se consentiti, e le relative condizioni di partecipazione»*.

La seconda, invece, dispone che *«fatti salvi gli obblighi previsti dal decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185 e dal decreto legislativo 13 maggio 1998, n. 171, le comunicazioni commerciali non sollecitate trasmesse da un prestatore per posta elettronica devono, in modo chiaro e inequivocabile, essere identificate come tali fin dal momento in cui il destinatario le riceve e contenere l'indicazione che il destinatario del messaggio può opporsi al ricevimento in futuro di tali comunicazioni»*. Essa pone, poi, in capo al prestatore della comunicazione l'onere di provare il carattere sollecitato della stessa.

Le disposizioni indicate mirano alla repressione della comunicazione commerciale non sollecitata che non manifesti in modo chiaro la propria funzione promozionale. Il fatto che il consumatore non

284 Come confermato dall'A.G.C.M. PS/9464, 13 gennaio 2015, Provv. n. 25262, in *Boll.* 1/2015.

possa riconoscere come tali simili messaggi li rende, agli occhi del legislatore, maggiormente insidiosi sul piano della sua libertà. Il consumatore risulta chiaramente più vulnerabile, e passibile di convincimento non ragionato, nel caso in cui rimanga inconsapevole del carattere commerciale della pratica a lui rivolta.

E' chiaro che la valutazione della chiarezza e della inequivocabilità, richieste dal legislatore per la comunicazione del carattere promozionale, non può non tener conto del contesto comunicativo e delle strategie di sfruttamento dei *bias* cognitivi: una formale comunicazione degli elementi previsti dalla legge può rimanere totalmente impercettibile dal consumatore, ove strategicamente e maliziosamente presentata e calibrata, e di questo terremo conto quando analizzeremo l'ingannevolezza psicologica.

4.1.3: la pubblicità di particolari categorie merceologiche

Uno sguardo va rivolto anche alle discipline che regolano speciali settori merceologici²⁸⁵, spesso oggetto di comunicazioni pubblicitarie articolate e suggestive.

Abbiamo già visto le disposizioni relative alla pubblicità radio-televisiva dei medicinali, degli alcolici e dei prodotti da fumo, contenute nel D.Lgs 177/05. Queste, tuttavia, non sono le uniche norme che si occupano di tali prodotti.

Per quanto riguarda le bevande alcoliche, infatti, esiste una “Legge quadro in materia di alcol e di problemi alcolcorrelati” (L. n. 125/01), la quale, però, all'art. 13 demanda agli attori del settore, anche radio-televisivo, l'adozione di un codice di autoregolamentazione sui messaggi pubblicitari.

In particolare, tra le disposizioni del Codice di Autodisciplina, un rilievo centrale in materia va riconosciuto alla regola prevista dall'art. 22 che, come già visto per l'art. 37, comma 10 del T.U. sulla radiotelevisione, contiene delle disposizioni che manifestano una chiara consapevolezza legislativa dei fattori psico-emozionali coinvolti nel consumo di alcol.

Accanto a regole analoghe a quelle viste prima, la disposizione autodisciplinare estende il divieto a pubblicità che: rappresentino “situazioni di attaccamento morboso al prodotto e, in generale, di dipendenza dall'alcol” o inducano “a ritenere che il ricorso all'alcol possa risolvere problemi personali”; utilizzino “segni, disegni, personaggi e persone, direttamente e primariamente legati ai

²⁸⁵ Per una panoramica sulla pubblicità di particolari settori merceologici, cfr. M. Fusi e P. Testa, *op. cit.*, pp. 95-137.

minori, che possano generare un diretto interesse su di loro”; inducano “il pubblico a ritenere che il consumo delle bevande alcoliche contribuisca alla lucidità mentale e all’efficienza fisica e sessuale e che il loro mancato consumo comporti una condizione di inferiorità fisica, psico-logica o sociale”. L’evidente attenzione rivolta da entrambe le disposizioni ai profili, più prettamente psicologici, coinvolti nell’atto del consumo di alcol le renderanno oggetto di una ulteriore considerazione nel prosieguo.

Per quanto riguarda, invece, i prodotti da fumo, non vi è molto da aggiungere rispetto a quanto detto sopra. Ci si limita a far presente che il divieto tassativo di pubblicità era già presente nella L. n. 165/62, e che questo deve considerarsi, secondo la giurisprudenza²⁸⁶, esteso a ogni forma di “propaganda pubblicitaria”, dunque ad ogni forma di sollecitazione all’acquisto e al consumo di prodotti da fumo²⁸⁷. In relazione a tale ultima indicazione, valgono le medesime considerazioni sopra esposte sulla pubblicità occulta del tabacco.

Per ciò che attiene ai prodotti medicinali e affini, occorre qui far riferimento al R.D. n. 1625/34 (T.U. sulle Leggi sanitarie), il quale dispone, per la relativa pubblicità, sia un controllo che un’autorizzazione preventiva da parte dell’autorità sanitaria. Ad esso si aggiunge il D. Lgs. n. 219/06 (che abroga il precedente D. Lgs. n. 541/92), il quale, analogamente a quanto previsto sopra, ammette la pubblicità esclusivamente per i medicinali da banco e da automedicazione, purché la stessa: renda evidente la natura pubblicitaria del messaggio; identifichi il prodotto come medicinale; inviti in modo “chiaro” ed “esplicito” a leggere le avvertenze; non faccia apparire superflui la consultazione del medico e l’intervento chirurgico, né induca a ritenere assenti gli eventuali effetti secondari (artt.116 e 117). Analogamente è previsto dall’art. 25 del Codice di Autodisciplina.

In merito alla chiarezza ed evidenza di tali avvertenze, soprattutto all’interno della pubblicità audio-video, sembra ad oggi palese che, mentre la promozione del prodotto viene solitamente ingigantita sfruttando tematiche e toni emotivamente persuasivi, alla comunicazione delle controindicazioni è invece riservato un ruolo assolutamente marginale: oltre alla comunicazione quasi incomprensibile di un messaggio a fine pubblicità, va evidenziata anche l’esposizione per iscritto delle indicazioni suddette, quasi impercettibile date le dimensioni e le tempistiche del messaggio. L’inutilità e l’ipocrisia di simili adempimenti informativi non merita alcun commento. Qualche considerazione, nel prosieguo, verrà invece spesa sui profili psicologici della pubblicità in esame, e di quella, analoga, del calcio scommesse.

Oltre ai prodotti finora indicati, una disciplina settoriale è dedicata anche ai cosmetici ed ai prodotti igienici con la L. n. 713/86. Quest’ultima, all’art. 1, li definisce come prodotti senza finalità

286 Cfr. Cass. Sez. Un., 6 ottobre 1995, n. 10508, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 451.

287 Lo stesso vale per le sponsorizzazioni, come confermato da Cass. Civ., Sez. I., 14 settembre 2004, n. 18431, in *Foro It.*, Vol. 128, IV, pp. 1099-1100.

terapeutica, miranti esclusivamente alla cura estetica del corpo. Da tale definizione deriva il divieto, all'interno delle pubblicità relative, di ogni messaggio che vanti risultati terapeutici o che prometta radicali soluzioni a problemi fisiologici.

Allo stesso modo, l'art. 23 del Codice di Autodisciplina prevede che *«la comunicazione commerciale relativa ai prodotti cosmetici e per l'igiene personale non deve indurre a ritenere che essi abbiano caratteristiche, proprietà e funzioni diverse da quella di essere applicati sulle superfici esterne del corpo umano, sui denti e sulle mucose della bocca, allo scopo esclusivo o prevalente di pulirli, profumarli, modificarne l'aspetto, proteggerli, mantenerli in buono stato e correggere gli odori corporei. Tale comunicazione commerciale, quindi, pur potendo presentare detti prodotti come aventi caratteristiche sussidiarie per la prevenzione di particolari situazioni patologiche, purché a tale scopo abbiano formule e ingredienti specifici, non deve indurre il consumatore a confondere i prodotti cosmetici o per l'igiene personale con i medicinali, con i presidi medico-chirurgici, con i dispositivi medici e coi trattamenti curativi»*. L'articolo 24, analogamente, dispone che la comunicazione relativa ai trattamenti fisici ed estetici *«non deve indurre a ritenere che tali trattamenti abbiano funzioni terapeutiche o restitutive, ovvero abbiano la capacità di produrre risultati radicali, e deve evitare richiami a raccomandazioni o attestazioni di tipo medico»*.

Trattandosi di una pubblicità rivolta a consumatori particolarmente vulnerabili, anche da un punto di vista psicologico, essa verrà ampiamente analizzata successivamente, quale possibile ipotesi di pratica aggressiva.

4.1.4: uno sguardo al Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale

Finora abbiamo analizzato tutta la disciplina ordinaria rilevante in materia di comunicazione commerciale.

Occorre ora concludere la panoramica relativa alle regole coinvolte nell'attività pubblicitaria, analizzando brevemente il “Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale”, più volte richiamato in precedenza. Esso è, in sostanza, un ordinamento derivante dall'autonomia contrattuale degli operatori del settore e rappresenta la versione attuale del “Codice di Autodisciplina Pubblicitaria”, formalizzato a Roma il 12 maggio 1966, a tutela dei consumatori, degli utenti e della stessa pubblicità.

L'importanza dell'autodisciplina si apprezza anche in ambito sovranazionale, considerando la

European Advertising Standards Alliance (E.A.S.A.), organizzazione fondata nel 1992 a cui aderiscono le istituzioni autodisciplinari di vari paesi, anche extraeuropei (es. U.S.A., Canada, Nuova Zelanda). Grazie a questa si è introdotto il sistema del cd. “Cross-border Complaints System”: basato sul mutuo riconoscimento tra i sistemi autodisciplinari e sul criterio della giurisdizione del paese d’origine del mezzo di comunicazione che veicola la pubblicità, esso ha l’obiettivo di permettere una risoluzione di contrasti aventi ad oggetto messaggi commerciali che superano i confini statali.

Si è già detto *supra* che tanto l'applicazione delle disposizioni, quanto la vincolatività delle decisioni del relativo Giurì e delle ingiunzioni del Comitato di Controllo, sono subordinate alla libera adesione al Codice, la quale può avvenire mediante accettazione diretta dello stesso, o della propria associazione di appartenenza, ovvero mediante l'inserimento di un'apposita clausola di accettazione all'interno dei contratti finalizzati alla comunicazione commerciale (lett. *b* e *d* delle norme preliminari Cod. Aut).

Pur dovendo rispettare, al pari di ogni regolazione contrattuale, i principi generali dell'ordinamento giuridico e le norme imperative, il Codice si presenta come *corpus* normativo autonomo, tant'è che potrebbe considerarsi contraria allo stesso una pubblicità che, viceversa, risulti legittima secondo le leggi ordinarie²⁸⁸, come confermato dalla lett. *a* delle sue disposizioni preliminari.

Già il Libro Verde sulla “Tutela dei consumatori nell'U.E.” del 2001 (punto 4.4) attribuiva una certa rilevanza all'autodisciplina soprattutto in quei settori “che riconoscono di avere un forte interesse a preservare la fiducia dei consumatori ed in cui gli operatori commerciali disonesti possono minare tale fiducia”. Non può negarsi come il settore pubblicitario rientri proprio tra i principali ambiti di questo genere.

Vediamo, però, in che modo l'autodisciplina rivesta un ruolo ai fini della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

Il primo riferimento è rintracciabile già nella definizione di “codice di condotta” di cui alla lettera *f* dell'art. 2 Dir. 05/29 (e dell'art. 18 Cod. Cons.), che lo descrive come «*un accordo o una normativa che non sia imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici*»²⁸⁹.

Inoltre, il considerando n. 20 evidenzia l'importante ruolo che va assegnato ai codici di condotta per

288 Cfr., M. Fusi e P. Testa, *op. cit.*, p. 28. In giurisprudenza, vedi ad es. Giurì n. 37/90.

289 La lettera *g* definisce, invece, il “responsabile del codice”, come «*qualsiasi soggetto, compresi un professionista o un gruppo di professionisti, responsabile della formulazione e della revisione di un codice di condotta e/o del controllo del rispetto del codice da parte di coloro che si sono impegnati a rispettarlo*». Allo stesso modo, la lett. *g* dell'art. 18 del codice del consumo.

consentire «ai professionisti di applicare in modo efficace i principi della presente direttiva in specifici settori economici»; lo stesso sottolinea altresì che «il controllo esercitato dai titolari dei codici a livello nazionale o comunitario per l'eliminazione delle pratiche commerciali sleali può evitare la necessità di esperire azioni giudiziarie o amministrative e dovrebbe pertanto essere incoraggiato» assegnando quindi al codice un'importante funzione deflattiva. L'art. 10 della Direttiva, però, dopo aver ulteriormente riconosciuto la possibilità, incentivabile da parte degli Stati, di controllare le pratiche secondo il sistema autodisciplinare, ha modo di precisare che il ricorso allo stesso non equivale alla rinuncia agli strumenti amministrativi e giudiziari ordinariamente previsti dalla normativa. Ciò non toglie, chiaramente, il ruolo importante di efficace alternativa percorribile per la tutela consumeristica.

Proseguendo, lo stesso riferimento alla diligenza professionale e all'onestà di cui all'art. 2 lett. *h* della Dir. 05/29 comprende, come visto prima, anche le disposizioni dei codici di condotta. Per di più l'A.G.C.M.²⁹⁰ ha confermato l'importanza della loro considerazione per valutare la contrarietà alla diligenza professionale *ex art.* 20 Cod. Cons., e analogamente può dirsi per il riferimento di cui all'art. 5 della Direttiva.

Un ulteriore riferimento ai codici di condotta è contenuto nell'art. 6 par. 2 della Direttiva e, allo stesso modo, nell'art. 21, comma 2, del Codice del Consumo. Tale disposizione assegna un ruolo alla violazione delle disposizioni deontologiche nella valutazione dell'ingannevolezza di una pratica commerciale, purché il professionista (in cui rientrano, *ex art.* 18 lett. *b* Cod. Cons., anche le imprese che si occupano di pubblicità) si sia impegnato a rispettare il codice in modo fermo e verificabile, e lo stesso abbia indicato in una pratica che è vincolato dal codice.

Grazie a questa norma, diventa evidente il riconoscimento dell'importanza delle regole autodisciplinari per la valutazione dell'ingannevolezza pubblicitaria, trattandosi di un settore in cui si registra un'ampia adesione. Per tale motivo, anche nella successiva valutazione della scorrettezza psicologica della comunicazione commerciale, numerosi saranno i riferimenti sia alle disposizioni del Codice di Autodisciplina, sia alle decisioni del Giurì.

Entrambe, infatti, come vedremo più avanti, manifestano maggiore attenzione ai profili psicologici coinvolti nell'atto di consumo e condizionati dal messaggio pubblicitario; aspetti che risulteranno rilevanti anche per la valutazione dell'aggressività psicologica di una pratica pubblicitaria.

I riferimenti normativi al sistema autodisciplinare di carattere più operativo sono invece contenuti negli artt. 11 e 17 Dir. 05/29, e negli artt. 27 *bis*, *ter* e *quater* del D. Lgs. n. 206/05: di essi parleremo nell'ultimo capitolo, quanto tratteremo degli strumenti procedurali di tutela del consumatore.

290 Cfr. pag. 57 e, *ivi*, la nota n. 163.

Ora che abbiamo visto come il Codice di Autodisciplina e la normativa sulle pratiche risultano interconnessi, occorre descrivere brevemente il contenuto dei principi deontologici.

Il codice, di fatto, ha il ruolo di definire quegli *standards* di comportamento che gli operatori dell'ambito pubblicitario devono rispettare. E ciò non solo a tutela dei destinatari della pratica pubblicitaria, ma della stessa dignità della comunicazione commerciale.

Non può negarsi, infatti, la funzione di autoconservazione del credito pubblicitario che il Codice viene ad assumere a tutela dei suoi stessi sottoscrittori.

L'art. 1 del Codice di Autodisciplina prevede, infatti, non solo che «*la comunicazione commerciale deve essere onesta, veritiera e corretta*», ma anche che «*essa deve evitare tutto ciò che possa screditarla*». Numerose sono, tra l'altro, le decisioni del Giurì contro pubblicità idonee a gettare discredito sulla pratica pubblicitaria in genere: è pur vero, però, che spesso le stesse ragioni che hanno spinto l'organo giudicante a stigmatizzare la comunicazione commerciale potrebbero ben fondare delle decisioni a tutela della libertà del consumatore, anche psicologica²⁹¹. I valori salvaguardati dal Codice, tutela dell'immagine della pubblicità e libertà del consumatore, tendono, dunque, a convergere e a divenire strumentali l'uno rispetto all'altro.

La disposizione di carattere generale di cui all'art 1 è stata ritenuta dal Giurì di autodisciplina, organo giudicante del sistema deontologico, una regola di applicazione residuale, destinata a soccombere rispetto ad altre che dettino con maggiore precisione i criteri della correttezza professionale²⁹². La stessa si presenta come una clausola aperta, il cui contenuto deontologico va ricostruito secondo i principi fondamentali dell'ordinamento e secondo la coscienza sociale, guardando altresì ai valori tutelati dal Codice²⁹³, tra cui fondamentale è certamente la libertà del consumatore.

Si è giustamente evidenziato²⁹⁴ che “l'imporre alla comunicazione d'impresa i citati doveri giuridici non solamente implica il riconoscimento di un diritto dei consociati ad essere informati in modo onesto e corretto, ma correlativamente assegna alla pubblicità il valore di dichiarazione suscettibile di godere di un particolare credito nei rapporti della vita sociale in quanto svolgente una funzione informativa”.

Sembra evidente che l'applicazione della citata disposizione già di per sé sarebbe sufficiente a stigmatizzare, all'interno del messaggio commerciale, ogni strategica reticenza, ogni astuzia, ambiguità o altro espediente comunicativo che possa condizionare e manipolare la consapevolezza e la libertà del consumatore. Se poi pensiamo che, ormai, la pubblicità possiede un contenuto

291 Per fare qualche esempio, si pensi che il Giurì ha ritenuto in contrasto con il credito della pubblicità lo sfruttamento di temi delicati come la morte (Giurì n. 171/00), l'utilizzo di allusioni sessuali e raffigurazioni volgari (Giurì nn. 133/89 e 81/88) o ancora l'assunzione di un'eccessiva aggressività verso i destinatari (Giurì n. 30/82)

292 Giurì n. 305/01.

293 Giurì n. 125/90.

294 *Cit.*, M. Fusi e P. Testa, *op. cit.*, p. 47.

informativo nullo, o comunque estremamente marginale, concentrata com'è, invece, sulla suggestione emotiva, allora viene da concludere che il giudizio sulla sua onestà, veridicità e correttezza deve assumere certamente dei criteri più rigidi. E ciò non solo per un fine di “autoconservazione” della pubblicità, come previsto dall'art. 1 comma 2, ma anche e soprattutto per tutelare la libertà del consumatore, valore fondamentale della normativa sulle pratiche commerciali e dell'autodisciplina.

Il rispetto di quest'ultima da parte della comunicazione commerciale verrà, quindi, verificato sia tenendo conto delle disposizioni di legge ordinaria, sia guardando alle disposizioni del Codice di Autodisciplina (artt. 2 ss.), che altro non sono che specificazioni del principio di cui all'art. 1.

Una particolare attenzione sarà rivolta alle disposizioni che risultano più strettamente connesse alla dimensione psicologica del consumo.

Tra quelle autodisciplinari, sicuramente un ruolo rilevante va riconosciuto all'art 8, che prevede che *«la comunicazione commerciale deve evitare ogni forma di sfruttamento della superstizione, della credulità e, salvo ragioni giustificate, della paura»*²⁹⁵.

All'interno della nostra analisi risulterà fondamentale anche la disciplina a tutela dei minori, di cui all'art. 11 del Codice, il quale, in piena analogia con l'attenzione manifestata dalla normativa sulle televendite, stigmatizza ogni messaggio commerciale che, rivolto ai bambini o agli adolescenti, ne pregiudichi la psiche, abusi della loro credulità e mancanza di esperienza o, ancora, li induca a ritenere che il mancato possesso del prodotto oggetto della comunicazione significhi inferiorità, oppure mancato assolvimento dei loro compiti da parte dei genitori, o a sollecitare altre persone all'acquisto del prodotto oggetto della comunicazione.

La disposizione si preoccupa, altresì, delle influenze emotive che le pubblicità che rappresentano minori possono determinare sui naturali sentimenti degli adulti, di cui occorre evitare ogni abuso.

Oltre alle disposizioni sui minori, e a quelle sulla pubblicità radio-televisiva, su alcolici, medicinali e cosmetici, altre regole di autodisciplina che risulteranno rilevanti per la nostra analisi saranno, infine, gli artt. 2,7 e 12-*bis* del Codice, dedicati rispettivamente alla “pubblicità ingannevole”, all’“identificazione della comunicazione commerciale” e alla “sicurezza per i prodotti pericolosi”.

Mentre la prima disposizione presenta un contenuto analogo a quanto previsto dagli articoli 21 e 22 Cod. Cons., l'articolo 7, analogamente a quanto visto sopra per la pubblicità redazionale, vieta ogni comunicazione che non palesi il suo intento commerciale. Infine, l'articolo 12-*bis*, in linea con l'art. 21, comma 3, del Codice del Consumo, impone alla pubblicità relativa a prodotti pericolosi di indicare con chiarezza i rischi che ne possono derivare, e di evitare in qualsiasi modo di indurre ad

²⁹⁵ L'art. 9, vietando ogni forma di violenza, volgarità e indecenza, sembra più orientata verso la tutela di beni diversi dalla libertà psicologica del consumatore. E' pur vero che una rappresentazione particolarmente violenta o indecente non può non avere dei riflessi anche sull'*iter* decisionale del consumatore.

un uso imprudente degli stessi.

Prima di procedere all'interpretazione psicologicamente orientata della scorrettezza commerciale, sembra preliminarmente indispensabile verificare in che modo le autorità competenti hanno interpretato ed applicato finora le disposizioni prima esaminate.

4.2 Pubblicità ingannevole e pubblicità aggressiva nella prassi applicativa

“(…) la materia pubblicitaria, che più di ogni altra presenta situazioni multiformi, poliedriche, sfumate e spesso decisamente insolite, trova nella casistica un insostituibile ausilio per interpretare, comprendere e risolvere le varie fattispecie”

(M. Fusi – P. Testa)

Una volta esposte le regole che disciplinano l'attività pubblicitaria, sia di ordine generale che sul piano settoriale, occorre ora verificare come le stesse siano state interpretate ed applicate dalle autorità competenti. In altre parole, qui s'intende analizzare il modo in cui le categorie dell'ingannevolezza e dell'aggressività, di cui abbiamo visto la struttura regolativa, siano state finora declinate nel caso della pratica pubblicitaria.

Allo stesso modo, studieremo l'applicazione di quelle disposizioni settoriali di nostro interesse, relative o al mezzo comunicativo o al tipo di prodotto pubblicizzato.

Nel corso di questa analisi si farà costante riferimento, inoltre, alla prassi applicativa del Codice di Autodisciplina, da cui possono trarsi importanti spunti di riflessione.

Il *trait d'union* di tutte le disposizioni considerate è, ad ogni modo, la tutela del consumatore, con particolare riguardo alla sua autodeterminazione, accanto alla quale un posto di rilievo viene attribuito alla sua integrità psico-fisica, soprattutto per quei prodotti potenzialmente pericolosi.

Come giustamente affermato, “in sostanza, viene posto un limite all'attività di comunicazione pubblicitaria che rende illecita l'alterazione della consapevole decisione del consumatore”²⁹⁶.

L'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni suddette non può non risentire della struttura

296 Cit. A. G. Cianci, *op. cit.*, p. 193.

comunicativa del messaggio pubblicitario e dalla sua fisiologica funzione persuasiva. Si tratta, infatti, di aspetti che, insieme all'apporto delle ricerche psicologiche e all'intensa carica emotiva, fanno della comunicazione pubblicitaria probabilmente la pratica più articolata e complessa da giudicare.

Verificare il modo in cui finora una pratica pubblicitaria sia stata ritenuta ingannevole o aggressiva, o quello in cui comunque sia stata valutata anche nelle ipotesi particolari di cui alle disposizioni speciali, ci permetterà di comprendere se, alla luce delle recenti tecniche di persuasione psico-emotiva alla stessa applicate, esso possa ritenersi sufficiente per la tutela della libertà del consumatore.

In sostanza, si dimostrerà, nei prossimi due paragrafi, l'esigenza di un'integrazione ermeneutica delle disposizioni vigenti, che tenga conto anche dei fattori psico-emotivi coinvolti dal fenomeno pubblicitario, principalmente strumentalizzati per condizionare la libertà di percezione e di scelta del consumatore: si evidenzierà quindi l'esistenza, accanto ad un'ingannevolezza palese, di un'ingannevolezza psicologico-cognitiva; e ancora di un'aggressività psico-emotiva accanto alla più palese aggressività fisica.

Tale operazione interpretativa potrà riallacciarsi a spunti già presenti tanto nella normativa quanto nella sua applicazione da parte delle autorità competenti.

Nella normativa sulle pratiche commerciali scorrette, a fianco della clausola generale di cui all'art. 5 Dir. 05/29 (20 Cod. Cons.), punto di riferimento dell'intera disciplina, la prima ipotesi di scorrettezza, come abbiamo visto, è quella dell'azione ingannevole *ex art. 6* (21 Cod. Cons.). La riconducibilità delle disposizioni sull'ingannevolezza della disciplina consumeristica alla pratica pubblicitaria appare evidente, trattandosi dell'attività commerciale per antonomasia tendente all'inganno. Ciò è confermato dalle ipotesi di pratiche in ogni caso ingannevoli indicate nell'allegato I della direttiva (art 23 Cod. Cons.), le quali fanno tutte riferimento a dichiarazioni di informazioni e a comunicazioni, ad esclusione dell'ipotesi di cui al n. 14 dell'elenco²⁹⁷.

Secondo quanto previsto dalla disposizione, una pubblicità può essere ingannevole sia nel caso in cui utilizzi delle informazioni false, sia nel caso in cui, pur utilizzando informazioni vere, la stessa sia idonea ad ingannare il consumatore per altri motivi, ad esempio la sua fuorviante presentazione²⁹⁸.

Dunque, la valutazione giuridica della pubblicità deve passare attraverso l'accertamento della sua struttura comunicativa, tanto nei contenuti quanto nella forma, così verificando, attraverso il "test di apprezzabilità", se la stessa sia idonea ad ingannare il consumatore inducendolo ad una "scelta che

297 Questa invece consiste nell' «avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti».

298 A.G.C.M. PS/8333, 28 novembre 2012, Provv. n. 24080, in *Boll.* n. 48/2012.

altrimenti non avrebbe preso”.

Va quindi esclusa la rilevanza di tutte quelle forme di inesattezza informativa o di fuorviante presentazione del messaggio con contenuti assolutamente irrilevanti, o che non raggiungano la soglia di percepibilità del consumatore medio. Tuttavia, con riguardo a tale seconda ipotesi, si è giustamente evidenziato che, nel caso in cui il messaggio rappresenti un chiaro tentativo di inganno, dunque dimostri esclusivamente tale finalità, questo andrebbe vietato a prescindere dalla capacità del consumatore di decodificarlo²⁹⁹.

Le medesime considerazioni possono essere fatte nell'ipotesi di un messaggio pubblicitario ingannevole per omissione, rientrante nell'art. 7 della Direttiva (22 Cod. Cons.). Anche in tal caso, infatti, l'ingannevolezza può derivare sia dalla diretta omissione di informazioni rilevanti per la libera decisione del consumatore³⁰⁰, sia da una loro “oscura, ambigua, incomprensibile o intempestiva” indicazione.

Altrettanto può dirsi per il Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, il cui divieto di pubblicità ingannevole riunisce entrambe le ipotesi viste sopra (art. 2), escludendo le esagerazioni palesemente iperboliche.

Anche se il riferimento al mezzo di comunicazione è contenuto espressamente solo nella seconda ipotesi di ingannevolezza, la sua rilevanza deve evidentemente riconoscersi anche per il caso dell'azione ingannevole, la cui disposizione, tra l'altro, indica anche la “presentazione complessiva” della pratica come possibile fonte dell'inganno.

L'importanza delle modalità di presentazione e del contesto comunicativo è stata, d'altronde, confermata dalla giurisprudenza amministrativa³⁰¹, che ha più volte dimostrato di voler dare un'interpretazione ampia alle disposizioni.

Tale orientamento applicativo può apprezzarsi anche con riguardo ad altri aspetti, attinenti tanto alle modalità di attuazione dell'attività pubblicitaria, quanto ai suoi contenuti.

Relativamente al primo profilo, l'A.G.C.M. ha evidenziato come l'effetto negativo possa derivare non solo dal singolo messaggio, quanto anche dall'intera campagna pubblicitaria³⁰².

Con riguardo, invece, al secondo, manifestando una certa flessibilità interpretativa, l'Autorità, e con essa la giurisprudenza amministrativa, ha ritenuto che l'ingannevolezza possa rintracciarsi anche in casi di pubblicità istituzionale (o d'immagine), che accrescano la reputazione di un'impresa

299 M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 107. Egli prende ad esempio il caso del prezzo indicato nella formula “XXX + iva”, la quale, non avendo alcun minimo vantaggio informativo, mira solo a distorcere la percezione del prezzo reale.

300 Il TAR parla di “occultamento di elementi cruciali nella scelta di acquisto dei consumatori”. Cfr. TAR Lazio, Sez. I, 4 luglio 2013, n. 6596. in *Dir. e giur. agr.*, con nota di F. Leonardi, *Claims nutrizionali: profili di azione ed omissione ingannevoli e buona fede del comportamento imprenditoriale*.

301 Cfr.: TAR Lazio, Sez. I, 8 marzo 2013, n. 2481; Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050.

302 A.G.C.M. PI/3675, Provv. 11 agosto 2002, n. 11064, in *Boll.* 21/2002. Cfr. V. Meli, *Voce “pubblicità ingannevole”*, cit., p. 4.

indebitamente, cioè fuorviando la percezione che di essa abbia il consumatore³⁰³.

L'autorità amministrativa indipendente ha inoltre ritenuto la regola applicabile anche ai casi di ambiguità, incompletezza e contraddittorietà del messaggio commerciale³⁰⁴.

In entrambi i casi di ingannevolezza, attiva e omissiva, vale quanto detto dall'Autorità Antitrust, come già anticipato sopra, per cui “la nozione di pregiudizio non deve necessariamente coincidere con quella di danno, ma deve piuttosto estendersi fino a ricomprendere la mera influenza sul comportamento del consumatore”, e ciò perché “risulterebbe estremamente difficile distinguere tra il danno inteso come lesione patrimoniale e la perdita di opportunità economiche alternative alla scelta cui l'errore può indurre”. Includere il solo danno economico limiterebbe, infatti, la portata della norma sull'ingannevolezza, per cui “sarebbe ingannevole solo la pubblicità che vantasse qualità inesistenti di un prodotto o di un servizio, o che promettesse *aliud pro alio*, mentre non lo sarebbe quella che, comunque, attraverso l'induzione in errore è idonea ad alterare il normale processo di formazione delle scelte economiche dei consumatori”³⁰⁵. Ciò conferma quanto detto prima, cioè che il bene giuridico tutelato non è tanto l'opportunità o l'efficienza economica della scelta del consumatore, ma la libertà con cui si perviene ad essa.

Allo stesso modo, l'autorità giudicante del sistema autodisciplinare ha manifestato la medesima tendenza ad un'applicazione estensiva della disposizione di cui all'art. 2 del relativo Codice.

Il Giurì, infatti, ha esteso il divieto anche ai messaggi che compongono il primo stadio della comunicazione, ancorché da integrare successivamente, purché in grado di raggiungere il consumatore³⁰⁶. Inoltre, si è ritenuto che il divieto non possa ritenersi attenuato nel caso di rettifiche successive del messaggio pubblicitario che non eliminino la portata decettiva³⁰⁷.

Come l'Antitrust, il Giurì ha riconosciuto un'efficacia ingannatoria anche ai casi di pubblicità dal contenuto ambiguo, contraddittorio o incompleto³⁰⁸.

Vi è da dire che in una delle sue pronunce, il Giurì ha sottolineato che la valutazione di un messaggio pubblicitario deve essere effettuata “secondo il significato palese, che è l'unico su cui si può focalizzare l'attenzione del Giurì la cui funzione istituzionale è di evitare che, ai fini della censura, vengano presi in considerazione significati solo possibili del messaggio contestato”³⁰⁹.

Eppure, una simile pronuncia deve ritenersi in contrasto rispetto alla tendenza della comunicazione

303 Cfr., ad es., PI/1268, 27 marzo 1997, Provv. n. 4820, in *Boll.* 13/97, nonché PI/456, 11 maggio 1995, Provv. n. 3027, in *Boll.* 19/95. In giurisprudenza, TAR Lazio, Sez. I, 30 maggio 1997, n. 848. Ad analoga soluzione è giunto il Giurì di autodisciplina (vedi Giurì n. 27/94).

304 Tra i casi, vedi: A.G.C.M. PS/8333, 28 novembre 2012, Provv. n. 24080, in *Boll.* 48/2012.

305 *Cit.* A.G.C.M., in M. Fusi e P. Testa, *op. cit.*, p. 62.

306 Giurì n. 126/02.

307 Giurì n. 178/00.

308 Giurì nn. 203/00 e 80/01.

309 Giurì n. 6/01.

pubblicitaria a far ricorso ad ambiguità, elementi emozionali, irrazionali e simbolici³¹⁰. Tra l'altro, lo stesso Giurì ha riconosciuto, in passato, tali elementi come caratteristici del messaggio pubblicitario. Nella stessa occasione, ha dichiarato di far riferimento all' "elementare criterio semiotico" che prevede la considerazione, accanto al livello denotativo, anche del livello connotativo della comunicazione, "in relazione al contesto, alle intenzioni comunicative e ad altre circostanze che possono influire sulla sua decodifica"³¹¹. Appare evidente la maggiore articolazione in chiave analitica di tale approccio, rispetto a quello espresso nella decisione vista prima.

Quanto alla concreta applicazione della disposizione di cui all'art. 2 del Codice di Autodisciplina, essa deve coordinarsi con quanto previsto dall'art. 6 del medesimo, per cui «*chiunque si vale della comunicazione commerciale deve essere in grado di dimostrare, a richiesta del Giurì o del Comitato di Controllo, la veridicità dei dati, delle descrizioni, affermazioni, illustrazioni e la consistenza delle testimonianze usate*». In altre parole, la decisione dell'autorità autodisciplinare potrebbe dar vita ad una presunzione di ingannevolezza ove l'utente di pubblicità non riesca a fornire la prova contraria³¹².

Come giustamente evidenziato, la "regola di verità" indicata da tale ultima disposizione varrebbe non solo per gli elementi di cui all'art. 2, ma per ogni fattore pubblicitario in grado di influenzare la decisione del consumatore³¹³.

Vediamo ora taluni dei casi in cui le diverse autorità giudicanti hanno ritenuto sussistente l'ingannevolezza.

Tra le ipotesi più frequenti, vi è certamente quella dell'attribuzione ai prodotti pubblicizzati di caratteristiche positive diverse da quelle effettivamente possedute: l'indicazione di "ecologico" per vernici o di "verde" per una benzina senza piombo³¹⁴; l'attribuzione di capacità terapeutiche ad un prodotto meramente igienico³¹⁵; la qualifica di "fresco" per un latte sterilizzato o per una merendina industriale, salvo che effettivamente conservassero sufficienti caratteristiche del prodotto originario³¹⁶; l'utilizzo dell'espressione "l'alcool non sussiste" per una birra che, invece, possedeva un residuo alcolico basso³¹⁷; l'indicazione di un prezzo diverso rispetto a quello da pagare effettivamente alla conclusione del contratto³¹⁸. Lo stesso vale nel caso di indicazione fuorviante

310 Come giustamente evidenziato da A. Zancchi, *op. cit.*, p. 223.

311 *Cit.* Giurì n. 32/94.

312 Come confermato da Giurì n. 156/00.

313 M. Fusi e P. Testa, *op. cit.*, p. 64. Tra le decisioni del Giurì che confermano ciò, vedi nn. 9/80 e 3/81.

314 A.G.C.M. PS/10571, Provv. 2 agosto 2017, n. 26714, in *Boll.* 31/2017 e PI/2423, Provv. 16 luglio 1999, n. 7411, in *Boll.* 28/99. Per un caso analogo nell'autodisciplina, vedi Giurì n. 54/89.

315 Giurì n. 7/77.

316 Rispettivamente Giurì nn. 13/80 e 34/80. Anche la Cassazione penale ha individuato un'ingannevolezza nel caso dell'indicazione "fresco" ove il prodotto non lo sia (Cass. Pen., 18 maggio 1984, n. 4662).

317 A.G.C.M. PI/883, 27 settembre 1996, Provv. n. 4271, in *Boll.* 39-40/96.

318 A.G.C.M. PS/680, 16 febbraio 2011, Provv. n. 22119, in *Boll.* 8/2011.

delle caratteristiche di un “servizio” pubblicizzato³¹⁹, ad esempio relative alle condizioni vincolanti di accesso allo stesso³²⁰.

In un provvedimento riguardante una fattispecie analoga alle precedenti, il Giurì ha dichiarato che il carattere omissivo e fuorviante del messaggio risiedeva nel fatto che non offriva al consumatore “parametri oggettivi o informazioni più esaurienti che gli consentano di comprendere la reale efficacia del prodotto”³²¹.

Ciò vale anche per il prezzo, per cui, da un lato esso deve essere chiaro sin dal primo contatto col consumatore³²², e dall'altro un prodotto può dirsi “gratuito” esclusivamente nel caso di totale assenza di oneri a carico del consumatore³²³.

Ma ancora, tra gli altri casi di ingannevolezza, si ricorda l'attribuzione di origini geografiche non veritiere³²⁴, le affermazioni fuorvianti circa l'affidabilità e le dimensioni dell'impresa³²⁵, l'attribuzione ambigua di pregi ecologici³²⁶ o il riconoscimento di qualità alimentari mediante comparazione non chiara anche per le dimensioni del carattere utilizzato³²⁷.

Come può notarsi, si tratta sostanzialmente di casi di palese indicazione, in forme più o meno sottili, di informazioni non veritiere, o al massimo dal tenore ambiguo.

Per quanto riguarda le esagerazioni palesemente iperboliche, di cui si è discusso già sopra, queste sono state considerate inidonee ad indurre in errore il consumatore solo ove l'enfaticizzazione fosse evidente e riconoscibile³²⁸. E' pur vero che, in casi in cui l'Autorità Garante ha ritenuto sussistente l'iperbole *ex art. 20*, comma 3 Cod. Cons., ad esempio per l'autoproclamazione di primato (come “il miglior prezzo”), il Giurì avrebbe manifestato una maggiore severità nell'applicazione dell'art. 2 Cod. Aut., sottoponendo il messaggio al giudizio di veridicità.

Inoltre, la sussistenza dell'iperbole deve escludere ogni idoneità, da parte dell'affermazione esagerata, ad indurre il consumatore a credere al possesso di certe caratteristiche del prodotto o del servizio. In questo senso, ripetere “zero euro”³²⁹, o parlare di “un centesimo di euro, per sempre”³³⁰ in un *claim* relativo ad un'offerta commerciale, non possono ritenersi un'iperbole.

Ciò evidenzia che il carattere palese di questa, o l'evidenza del tenore non letterale di

319 A.G.C.M. PS/6903, 5 dicembre 2012, Provv. n. 24095, in *Boll.* 49/2012.

320 A.G.C.M. PS/8285, 6 settembre 2012, Provv. n. 23870, in *Boll.* 36/2012.

321 Giurì n. 19816/09.

322 A.G.C.M. PI/146, 14 novembre 2012, Provv. n. 14044, in *Boll.* 47/2012.

323 Cons. Stato, Sez. VI 22 luglio 2014, n. 3896. Per una breve panoramica sulle modalità interpretative dell'ingannevolezza da parte della giurisprudenza amministrativa, cfr. G. Alpa e A. Catricalà, *op. cit.*, p. 222 ss.

324 Giurì n. 108/93 e A.G.C.M. PI/4970, 25 agosto 2005, Provv. n. 14674, in *Boll.* 32-33-34/2005.

325 Giurì n. 20/82.

326 A.G.C.M. PS/6302, 14 novembre 2012, Provv. n. 24046, in *Boll.* 46/2012.

327 A.G.C.M. PS/9082, 3 febbraio 2015, Provv. n. 25311, in *Boll.* 5/2015 e PS/8283, 31 ottobre 2012, Provv. n. 24032, in *Boll.* 45/2012.

328 Tra i numerosi casi, vedi Giurì n. 9/81 e A.G.C.M. PI/5889, 21 agosto 2007, Provv. n. 17277, in *Boll.* 32/2007.

329 Cfr. nota precedente.

330 A.G.C.M. PI/5025, 26 aprile 2006, Provv. n. 15417, in *Boll.* 17/2006.

un'affermazione pubblicitaria, assumono dei contorni più sfuggenti e flessibili, soprattutto considerando l'articolazione odierna della comunicazione commerciale, frutto di approfondite ricerche di psicologia (anche del linguaggio).

Abbiamo detto prima che l'ingannevolezza di una pubblicità può derivare anche dal modo in cui il messaggio è presentato.

Tra le ipotesi tipiche di pubblicità ingannevole per le modalità di presentazione del messaggio va annoverata la “pubblicità non trasparente”. La stessa, detta anche “pubblicità occulta”, comprende la pubblicità redazionale e il *product placement*, ove non rispettino i canoni indicati dalla normativa sulle pratiche commerciali (art. 22, comma 2, e, tra le pratiche in ogni caso ingannevoli, art. 23 lett. *m* e *aa* Cod. Cons.) e da quella in materia di radio-televisione (art. 4, comma 1, lett. *c*, D.Lgs. n. 177/05), rispetto a cui analoghi contenuti sono previsti dall'art. 7 del Codice di Autodisciplina.

In sostanza, si tratta di casi in cui la pubblicità non si presenta come tale, aggirando in tal modo la consapevolezza del consumatore e, così, la sua ordinaria capacità di autodifendersi, nel senso di predisporre la propria linea di azione di fronte ad una stimolazione commerciale. In altre parole, la pubblicità occulta eluderebbe “le naturali difese rappresentate dalle risorse critiche alle quali il pubblico è solito ricorrere dinanzi ad una pressione pubblicitaria scoperta”³³¹.

Sia per l'Autorità Garante che per il Giurì, in tale ipotesi l'inganno risiederebbe nella funzione del messaggio, fatta apparire come estranea all'ambito commerciale. Addirittura, secondo la giurisprudenza amministrativa, l'occultamento della natura promozionale sarebbe di per sé idoneo a falsare il comportamento del consumatore³³².

Secondo l'Autorità Antitrust, la pubblicità occulta è “particolarmente insidiosa poiché è in grado di condizionare impropriamente il destinatario in quanto capace di aggirare o annullare molte delle difese che l'utente di una pubblicità riconoscibile pone in essere”, e per tale motivo il legislatore ha “inteso garantire ai consumatori quel livello critico necessario allorché si apprestano a decodificare un comportamento commerciale teso alla promozione e all'invito all'acquisto”³³³.

Lo stesso può dirsi per la particolare ipotesi del *product placement*, la cui efficacia persuasiva sembra muoversi su piani altrettanto insidiosi. Come precisato dalla giurisprudenza, tale pubblicità, pur non concretizzandosi in un diretto messaggio elogiativo, si caratterizza per il perseguimento di un effetto promozionale nei confronti dello spettatore attraverso strategie di carattere socio-psicologico, permettendo un apprezzamento del *brand* o del prodotto mediato dall'immagine suggestiva³³⁴.

331 *Cit.* TAR Lazio, Sez. I, 21 ottobre 2003, n. 8919. Interessanti considerazioni sulla pubblicità occulta possono ritrovarsi in A. Zanicchi, *op. cit.*, pp. 91-100.

332 TAR Lazio, Sez. I, 13 gennaio 2014, nn. 356 e 358.

333 A.G.C.M. PS/2861, 11 giugno 2009, Prov. n. 19955, in *Boll.* 24/2009.

334 Tar Lazio, Sez. I, 14 ottobre 2008, n. 8900.

Con riguardo all'art. 7 Cod. Aut., analoga al divieto di pubblicità occulta appena visto, il Giurì ha evidenziato l'ampia portata della sua tutela: la stessa, infatti, separando informazione giornalistica e comunicazione aziendale, espressione di “un punto di vista pro parte”, protegge gli interessi dei consumatori “che debbono restare il più possibile liberi nelle proprie scelte, e possono esserlo solo se il messaggio pubblicitario sia chiaramente riconoscibile come tale e solo se i consumatori possono valutarlo con un senso critico più vigile e maggiore di quello altrimenti consueto di fronte alle informazioni giornalistiche”. Da ciò consegue, secondo il Giurì, che, come principio cardine dell'autodisciplina pubblicitaria, l'art. 7 “costituisce perciò una norma che deve avere interpretazione ampia e applicazione rigorosa. E un'applicazione che assume necessariamente come parametro di giudizio il criterio del consumatore più sprovveduto: conducendo il Giurì a qualificare come illecita (...) tutta la pubblicità che questo consumatore non percepisca chiaramente e nettamente come tale”³³⁵.

Poco importante nella pratica si è rivelata l'ipotesi della pubblicità subliminale, espressamente vietata dalla disciplina in materia di radio-televisione (art. 4, comma 1, lett. *b* T.U.). L'elusione del divieto è stata interpretata dalla dottrina come “ipotesi di responsabilità extracontrattuale per i danni eventualmente arrecati al consumatore dalla lesione del suo diritto a una corretta pubblicità (art. 2, co. 2, lett. *c*)”³³⁶.

Da tale ipotesi l'Autorità Antitrust³³⁷ ha distinto la pubblicità che faccia ricorso a tecniche psicologiche di persuasione del consumatore, con ciò implicitamente ammettendo l'esistenza di pratiche di questo genere.

Al di fuori della pubblicità subliminale, l'omissione del carattere commerciale può comunque concretizzarsi in altre modalità meno radicali e più sfuggenti.

Nella sua valutazione di simili casi di ingannevolezza, l'A.G.C.M. ha fatto ricorso ad un insieme di presunzioni circa il carattere commerciale di un messaggio: ove nel contesto comunicativo vi siano una serie di indizi gravi, precisi e concordanti, idonei a far presumere ragionevolmente l'intento promozionale, si verserebbe in un'ipotesi di pubblicità³³⁸. La medesima operazione è stata compiuta nel caso del *product placement*, prendendo in considerazione le inquadrature, le esigenze narrative e il contesto cinematografico.

In alternativa, potrebbe provarsi un rapporto di commissione tra impresa e mezzo di comunicazione. Tuttavia, la stessa Autorità antitrust ha evidenziato che “nella generalità dei casi la dissimulazione dell'effettivo intento pubblicitario non può conciliarsi con la formalizzazione di un rapporto di

335 *Cit.* Giurì n. 150/89, in A. Zanicchi, *op. cit.*, p. 93.

336 *Cit.*, A. G. Cianci, *op. cit.*, p. 391.

337 Cfr. A.G.C.M. PI/685, 8 febbraio 1996, Prov. n. 3600, in *Boll.* 6/96, e PI/955, 5 dicembre 1996, Prov. n. 4477b, in *Boll.* 49/96.

338 Cfr. Relazione A.G.C.M. del 2004. Tra i tanti provvedimenti dell'Autorità, vedi PS/3011, 25 giugno 2009, Prov. n. 20010, in *Boll.* 26/09.

committenza che renderebbe palese e trasparente la nascosta finalità reclamistica e quindi vanificherebbe il raggiungimento degli scopi dell'operazione pubblicitaria rivolta appunto all'aggiramento e all'elusione del divieto di pubblicità ingannevole³³⁹. Nel caso in cui, dunque, vi siano i suddetti indizi di una finalità promozionale non palesata o comunque priva di trasparente indicazione, si verserebbe in un'ipotesi di pubblicità occulta da reprimere.

Tra i precedenti, è stata ritenuta ad esempio pubblicità occulta l'esibizione artificiosa e non giustificata di marchi e segni distintivi al di fuori delle esigenze comunicative in contesti televisivi, cinematografici o, comunque, narrativi³⁴⁰; o ancora, tra gli indizi che fanno presumere la sussistenza di una pubblicità occulta, sono stati considerati il carattere esageratamente laudativo, ripetitivo o comunque tale da evidenziare eccessivamente un prodotto, rispetto al contesto narrativo³⁴¹.

Per quanto riguarda gli accorgimenti con cui rendere evidente la funzione commerciale del messaggio, così palesandolo ed evitandone il carattere occulto, si è ritenuto sufficiente a volte la semplice indicazione dell'espressione "informazione commerciale" o simili, mentre altre volte la si è ritenuta inidonea, a seconda del contesto redazionale³⁴². Per quanto riguarda, invece, il *product placement*, la legge (art. 3 Dir. 07/65/CE e art. 9 D.Lgs. 28/04) ritiene sufficiente, quale rimedio visivo necessario alla sua riconoscibilità, un avviso all'interno dei titoli di coda che informi sulla partecipazione delle ditte all'opera cinematografica. Come già evidenziato, tale intervento *ex post* non sembra, a parere dello scrivente, caratterizzarsi per una particolare incisività³⁴³.

4.2.1: prodotti potenzialmente pericolosi e consumatori particolarmente vulnerabili

La trasparenza e la completezza della pubblicità diventa evidentemente rilevante soprattutto nel caso di prodotti potenzialmente pericolosi per la salute e la sicurezza dei consumatori³⁴⁴, ai quali occorre ora rivolgere l'attenzione.

339 *Cit.* A.G.C.M., 11 giugno 2009, Provv. n. 19955, in nota 333.

340 A.G.C.M. PI/87, 12 luglio 1993, Provv. n. 1291, in *Boll.* 17/93.

341 Tra le pronunce, vedi A.G.C.M. PI/121, 23 agosto 1993, Provv. n. 1387, in *Boll.* 22-23/93. In ambito autodisciplinare, vedi Giurì n. 378/99.

342 Vedi A.G.C.M. PI/2171, 14 gennaio 1999, Provv. n. 6808, in *Boll.* 2/99 e Giurì nn. 24/76 e 130/89.

343 Oltre al fatto che rimane dubbia l'idoneità di un titolo di coda ad attirare l'attenzione dello spettatore/consumatore al termine del film, vi è da dire che l'applicazione della disciplina nazionale deve essere limitata ai soli film italiani, con esclusione, ad esempio, di quelli americani, spesso carichi di riferimenti commerciali. E' d'accordo sull'inidoneità di un tale accorgimento "ad assicurare la consapevolezza di una funzione pubblicitaria integrata nella narrazione" A. G. Cianci, *op. cit.*, p. 391.

344 Si ritiene che debbano rientrarvi quelli "non sicuri" *ex art.* 103 Cod. Cons.

Tanto il Codice del Consumo (art. 21, comma 3), quanto il Codice di Autodisciplina (art. 12-*bis*), pretendono una certa chiarezza informativa in relazione ai rischi potenzialmente derivanti da un prodotto.

Entrambi, inoltre, stigmatizzano quella comunicazione che abbia come effetto potenziale l'induzione dei consumatori a trascurare le ordinarie regole di prudenza e di vigilanza.

La disciplina europea non prevede una disposizione apposita, tuttavia sembra potersi ricondurre simili ipotesi al caso dell'omissione ingannevole di cui all'art. 7 della Direttiva³⁴⁵.

Tra prodotti pericolosi rientra certamente il tabacco, di cui oggi si vieta la pubblicità diretta. Abbiamo già visto sopra, però, come insidiose forme di pubblicità occulta, come il *product placement*, andrebbero valutate più severamente, mentre in realtà sono ampiamente utilizzate.

Tra gli altri prodotti pericolosi, l'A.G.C.M. ha incluso anche gli integratori alimentari³⁴⁶, gli elettrostimolatori³⁴⁷, i prodotti alcolici³⁴⁸, gli autoveicoli e le moto³⁴⁹.

Il Giurì, dal canto suo, ha considerato tali, oltre alle bevande alcoliche e alle automobili, anche i medicinali e il gioco d'azzardo. Lo stesso ha sottolineato che, per configurare l'ipotesi di cui all'art. 12-*bis*, occorre che il prodotto possieda una pericolosità intrinseca: dunque, ove per la pubblicizzazione di un prodotto di per sé non pericoloso venga rappresentato un utilizzo pericoloso di un altro prodotto, allora la comunicazione rimarrebbe lecita³⁵⁰.

Per quanto riguarda le bevande alcoliche, l'Autorità Antitrust, nelle sue pronunce, pur ammettendo che esse “possano farsi rientrare tra i prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute dei consumatori”, ha ammesso la criticabilità solo di quelle pubblicità che, per il contesto e per le espressioni, siano in grado di indurre i consumatori ad un uso eccessivo e smodato della bevanda, escludendo l'illegittimità di quelle che, con tono semplicemente umoristico, si limitano a presentare il *brand*³⁵¹. Inoltre, includendo le bevande alcoliche tra i “prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute” *ex art. 21, comma 3, Cod. Cons.*, l'Autorità ha dichiarato che “ove i messaggi pubblicitari prospettino un uso suscettibile di rendere gli alcolici pericolosi per la salute dei consumatori potrebbero essere vietati in base a tale disposizione, qualora non contenessero specifiche avvertenze idonee ad assicurare il rispetto delle regole di prudenza e vigilanza”³⁵².

Tra le pronunce più rilevanti in tale settore merceologico, si ricordano anche quelle del Giurì

345 Inoltre, tra le informazioni rilevanti per l'ingannevolezza di cui all'art. 6 della Direttiva, sono inclusi i “rischi” del prodotto.

346 A.G.C.M. PI/4944, 30 novembre 2005, Provv. n. 14968, in *Boll.* 48/05.

347 A.G.C.M. PI/2620B, 17 maggio 2001, Provv. n. 9542, in *Boll.* 20/01.

348 A.G.C.M. PI/25, 8 gennaio 1993, Provv. n. 883, in *Boll.* 1/93.

349 A.G.C.M. PI/4361, 6 maggio 2004, Provv. n. 13172, in *Boll.* 19/04.

350 Giurì n. 125/90.

351 A.G.C.M. PI/423, 16 febbraio 1995, Provv. n. 2808, in *Boll.* 7/95.

352 A.G.C.M. PI/1339A, 26 giugno 1997, Provv. n. 5142, in *Boll.* 26/97 e PI/1339, 26 giugno 1997, Provv. n. 5141, in *Boll.* 26/1997.

riguardo a casi di pubblicità contrastanti con quanto previsto dall'art. 22 del Codice di Autodisciplina, espressamente dedicato alle bevande alcoliche³⁵³.

Lo stesso si è più volte pronunciato negativamente sull'utilizzo, da parte delle relative pubblicità, della combinazione di alcol e sesso, o comunque di una stimolazione emotiva, senza un'adeguata controinformazione³⁵⁴.

In particolare, il Giurì ha ritenuto che violassero la disposizione suddetta: l'utilizzo della suggestione emotiva e di esclamazioni fuori misura; la presentazione dell'alcol come strumentale al raggiungimento di bisogni irrazionali; la presentazione del prodotto alcolico in bicchieri di grande dimensione; la rappresentazione di una festa che si ravviva solo dopo l'apertura di una cassa di bevande alcoliche; la creazione di un nesso funzionale tra assunzione di alcol e sesso; l'induzione a trascurare cautela e moderazione³⁵⁵.

Appare lampante come simili forme di pubblicità sfruttino certe condizioni di debolezza psicologica e di eventuale dipendenza.

Allo stesso modo, tanto l'Autorità antitrust quanto il Giurì si sono pronunciati rigidamente sui prodotti medicinali.

Molto spesso, infatti, l'obbligo di non rappresentare in modo superfluo gli effetti collaterali o la necessaria consultazione del medico viene aggirato attraverso tecniche comunicative che, in sostanza, svuotano di efficacia l'indicazione formale di questi aspetti. La loro fuorviante esposizione, oltre che potenzialmente dannosa per la salute, è stata valutata dall'Antitrust più severamente data la frequente condizione di disagio psicologico degli utilizzatori di particolari prodotti farmaceutici³⁵⁶.

L'utilizzo di toni enfatici e suggestivi, accompagnato dalla superficialità delle controindicazioni, ha indotto il Giurì a ritenere violato l'art. 25 del Codice di Autodisciplina, che impone alla comunicazione commerciale di evidenziare al consumatore la necessità di opportune cautele in maniera chiara ed esplicita³⁵⁷.

Come già anticipato sopra, l'Autorità ha esteso tali criteri di giudizio anche ai trattamenti dimagranti e ai cosmetici, precisando inoltre come l'indicazione esclusiva del massimo risultato raggiunto in alcune specifiche situazioni può risultare ingannevole in quanto dà al consumatore un'immagine fuorviante dell'efficacia ordinaria del prodotto, soprattutto se accompagnata da “*claim* prestazionali

353 Vedi p. 101.

354 Numerosi esempi di vecchie pubblicità sull'alcol possono ritrovarsi in A. Zancchi, *op. cit.*, pp. 104-110. Ancora oggi non è difficile scovare pubblicità suggestive sugli alcolici tanto in televisione quanto su internet. Per quanto riguarda il trattamento nazionale, va menzionato il “Decreto dignità” (D. L. n. 87/2018) dell'attuale governo che, pur inizialmente esteso alla repressione della pubblicità degli alcolici, sembra ormai limitare la propria attenzione al gioco d'azzardo.

355 Confronta, rispettivamente, Giurì nn. 128/00, 23/83, 58/88, 251/02, 36/03, 57/17.

356 A.G.C.M. PS/8151, 12 dicembre 2012, Provv. n. 24116, in *Boll.* 22/2013.

357 Giurì nn. 23/80 e 117/90.

di particolare impatto suggestivo”³⁵⁸.

Lo stesso orientamento va certamente riconosciuto al Giurì nell’applicazione degli artt. 23, 23-bis e 24 del Codice di Autodisciplina, evidenziando che occorre sempre evitare tanto l’attribuzione, da parte della pubblicità, di effetti terapeutici o comunque risolutori non posseduti, quanto la radicalizzazione, senza le opportune indicazioni, di quelli potenziali³⁵⁹.

All’interno dei prodotti che possono considerarsi potenzialmente pericolosi rientrano anche le automobili, la cui pubblicità tende spesso a presentarle in condizioni d’uso pericolose.

Mentre L’A.G.C.M ha in alcuni casi escluso che l’enfatizzazione della velocità di un’automobile potesse risultare illecita per la salute, data la notorietà della sua pericolosità³⁶⁰; invece il Giurì, con maggiore severità, ha più volte criticato la tendenza della comunicazione pubblicitaria a proporre comportamenti imprudenti, come una guida spericolata³⁶¹.

Agli occhi di quest’ultimo, anche le pubblicità sul gioco-scommesse andrebbero valutate con maggior rigore, in quanto tendenti a sfruttare la ludopatia mediante rappresentazioni di vincite facili o comunque di situazioni suggestive.

E’ pur vero che, un recente intervento del governo (D. L. n. 87/2018, convertito in L. n. 96/2018) è stato rivolto alla repressione della pubblicità del gioco d’azzardo; dunque, in attesa dei suoi effetti applicativi (mantenendosi attualmente i contratti pubblicitari in corso), possiamo riconoscere una certa attenzione legislativa verso tale pubblicità.

I casi precedentemente considerati verranno analizzati nuovamente quando tratteremo dell’ingannevolezza e dell’aggressività psicologica della pratica pubblicitaria, evidenziandone le componenti psico-emotive indebitamente sfruttate dalla comunicazione commerciale.

L’analisi della prassi applicativa non può prescindere da un riferimento anche al modo in cui le autorità hanno valutato la categoria dei consumatori particolarmente vulnerabili, attenzionata dal legislatore come visto prima.

L’aspetto della particolare vulnerabilità va considerato connesso al prodotto oggetto della comunicazione pubblicitaria, strettamente legata alle sue caratteristiche ed alle esigenze, fisiche o psicologiche, al cui soddisfacimento questo viene rivolto.

Per tale motivo, le considerazioni fatte per la pubblicità di prodotti pericolosi spesso si intrecciano con quelle dedicate alla vulnerabilità di taluni gruppi di consumatori.

Il Giurì di autodisciplina sembra, in definitiva, adottare una concezione più realistica e meno razionale di consumatore rispetto alla linea tenuta dalla prassi della giurisprudenziale europea,

358 A.G.C.M., PS/4177, 9 giugno 2010, Provv. n. 21211, in *Boll.* 23/2010.

359 Giurì nn. 6/94 e 103/94.

360 A.G.C.M. PI/693, 29 febbraio 1996, Provv. n. 3655, in *Boll.* 9/96 e PI/5010, 27 settembre 2006, Provv. n. 16005, in *Boll.* 39/2006.

361 Giurì n. 162/02.

configurandolo in generale come più sprovveduto e bisognoso di tutela. Evidentemente, ciò si manifesta ancor di più nei casi di consumatori particolarmente vulnerabili, nel corso del tempo tipizzati dalle varie autorità giudicanti.

Tra i gruppi più vulnerabili, vanno certamente annoverati i minorenni, come dimostrato dal cospicuo numero di disposizioni agli stessi dedicati, sia nella disciplina generale sulle pratiche commerciali che in quelle settoriali, incluso, altresì, il Codice di Autodisciplina.

La medesima attenzione può riscontrarsi nella prassi applicativa.

L'A.G.C.M. ha fatto riferimento alla più facile suggestionabilità dei minorenni³⁶², spesso giudicando talune pubblicità come tendenti ad abusare della loro credulità.

L'Autorità ha, inoltre, dato un'interpretazione ampia della locuzione di pubblicità “suscettibile di raggiungere bambini e adolescenti” (art. 21, comma 4 Cod. Cons.), includendovi quei messaggi che, sebbene non direttamente rivolti ai minori, comunque possono raggiungerli o a causa della tipologia di prodotto o per il mezzo di comunicazione utilizzato³⁶³.

Tra i casi considerati, l'Autorità ha ravvisato l'ingannevolezza di un messaggio promozionale relativo all'acquisto di suonerie mediante abbonamento, in cui ha ritenuto assenti quegli accorgimenti necessari a rendere edotti i minori, potenziali destinatari dello stesso, di tutte le informazioni necessarie alla loro scelta consapevole³⁶⁴. In un'altra ipotesi, l'A.G.C.M. ha ritenuto sussistente l'ingannevolezza per le modalità enfatiche del messaggio, non compensate da idonea avvertenza³⁶⁵.

Infine, l'Autorità ha giudicato anche la strumentalizzazione abusiva dei sentimenti protettivi dei genitori verso i propri figli minori, la quale assume profili di illegittimità ove mirante, con toni esasperati, a “suscitare nei destinatari il convincimento che la cura nei confronti dei più giovani possa essere meglio o più compiutamente soddisfatta mediante l'acquisto di un determinato prodotto commerciale”³⁶⁶.

Analoghe considerazioni possono farsi per l'applicazione, da parte del Giurì, delle disposizioni autodisciplinari. Lo stesso ha infatti dimostrato una grande consapevolezza della debolezza psichica del minore, ritenuto incapace di filtrare cognitivamente i messaggi pubblicitari³⁶⁷, e di leggerne la dimensione parodistica e surreale³⁶⁸. Più precisamente, il giudice dell'autodisciplina ha evidenziato che “nei bambini, l'irrompere della risposta emotiva è grandemente facilitato sia dall'incompiutezza e fragilità di meccanismi cognitivi, non ancora del tutto sviluppati, che dall'esiguità del tempo di

362 A.G.C.M. PI/4363, 20 maggio 2004, Provv. n. 13218, in *Boll.*, 21/2004.

363 A.G.C.M. PI/3981, 8 maggio 2003, Provv. n. 11994, in *Boll.*, 19/2003.

364 A.G.C.M. PS/322, 10 luglio 2008, Provv. n. 18951, in *Boll.* 37/2008.

365 A.G.C.M. PI/4038, 22 maggio 2003, Provv. n. 12040, in *Boll.* 21/03.

366 A.G.C.M. PI/3034, 9 gennaio 2001, Provv. n. 9102, in *Boll.* 1-2/01.

367 Giurì n. 157/98.

368 Giurì n. 151/02.

elaborazione lasciato al soggetto”³⁶⁹.

In ragione dell'età, occorre evidenziare che, oltre ai minori, il Giurì di autodisciplina ha considerato particolarmente vulnerabili anche gli anziani, a cui ha riconosciuto una capacità critica alterata³⁷⁰. Anche l'A.G.C.M., in passato, aveva riconosciuto la loro particolare vulnerabilità, in termini di disagio fisico o psichico (ad es. per la paura della morte)³⁷¹.

Tra le altre categorie di consumatori particolarmente vulnerabili, vanno inclusi coloro che soffrono di obesità o comunque risultano in sovrappeso.

L'autorità Antitrust ha manifestato una certa consapevolezza della vulnerabilità psico-fisica di tale categoria di consumatori, in particolare per i prodotti dimagranti, principalmente rivolti agli stessi³⁷². Tra i casi considerati, l'Autorità ha ritenuto ingannevole una pubblicità³⁷³ che induceva il consumatore a credere di poter perdere peso con la sola somministrazione (o utilizzo) del prodotto, quando in realtà occorreva certamente abbinare un regime alimentare dietetico; inoltre, la medesima pubblicità presentava un'ingannevolezza per omissione dei possibili effetti collaterali derivanti dall'assunzione del prodotto.

Come giustamente evidenziato, si è ritenuto che in tali casi occorrerebbe integrare le informazioni, in modo da assicurare i risultati promessi, con dettagli e modalità parametrize alle condizioni di debolezza psicologica dei destinatari³⁷⁴, potendo viceversa concretizzarsi un'ipotesi di omissione ingannevole.

Il Giurì si è, dal canto suo, spinto fino a cercare di delineare i tratti salienti di tale categoria di consumatori, identificandoli come “persone che il modesto livello culturale, l'insicurezza e l'infelicità dipendenti da un'apparenza fisica che si discosta dagli attuali canoni di bellezza impietosamente imposti dalla vita associata, rendono particolarmente vulnerabili”³⁷⁵. Lo spessore valutativo, anche psicologico, di una simile concezione sembra evidente, e per tale motivo sarà di grande spunto quando tratteremo della scorrettezza psicologica della pubblicità.

Il giudice dell'autodisciplina ha, dunque, giudicato severamente l'utilizzo di messaggi idonei a convincere degli effetti immediati, in termini di dimagrimento, per prodotti relativi alla cellulite o per altri trattamenti dimagranti, che in realtà implicavano anche degli sforzi fisici³⁷⁶; e ciò in quanto ha considerato il consumatore di simili prodotti come un soggetto psicologicamente debole.

Tra i casi di vulnerabilità considerati dall'A.G.C.M. e dal Giurì, vi sono, inoltre, le ipotesi di

369 Cit. Giurì n. 372/98, in A. Zanicchi, *op. cit.*, p. 159.

370 Giurì n. 243/97.

371 A.G.C.M. PI/896, 4 luglio 1996, Provv. n. 4057, in *Boll.* 27/96.

372 A.G.C.M. PI/3323, 6 settembre 2001, Provv. n. 9924, in *Boll.* 35-36/01.

373 A.G.C.M. PS/4096, 24 novembre 2010, Provv. n. 21827 e PI/3972, 27 marzo 2003, Provv. n. 11854, in *Boll.* 13/2003.

374 Cfr. M.Z. Galgano, *op. cit.*, p. 55.

375 Cit. Giurì n. 6/80, in A. Zanicchi, *op. cit.*, p. 87.

376 Giurì nn. 212/01 e 91/02.

fragilità psico-emotiva del consumatore medio di prodotti di cartomanzia, di magia e di ipnosi. Si tratta di soggetti che, per le condizioni socio-culturali disagiate o, appunto, per la propria debolezza psicologica, manifestano frequentemente una certa credulità verso l'efficacia risoltrice di simili oggetti o servizi³⁷⁷.

In tali casi si sanzionava quella pubblicità che inducesse a credere a vincite facili o al carattere miracoloso del prodotto venduto. In particolare, l'A.G.C.M. ha ricondotto ipotesi di questo genere alla fattispecie di “pratica in ogni caso ingannevole” prevista dalla lett. r dell'art. 23 del Codice del Consumo, consistente nell'affermare la capacità di prodotti di aiutare nelle vincite basate sulla sorte³⁷⁸.

Non sembra difficile, anche in queste fattispecie, individuare, oltre che un'ingannevolezza palese, un più subdolo “indebito condizionamento” per aggressione psicologica dei destinatari³⁷⁹.

Tra le pronunce certamente più apprezzabili in chiave ricostruttiva del profilo psicologico della vulnerabilità, va menzionata quella in cui il Giurì ha considerato, più ampiamente, la debolezza di “persone prive delle difese intellettuali di fronte a promesse irrazionali, ma ad alta carica emotiva”³⁸⁰. Evidentemente, una simile affermazione può estendersi fino a ricomprendere anche categorie diverse da quelle tipicamente considerate; potrebbe, in altre parole, valutarsi come clausola interpretativa aperta, per una valutazione psicologicamente orientata delle scorrettezze commerciali.

Ma ancora, di grande portata è l'interpretazione data dal giudice dell'autodisciplina alla disposizione di cui all'art. 8 del relativo Codice, che vieta la comunicazione che faccia ricorso alla superstizione, alla credulità e, salvo ragioni giustificate, alla paura. Essa, come può ben comprendersi, è strettamente connessa alle categorie di vulnerabilità viste prima.

A parere del Giurì, la disposizione verrebbe violata ogni qualvolta una comunicazione faccia leva su debolezze legate ad istinti, bisogni elementari o credenze irrazionali, per poi presentare il prodotto come la soluzione a tali suggestioni negative³⁸¹. Il medesimo ha avuto modo di precisare ulteriormente che andrebbero repressi quei messaggi che utilizzano una coercizione psicologica verso soggetti facili alle emozioni, con personalità debole, tendenti all'irrazionalità o culturalmente meno preparati, dunque più vulnerabili alla comunicazione pubblicitaria³⁸².

Per fare qualche esempio: si è ritenuto idoneo ad abusare della credulità un messaggio che promuoveva sistemi per vincere più facilmente alla lotteria o, come già visto sopra, quello che

377 Tra gli esempi, si considerino: A.G.C.M. PI/170, 23 giugno 1993, Provv. n. 1242, in *Boll.* 14/1993 e PI/880, 2 ottobre 2003, Provv. n. 4222, in *Boll.* 36-37/96. Per il Giurì, vedi ad es. n. 14/86.

378 A.G.C.M. PS/105, 23 dicembre 2008, Provv. n. 19344, in *Boll.* 49/08.

379 Come confermato, d'altronde, da A.G.C.M. PS/717, 8 settembre 1993, Provv. n. 21174, in *Boll.* 14/1993.

380 Giurì n. 36/78.

381 In tal senso, Giurì n. 89/90.

382 Giurì n. 193/98.

attribuisse risultati eccezionali a trattamenti estetici, facenti entrambi leva sulla debolezza psicologica e sull'infelicità dei destinatari³⁸³; per quanto riguarda la paura, il suo sfruttamento è stato escluso nei casi di indicazione non suggestiva dei rischi reali (cosa anzi apprezzabile), mentre è stato riconosciuto con riguardo ad un cosmetico che faceva leva sui tumori della pelle³⁸⁴.

Per quanto attiene, invece, alla categoria della pratica aggressiva, l'odierna prassi applicativa, orientata verso un'interpretazione dell'aggressività in termini di esclusiva coercizione fisica, si è limitata a sanzionare, ai sensi dell'art. 24 Cod. Cons., solo alcune particolari forme di comunicazione pubblicitaria. Si tratta, in sostanza, di talune delle ipotesi di "pratiche in ogni caso aggressive" previste dall'art. 26, tra cui la promozione effettuata mediante visite non gradite presso l'abitazione del consumatore (lett. *b*)³⁸⁵ e quella svolta attraverso ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza (lett. *c*)³⁸⁶. Inoltre, si considera in ogni caso aggressiva l'esortazione diretta a minorenni ad acquistare³⁸⁷ o a convincere i genitori all'acquisto³⁸⁸ (lett. *e*), pratica vietata altresì in materia di televendite.

Al di fuori di tali casi, l'aggressività della pratica pubblicitaria potrebbe essere letta solo in chiave psico-emotiva, facendovi rientrare ipotesi diverse ed ulteriori, che la prassi sembra ancora non tenere in considerazione.

Per quanto riguarda, ad esempio, il tema erotico, prima toccato in riferimento alle bevande alcoliche, occorre evidenziare che, nelle sue pronunce, il Giurì ha valutato tale aspetto sotto altri profili, in particolare dando attenzione alla volgarità di pubblicità che strumentalizzano il corpo femminile, e distinguendo questa categoria dal "cattivo gusto"³⁸⁹.

Sia il suggerimento di una sessualità deviata che una raffigurazione, attraverso immagini e parole, scurrile e lasciva, sono stati ritenuti in contrasto con i principi dell'ordinamento³⁹⁰. Diversamente, il caso dell'utilizzo di temi erotici in modo non volgare né distorto non rientrerebbe nelle ipotesi da giudicare ai sensi della disposizione suddetta³⁹¹.

Sebbene simili forme di pubblicità sembrano coinvolgere direttamente temi diversi dalla libertà consumeristica, in realtà non risulta difficile immaginare una pubblicità sessista che, oltre alla dignità della donna, leda anche indirettamente l'autodeterminazione del consumatore. Più avanti analizzeremo, infatti, la dubbia legittimità di forme di manipolazione aggressiva che si basano

383 Giurì nn. 55/85 e 106/90.

384 Giurì nn. 11/84 e 66/89.

385 A titolo di esempio, cfr. A.G.C.M. PS/3674, 5 agosto 2010, Provv. n. 21462, in *Boll.* 31/2010.

386 Vedi, tra i tanti casi, A.G.C.M. PS/5223, 30 settembre 2010, Provv. n. 21628, in *Boll.* 38/2010.

387 A.G.C.M. PS/2690, 6 agosto 2009, Provv. n. 20192, in *Boll.* 33/2009.

388 A.G.C.M. PS/3794, 16 settembre 2009, Provv. n. 20307, in *Boll.* 37/2009.

389 Giurì n. 43/86.

390 Giurì nn. 66/91 e 26/80

391 Cfr. anche Giurì n. 209/98.

esclusivamente sull'aspetto erotico-pulsionale, abbandonando ogni riferimento ad elementi informativi.

Infine, deve riconoscersi un certo interesse a talune decisioni con cui il Giurì di autodisciplina ha ritenuto diverse pubblicità in contrasto con i principi dell'ordinamento giuridico e con la sensibilità sociale. Esse riguardavano lo sfruttamento di temi delicati come il suicidio e la morte³⁹², la proposta di condotte trasgressive e diseducative³⁹³, nonché l'ingiustificato sfruttamento del sentimento nazionalistico per preferire il prodotto pubblicizzato, in quanto realizzato dentro il territorio statale³⁹⁴.

Anche in questi casi, non può negarsi qualche profilo rilevante in termini di aggressività psicologica, soprattutto nel primo caso, in cui certamente un ruolo fondamentale per la decisione del consumatore va attribuito alla paura.

Ad ogni modo, prima di occuparci di una possibile aggressività psicologica, vediamo se può darsi una ricostruzione in chiave psicologica dell'ingannevolezza delle pratiche commerciali pubblicitarie.

4.3 Ingannevolezza psicologica

“Una versione radicale della idea di dipendenza dal contesto delle preferenze renderebbe difficile individuare i confini dell'inganno. In materia di tutela del consumatore (ma anche in altri campi) il diritto richiede di distinguere tra decisioni «ragionevolmente» libere e consapevoli, e decisioni che sono frutto di errore o di manipolazione. Ormai è chiaro che la distinzione non può passare attraverso le tradizionali teorie normative della razionalità (...). Si tratta di tornare a ragionare (insieme a psicologi, economisti e filosofi) sulla messa a punto di questa distinzione”

(R. Caterina)

Dall'analisi fin qui svolta, si è messo in luce come l'influenza possa articolarsi in diverse modalità,

392 Giurì n. 165/99.

393 Giurì n. 170/98.

394 Giurì n. 32/78.

dalla più diretta indicazione informativa, incentrata sul piano razionale della decisione, alla persuasione più surrettizia, verso cui sembra essersi, ormai da tempo, orientata la strategia commerciale.

L'ampio ricorso a tecniche di manipolazione psicologica, infatti, ha permesso alla pubblicità di allontanarsi dalla sua iniziale caratterizzazione informativa, per spostarsi sul piano della suggestione emotiva e del condizionamento cognitivo.

Abbiamo visto che la prassi applicativa sembra ancora limitarsi alla repressione di quelle forme di ingannevolezza più palesi, lasciando da parte ogni riferimento alle manipolazioni di carattere psicologico-cognitivo. Ciò nonostante, tanto nel *corpus* normativo quanto nella prassi applicativa possiamo ricavare taluni indizi di un interessamento a condizionamenti più sottili della libertà e della razionalità del consumatore.

Vi è chi ha già evidenziato che, nonostante la disciplina sulla pubblicità non contenesse espressamente un diritto a “non essere manipolati”, comunque ha da sempre manifestato un certo interesse verso forme di inganno che agissero al di sotto del livello della consapevolezza³⁹⁵.

Dal sistema di protezione introdotto dalla Dir. n. 05/29 emerge che “essa appresta tutela anche contro forme di manipolazione della libertà di scelta che dipendono (...) dal mero sfruttamento di limitazioni cognitive che il legislatore ha ritenuto essere patite tipicamente” dal consumatore, secondo il modello che di esso si presuppone³⁹⁶. Pur non essendovi, tra le disposizioni sull'ingannevolezza, un divieto generale di sfruttamento dei *biases* cognitivi, si può rintracciare tuttavia una episodica previsione di divieti da cui si desume una valorizzazione giuridica delle manipolazioni cognitive.

Si pensi al caso tipico del *bait advertising*, indicato dal legislatore tra le pratiche in ogni caso ingannevoli, e consistente nell'«*invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta del prodotto e al prezzo offerti*» (art 23, lett. e Cod. Cons.). Si tratterebbe, in sostanza, di una forma di “esca” per il consumatore non esente, se valutata opportunamente, da uno sfruttamento di fattori psicologici. Non bisogna sottovalutare, infatti, gli effetti emotivi derivanti dall'induzione del consumatore ad entrare nel locale commerciale, ingannato dalla presenza di una certa promozione, per poi essere sviato, inaspettatamente, verso acquisti differenti.

Occorre, più in generale, attribuire una rilevanza centrale all'espressione “falsare in misura rilevante”, la quale deve necessariamente colorarsi di ulteriori significati, in modo da comprendere

395 Cfr. M. Fusi, *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, cit., p. 5.

396 Cit. M. Bertani, *op. cit.*, pp. 44 – 45.

le strategie di manipolazione psicologica e cognitiva ampiamente usate dai professionisti del mercato. Manipolare, infatti, significa incidere sul processo di libera formazione della volontà attraverso la provocazione di reazioni inconsce, per cui non sembra difficile ricondurre tale fattispecie al divieto legislativo di pratiche scorrette.

Già dal tenore delle disposizioni consumeristiche, d'altronde, sembra doversi attribuire un significato ampio alla formula normativa, riconducendovi ogni forma di condizionamento, tanto ingannevole quanto aggressivo. Dunque, come suggerito dalla sua collocazione all'interno della clausola generale di cui all'art. 20 Cod. Cons. (5 Dir. 05/29), il termine "falsare" significa tanto fuorviare rispetto alle reali caratteristiche del prodotto, quanto comprimere la libertà e la razionalità della scelta del consumatore.

Per quanto riguarda, in particolare, la pratica ingannevole attiva, assume rilievo il riferimento legislativo alla possibilità di ingannare il consumatore con un messaggio che, seppur corretto, "in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva" (artt. 21 Cod. Cons. e 6 Dir.) risulti idoneo a fuorviarne il comportamento economico.

Con l'inserimento di una simile previsione, il legislatore sembra manifestare una chiara consapevolezza delle ipotesi, ormai ampiamente diffuse, di inganno perpetrato non tanto attraverso l'indicazione di informazioni false, quanto attraverso la strategica presentazione decettiva delle informazioni imposte dalla legge.

Lo stesso può dirsi per l'ipotesi legislativa dell'omissione ingannevole, prevista dall'art 22 Cod. Cons. (7 Dir.). Questo, infatti, oltre a vietare la concreta omissione di informazioni rilevanti, si preoccupa anche di stigmatizzare la fattispecie della presentazione di informazioni oscura, incomprensibile, ambigua o intempestiva. La sua attenzione al contesto comunicativo è ulteriormente confermata dal terzo comma della disposizione, che attribuisce rilevanza alle restrizioni in termini di spazio e di tempo della comunicazione commerciale.

Ma ancora, con particolare riguardo al contesto televisivo, non può negarsi la rilevanza del secondo comma dell'art. 30 Cod. Cons., il quale stigmatizza le televendite e gli spot che siano idonee ad indurre in errore il consumatore, mediante dichiarazioni o rappresentazioni, *«anche per mezzo di omissioni, ambiguità o esagerazioni, in particolare per ciò che riguarda le caratteristiche e gli effetti del servizio, il prezzo, le condizioni di vendita o di pagamento, le modalità della fornitura, gli eventuali premi, l'identità delle persone rappresentate»*.

Sembra doversi rintracciare, in tali indizi normativi, una certa apertura verso forme meno evidenti di ingannevolezza della comunicazione commerciale, legate a particolari modalità espressive e all'estetica complessiva della presentazione.

E ciò sembra sposarsi bene con le recenti ricerche di psicologia cognitivo-decisionale, analizzate più ampiamente sopra.

Come visto prima³⁹⁷, infatti, il possesso di un insieme di informazioni completo, pur importante per la decisione economica, non può ritenersi sufficiente ad assicurare una piena libertà del consumatore, essendo questa dipendente da fattori quali la capacità percettiva, l'attenzione e il ricordo di quanto percepito. In altre parole, “l'inefficienza non risulta soltanto da una informazione subottimale, ma da una capacità subottimale di processare l'informazione”³⁹⁸.

Se calibrata e studiata in un certo modo, la presentazione di tutte le informazioni può fuorviare il consumatore allo stesso modo di una presentazione parziale delle stesse: essa, nondimeno, potrebbe impedirgli di percepire chiaramente le caratteristiche di una scelta economica, o comunque di orientarne l'attenzione solo verso quegli aspetti favorevoli all'acquisto.

Ad essere sfruttati, come ampiamente analizzato sopra, sono spesso i cd. *bias* cognitivi e le euristiche, ovvero quegli errori percettivi sistematici e quelle scorciatoie decisionali che confermano, con una certa frequenza, la caratterizzazione non sempre olimpica del processo decisionale.

In particolare, le ricerche di psicologia della decisione, partendo dalla teoria simoniana della razionalità limitata, hanno dimostrato, attraverso lo studio delle strutture cognitive, della selezione dei ricordi e dell'attenzione, come l'uso intuitivo e automatico di strategie decisionali semplificate («euristiche»), che forniscono spesso la risposta giusta e riducono i costi cognitivi delle decisioni, provochi una serie di distorsioni sistematiche e prevedibili (i «bias»)³⁹⁹.

Come già evidenziato, gli uomini di marketing non hanno perso l'occasione per affinare le tecniche di presentazione del prodotto, sfruttando tali prevedibili deviazioni cognitive e decisionali del consumatore, anzi incentivandole attraverso nuove strategie commerciali⁴⁰⁰.

E ciò assume una certa rilevanza, considerando l'esigenza di tutelare la piena libertà del consumatore: si è infatti evidenziato come non possa dirsi libero colui che, per la fretta, il contesto, il modo di presentazione delle informazioni, compia l'atto di consumo condizionato da errori cognitivi e seguendo euristiche deliberatamente sfruttate e incentivate dal professionista. Si deve ricordare che, dal momento che anche la memorizzazione può avvenire ad un basso grado attentivo⁴⁰¹, la comunicazione commerciale potrebbe influenzare il comportamento del consumatore anche se questo non abbia elaborato attentamente l'annuncio, o addirittura non lo ricordi.

Tali fattori, dunque, devono essere tenuti in considerazione per verificare se, in base ai pochi riferimenti normativi e alla prassi applicativa, sia possibile dare un'interpretazione

397 Si rinvia a p. 80.

398 Cit. R. Caterina, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit., p. 3.

399 Cfr. p. 42 ss. Per i riferimenti bibliografici al tema, vedi note 115, 116 e 117.

400 Come giustamente evidenziato “la pratica commerciale ha in taluni casi preceduto la ricerca di laboratorio, e l'ha poi seguita con interesse” (cit. R. Caterina, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit., p. 6).

401 H. E. Krugman (1970), *Memory without Recall, Exposure without Perception*, cit.; H. E. Krugman & E. Hartley (1970), *Passive Learning from Television*, cit.; S. Shapiro, D. J. MacInnis & L. E. Heckler, (1997), *The effect of incidental ad exposure on the formation of consideration set*, cit.

dell'ingannevolezza pubblicitaria che tenga conto anche del deliberato sfruttamento delle fallacie cognitive del consumatore da parte delle imprese.

Tale operazione interpretativa è stata, d'altronde, spesso avallata dalla più recente ricerca accademica⁴⁰², la quale si è sostanzialmente interrogata sulla possibilità di utilizzare le ricerche di economia comportamentale e di neuroscienze per interpretare le disposizioni consumeristiche e, eventualmente, integrarne il contenuto. Tra gli studiosi vi è chi ha, altresì, incluso tra gli elementi attraverso cui valutare l'“idoneità ad ingannare” di una pratica anche valutazioni di ordine socio-psicologico, evidenziando però lo scarso ricorso ad esse da parte dell'Autorità Antitrust⁴⁰³.

Anche se ancora non ha avuto alcun riscontro nell'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dunque, l'integrazione interpretativa dell'ingannevolezza commerciale in modo da farvi rientrare la manipolazione psicologica appare un'operazione imprescindibile per assicurare, in modo effettivo ed efficace, la libertà del consumatore.

Inoltre, se, a parere dell'Autorità Antitrust, il messaggio commerciale non deve tendere, “considerata la sua assertività e il contesto in cui si inserisce (..) a ingenerare nel consumatore medio una percezione degli elementi essenziali dell'offerta sensibilmente difforme dalle sue effettive caratteristiche”⁴⁰⁴, allora a maggior ragione la manipolazione dell'elemento percettivo va considerata con particolare attenzione.

Evidentemente occorre partire da due riferimenti principali: quello, contenuto nella normativa, dell'induzione in errore da parte della pratica commerciale “in qualunque modo, compresa la sua presentazione”⁴⁰⁵; quello, avallato nella prassi applicativa sia della giurisprudenza che dall'orientamento dell'Autorità Antitrust e del Giurì, per cui l'ingannevolezza può derivare dalle modalità di comunicazione promozionale⁴⁰⁶, e la completezza e veridicità del messaggio devono essere valutate tenendo conto del contesto comunicativo, sin dal primo contatto con il consumatore⁴⁰⁷.

402 Cfr., in particolare: J.H. Hanson & D. A. Kysar (1999), *Taking behavioralism seriously: the problem of market manipulation*, cit.; *id.*, *Taking Behavioralism Seriously: Some evidence of market manipulation*, cit. Tra i più recenti, invece, cfr.: M. Bertani, *op. cit.*, p. 20 ss.; R. Caterina, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore: il problema delle «pratiche ingannevoli»*, cit.; *Id.*, *Pratiche commerciali scorrette e psicologia del consumatore*, cit.; A. G. Cianci, *op. cit.*; S. Frerichs (2011), *False Promises? A sociological Critique oh the Behavioural Turn in Law and Economics*, cit.; M. Lissowska (2011), *Overview of BE elements in the OECD Consumer policy toolkit*, cit.; L.A. Reisch & M. Zhao (2017), *Behavioural Economics, Consumer Behaviour and Consumer Policy: state of the art*, cit.; G. Rojas Elgueta (a cura di), *op. cit.*; J. Trzaskoski (2011), *Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practises Directive*, cit.

403 V. Meli, *Voce “Pubblicità ingannevole”*, cit., p. 10.

404 Così A.G.C.M. PS/4471, 8 aprile 2010, Provv. n. 20988, in *Boll.* n. 15/2010

405 Nella disposizione europea di cui all'art. 6 Dir. 05/29, l'espressione, sostanzialmente uguale, è “in any way, including overall presentation”.

406 Vedi, ad esempio: Tar Lazio, sez. I, 8 marzo 2013, n. 2481 e Tar Lazio, 1 agosto 2019, n. 10193, in *Foro amm.*, 2019, 7, p. 1329; A.G.C.M. PS/8333, 28 novembre 2012, Provv. n. 24080, in *Boll.* n. 48/2012; Giurì n. 32/94.

407 Cons. Stato, sez. IV, 10 dicembre 2014, n. 6050 cit.

E' doveroso evidenziare nuovamente come il messaggio pubblicitario, salvo rare eccezioni, si presenta oggi assolutamente privo di senso e mancante di elementi attinenti alle qualità del prodotto, un discorso tautologico più vicino ad un imperativo ripetitivo che ad una informazione persuasiva: si pensi, tra i vari casi, all'utilizzo di promesse comparative senza il termine di paragone (ad. es. "bianco più bianco")⁴⁰⁸.

L'importanza di un riferimento a parametri oggettivi e ad informazioni sulle caratteristiche reali del prodotto ha indotto il Giurì a considerarlo un criterio determinante per escludere il carattere omissivo e fuorviante di un messaggio⁴⁰⁹.

Abbiamo visto che lo stesso Giurì, pur avendo in una decisione sottolineato la necessità di far riferimento al significato palese⁴¹⁰, ha poi generalmente ammesso la tendenza della comunicazione pubblicitaria a far ricorso ad ambiguità, elementi emozionali, irrazionali e simbolici⁴¹¹. Per tale motivo, l'organo dell'autodisciplina ha evidenziato l'importanza di valutare la comunicazione anche "in relazione al contesto, alle intenzioni comunicative e ad altre circostanze che possono influire sulla sua decodifica"⁴¹².

Dal canto suo, la Corte di giustizia dell'UE ha ribadito il principio per cui la valutazione dell'ingannevolezza di una comunicazione commerciale (anche di un marchio) andrebbe commisurata alla sua percezione significativa da parte del consumatore medio del prodotto in questione⁴¹³. In tal senso, una comunicazione i cui effetti fuorvianti sfuggano alla percezione del destinatario andrà valutata in termini ancor più severi, partendo dalla considerazione che la stessa, di per sé, tenderebbe ad aggirare l'attenzione del consumatore, per cui l'inganno rimarrebbe inconsapevole.

408 Si tratta di tecniche studiate per far credere ad una promessa che non può dirsi vera, senza però apparire visibilmente come una bugia. Nonostante ciò, non va esclusa una capacità persuasiva, come affermato dallo psicolinguista R. Harris, a seguito di un ampio studio su queste metodologie comunicative. Cfr. V. Packard, *op. cit.*, p. 269.

409 Giurì n. 19816/09.

410 Giurì n. 6/01.

411 Come giustamente evidenziato anche da A. Znacchi, *op. cit.*, p. 223.

412 *Cit.* Giurì n. 32/94.

413 Cort. Giust. UE, 8 febbraio 2017, C- 562/2015.

4.3.1: l'ingannevolezza alla luce dei singoli *biases* cognitivi

Ciò premesso, si procederà con l'esposizione delle varie tecniche già viste di sfruttamento dei *biases* cognitivi, e con la loro analisi giuridica secondo le fonti e la prassi applicativa, con un approccio sia *de iure condito* che *de iure condendo*. Occorre, in altre parole, verificare se sia possibile estendere le maglie dell'ingannevolezza di una pratica commerciale, fino a farvi rientrare le varie forme di sfruttamento delle euristiche da parte dei professionisti. Accanto a tali casi ormai tipizzati di manipolazione cognitiva, si farà riferimento, successivamente, ad altre modalità di presentazione distorta di informazioni essenziali a cui sembra fare ricorso la maggior parte delle pubblicità.

Vi è da dire che alcune pratiche commerciali comunicative non coinvolgono un *bias* solo, ma tendono a sfruttarne molteplici, per cui vedremo spesso la combinazione, e la connessione, tra le diverse ipotesi trattate.

Uno dei principali *bias* analizzati è il “priming” semantico, per il quale le informazioni e le stimolazioni iniziali, compreso il contesto visivo e sonoro, influenzano cognitivamente la percezione delle informazioni successive, e dunque le conseguenti decisioni. E ciò anche se si tratta di informazioni periferiche, irrilevanti ove si adottasse il modello della teoria razionale della scelta.

Seppur con le dovute differenze, il *priming* può confrontarsi con il *bias* dell'*anchoring*, riguardante l'effetto determinante dei punti di riferimento (“ancore cognitive”) sulla scelta individuale.

Il consumatore, in sostanza, pur rimanendo inconsapevole dell'influenza, agirebbe condizionato dalla preparazione cognitiva⁴¹⁴.

Un caso molto diffuso nel marketing consiste nell'indicazione, anche in messaggi pubblicitari, di un prezzo iniziale rispetto a cui, successivamente, si indica un prezzo finale diverso. Ove questo sia più basso di quello iniziale, esso, pur di per sé alto, verrà percepito, a causa dell'*anchoring*, più favorevolmente dal consumatore; ove, invece, il prezzo finale sia più alto in ragione di costi aggiuntivi, questi ultimi saranno percepiti meno negativamente a causa della buona impressione inizialmente arrecata dalla prima informazione. Tale seconda ipotesi, più vicina al *priming effect*, non si verifica raramente, soprattutto in determinati settori come quello della pubblicità online di servizi turistici⁴¹⁵.

Ma ancora, si pensi a quei casi (riconducibili al *priming*) in cui una pubblicità inizia presentando

414 Cfr., in particolare: N. Guéguen, *op. cit.*, pp. 37 - 38; D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, cit., p. 67 ss.; J. Le Doux, *Il cervello emotivo. Alle origini delle emozioni*, cit., p. 40; N. Mandel & E. Johnson (2002), *When web pages influence choice: Effects of visual primes on experts and novices*, cit.; L.A. Reisch & M. Zhao (2003), *op. cit.*, p. 198.

415 Cfr., tra i casi, A.G.C.M., PS/3773, 28 aprile 2011, Provv. n. 22341, in *Boll.* 17/2011.

favorevolmente il prodotto, anche con suggestioni emotive, per poi indicare brevemente le controindicazioni. In tali casi, le stimolazioni iniziali, anche emotive (si parla di “priming percettivo”), tenderanno a fuorviare la percezione delle controindicazioni a fine pubblicità.

In questa ipotesi, l'ingannevolezza, sostanzialmente attiva, consisterebbe nella predisposizione emotivo-cognitiva del consumatore in modo da fuorviarne la corretta percezione delle caratteristiche del prodotto.

Un altro tra i *biases* più sfruttati dalla pratica pubblicitaria è, come già anticipato, il cd. *framing effect*.

Esso si sostanzia nella differente percezione di un medesimo oggetto solo perché presentato diversamente per la forma o per il contesto⁴¹⁶, dunque nel rovesciamento delle preferenze in base al modo in cui una medesima informazione venga comunicata.

Risulta evidente la sua frequente strumentalizzazione da parte della comunicazione commerciale, che quasi sempre promuove il prodotto, se non escludendo qualsiasi informazione determinante, comunicandola in modo spesso distorto⁴¹⁷.

Prima si è fatto l'esempio della presentazione di un prodotto alimentare malsano come benefico, solo perché veniva sottolineata la quantità relativa minore di grassi, piuttosto che la quantità assoluta⁴¹⁸. Ma lo stesso effetto fuorviante può ottenersi per la pubblicità di qualsiasi altro bene, i cui vantaggi, svantaggi e costi vengano presentati in modo da condizionare, a seconda del caso, la percezione del prodotto da parte del consumatore.

Anche il “Consumer policy toolkit” dell'OECD, prima visto, ha evidenziato la necessità di valutare giuridicamente le subdole modalità di indicazione delle informazioni, tendenti a sottolineare quelle positive e a determinare la sottovalutazione di quelle negative⁴¹⁹.

Uno degli elementi a cui i professionisti spesso applicano particolari strategie di presentazione è rappresentato, anche in questo caso, dal prezzo. Trattandosi di un aspetto rilevante nella scelta del consumatore, la sua trasparenza nei messaggi pubblicitari diviene di fondamentale importanza per valutare la scorrettezza della pratica⁴²⁰. L'influenza delle variabili comportamentali e delle euristiche in merito alla percezione del prezzo ha indotto gli studiosi a parlare di “prezzo comportamentale”, con ciò intendendo quelle strategie di presentazione e fissazione di esso basate

416 J. D. Hanson & D. A. Kysar, *Taking behavioralism seriously: the problem of market manipulation*, cit., p. 684 ss.

417 Vi è chi, inoltre, ha sottolineato l'influenza che il *framing effect*, insieme all'*anchoring effect*, determina sulla percezione delle clausole contrattuali, la cui vessatorietà viene spesso resa meno palese da una strategica indicazione delle informazioni. Vedi M. G. Faure & H. A. Luth (2011), *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms*, in *Journal of Consumer Policy*, 34:377, pp. 337 - 358.

418 J. D. Hanson & D. A. Kysar, *Taking behavioralism seriously: some evidence of market manipulation*, cit., pp. 1451 - 1542.

419 M. Lissowska, *op. cit.*, p. 396.

420 Ciò è ribadito dalla disciplina sulla pubblicità dei prezzi dei beni esposti, di cui all'art. 14 D. Lgs. n. 114/1998, che impone un'adeguata e chiara informazione al consumatore.

sulla psicologia cognitivo-comportamentale⁴²¹.

Un esempio diffuso di “prezzo psicologico” è quello fissato in modo cumulativo per due prodotti, diverso dalla somma dei loro prezzi individuali, la percezione dei quali risulta in tal modo fuorviata. Allo stesso modo, presentare il prezzo (cd. *partitioned pricing*) suddividendolo in più parti, piuttosto che in modo unitario, determina spesso il medesimo effetto distorsivo, in quanto il consumatore non si soffermerebbe sulla somma aritmetica, ma solo sulla parte più grande del prezzo complessivo⁴²².

Lo stesso può dirsi per l’indicazione del prezzo “+ iva”, di cui non si intravede altra finalità se non quella di fuorviare la percezione del prezzo complessivo.

Anche in tali casi, non può negarsi la possibile rilevanza della condotta in termini di ingannevolezza per le modalità di presentazione del messaggio.

Un altro comportamento euristico spesso strumentalizzato in ambito commerciale è il *bias* della “disponibilità”. A causa di questo si tende, pigramente, a considerare solo le informazioni più vivide e disponibili, ancorché insufficienti per una decisione razionale e consapevole. In conseguenza di ciò, altre informazioni, seppur rilevanti per la ragionevolezza della decisione, tendono ad essere ignorate, o quanto meno sottostimate⁴²³. Si parla, in tali ipotesi, di “effetto alone”, attraverso cui il decisore tende a valutare il tutto considerando esclusivamente una parte.

Diffuse sono le forme di sfruttamento pratico di questo *bias* da parte delle odierne tecniche di marketing. Basta guardare al contenuto informativo della pubblicità dei prodotti, che, quando non totalmente assente perché rimpiazzato dalla mera suggestione, evidenzia sempre alcuni aspetti del prodotto, oscurando totalmente gli elementi negativi, sempre per mezzo di oculate strategie di presentazione. In tal modo, indirizzando il consumatore a considerare solo una parte delle informazioni, la comunicazione commerciale lo induce a prendere una scelta non pienamente consapevole.

Un altro comportamento euristico consiste nel meccanismo dell'*anchoring*, prima collegato al *priming effect* e rientrante tra *confirmatory biases* (o *status quo bias*). Attraverso esso l'agente tende a valutare costi e benefici di una decisione in base ad un valore iniziale, che condizionerà la successiva percezione del valore reale definitivo. E ciò anche nel caso in cui l'informazione inizialmente fornita risulti totalmente irrilevante o arbitraria rispetto al valore finale⁴²⁴.

Questo meccanismo, inoltre, può indurre a giustificare o considerare coerenti con il dato iniziale

421 Per un approfondimento sul tema della trasparenza del prezzo e le questioni cognitivo-comportamentali del consumatore, cfr.: W. H. van Boom (2011), *Price Intransparency, Consumer decision making and European Consumer Law*, cit.; R. Caterina, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit., pp. 11 – 14.

422 Vedi R. Caterina, *op. cit.*, p. 12.

423 Cfr. G. Menon & P. Raghurur (2003), *Ease of retrieval as an automatic input in judgments: A mere accessibility framework?*, in *Journal of Consumer Research*, 30, pp. 230 – 243.

424 Evidenziano l'impatto sulla libertà del consumatore di tale pratica L. Reisch e M. Zhao, *op. cit.*, p. 197.

altre informazioni diverse successivamente ricevute.

Non è un caso che, spesso, il professionista “ancori” il consumatore ad informazioni iniziali favorevoli, rendendolo meno sensibile alle successive contro-informazioni: nell'ambito della comunicazione commerciale, esempio tipico è quello dell'uso della parola “gratis”, efficiente “bottone” emozionale; anche se il consumatore successivamente scoprisse l'onerosità della prestazione, faticherebbe a discostarsi dall'impressione positiva dovuta al valore iniziale⁴²⁵.

Non può negarsi una certa connessione tra il meccanismo psicologico appena visto e l'ipotesi di pratica ingannevole enunciata dal n. 20 dell'Allegato della Dir. 05/29 (lett. v dell'art. 23 Cod. Cons.), consistente nel «*descrivere un prodotto come gratuito, senza oneri o simili se il consumatore deve pagare un sovrappiù rispetto all'inevitabile costo di rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare l'articolo*».

Inoltre, la sanzionabilità di questa pratica diventa ancor più evidente considerando la prassi applicativa delle disposizioni codicistiche: essa da un lato ha disposto che il prezzo debba essere chiaro sin dal primo contatto col consumatore, e dall'altro che la qualifica di “gratuito” vada riconosciuta solo nel caso di totale assenza di oneri a carico del consumatore⁴²⁶.

Si tratta in ogni caso di modalità di presentazione ingannevole di un'informazione che, inducendo in errore il consumatore sul valore economico del prodotto acquistato, falsano in misura apprezzabile il suo comportamento economico. Occorre valutare la condotta considerando anche il mezzo di comunicazione utilizzato e l'estetica dell'informazione, spesso fuorviante in quanto tendente ad occultare, attraverso artifici visivi, le informazioni rilevanti, come visto sopra con riguardo al *framing effect*.

L'A.G.C.M. e la giurisprudenza amministrativa, come più volte ribadito, sono consapevoli dell'impatto rilevante che anche solo un primo contatto col consumatore possa avere sul suo comportamento. Essi, infatti, ritengono sufficiente, per configurare un'ingannevolezza, l'effetto di aggancio del consumatore, attribuendo invece una certa irrilevanza alle informazioni date dal professionista solo successivamente al primo contatto⁴²⁷. Ad analoghe conclusioni è giunta la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ha considerato rilevanti le influenze commerciali esercitate anche in fasi a monte del comportamento di consumo: queste possono, infatti, determinare pregiudizi prodromici non facilmente modificabili, ancorché vengano, in un momento successivo, ottenute informazioni più chiare e complete⁴²⁸.

Altro gruppo di dinamiche euristiche è quello basato sulla “*overconfidence*”, attraverso cui si tende a sopravvalutare le proprie capacità e, di conseguenza, a sottostimare la probabilità di eventi

425 In tal senso, vedi J. Trzaskowski, *op. cit.*, pp. 388 – 389 e W. H. van Boom, *op. cit.*, p. 362 – 363.

426 Cfr. p. 113 e, *ivi*, le note n. 322 e 323.

427 Vedi p. 62 e, *ivi*, la nota n. 174.

428 Cort. Giust. UE, 19 dicembre 2013, C-281/2012.

negativi futuri.

Evidenti sono le possibili ripercussioni sulla razionalità decisionale del consumatore, soprattutto in ambiti in cui invece appare più opportuno soppesare oculatamente vantaggi e svantaggi di una scelta. Si pensi, ad esempio, agli investimenti bancari, o al settore assicurativo, in cui la pubblicità tende ad evidenziare i fattori positivi, come la immediata liquidità di denaro.

Legata a tale euristica è la tendenza a sottovalutare i possibili, futuri, effetti nefasti di una scelta, concentrando l'attenzione solo sulle soddisfazioni immediate. Per fare un esempio, si pensi all'impatto psicologico dell'avvertenza "il fumo uccide", o alle relative immagini, nei pacchetti di sigarette: ove questa evenienza fosse realmente percepita dal consumatore, vi dovrebbe logicamente essere un calo più evidente dei fumatori, cosa che invece non sembra sussistere⁴²⁹. Rispetto ad essa, l'attenzione del consumatore sembra concentrarsi sull'estetica dell'etichetta (fatta rientrare nella definizione di pubblicità), la quale spesso evidenzia piuttosto il gusto intenso del tabacco.

Un possibile abuso della *over-confidence* avviene in altre pubblicità in cui, nonostante il prodotto si caratterizzi per una serie di rischi, anche psico-fisici, questi tendono ad essere occultati attraverso la presentazione di situazioni contraddistinte dal carattere sicuro ed esperto dei protagonisti o dalla felicità e spensieratezza delle circostanze. Oltre alle scommesse, si pensi anche alla pubblicità delle automobili, spesso tendenti ad evidenziare le prestazioni ottimali mediante la rappresentazione di una guida esperta, ma spericolata.

Attraverso queste modalità di comunicazione promozionale, il consumatore viene indotto a sottostimare i rischi, così prendendo una decisione commerciale fuorviato rispetto alle reali caratteristiche del prodotto. Anche questa pratica, dunque, dovrebbe essere ricompresa (o, comunque, adeguatamente considerata) tra i casi di ingannevolezza da vietare alla luce della normativa sulle pratiche commerciali scorrette.

Vi è inoltre chi ha ritenuto la diffusione di informazioni idonee a indurre ad un uso incauto di un prodotto come un'ipotesi rientrante nel divieto di ingannevolezza⁴³⁰. Una simile interpretazione è stata data anche nella prassi applicativa: con riguardo ai prodotti alcolici, considerati potenzialmente pericolosi dall'Autorità Antitrust ai sensi dell'art. 21, comma 3, sono state considerate ingannevoli pubblicità idonee ad incentivare un uso insalubre ove prive di idonee avvertenze sul rispetto delle regole di prudenza e vigilanza⁴³¹.

Tra gli ultimi *biases* analizzati nel secondo capitolo abbiamo visto anche la *loss aversion*, cioè la tendenza dell'individuo a percepire maggiormente un'avversione alla perdita piuttosto che una

429 In Italia si stimano circa 11,7 milioni di fumatori (il 22% della popolazione), secondo quanto riportato dalla ricerca DOXA, effettuata nel 2017 da parte dell'OSSFAD del Centro Nazionale Dipendenza e Doping dell'ISS.

430 Vedi V. Meli, *Voce "pubblicità ingannevole"*, cit., p. 19.

431 A.G.C.M. PI/1339A, 26 giugno 1997, Provv. n. 5142, in *Boll.* 26/97 e PI/1339, 26 giugno 1997, Provv. n. 5141, in *Boll.* 26/1997.

propensione al guadagno⁴³². Tale euristica è strettamente connessa allo *status quo bias*, ovvero l'ancoraggio ad una situazione iniziale rispetto a cui ogni deviazione, ancorché economicamente favorevole, viene percepita come una perdita. Da ciò deriva che una comunicazione pubblicitaria può essere diversamente elaborata dal consumatore, a seconda che evidenzi l'assenza di perdite piuttosto che la presenza di particolari vantaggi: ove, quindi, dalla modalità comunicativa scelta dal professionista possa derivare un'efficacia decettiva, la pubblicità potrebbe considerarsi ingannevole *ex art 21 Cod. Cons.* Si pensi all'ipotesi di un messaggio commerciale relativo ad investimenti bancari che evidenzi i fattori che escludono una possibile perdita del denaro, piuttosto che le possibilità di guadagno del consumatore-cliente.

Al di fuori dei casi tipici di *biases* finora individuati dalla ricerca psicologica, deve altresì considerarsi la rilevanza di particolari stratagemmi di tipo audio-visivo costantemente impiegati nell'ambito della comunicazione commerciale.

Si pensi a tutte quelle ipotesi in cui, nelle pubblicità relative a particolari prodotti o servizi, come le automobili o i prestiti bancari, i costi effettivi siano mascherati attraverso indicazioni che, per la dimensione dei caratteri e per la tempistica della comunicazione, sfuggono alla vista del consumatore. Più in generale, la pubblicità tende con una certa frequenza a rendere impercettibile al destinatario, attraverso strategie deliberatamente adottate, i rischi, i costi o comunque le controindicazioni dei prodotti promossi. In particolare, ciò risulta più evidente, oltre che nelle pubblicità suddette, anche in quelle, ad esempio, dei prodotti farmaceutici, del calcio scommesse, della lotteria e dei servizi di telefonia mobile.

Come detto già sopra, non possono negarsi le ripercussioni di simili condotte sul piano degli obblighi informativi e delle responsabilità del professionista, soprattutto in certe ipotesi più delicate. Si tratta infatti, in alcuni di questi casi, di prodotti pericolosi per cui tanto il Codice del Consumo (art. 20, comma 3), quanto il Codice di Autodisciplina (art. 12-*bis*), pretendono una certa chiarezza informativa in relazione ai loro rischi potenziali, e vietano quelle comunicazioni che abbiano come effetto potenziale l'induzione dei consumatori a trascurare le ordinarie regole di prudenza e di vigilanza.

Anche se la disciplina europea non prevede una disposizione apposita, sembra potersi ricondurre simili ipotesi al caso dell'omissione ingannevole di cui all'art. 7 della Direttiva⁴³³.

Per quanto riguarda, ad esempio, i medicinali, l'aggiramento dell'obbligo normativo di non far apparire superflui gli effetti collaterali o la necessaria consultazione del medico avviene mediante l'utilizzo di modalità di comunicazione che, in sostanza, svuotano di efficacia l'indicazione formale

432 R. Sunstein (1993), *Endogenous preferences, Environmental law*, cit. , p. 230.

433 Inoltre, tra le informazioni rilevanti per l'ingannevolezza di cui all'art. 6 della Direttiva, sono inclusi i "rischi" del prodotto.

di tali aspetti. E ciò, sia per le modalità di esposizione dei rischi, mediante la velocizzazione del messaggio e/o la sua indicazione con caratteri di piccole dimensioni, sia per l'effetto (valutabile come forma di *priming*) della rappresentazione preventiva, in particolare nelle pubblicità audio-video, di immagini e storie spesso suggestive.

Il giudizio di una simile condotta ingannevole, inoltre, dovrebbe considerare la particolare vulnerabilità dei potenziali destinatari di tali prodotti, spesso caratterizzati da disagi fisici o psicologici⁴³⁴. Allo stesso modo si è pronunciato il Giurì di autodisciplina, in relazione al mancato rispetto dell'art. 25 del relativo Codice a causa delle modalità superficiali di comunicazione delle controindicazioni⁴³⁵. Lo stesso, evidentemente, può dirsi per altri prodotti pericolosi. Possiamo affermare, infatti, che praticamente ogni pubblicità su tale genere di prodotti (si pensi anche a quelle sulle scommesse, sui cosmetici, sugli investimenti) tende a presentare le contro-informazioni in modo assai incomprensibile e, dunque, impercettibile.

La stessa prassi applicativa, d'altronde, si dimostra particolarmente attenta alle modalità di presentazione delle informazioni, soprattutto per i prodotti di questo genere, e per tale motivo considerare più severamente tali strategie comunicative, come forma di ingannevolezza, non sembra difficilmente ammissibile.

Se anche l'autorità amministrativa ha considerato ingannevoli ipotesi di ambiguità descrittiva⁴³⁶ e di comparazione non chiara anche a causa delle dimensioni del carattere⁴³⁷, allora non si vede il motivo per cui escludere l'estensione della repressione ai casi appena visti. Questi altro non sono, infatti, che ipotesi più subdole e sfuggenti di ambiguità, oscurità e fuorviante presentazione delle caratteristiche di una decisione economica.

In simili ipotesi, l'ingannevolezza potrebbe configurarsi tanto nella sua forma attiva, fuorviante per le modalità di presentazione delle informazioni (art. 21, comma 1), quanto nella sua forma omissiva, decettiva per l'oscura ed incomprensibile indicazione delle stesse (art. 22, comma 2). Oltre alla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, potrebbero, ove ve ne siano i presupposti, ritenersi coinvolte anche le disposizioni settoriali sul mezzo di comunicazione utilizzato o sul tipo di prodotto venduto.

Un caso particolarmente insidioso è quello della "pubblicità occulta", già analizzata sopra: anche se verrà principalmente considerata come esempio di aggressività psicologica per indebito condizionamento, essa può altresì considerarsi alla stregua di un'ingannevolezza psicologica.

E' evidente che in tal caso il messaggio pubblicitario può fuorviare, *ex art.* 6 Dir. (21 Cod. Cons.), il comportamento del consumatore a causa della "sua presentazione" non trasparente. Per di più,

434 A.G.C.M. PS/8151, 12 dicembre 2012, Provv. n. 24116, in *Boll.* 22/2013.

435 Giurì nn. 23/80 e 117/90.

436 A.G.C.M. PS/6302, 14 novembre 2012, Provv. n. 24046, cit.

437 A.G.C.M. PS/9082, 3 febbraio 2015, Provv. n. 25311, cit. e PS/8283, 31 ottobre 2012, Provv. n. 24032, cit.

secondo la giurisprudenza amministrativa, l'occultamento della natura promozionale sarebbe di per sé idoneo a falsare il comportamento del consumatore⁴³⁸.

D'altronde tale pratica è considerata anche tra quelle in ogni caso ingannevoli, in particolare nei casi indicati dai numeri 11 e 22 dell'Allegato della Direttiva (lett. *m* e *aa* del Codice). Qui si vuole evidenziare che l'influenza sul comportamento del consumatore, consistente nell'ingannarlo sul carattere non commerciale del messaggio, così non consentendogli la predisposizione delle ordinarie difese cognitive, non può considerarsi compensata da “mezzi di evidente percezione” (art. 4, comma 1, lett. *c* D.Lgs. n. 177/05) e da “idonei accorgimenti” (art 7 Cod. Aut.) previsti dalla legge. Se l'intento commerciale della pratica, ove non direttamente dichiarato, deve comunque risultare “evidente” dal contesto (art. 7, par. 2, Dir. 05/29), non possono infatti ritenersi sufficienti le modalità di indicazione previste dalla prassi di settore. Queste, ridotte alla mera enunciazione formale del carattere pubblicitario nei contenuti redazionali o all'inserimento dello *sponsor* all'interno dei titoli di coda, non possono dirsi idonee a catturare l'attenzione del consumatore.

Dal momento che, come già indicato sopra, la pubblicità occulta eluderebbe “le naturali difese rappresentate dalle risorse critiche alle quali il pubblico è solito ricorrere dinanzi ad una pressione pubblicitaria scoperta”⁴³⁹, anche in tali casi occorrerebbe tenere in considerazione le modalità di percezione delle avvertenze da parte dei consumatori. Ove, in sostanza, la loro presentazione da parte del professionista sia effettuata in modo tale che questi non possano avvedersene, occorrerebbe giudicare simili indicazioni come assenti, o comunque fuorvianti. Se l'obiettivo del legislatore è quello di “garantire ai consumatori quel livello critico necessario allorquando si apprestano a decodificare un comportamento commerciale teso alla promozione e all'invito all'acquisto”⁴⁴⁰, una simile operazione interpretativa sembra imprescindibile.

Lo stesso Giurì di autodisciplina, in relazione alla disposizione che vieta la pubblicità non trasparente, l'ha considerata “una norma che deve avere interpretazione ampia e applicazione rigorosa. E un'applicazione che assume necessariamente come parametro di giudizio il criterio del consumatore più sprovveduto: conducendo il Giurì a qualificare come illecita (...) tutta la pubblicità che questo consumatore non percepisca chiaramente e nettamente come tale”⁴⁴¹.

Prima di concludere il paragrafo, si ritiene opportuno dedicare qualche riflessione alle affermazioni palesemente iperboliche. Tipico del linguaggio pubblicitario è ricorrere all'enfasi, all'iperbole e all'esagerazione, la cui ingannevolezza, come già evidenziato, va ad ogni modo valutata alla luce del contesto comunicativo, delle formule espressive adottate e della vulnerabilità del consumatore destinatario. L'ammissibilità, ai sensi dell'art. 20, comma 3 Cod. Cons. (5, par. 3, Dir. 05/29), della

438 TAR Lazio, Sez. I, 13 gennaio 2014, nn. 356 e 358.

439 Cfr. nota n. 331.

440 Cfr. nota n. 333.

441 Si rinvia alla nota n. 335.

pratica pubblicitaria consistente in dichiarazioni esagerate e destinate a non essere prese alla lettera, è infatti subordinata al carattere “comune” e “legittimo” della stessa; per quanto riguarda, invece, l'art. 2 del Codice di Autodisciplina, l'iperbole rimane lecita solo ove sia palese. Abbiamo visto che nella prassi applicativa gli indizi che permettono di individuare l'iperbole, nonché il suo eventuale carattere “comune”, non sono sempre chiaramente identificabili, ma sono stati diversamente configurati dalle autorità competenti, a seconda delle peculiarità della fattispecie.

Ciò significa che, nella misura in cui l'esagerazione sfugga alla consapevolezza del consumatore, per tradursi in un inganno manipolatore (perché idonea a fondare un qualche convincimento sulle caratteristiche del prodotto), essa cesserà di essere sia comune, perché inconsueta, che legittima, perché effettivamente violerà il principio consumeristico della libera autodeterminazione. Essa, evidentemente, non sarà neanche palese.

Dunque, un simile caso esulerà anche dalla deroga ai divieti contenuta nel considerando n. 6, che fa salve le pratiche pubblicitarie generalmente ammesse, purché non limitino (cosa che, diversamente, accadrebbe nel caso di specie) “la capacità di prendere una decisione consapevole” del consumatore.

4.3.2: considerazioni conclusive

In conclusione, da quanto visto finora, emerge l'importanza, per la tutela della libertà consumeristica, di integrare l'interpretazione delle disposizioni sull'ingannevolezza così da farvi rientrare quelle forme di induzione in errore del consumatore perpetrate mediante la sua manipolazione (o, comunque, la sua sottoposizione a una considerevole influenza) psicologica e cognitiva.

In tal senso, possiamo identificare dei limiti oltre i quali il messaggio deve ritenersi ingannevole perché idoneo ad indurre in errore il consumatore.

Nel caso della descrizione attraverso la fornitura di dati ed informazioni, il limite è la veridicità di queste, nonché la loro verificabilità attraverso prove empiriche. La veridicità va intesa in senso ampio, dunque non solo come assenza di falsità, ma di ogni ambiguità, tendenziosità e oscurità del messaggio⁴⁴².

⁴⁴² In tal senso, vedi M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 100.

Dal contenuto delle informazioni si deve, poi, passare alla valutazione delle modalità in cui sono fornite, onde verificarne la decettività.

In tal senso, dal momento che le forme di ingannevolezza odierne tendono spesso a sfruttare le euristiche e i *bias* cognitivi, sembra opportuno far rientrare nelle condotte ingannevoli, sia attive che omissive, per le modalità di presentazione, tutte quelle più sottili strumentalizzazioni che riescono a fuorviare la percezione del consumatore e la sua razionalità nell'atto di consumo.

Evidentemente anche in questi casi la repressione dovrà limitarsi ai condizionamenti che superino il “test di apprezzabilità”, cioè siano in grado di indurre il consumatore ad una “scelta che altrimenti non avrebbe preso”. E' pur vero che, come visto sopra, quest'ultima condizione può, e anzi deve, essere interpretata estensivamente, per cui andrebbero escluse quelle pratiche che non incidano o incidano solo in via del tutto marginale sull'*iter* decisionale.

Attenzione, incidere non significa raggiungere l'attenzione del consumatore medio; abbiamo infatti evidenziato che l'influenza può avvenire anche al di sotto della soglia attentiva, con ciò diventando ancor più efficace perché inconsapevole.

Questo fattore contribuisce a valutare negativamente una pratica commerciale, in quanto aggirare la consapevolezza del consumatore, a parere di chi scrive, dovrebbe essere di per sé un comportamento illecito. In tal senso, considerate la sua intrinseca funzione manipolatrice e la mala fede oggettiva, sarebbe auspicabile una sua collocazione tra le pratiche “in ogni caso ingannevoli”, stigmatizzate *ex ante* dal legislatore. Da ciò deriverebbe che, ove si accertasse, in base agli elementi della fattispecie, lo sfruttamento, da parte del professionista, di una tecnica manipolatoria di tipo cognitivo (ad es. mediante un *priming* semantico o un prezzo psicologico), si dovrebbe presumere la sua scorrettezza *ex. art. 20* Cod. Cons. (art. 5 Dir. 05/29), ponendo a carico del professionista l'onere di provare, invece, l'inidoneità ad ingannare.

Vi è chi, ad esempio, ha considerato la presentazione del prezzo in più elementi, soprattutto se accompagnata da una sua differenziazione temporale o grafica, possibilmente “sospetta di ingannevolezza ove non sia adeguatamente giustificata (ad. esempio, perché uno degli elementi è effettivamente eventuale)”⁴⁴³.

Ad ogni modo, la manipolazione (o la rilevante influenza) psicologico-cognitiva deve essere valutata, secondo le disposizioni sopra viste, come pratica che inganna il consumatore per il modo, particolarmente tendenzioso, di presentazione del messaggio. L'idoneità ad indurre in errore dovrà essere giudicata con tanta più attenzione, quanto maggiori siano gli indizi di una manipolazione psicologica: la valutazione potrà trovare ausilio nei risultati delle ricerche di psicologia ed economica comportamentale prima analizzate.

443 Cit. R. Caterina, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit., p. 12.

Per tali motivi, nonostante vi sia chi⁴⁴⁴, trascurando le nuove forme di ingannevolezza cognitiva, ritiene che l'inesattezza informativa sia rilevante solo ove raggiunga l'attenzione del consumatore, occorre evidenziare che il giudizio normativo dovrebbe piuttosto assumere più rigore proprio per quei casi, oggi più diffusi, di condizionamento decisionale che si svolge al di sotto del livello attentivo.

Si tratterebbe di individuare, dunque, quando una simile influenza si concretizzi in una manipolazione che, in sostanza, inganni il percorso decisionale del consumatore in modo determinante.

Nel caso del “priming”, ad esempio, occorrerà verificare l'incidenza potenziale dell'*input* iniziale del messaggio commerciale sulla scelta del consumatore, e considerare altresì la consapevolezza di quest'ultimo dell'influenza subita. Ove questa rimanga al di sotto del livello della consapevolezza, la scelta del consumatore andrà considerata fuorviata dalla pratica commerciale.

Anche lo standard soggettivo andrà valutato a seconda della fattispecie.

Per quanto riguarda il “consumatore medio”, occorrerà considerare gli effetti delle distorsioni cognitive sulla sua “ragionevole attenzione ed avvedutezza”, tenuto conto dei fattori linguistici, sociali e culturali.

Ove possa costruirsi un *target group* di consumatori tendenzialmente più inclini a certi *biases* in relazione a determinate pratiche, questo diventerà il profilo di riferimento.

Infine, se il caso di specie lo giustifica, occorrerà guardare alla categoria di consumatori particolarmente vulnerabili, considerando eventualmente le tendenze irrazionali e gli errori cognitivi come principale ragione di un simile *benchmark*.

In ogni caso, come già detto prima, deve aderirsi alla tesi per cui ove le modalità di indicazione adottate non abbiano alcuna giustificazione, ma si spieghino solo come tentativo di inganno, il messaggio andrebbe vietato ancorché il consumatore medio sappia decodificarlo⁴⁴⁵.

Ora è giunto il momento di verificare se, come fatto per l'ingannevolezza, possa altresì individuarsi qualche ipotesi di aggressività psicologica e se questa possa assumere una certa rilevanza per la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

444 M. Libertini, *op. cit.*, p. 102.

445 Si rinvia a pagina 110 e alla nota n. 299.

4.4 Aggressività psicologica

“L'area con riguardo alla quale è invece più facile che una pubblicità possa ricadere nel divieto di pratica commerciale aggressiva è sicuramente quella dell'«indebito condizionamento», termine con cui in psicologia si designa il processo psico-fisiologico attraverso cui s'instaura nell'individuo un legame tra uno stimolo e una risposta in precedenza inesistente”

(M. Fusi)

La ricostruzione storica della normativa sulle pratiche commerciali scorrette ha messo in luce come il legislatore comunitario, prima interessato soltanto all'ingannevolezza delle attività commerciali, con particolare riguardo alla pubblicità, ha successivamente rivolto l'attenzione anche a forme di indebita limitazione della libertà del consumatore, a prescindere dall'esistenza o meno di un inganno.

Con la Direttiva n. 05/29 si è introdotta, all'art. 8 (24 Cod. Cons.), la categoria della “pratica commerciale aggressiva”, che sopra abbiamo già analizzato.

La sua applicazione pratica, finora, ha portato esclusivamente alla repressione di forme di pressione fisica della volontà del consumatore, principalmente consistenti nella visita a fini promozionali presso l'abitazione del consumatore o nelle ripetute sollecitazioni commerciali tramite il mezzo telefonico o telematico.

Nonostante la rilevanza di simili fattispecie, si ritiene che con riguardo all'attività pubblicitaria una concezione dell'aggressività debba necessariamente estendersi a forme di indebita pressione perpetrate attraverso il canale psico-emotivo, le quali vanno tenute in conto nella valutazione della fattispecie.

La Corte di Giustizia dell'UE, d'altronde, pur non avendo mai applicato criteri di tipo psicologico nella sua prassi, ha ammesso che gli imprenditori possano sfruttare determinati effetti psicologici per indurre il consumatore a fare una scelta non sempre razionale⁴⁴⁶. Il caso riguardava una pratica consistente nel comunicare al consumatore la vincita di un premio, subordinandola poi al pagamento obbligatorio di determinati costi, dalla Corte ricondotta all'ipotesi di pratica in ogni caso

446 Cfr. Corte Giust. UE, 18 ottobre 2012, C-428/2011, paragrafi 38 – 49. Per approfondimenti, vedi J. Trzaskowski (2016), *Lawful distortion of consumer economic behaviour*, in *European Business Law Review*, Vol. 27, I, pp. 25 – 48.

aggressiva di cui al n. 31 dell'Allegato I Dir. 05/29.

Seppur non particolarmente articolata, si tratta di un'ammissione da parte della Corte non poco rilevante per il tema di nostro interesse.

Dal canto suo, il TAR Lazio ha ammesso la possibilità di "un'indebita pressione psicologica che pregiudichi la libertà di scelta del consumatore", ritenendo necessaria, perché vi sia una pratica aggressiva vietata, una diretta relazione tra il professionista e il consumatore⁴⁴⁷. La relazione può dirsi instaurata al primo contatto tra le parti, sia mediante messaggio pubblicitario che attraverso un'altra pratica commerciale.

Considerando il punto di vista della dottrina, mentre, per quanto ancora embrionale, una riflessione sembra aver preso forma intorno ai riflessi degli studi di economia comportamentale sui *bias* cognitivi sul piano dell'ingannevolezza di pubblicità sia pur non letteralmente scorrette, minore attenzione è stata rivolta alle forme di manipolazione psicologica che aggrediscono la libertà del consumatore.

Alcuni studiosi hanno dimostrato un certo interesse verso il tema della manipolazione psico-emotiva. Vi è chi ha tentato di rintracciare, all'interno della normativa sulle pratiche commerciali, un riferimento che possa confermare la plausibilità di una tale interpretazione⁴⁴⁸.

Sembra potersi riscontrare una certa unanimità di vedute sul fatto che il principale punto di riferimento normativo sia l'"indebito condizionamento", contenuto nella definizione di pratica aggressiva di cui all'art. 8 Dir. (24 Cod. Cons.).

Dalla lettura della disposizione notiamo che il legislatore ha inteso configurare una forma autonoma di aggressività, da aggiungere alle molestie, alla coercizione e alla forza fisica.

Per tutte, chiaramente, vale il "test di apprezzabilità", in tal caso da intendere come idoneità «a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore, tanto da indurlo a prendere una decisione che altrimenti non avrebbe preso».

L'art. 18 lett. l del Codice del Consumo (2, lett. j Dir.) descrive l'indebito condizionamento come «lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole».

Considerando, quindi, da un lato la sua autonoma identificazione accanto alle altre forme di coercizione, e dall'altro la sua definizione legislativa, non sembra di potersi escludere che in esso rientrino le forme di manipolazione e suggestione psicologica della tipica pubblicità

447 TAR Lazio, Sez. I, 15 giugno 2009, n. 5629.

448 Vedi: F. Caronna (2018), *Tackling aggressive commercial practices: Court of Justice case law on the Unfair Commercial Practices Directive ten years on*, cit., p. 12 ss; R. Caterina, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit., p. 6; M. Fusi, *op. cit.*; R. Incardona & C. Poncibò (2007), *op. cit.*, p. 28; J. Trzaskowski (2011), *Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practices Directive*, cit., p. 384 ss.; C. Willett (2010), *Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive*, cit., p. 260 ss.

contemporanea⁴⁴⁹. Questa d'altronde appare contraddistinta da un forte squilibrio tra il comunicatore professionista, coadiuvato da psicologi ed esperti di mercato, e il consumatore che ne è destinatario: in tal senso può dirsi configurata quella posizione di potere che, ove sfruttata dal professionista in modo da limitare la libertà del consumatore, integra pienamente la definizione appena vista.

Inoltre, una conferma della rilevanza attribuita all'*iter* decisionale, non limitato alla scelta di acquisto, si riscontra nella scelta legislativa di sanzionare ogni rilevante limitazione della libertà di scelta “o di comportamento” del consumatore, distinguendo così le due ipotesi. Questo permette di estendere l'influenza rilevante anche ad elementi che, come quello emotivo, pur determinanti per la decisione finale di acquisto, possono separarsi da questa.

Quest'aspetto, insieme all'autonoma previsione della categoria dell'indebito condizionamento, non potrebbe essere altrimenti spiegato, se non come inutile ridondanza legislativa⁴⁵⁰. Un'interpretazione che propenda verso una tale conclusione negherebbe la tendenza, riconoscibile all'intero *corpus* normativo, di prevedere ampie definizioni e molteplici fattispecie oggetto di considerazione, giustificata evidentemente dalla *ratio* di tutela elevata del consumatore.

Abbiamo sottolineato che, ormai da tempo, la pubblicità fa ricorso, oltre che ad un insieme di strategie volte a sfruttare i *bias* cognitivi, anche ad una serie di tecniche di manipolazione facenti leva su tendenze irrazionali e pulsioni inconse⁴⁵¹.

Ci riferiamo, più precisamente, alla pubblicità suggestiva-irrazionale, contrapposibile a quella informativa-razionale. Mentre quest'ultima fa ricorso ad argomentazioni razionali e dati concreti sul prodotto o servizio promosso, la prima tende a convincere mediante il riferimento ad elementi estranei rispetto alle caratteristiche concrete del bene o dell'azienda: si tratta, piuttosto, di tendenze, desideri, sogni, paure, fattori inconsci che, mediante associazioni emotive, spingerebbero il consumatore all'acquisto. Si parla, come visto sopra, di “prodotto psicologico”, inteso come acquisto volto a soddisfare esigenze di natura psico-emotiva, sommerse al di sotto della coscienza, e tendenzialmente sfruttate dalla comunicazione pubblicitaria.

Certo, come si è giustamente rilevato⁴⁵², non sempre è semplice distinguere nella comunicazione pubblicitaria tra suggestione e informazione, essendo le stesse spesso commiste.

Vi è da dire, però, che guardando alle attuali forme di pubblicità, non appare difficoltosa l'individuazione di casi in cui l'aspetto informativo è totalmente rimpiazzato da un puro ricorso a tematiche e rappresentazioni suggestive, che nulla hanno a che vedere con quanto venduto. Spesso,

449 Come rilevato, uno dei modi in cui il concetto di indebito condizionamento sembra essere stato interpretato nell'applicazione di precedenti disposizioni da parte di autorità nazionali include lo sfruttamento di preoccupazioni ed emozioni. Vedi, in tal senso, C. Willett (2010), *op. cit.*, p. 260.

450 Una ridondanza va eventualmente riconosciuta, come già detto prima, alla previsione, oltre che della “coercizione”, anche delle “molestie” e del ricorso alla “forza fisica”, trattandosi, soprattutto per i primi due, di termini sostanzialmente equivalenti.

451 Si rinvia al paragrafo 3.3.

452 Fusi, *op. cit.*, p. 5 ss.

inoltre, queste si contraddistinguono per un'eccessiva carica emotiva rispetto alle normali esigenze di commercializzazione del prodotto. L'insieme di questi elementi non può non assumere una certa rilevanza nella valutazione del carattere "indebito" dell'eventuale condizionamento commerciale.

Per capire la portata del fenomeno, sembra opportuno ricordare⁴⁵³ come lo sfruttamento, da parte del *neuromarketing*, delle attuali tecnologie permette oggi di testare le pubblicità su campioni di consumatori, verificando quando, e quanto intensamente, si attivino quelle zone cerebrali deputate alla stimolazione emotiva. In tal modo, una pubblicità si considera "ben riuscita" da un punto di vista sperimentale quando è in grado di emozionare più intensamente il destinatario, questo essendo l'unico criterio di giudizio della sua reale efficacia.

Allo stesso modo dell'ingannevolezza, la ricostruzione in chiave psicologica dell'aggressività della pratica pubblicitaria prenderà in considerazione tanto le disposizioni del Codice del Consumo, quanto le altre discipline settoriali di nostro interesse. Un'attenzione maggiore verrà dedicata alle fattispecie più delicate in ragione del tipo di destinatario e/o del tipo di bene pubblicizzato, trattandosi dei casi principali in cui la comunicazione commerciale fa ricorso a simili forme di manipolazione emotiva.

La lettura psicologicamente orientata terrà conto, oltre che delle ricerche in materia di psico-analisi, anche della più classica manipolazione considerata dalla psicologia comportamentale.

Partiamo da quest'ultima.

Secondo il *behaviouralism*, si ritiene possibile incentivare un certo comportamento attraverso stimoli, più o meno invadenti, dall'esterno. In altre parole, si punta al condizionamento, ovvero il processo psico-fisiologico mediante il quale si ottiene una relazione tra stimolo e risposta.

Tra le tecniche principalmente utilizzate, ancora oggi, vi è la ripetizione incessante del messaggio pubblicitario; la sua insistenza e molestia può, infatti, pregiudicare, per sfinimento, la capacità di autocontrollo del consumatore.

La valutazione giuridica di tale condotta può essere attuata sia facendo riferimento alla clausola più generale di cui all'art. 24 del Codice, sia a talune fattispecie tipicamente previste dal legislatore. Non può, infatti, negarsi una preoccupazione del diritto in merito a situazioni di estrema pervasione pubblicitaria: si pensi, come visto prima, al cd. *intrusive advertising* o alla reiterata sollecitazione via telefono o altri mezzi, rispettivamente indicate nelle lettere *b* e *c* dell'art. 26 tra le pratiche in ogni caso aggressive; o ancora, al divieto di inviare, attraverso la posta elettronica, informazioni commerciali non sollecitate, previsto dall'art. 130 D. Lgs n. 196/2003 a tutela della *privacy*.

Per quanto riguarda le prime due ipotesi, se ad una iniziale lettura esse sembrano coinvolgere esclusivamente forme di coartazione fisica, si deve sottolineare che si tratta di pratiche idonee ad

453 Cfr. il paragrafo 4 del capitolo 2.

incidere anche sul profilo psico-emotivo del comportamento.

Infatti, soprattutto con riguardo alle promozioni effettuate tramite telefono, ma ormai anche (e, forse, soprattutto) con il mezzo telematico, può evidenziarsi il ricorso a metodi insidiosi e subdoli per aggirare la capacità di resistenza del destinatario, come lo sfruttamento di un orario particolare o la comunicazione di una mole eccessiva di informazioni, difficilmente comprensibili per il cliente⁴⁵⁴.

Se poi si pensa che le nuove forme di sollecitazioni non desiderate, come i *banner* e gli *spam*, che si inseriscono automaticamente e inevitabilmente durante la navigazione internet anche dal dispositivo mobile, sono, grazie ai *cookies*, personalizzate secondo le tendenze del consumatore, allora dovrà riconoscersi un ulteriore profilo di aggressività non esclusivamente fisica. Aggressività che non può dirsi esclusa dal consenso manifestato dal consumatore tramite l'accettazione dell'utilizzo a fini commerciali dei propri dati personali, essendo questo facilmente ottenuto per diversi motivi: le modalità di accettazione tendono evidentemente ad incentivarla, bastando un semplice *click*; finché non viene prestato il consenso, la finestra con fini commerciali si inserisce fastidiosamente nella pagina visitata, non consentendo una serena consultazione; infine, l'eventuale ponderazione della scelta di accettare o meno implicherebbe la lettura di informazioni che, per la mole e la tecnicità, oltre che non gradita, sarebbe poco comprensibile dal consumatore medio (anche per il fenomeno, visto sopra, dell'*overload informativo*).

Lo stesso, evidentemente, può dirsi per le informazioni commerciali ricevute tramite posta elettronica, spesso inconsapevolmente autorizzate dal consumatore durante la navigazione.

Altrettanto può affermarsi per la cd. "native advertising", ovvero quella forma di pubblicità digitale tendente a riprodurre il più possibile le esperienze della pagina visitata e ad integrarsi armonicamente con i suoi contenuti; in questo caso non può dirsi che essa interrompa il lettore, ma neanche che ne ottenga il consenso, piuttosto continuandone a sollecitare l'attenzione, pur inconsapevolmente.

In sintesi, si ritiene che la valutazione del carattere aggressivo di tali pratiche debba considerare, oltre che la coercizione e la molestia, anche l'indebito condizionamento psico-emotivo che da simili condotte può derivare. Non può dirsi libero, infatti, il consenso manifestato dal consumatore a seguito di pressioni costanti ed estenuanti come quelle indicate e, come giustamente evidenziato, "l'eventualità che l'insistenza ripetuta e molesta dei messaggi riesca in qualche caso ad influenzare a tal punto i consumatori da indurli ad acquistare ciò che in circostanze normali non avrebbero acquistato non può aprioristicamente essere scartata"⁴⁵⁵.

Si consideri, inoltre, che l'aggressività per indebito condizionamento della pratica va valutata, *ex*.

454 Ad una simile conclusione giunge anche M.A. Caruso, *op. cit.*, p. 365 ss.

455 *Cit. M. Fusi, op. cit.*, p. 5.

art. 25 Cod. Cons. (9 Dir.), considerando il tempo, il luogo, la natura e la persistenza. In tal senso, sia la rapidità tipica della navigazione in internet, che l'utilizzo di mezzi di comunicazione a distanza, rappresentano ulteriori fattori tendenzialmente in grado di condizionare la razionalità e la libertà della scelta consumeristica.

Ad essi vanno aggiunti gli effetti condizionanti che derivano costantemente da tutte le altre forme di “guerrilla marketing” analizzate in precedenza, le quali tendono a raggiungere il consumatore in momenti in cui non risultano attivi i normali meccanismi di difesa.

Concentriamoci, ora, sull'indebito condizionamento ottenuto attraverso la strumentalizzazione delle ricerche psicoanalitiche sulla componente non cosciente della psiche, anch'esse applicate da tempi risalenti all'attività pubblicitaria.

Quest'ultima, attraverso le moderne tecniche di psicologia sopra viste, manifesta una costante tendenza a far leva sul sub-conscio, sulle associazioni psicologiche favorevoli o sfavorevoli, sulle tendenze emotive e su altri tasti della personalità. Ciò grazie anche alle ricerche motivazionali sull'*insight*, di cui abbiamo parlato in precedenza, le quali riescono a scovare l'associazione psicologica tra prodotto e bisogno emotivo.

Lungi dal fare appello alla ragione e alle qualità della merce, la pubblicità, oltre che attraverso la ripetizione incessante della stessa formula, accompagnata da un'immagine autorevole o dal *sex appeal* dei suoi protagonisti, indebolisce le facoltà critiche, puntando alle debolezze dell'uomo, come le paure, le insicurezze o la libido.

Evidentemente, la capacità di toccare fattori psicologicamente profondi è incentivata dall'utilizzo di una comunicazione privata, intima, che parla al destinatario del prodotto con un linguaggio che tende a coinvolgerlo personalmente e interiormente.

Accanto al riferimento generico all'indebito condizionamento, all'interno del Codice del Consumo l'unica disposizione che sembra interessarsi direttamente a forme critiche di impatto psicologico sul destinatario è l'articolo 29, che vieta, con riguardo alle televendite e agli spot, ogni forma di sfruttamento della credulità, superstizione o paura, o qualsiasi scena di violenza fisica o morale.

Analogamente è previsto dall'art. 8 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale.

Guardando alla prassi applicativa, si è notato come il Giurì abbia manifestato maggiore sensibilità verso la tutela dell'integrità psicologica del consumatore: lo stesso, per qualificare come aggressiva una comunicazione commerciale, ha fatto riferimento al turbamento e all'angoscia, ma anche alle debolezze, agli istinti, ai bisogni elementari e alle credenze irrazionali, disponendo che la pubblicità non dovrebbe abusare di tali fattori. Inoltre, l'organo principale dell'autodisciplina ha precisato che andrebbero vietati quei messaggi che utilizzano una coercizione psicologica verso soggetti facili alle emozioni, con personalità debole, tendenti all'irrazionalità o culturalmente meno preparati,

dunque più vulnerabili alla comunicazione pubblicitaria⁴⁵⁶. In tal senso, la valutazione dovrebbe diventare più severa nel caso di soggetti particolarmente deboli.

Per quanto riguarda, in particolare, lo sfruttamento della paura, il Giurì ha precisato che è aggressiva una pubblicità che determini un sentimento tale da esercitare una pressione psicologica irrazionale. In altre parole, tale valutazione deve accertare la proporzionalità, rispetto all'oggetto dell'argomentazione promozionale, del carattere tragico della pubblicità. Per tale motivo, rimarrebbe lecita l'indicazione esclusiva dei rischi effettivamente prevenibili con l'uso del prodotto.

Vi è da dire che la paura viene interpretata in modo estensivo, così da ricomprendervi lo stato d'ansia, come quello delle madri verso la salute dei figli⁴⁵⁷.

Ma ancora, nonostante il Giurì di autodisciplina abbia censurato lo sfruttamento di temi delicati, tra cui il suicidio e la morte, per un generale contrasto con i principi dell'ordinamento giuridico e con la coscienza sociale, non si può negare una certa rilevanza anche in termini di aggressione psicologica, in particolare con riguardo al sentimento della paura.

A quest'ultima è certamente legata, da un punto di vista psicologico-emotivo, anche l'insicurezza, dettata in parte da condizioni costitutive di tipo psico-fisiologico ed alimentata, altresì, da fattori contestuali come il proprio ruolo sociale. Essa tende ad indurre alla ricerca di fama, potere e competizione, ed in questi termini è legata al narcisismo sopra analizzato⁴⁵⁸: il consumatore cercherebbe, in altre parole, la propria immagine ideale nel prodotto acquistato.

Per tale motivo, data la centralità che l'esigenza di sicurezza possiede tra le componenti dell'inconscio, la pubblicità fa spesso ricorso "più o meno surrettiziamente, sul senso di privazione, di insicurezza, di inadeguatezza, di esclusione"⁴⁵⁹.

Nel caso maschile, il bisogno di sicurezza personale si traduce anche in esigenza di manifestare la propria virilità. Questa è soprattutto legata al possesso di determinati beni, tra cui l'automobile⁴⁶⁰, "veicolo" di comunicazione della propria posizione sociale. Soprattutto per le automobili di lusso, come visto sopra, il consumatore, attraverso l'acquisto del bene, soddisfa illusoriamente un bisogno sottostante, tendenzialmente legato al prestigio personale⁴⁶¹, con ciò entrando nel *target* di riferimento.

Non a caso, infatti, la pubblicità tende a raffigurare l'automobile come uno strumento di potere⁴⁶², o

456 Per tutti i riferimenti alle decisioni, si rinvia a p. 122.

457 Giurì n. 20/79.

458 Si rinvia a p. 38.

459 *Cit. A. Oddi, op. cit.*, p. 5056.

460 Uno studio effettuato da un'agenzia pubblicitaria per un'impresa attiva nel settore dei carburanti ha dimostrato, attraverso interviste motivazionali in profondità dei compratori di automobili, che la semplice parola "potenza" ha un valore quasi magico. Da ciò derivò un'efficace strategia pubblicitaria tutta impernata solo sulle parole "potenza totale". Vedi V. Packard, *op. cit.*, pp. 75 - 76.

461 Confronta note nn. 106 e 107.

462 E. Fromm, *Avere o essere?*, cit., p. 87.

ancora come "un feticcio a sfondo inevitabilmente sessuale"⁴⁶³, solitamente con l'utilizzo di voci calde e musiche avventurose. Praticamente nulli sono, viceversa, i contenuti informativi della stessa. Le poche informazioni della comunicazione commerciale o si limitano ad enfatizzare, puntando sempre al senso di potere⁴⁶⁴, le elevate capacità di corsa, oppure, come visto prima, indicano i costi dell'acquisto in modo cognitivamente fuorviante.

Ma ancora, nel caso femminile, si pensi alle ripercussioni che l'utilizzo del corpo femminile come modello collettivo di autocompiacimento determina sulle donne. La presentazione costante di donne che esteticamente impersonificano il canone attuale di bellezza "perfetta", non solo può essere criticato come strumentalizzazione sessista del corpo femminile, ma può altresì ritenersi potenzialmente aggressiva in quanto abuserebbe dell'insicurezza femminile in merito alle proprie condizioni fisiche.

Vi è chi ha parlato, in tal senso, di "un singolare terrorismo morale" nella relazione innescata, dal messaggio pubblicitario, al destinatario col proprio corpo⁴⁶⁵, paragonabile ad un ricatto psicologico, a cui seguirebbe una punizione emotiva nel caso in cui si trascuri la cura socialmente ritenuta adeguata.

Evidentemente una simile ripercussione psicologica può ravvisarsi maggiormente per quei prodotti che, come i cosmetici, sono rivolti a consumatori e consumatrici particolarmente vulnerabili a causa delle proprie condizioni fisiche e psichiche.

Accanto alle conseguenze in termini di insicurezza relazionale, l'utilizzo della sensualità femminile non può che determinare anche effetti su quella che è stata considerata la leva pulsionale più determinante dell'equilibrio psicologico, ovvero la pulsione sessuale.

D'altronde, come visto sopra, la tendenza a trasferire i propri impulsi sessuali su oggetti diversi dall'eventuale partner, la cd. "sublimazione", è stata riconosciuta a partire dalla classica psicologia freudiana.

Non è un caso che, come appare evidente, la pubblicità di quasi ogni prodotto faccia ricorso ad immagini eroticamente stimolanti (si pensi ai profumi maschili). Tuttavia, finora la prassi interpretativa ha valutato l'utilizzo dell'*eros* esclusivamente in termini di potenziale volgarità o ripugnanza, vietata dall'art. 9 Cod. Aut., escludendo dall'area dell'illiceità l'utilizzo non distorto né volgare dell'elemento erotico.

Ancorché normalmente censurata perché ritenuta volgare, l'immagine sessualmente carica assume, altresì, profili di dubbia ammissibilità in termini di condizionamento psicologico del consumatore.

463 Cit. M. Nadotti, *Necrologhi. Pamphlet sull'arte di consumare*, cit., pp. 100 – 102.

464 In particolare, si tende spesso ad incentivare, con "effetto snob", il senso di unicità tipico della cultura americana, tant'è che le comunicazioni commerciali rivolte a ceti medio-alti incoraggiano la differenziazione sociale. Cfr. J. Berger, *Influenza invisibile*, EGEA, Milano, 2016, pp. 70 – 93.

465 Cit. J. Baudrillard, *La società dei consumi*, cit., p. 151

E ciò soprattutto nel caso di pubblicità che facciano ricorso all'elemento erotico per prodotti che nulla hanno a che vedere l'atto sessuale; ma anche nel caso di pubblicità che, basandosi esclusivamente sull'aspetto erotico-pulsionale, escludano ogni riferimento ad elementi informativi, ottenendo un comportamento economico del consumatore principalmente giustificato da fattori irrazionali⁴⁶⁶.

Un altro elemento a cui la pubblicità fa spesso ricorso è la “credulità” di particolari gruppi di consumatori. Tra i casi più frequenti, si è fatto riferimento alla pubblicità della lotteria e delle scommesse, a quella dei prodotti liturgici e magici, ma anche a quella dei cosmetici che vi attribuisca proprietà di dubbia realizzabilità.

Si tratta, in ogni caso, di comunicazioni commerciali rivolte a consumatori particolarmente vulnerabili sia a causa della credulità, sia a causa di altri fattori, come l'insicurezza psico-fisica per i cosmetici o le condizioni socio-culturali disagiate per i prodotti magici.

Da simili condizioni, deriverebbe una tendenziale inclinazione a credere a vincite facili o ad effetti improbabili di alcuni oggetti o pratiche.

Una pubblicità che sfrutti queste circostanze, oltre che idonea a trarre in inganno, diventa anche aggressiva nella misura in cui, sfruttando debolezze umane, condiziona indebitamente la libertà del comportamento economico: la consapevolezza della decisione, infatti, sarebbe compromessa dall'abuso dell'irrazionalità del consumatore particolarmente vulnerabile, accompagnata da una pressoché assente componente informativa.

Sembra opportuno concentrarci ora su particolari ipotesi di utilizzo di pubblicità fortemente suggestive con riguardo a prodotti potenzialmente nocivi o a destinatari particolarmente vulnerabili. Abbiamo visto sopra, come i due fattori siano interconnessi, dal momento che la vulnerabilità deriva spesso dalla tipologia di prodotto e dai bisogni allo stesso sottostanti. Una lettura attenta alla psicologia non può che avere il vantaggio di approfondire questo legame, evidenziando lo sfruttamento di esigenze psicologiche che, seppur non legate alle utilità tecniche del prodotto, il consumatore tende a proiettare su quest'ultimo. In altre parole, come già visto prima, il prodotto “psicologico” diventa, soprattutto in casi delicati, un surrogato per il soddisfacimento di bisogni irrazionali, debolezze emotive sfruttate dalla comunicazione commerciale.

Non è un caso, infatti, che le “sensitive audiences” identificate dalle autorità giudicanti riguardino gruppi di individui deboli da un punto di vista psico-emotivo.

Per tali motivi, il giudizio di aggressività psicologica deve inevitabilmente svolgersi in modo più severo e rigido, potendo configurarsi con maggiore semplicità un indebito condizionamento della

⁴⁶⁶ L'atto di consumo, in tali circostanze, sarebbe infatti frutto di una “spinta” puramente emotiva, istintuale, determinata dalla carica attrattiva dell'immagine sensuale e dalla proiezione in essa delle proprie esigenze non legate all'utilità del prodotto. Di certo non può dirsi espressione di una libertà razionale.

libera e cosciente decisione economica, altresì aggravato dalla idoneità ad indurre a comportamenti imprudenti per sé e per la collettività.

Tra i prodotti pericolosi, si è fatto spesso riferimento all'alcol.

La sua pubblicità manifesta una totale insensibilità ai problemi alcol-correlati, come la dipendenza patologica o il fatto che spesso il consumo di simili bevande configuri più uno sfogo per insoddisfazioni personali che una semplice degustazione. Il messaggio pubblicitario, infatti, presenta ordinariamente circostanze festose, spensierate, solitamente arricchite dalla presenza di donne sensuali, senza alcuna adeguata contro-informazione sugli effetti nocivi dello stesso. A titolo di esempio, si considerino le pubblicità di molti aperitivi, in cui la disponibilità di quantità notevoli di alcool è raffigurata quale strumento per attivare il divertimento e, come di consueto, per moltiplicare le proprie possibilità di successo nell'approccio con l'altro sesso.

Dunque, non sembra difficile configurare uno sfruttamento dell'insicurezza personale, a cui si aggiunge ordinariamente l'elemento pulsionale sessuale, spesso associato al consumo di alcol.

Ciò, a parere di chi scrive, può integrare un'altra ipotesi di indebito condizionamento, considerando altresì la particolare vulnerabilità, anche solo potenziale, del consumatore medio di simili prodotti tendenti a creare dipendenza⁴⁶⁷.

D'altronde non manca, come visto prima, speciale attenzione a tale fattispecie nella prassi applicativa: da un lato il Giurì ha criticato, *ex art. 22 Cod. Aut.*, la suggestione emotiva fuori misura, la creazione di un nesso funzionale tra assunzione di alcol e sesso, l'induzione a ritenere che il mancato consumo di alcol determini inferiorità fisica, psicologica o sociale, la rappresentazione di sobrietà e astinenza come valori negativi, o l'induzione a trascurare cautela e moderazione⁴⁶⁸; dall'altro, l'Autorità antitrust ha ammesso la potenziale pericolosità dei prodotti alcolici, e la stigmatizzabilità di pubblicità idonee ad indurre un uso eccessivo e smodato della bevanda⁴⁶⁹.

In particolare, sia l'Autorità che il Giurì hanno fatto riferimento all'esigenza di idonee contro-indicazioni sull'uso prudente e sui potenziali effetti negativi, ad oggi assenti nelle relative pubblicità.

Dunque, considerando i fattori emotivi coinvolti dal consumo dell'alcol e sfruttati dalla pubblicità, ed altresì la totale assenza di contro-informazioni, si ritiene che la stessa possa configurare un'ipotesi di indebito condizionamento ai sensi dell'art. 24 Cod. Cons. (8 dir.), soprattutto ove faccia ricorso ad una elevata suggestione emotiva. Per di più, ove il messaggio commerciale (come spesso avviene) integri le ipotesi espressamente previste dall'art. 37, comma 10, del T.U. sulla radio-televisione, o dall'art. 22 Cod. Aut., allora la sua illegittimità potrà colorarsi di tali ulteriori

467 Ad analoga lettura è giunto J. Trzaskowski, *op. cit.*, pp. 389 – 390.

468 Si rinvia a p. 118.

469 Vedi note nn. 351 e 352.

violazioni.

Un altro settore analizzato sopra è quello dei prodotti medicinali, altrettanto potenzialmente pericolosi e parimenti rivolti a consumatori particolarmente vulnerabili.

Dai precedenti visti, un'ipotesi ricorrente di pubblicità illecita è quella in cui si fa ricorso a toni enfatici e suggestivi per la promozione del prodotto, viceversa adottando toni superficiali e modalità espressive impercettibili per la comunicazione di quelle che sono le informazioni obbligatorie previste dalla legge.

Tanto l'Autorità Antitrust quanto il Giurì hanno evidenziato che il giudizio di queste pubblicità deve tener conto non solo dell'intrinseca pericolosità di una non trasparente indicazione dei rischi, ma anche della situazione di disagio psico-fisico di alcuni potenziali consumatori dei prodotti medicinali e farmaceutici⁴⁷⁰.

Eppure, le attuali pubblicità di questi prodotti sembrano concentrarsi solo sulla suggestione stimolante della situazione rappresentata, puntando particolarmente all'“opposizione timica” tra condizione negativa in assenza del prodotto e soluzione definitiva con il suo utilizzo.

Abbiamo visto che una sensibilità analoga è stata manifestata dall'Autorità Antitrust e dal Giurì per i trattamenti dimagranti e i cosmetici⁴⁷¹. Il messaggio pubblicitario, spesso ingannevole quanto ad indicazioni sugli effetti risolutivi, tende, come detto prima, a sfruttare sia la credulità che il disagio psico-fisico, per i quali i relativi consumatori sono stati considerati particolarmente vulnerabili.

Il Giurì si è spinto finanche a considerare la rilevanza di fattori come “il modesto livello culturale, l'insicurezza e l'infelicità dipendenti da un'apparenza fisica che si discosta dagli attuali canoni di bellezza impietosamente imposti dalla vita associata”⁴⁷².

Tra gli altri casi particolarmente insidiosi, si è fatto altresì riferimento al calcio scommesse, la cui pubblicità sembra chiaramente abusare del desiderio di potere (legato al denaro), della credulità, e della potenziale dipendenza dei relativi consumatori.

Tale circostanza può ben interpretarsi come forma di indebito condizionamento *ex art. 24 Cod. Cons.*, aggravato dall'abuso della debolezza psichica del gruppo di consumatori di riferimento. Inoltre, essa si pone in diretto contrasto con l'art. 28-*bis* del Codice di Autodisciplina, il quale stabilisce che la comunicazione commerciale sui giochi con vincita in denaro non deve, in particolare, «*rappresentare o incoraggiare il gioco eccessivo, il gioco incontrollato o il gioco indebitamente associato a forti emozioni*», né «*sfruttare la passione sportiva per indurre a ritenere che chi ama lo sport non possa non giocare e assimilare l'abilità sportiva all'abilità nel gioco*».

Come per le controindicazioni dei prodotti farmaceutici, la comunicazione a fine spot sulla possibile

470 Si rinvia a p. 118, note nn. 356 e 357.

471 Cfr. note nn. 358 e 359.

472 Cfr. nota n. 375.

dipendenza patologica dal gioco non sembra in alcun modo compensare, dati il tono e la rapidità, la forte suggestione su cui si basa la promozione della scommessa. Ma, come evidenziato, se rimangono ancora in corso i contratti pubblicitari attualmente stipulati, il recente decreto governativo già richiamato (D.L. n. 87/2018 convertito in L. n. 96/2018) ha vietato per il futuro ogni pubblicità delle scommesse, anche indiretta, su ogni mezzo di comunicazione (art. 8), esclusa quella della lotteria nazionale.

Un'attenzione particolare, tra i casi più delicati di vulnerabilità, va evidentemente riconosciuta, come più volte sottolineato, alle pubblicità rivolte ai minori. Questi, infatti, si caratterizzano per una più elevata vulnerabilità, credulità e fragilità psicologica, le quali rendono necessaria una maggior tutela dalle indebite pressioni⁴⁷³, di cui è certamente consapevole il legislatore.

Diverse sono infatti le disposizioni dedicate alla tutela dei minori, dal generico art. 21, comma 4, Cod. Cons., agli articoli 31 del medesimo Codice e 40 del “T.U. in Materia di Radio-Televisione”.

La stessa prassi applicativa ha manifestato, come prima visto,⁴⁷⁴ una certa attenzione verso l'incapacità di decifrare cognitivamente i messaggi e verso la debolezza psico-emotiva dei minori, soggetti a facile suggestione⁴⁷⁵. Entrambe le autorità si sono rivelate particolarmente attente anche a peculiarità tipiche della psicologia infantile.

Per i minori si è parlato, da un punto di vista comportamentale, anche del “nag factor”, basato sulla tecnica della ripetizione dei messaggi e della sollecitazione emotiva, che ha come effetto l'induzione dei minori a chiedere insistentemente ai genitori l'acquisto di quanto visto in pubblicità. Anche la legge manifesta una certa attenzione verso questa ipotesi, infatti sia l'art. 31 Cod. Cons, che l'art. 40 T.U. sulla Radio-Televisione, vietano le televendite che esortino «*i minorenni a persuadere genitori o altri ad acquistare*» beni o servizi.

Inoltre, viene considerata in ogni caso aggressiva quella pubblicità che includa un'esortazione diretta ai minori affinché acquistino o inducano ad acquistare i genitori o altri adulti (n. 28 All. I Dir. 05/29 e art. 26, lett. e Cod. Cons.).

Ad ogni modo, oltre a questa ipotesi tipica, appare evidente la necessità di considerare in modo più attento e rigido quelle forme di pressione psicologica sui bambini, attuate attraverso pubblicità insidiose da un punto di vista “esclusivamente” psicologico, considerando soprattutto l'insidiosità dei mezzi utilizzati dal minorenne senza la presenza degli adulti, come il mezzo telematico, oltre che spesso quello televisivo. L'indebito condizionamento, in questo caso, consisterebbe nello

473 Guardando all'esperienza di altri Paesi, si pensi che in Svezia, Norvegia, Fiandre e Austria è vietata la pubblicità prima, durante e dopo i programmi per bambini, mentre in Grecia è vietata la pubblicità di giocattoli. Cfr. A. Znacchi, *op. cit.*, p. 173.

474 Cfr. pp. 119 e 120, e le relative note.

475 Tali effetti sono ancor più incentivati dalla “teoria della relazione oggettuale” di Sandler, secondo cui l'oggetto posseduto è di fondamentale importanza soprattutto nelle prime fasi di sviluppo umano, per la strutturazione della propria identità e la proiezione delle ansie persecutorie e delle insicurezze. Cfr. G. Morici, *Fare marketing rimanendo brave persone*, cit., pp. 109 – 110.

sfruttamento delle particolari debolezze cognitive ed emotive a cui tende questa categoria di soggetti vulnerabili, considerati una ricca, potenziale, risorsa da parte delle imprese.

Allo stesso modo, con le opportune differenziazioni, va considerata l'esigenza di una tutela psicologicamente orientata anche degli anziani, caratterizzati da altre forme di debolezza e disagio fisico e psichico, soprattutto per determinate categorie di prodotti.

Prima di concludere, sembra necessario far riferimento ancora una volta alla “pubblicità occulta”, prima valutata sotto il profilo dell'ingannevolezza. Pare opportuno sottolineare come la medesima sia altresì giudicabile alla stregua di una pubblicità aggressiva per indebito condizionamento⁴⁷⁶, trattandosi di forme di manipolazione tendenti ad aggirare le difese critiche del destinatario, come riconosciuto più volte dalle autorità giudicanti.

Sebbene con riguardo all'ambito civilistico contrattuale, si è giustamente evidenziato che “il consenso può dirsi libero solo quando è filtrato attraverso il vaglio critico cui provvedono certe difese psicologiche, pronte ad entrare in funzione se il soggetto sa di dover prendere decisioni impegnative e delicate”⁴⁷⁷. La portata di tale considerazione pare abbastanza ampia da renderla applicabile anche al contesto qui considerato, in cui, ad ogni modo, la decisione finale coincide con quella, contrattuale, dell'acquisto.

Senza dilungarci troppo, lo sfruttamento di tendenze irrazionali, di debolezze e di pulsioni sub-coscienti, sembra facilmente perseguibile soprattutto nelle circostanze in cui il consumatore non si avveda del carattere promozionale del messaggio: si pensi, come già evidenziato sopra, alla suggestione derivante dal consumo, resa fascinosa da parte dei “miti” dello spettacolo, di prodotti sia pur potenzialmente pericolosi all'interno dei film⁴⁷⁸.

4.4.1: considerazioni conclusive

In conclusione, proviamo ora a delineare, come fatto prima per l'ingannevolezza, i limiti oltre i quali una pratica pubblicitaria può considerarsi aggressiva.

Ebbene, non si può di certo richiedere alla comunicazione pubblicitaria di escludere qualsiasi forma di coinvolgimento e seduzione, alla stessa d'altronde connaturali; ma occorre certamente tracciare

476 Una simile interpretazione può ritrovarsi anche in M. Fusi, *op. cit.*, p. 5 ss. e in J. Trzaskowski, *op. cit.*, p. 388.

477 *Cit.* R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Civile*, UTET, Torino, 2004, p. 488.

478 Il rischio emulativo di manifesta maggiormente per i casi di film e cartoni animati rivolti anche ai bambini, in cui non sono mancati, recentemente, casi di consumo di prodotti non certo adatti ad un pubblico di questo tipo..

un confine oltre il quale la persuasione emotiva-irrazionale si traduca in indebito condizionamento in grado di limitare la libertà del consumatore.

Per i messaggi meramente descrittivi, oltre alla veridicità e chiarezza già indicate sopra, rimane il divieto di pervasività, considerando in particolare le ipotesi di pratiche in ogni caso aggressive tipizzate dal legislatore.

Per i messaggi suggestivi, dunque per la stragrande maggioranza dei messaggi pubblicitari, il limite oltre il quale può configurarsi un'aggressività sanzionabile, accanto a quello meramente fisico, è lo "shock psicologico"⁴⁷⁹, con ciò intendendosi quella tensione ed alterazione sensibile dell'equilibrio psico-fisico derivante da uno sfruttamento delle pulsioni o degli altri fattori visti prima, non accompagnato da un supporto informativo idoneo a permettere una razionalizzazione, dunque una chiara comprensione, dell'offerta.

Non tutte le pubblicità che ricorrono a forme di stimolazione emotiva devono ritenersi in grado di compromettere in modo determinante l'autodeterminazione del consumatore. Si pensi, in questo senso, alla pubblicità semplicemente comica, la quale sollecita l'attenzione del destinatario in modo scherzoso e poco invadente.

Diversamente, ove la comunicazione commerciale risulti in grado di arrecare, sotto forma di ansia, timore, eccitamento o credulità, un indebito condizionamento alla libera coscienza dell'atto di consumo, questa dovrà essere considerata illecita, avendo sempre a mente l'elemento informativo come fattore di contro-bilanciamento.

Nel caso della paura, ad esempio, il messaggio deve considerarsi legittimo ove si limiti a segnalare, in forma non esagerata e con moderata suggestione, i pericoli concreti di un prodotto, mentre si tradurrà in indebito condizionamento nel caso in cui il ricorso al timore e all'insicurezza sia ingiustificabile per le caratteristiche del bene venduto, o eccessivo rispetto alle esigenze di promozione.

Ma ancora, nel caso della pulsione sessuale o del narcisismo, lo sfruttamento degli stessi si manterrà lecito se moderato e ragionevolmente connesso al tipo di prodotto venduto, diventando, invece, aggressivo ove in grado di suscitare, per l'intensità della suggestione o per il tipo di prodotto, comportamenti economici per nulla (o scarsamente) consapevoli.

In tal senso, la suggestione, da strumento innocuo, si tradurrebbe in un fattore idoneo a pregiudicare la libertà, valore fondamentale dell'ordinamento giuridico⁴⁸⁰: prevalente, a livello costituzionale, rispetto alla libertà d'impresa (art. 41, comma 2 Cost.); centrale, all'interno della disciplina

479 Analoghe considerazioni possono rintracciarsi in M. Libertini, il quale però ammette in linea generale i messaggi suggestivi. Vedi M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 100.

480 In tal caso, verrebbero violati i limiti di interesse pubblico che lo stesso Libertini, pur ammettendo i messaggi suggestivi, ritiene invalicabili dalla pratica commerciale. Cfr. nota precedente.

consumeristica, con conseguente violazione (in questo caso), degli artt. artt. 24 Cod. Cons. e 8 Dir. 05/29.

Il condizionamento deve essere, dunque, valutato tenendo conto, da un lato, del rapporto tra carica emotiva ed ordinaria esigenza di promozione del prodotto e, dall'altro, della carenza di dati rilevanti sul prodotto, che sottrae maggiormente una vera consapevolezza all'atto di acquisto.

Con riguardo a tale ultimo punto, è pur vero che spesso l'elemento suggestivo e quello informativo sono commisti nel messaggio pubblicitario, ma, ad oggi, non è difficile individuare le ipotesi in cui si attribuisce un'importanza esclusiva alla suggestione, o si riconosce all'informazione uno spazio assolutamente marginale.

Come correttamente evidenziato, “a ben vedere, la presenza di un deficit (informativo, e per conseguenza) di consapevolezza non riguarda soltanto le pratiche commerciali ingannevoli, ma pure quelle aggressive”. La differenza è che in esse “l'induzione” si traduce, per il consumatore, in “condizionamenti emotivi che gli fanno ritenere di non essere libero di rifiutare l'offerta commerciale rivoltagli dal professionista”⁴⁸¹.

Dunque, da un lato, non può in alcun modo giustificarsi, secondo l'ottica di tutela della libertà del consumatore, un utilizzo pubblicitario della suggestione emotiva in modo sproporzionato rispetto all'esigenza promozionale; dall'altro, se ad essere tutelata è la razionalità e la consapevolezza dell'atto di consumo, alla pubblicità non può sottrarsi il suo valore imprescindibilmente informativo, rispetto al quale, semmai, l'elemento seduttivo deve essere secondario. Quest'ultimo, al massimo, può ritenersi giustificato ove si limiti a sollecitare l'attenzione verso un messaggio pubblicitario che informi il consumatore in modo appropriato ad una scelta razionale; non può, viceversa, non riconoscersi il carattere di indebito condizionamento ad un messaggio che tenti di “convincere” esclusivamente attraverso la via emotiva della suggestione.

In sintesi, sono due i comportamenti che andrebbero stigmatizzati: il forte condizionamento psico-emotivo (o “shock”) che pregiudichi la libertà nell'atto di consumo; l'utilizzo di una suggestione irrazionale che non includa alcuna informazione necessaria ad una scelta libera e consapevole sul prodotto, o che le attribuisca un ruolo totalmente marginale.

Il giudizio dovrà assumere un criterio più severo nel caso di pubblicità rivolte a consumatori particolarmente vulnerabili: in questi casi, il condizionamento può infatti verificarsi più facilmente, considerando la tendenziale debolezza psicologica dei destinatari, e i fattori emotivi coinvolti nel “prodotto psicologico”.

481 *Cit. M. Bertani, op. cit., p. 9 (nota 16).*

Capitolo V

Gli strumenti di tutela del consumatore

5.1 Brevi riflessioni iniziali

“Il rischio molto concreto è che le autorità incaricate di applicare le norme sulle pratiche ingannevoli si concentrino, di fatto, sulle pratiche espressamente previste dalla lista nera, e su quelle più chiaramente false, e si trovino in maggiore imbarazzo nel vietare o punire comportamenti che richiedono una valutazione più sofisticata per essere riconosciuti come ingannevoli. Gli operatori giuridici potrebbero trarre beneficio dalla familiarità con gli studi sulla decisione del consumatore, e dal dialogo con i ricercatori del settore”

(R. Caterina)

“(…) non è pensabile che la sola azione educativa possa risolvere tutti i problemi connessi alle influenze, dirette e indirette, economiche e non, provocate dalla pubblicità, rinunciando all’azione politica in grado di condurre a orientamenti più responsabili delle imprese e dei pubblicitari e a interventi più efficaci da parte dello Stato. Agire solamente a valle, confidando nell’autonomia e nella capacità di scelta e di negoziazione dei fruitori, appare comunque un’iniziativa perdente”

(A. Znacchi)

Un’analisi giuridica della scorrettezza commerciale sotto il profilo della manipolazione psico-emotiva, con particolare attenzione al fenomeno pubblicitario, deve confrontarsi non solo con la questione della sua proponibilità teorica, ma anche con quella della sua concreta implementazione. Considerate la complessità del fenomeno e le sue peculiarità, occorre verificare l’efficacia, in termini di tempestività e adeguatezza dell’intervento, degli strumenti ad ora disponibili per il consumatore. La loro analisi sarà accompagnata da brevi riflessioni, nonché da varie proposte su

possibili alternative più efficienti, senza alcuna pretesa di esaustività.

Va rilevato che l'esigenza di una maggiore protezione del consumatore, e dunque di un maggiore rispetto della sua persona, pare essere stata avvertita dallo stesso mondo imprenditoriale.

La questione ancora aperta è quella della possibilità di un marketing "etico", dunque attento alle esigenze concrete, discreto, trasparente e in grado di coinvolgere il consumatore per spontanea decisione, per convincimento razionale⁴⁸².

Un filone che ha assunto un'importanza crescente nel mondo commerciale è quello della responsabilità sociale d'impresa (RSI), per cui talune aziende si sono progressivamente occupate dell'interesse collettivo, considerando in particolare alcuni aspetti, tra cui le condizioni dei propri lavoratori, la tutela ambientale, il processo produttivo e una maggiore protezione dei consumatori⁴⁸³. Un'estensione di questo fenomeno potrebbe concretizzarsi in un'attività di comunicazione commerciale sviluppata attraverso un'opera di convincimento razionale.

In altre parole, il destinatario della comunicazione sarebbe spinto (mediante un coinvolgimento empatico "positivo") a preferire i prodotti di un'impresa di cui apprezza, grazie anche ai dati pubblicitari, le politiche economiche, lavorative e sociali rispettose delle esigenze umane e ambientali.

Da ciò deriverebbe, dunque, un messaggio commerciale più informativo, rivolto al consumatore come essere pensante, e non come mero destinatario passivo di stimolazioni emotive: questo avrebbe il pregio di incentivare l'interesse a conoscere il prodotto e a valutarlo secondo un'argomentazione logica, rendendo il consumatore certamente più edotto, più consapevole, e concretamente più vicino al modello di consumatore medio adottato dalla Corte di Giustizia e dalle autorità nazionali.

La fidelizzazione razionale del consumatore potrebbe, inoltre, arricchirsi del marketing "relazionale", ovvero del coinvolgimento diretto del medesimo come soggetto attivo con cui dialogare e da cui ottenere risposte consapevoli sulle qualità dei prodotti o dei servizi da vendere⁴⁸⁴.

In tal modo si potrebbe sviluppare un rapporto col consumatore più sensibile alle sue esigenze, che lo tratti come parte integrante dell'attività commerciale e non come destinatario passivo delle campagne promozionali.

Trattandosi complessivamente di una rivoluzione rimessa alla buona volontà (ancora troppo rara) degli operatori commerciali, rimane aperta la questione di come sollecitarla.

482 Un testo divulgativo che si occupa di analizzare la questione dell'eco-sostenibilità del marketing è certamente quello di G. Morici, *Fare marketing rimanendo brave persone*, cit.

483 Per approfondimenti sul tema, *ex multis*, cfr.: G. Conte (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Laterza, Bari, 2008; G. Rusconi e M. Dorigatti (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa*, Franco Angeli, Milano, 2004; S. Zamagni, *Impresa responsabile e mercato civile*, Il Mulino, Bologna, 2013.

484 Un riferimento al tema del "marketing relazionale" è contenuto in G. P. Fabris, *Societing: il marketing nella società post-moderna*, cit., pp. 235 – 263.

Evidentemente non può riconoscersi un ruolo determinante ai soli movimenti anti-pubblicità che, come l'*Adbuster Media Foudation* canadese o i *casseurs de pub* francesi,⁴⁸⁵ hanno manifestato, nel corso del tempo, un certo attivismo politico contro forme di marketing scorrette. Né, tantomeno, può dirsi sufficiente l'attività delle organizzazioni dei consumatori, anche se queste potrebbero, nel corso del tempo, diventare uno spazio aggregativo per la progettazione di interventi a tutela del consumatore, magari con il coinvolgimento di ricercatori del settore e di esponenti della politica.

Tuttavia, ad oggi rimane dubbia l'incidenza strutturale e sistemica degli interventi, circoscritti e sporadici, delle associazioni nazionali, troppo fragili in termini di capacità di mobilitazione collettiva e di risorse organizzative.

In questo senso, una maggiore efficacia potrebbe attribuirsi ad un intervento normativo che aumenti i vantaggi, anche economici, derivanti dall'adesione ad un orientamento imprenditoriale etico e attento alle debolezze e alle esigenze dei consumatori: si pensi, ad esempio, a incentivi fiscali, finanziamenti o ad altre agevolazioni giuridico-economiche.

Tra gli interventi a sostegno di una maggiore razionalità operativa del consumatore, va considerata l'integrazione e la più attenta presentazione delle informazioni pre-contrattuali proposta e valorizzata nell'ambito del più generale filone del *nudge* inteso come "spinta gentile".

La teorizzazione di una simile forma di intervento, in campi anche diversi rispetto a quello consumeristico, va attribuita a Thaler e Sunstein⁴⁸⁶, che hanno distinto genericamente tra un agente consapevole (paragonato all'Ulisse di Omero) e l'agente inconsapevole (confrontato con la figura di Homer Simpson). Quest'ultimo, a differenza del primo, non è cosciente dei propri limiti e, dunque, ha bisogno di aiuto dinnanzi alle sollecitazioni ad agire irrazionalmente. Per tale motivo interviene il *nudge*, considerato quale possibile incentivo in grado di stimolare una scelta consapevole e ragionevole in ambiti, come quello del consumo, nei quali risulta spesso necessario compensare forme di insufficienza cognitiva e psicologica. Si parla anche di "soft paternalism" (o di "paternalismo libertario"), per sottolineare come, pur senza rigidi divieti, si possa favorire una certa razionalità nelle decisioni dei consumatori. In sostanza, si tratta di un insieme di rimedi volti ad assicurare una buona "architettura delle scelte"⁴⁸⁷, tra cui un'importanza centrale va riconosciuta alle informazioni fornite, di cui occorre valutare anche la forma e la effettiva comprensibilità. Attraverso tale strada si può notare che l'individuo viene, in ultima analisi, lasciato libero di

485 Sul ruolo delle associazioni e dei movimenti, cfr. A. Zancchi, *op. cit.*, pp. 254 – 259.

486 Sul tema, cfr.: A. Candido, *La nudge regulation. Interpretazioni dottrinali e prime applicazioni pratiche*, in *Amministrazione in cammino*, 2012, 7, pp. 1 – 14; M.G. Faure – H. A. Luth, *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms*, cit., p. 346; S. Frerichs (2011), *False Promises? A Sociological Critique of the Behavioural Turn in Law and Economics*, cit., p. 292 ss.; L. A. Reisch & M. Zhao (2017), *Behavioural economics, consumer behaviour and consumer policy: state of the art*, cit. pp. 201 – 203; R. H. Thaler & C. R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, cit.

487 Questa espressione fa riferimento alla necessaria opera di organizzazione oculata del contesto all'interno del quale gli individui assumono le proprie decisioni, dunque *in primis* del contesto informativo.

scegliere, anche contro i propri interessi, economici e non, senza alcuna proibizione.

La stessa dottrina, però, rimane incerta sulla sufficienza di un insieme di informazioni complete e chiare, date le abilità cognitive limitate del destinatario medio e la costante strumentalizzazione manipolativa dei fattori psico-emotivi da parte delle imprese. Inoltre, ad essere messe in discussione sono anche la trasparenza, l'efficacia e la capacità del *nudge* di violare, in casi di totale inconsapevolezza della spinta da parte del destinatario, la stessa libertà di autodeterminazione⁴⁸⁸.

Si è, giustamente, sostenuto che “non ci si può esimere dal segnalare la necessità di andare molto oltre lo schema della ‘spinta gentile’, almeno là dove questo si proponga unicamente di ‘lubrificare’ i processi cognitivi e decisionali”⁴⁸⁹.

Dunque, anche se ancora numerose sono le opinioni che guardano con sfavore ad una protezione del consumatore che, nella sostanza, lo “deresponsabilizzi” trattandolo paternalisticamente come un “incapace”, non può rinunciarsi all'idea di un intervento più rigido sull'attività imprenditoriale, suggerito d'altronde dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette e dalla sua inderogabilità. Tale intervento non deve intendersi come risposta alla generale irrazionalità degli individui, rispetto a cui neanche un diritto perfetto potrebbe porre una soluzione.

Esso va piuttosto giustificato per due ordini di ragioni: da un lato, le ricerche di psicologia, sempre più affinate ed articolate, dimostrano con chiarezza la sussistenza non sporadica di fattori psico-emotivi e cognitivi coinvolti nell'atto di consumo; dall'altro le imprese, ovvero “gli architetti delle scelte” dei consumatori, manifestano una tendenza costante a far ricorso a strumenti di manipolazione emotivo-cognitiva che strumentalizzano i fattori anzidetti, soprattutto nella formulazione della comunicazione commerciale.

I dati empirici, in altre parole, dimostrano che il contatto commerciale impresa-consumatore è ben lontano dal modificarsi spontaneamente in senso più “razionale” e interattivo, salvo qualche sporadico caso.

Occorre dunque far riferimento ai rimedi messi a disposizione del consumatore tanto dal Codice del Consumo, quanto dal sistema autodisciplinare, in modo da verificarne la capacità, in termini di efficienza, efficacia e tempestività, di dissuadere e reprimere coattivamente le forme di scorrettezza della pratica pubblicitaria.

488 Un insieme di riferimenti alle critiche rivolte alla *nudge regulation* è contenuta in A. Candido, *op. cit.*

489 *Cit.* G. Resta, *Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e razionali*, in G. Rojas Elgueta e N. Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, cit., p. 160.

5.2 Pregi e difetti degli strumenti previsti dal Codice del Consumo

Un'elevata protezione giuridica della libertà del consumatore impone la possibilità per quest'ultimo di ricorrere ad un insieme di strumenti, di tipo amministrativo o giudiziario, che si riveli idoneo ed efficace. L'efficacia, evidentemente, dipende anche dalla tempestività dell'intervento.

Per quanto riguarda la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette⁴⁹⁰, la Direttiva n. 05/29, mentre disciplina gli aspetti sostanziali della materia, lascia agli Stati una certa autonomia in merito alla scelta degli strumenti procedurali di tutela. In tal senso, la stessa sembra inserirsi nell'orizzonte europeo che fa proprio il "principio dell'autonomia processuale" degli Stati membri, per cui, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, spetta a questi ultimi la decisione sugli strumenti procedurali più idonei a garantire la tutela dei diritti previsti dalla normativa europea⁴⁹¹.

Come emerge dall'art. 11 della Direttiva, il legislatore comunitario ipotizza due vie percorribili, quella giurisdizionale e quella amministrativa, introducendo un doppio binario di tutela procedurale rispetto a cui la scelta del legislatore non pare doversi necessariamente articolare in termini di *aut* – *aut*. Lo stesso considera pure la possibilità di alternative semplificate e preliminari, come quella autodisciplinare, che analizzeremo più avanti.

Pur nella sua portata delegante, la disposizione del legislatore europeo si orienta verso forme di intervento particolari sull'attività commerciale, volte più ad assicurare una sua correttezza generale che la protezione di concrete posizioni individuali eventualmente lese, anche se, come vedremo, queste non possono dirsi "abbandonate" dal sistema di tutela.

In particolare, le autorità giudicanti, sia amministrative che giurisdizionali, possono emanare provvedimenti di tipo inibitorio, preventivi o successivi, anche in via d'urgenza; inoltre, ove questo possa contribuire a rendere inoperanti gli effetti pregiudizievoli di una pratica commerciale, si prevede la possibilità di disporre la pubblicazione dei provvedimenti stessi o, nel caso in cui si tratti di pratica commerciale comunicativa, di un messaggio rettificativo da parte del professionista, sulla scia del cd. "corrective advertising" di stampo statunitense.

Accanto a tali provvedimenti, la disciplina europea riconosce all'art. 13 anche l'importanza di un intervento, a cura delle medesime autorità, di tipo sanzionatorio, purché esso sia effettivo, proporzionato e dissuasivo.

In attuazione di tali previsioni, il legislatore italiano sembra aver optato per un sistema di tutela

490 Per approfondimenti sul tema, cfr.: G. Alpa e A. Catricalà, *Diritto dei consumatori*, cit., p. 207 – 229, e p. 539 ss.; M. Fusi e P. Testa, *Diritto e pubblicità*, cit., p. 313 ss; M. Libertini, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 889; V. Meli, *I rimedi per la violazione del divieto di pubblicità ingannevole*, in *Riv. Dir. Ind.*, fasc. 1, 2000, p. 5 ss.; S. Stella, *Art. 27*, in V. Cuffaro (a cura di), *Codice del consumo*, Giuffrè Editore, 2015, p. 236 ss.

491 Corte Giust. UE, 26 ottobre 2006, C-168/05.

principalmente amministrativo, previsto dall'art. 27 Cod. Cons., anche se, come vedremo, non va esclusa l'azionabilità di rimedi giurisdizionali, tanto collettivi quanto individuali

Il sistema si caratterizza per un carattere prettamente sanzionatorio, repressivo e inibitorio, prediligendo un intervento *ex post*, e accantonando, invece, l'ipotesi di un controllo *ex ante*⁴⁹².

In particolare, nell'ambito dell'attività pubblicitaria, il giudizio sulle pratiche commerciali coinvolge due autorità amministrative indipendenti: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, istituita con la L. 287/90 (Legge Antitrust), e l'Autorità Garante per le Telecomunicazioni, istituita con L. 249/97⁴⁹³. Mentre la prima si occupa, accanto alla generale repressione delle condotte anticoncorrenziali, di tutelare il consumatore (e oggi le micro-imprese) dalle pratiche commerciali scorrette e dalle clausole vessatorie, nonché il professionista dalla pubblicità ingannevole e comparativa, invece la seconda si concentra sulla valutazione delle condotte commerciali in materia di editoria, telecomunicazioni, mezzi di comunicazione di massa e poste, attraverso l'emissione di un parere obbligatorio ma non vincolante per l'Autorità Antitrust⁴⁹⁴.

Si parla, dunque, di *public enforcement*, ovvero di un sistema a vocazione pubblicistica che predilige la via amministrativa di protezione collettiva. Gli interventi dell'AGCM, a tutela del consumatore medio (e non del singolo consumatore), colpiscono piuttosto l'attività del professionista in modo da correggerla rispetto a forme di scorrettezza che, anche solo potenzialmente⁴⁹⁵, arrechino un pregiudizio alla libertà consumeristica.

Un elemento positivo, in termini di *favor consumatoris*, del procedimento dinnanzi all'Autorità Antitrust, è la regola probatoria contenuta nell'art. 27, comma 3, Cod. Cons., per cui incombe «*al professionista l'onere di provare, con allegazioni fattuali, che egli non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto della pratica commerciale sui consumatori, ai sensi dell'articolo 20, comma 3*».

Più in generale, per la pratica pubblicitaria, spetta al soggetto da cui proviene la comunicazione commerciale, ancorché non sia attore, provare la veridicità e la correttezza di quanto comunicato⁴⁹⁶.

Il procedimento amministrativo, tuttavia, si caratterizza per una fisiologica lentezza che si dimostra poco efficace rispetto alle pratiche pubblicitarie⁴⁹⁷.

492 Mentre in passato, con riguardo alla pratica pubblicitaria, si prevedeva una possibile censura preventiva ad opera di un provvedimento amministrativo a cui spettava l'autorizzazione, oggi prevista solo in alcuni settori (ad. es. quello dei farmaci). Cfr. M. Fusi e P. Testa, *op. cit.*, pp. 58 – 59.

493 Si tratterebbe di *Authorities* caratterizzate da “autonomia” e “indipendenza” di giudizio e di valutazione. Tuttavia, non sono mancate le polemiche sulla loro effettiva indipendenza, date le presenze, susseguitesi nel tempo, di personalità non proprio imparziali da un punto di vista politico o imprenditoriale. Cfr. A. Zancchi, *Il libro nero della pubblicità*, cit., p. 86.

494 TAR Lazio, Sez. I, 30 gennaio 2014, n. 1141.

495 Vedi, *ex pluribus*: TAR Lazio, sez. I, 9 gennaio 2015, n. 238, e Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 6050.

496 Ciò vale in ambito amministrativo e in quello autodisciplinare (art. 6 Cod. Aut.). Nei procedimenti davanti alla giurisdizione ordinaria, di cui tratteremo nel prosieguo, vale il principio generale dell'onere della prova sull'attore di cui all'art. 2697 del Codice Civile. Cfr. M. Fusi e P. Testa, *op. cit.*, p. 316.

497 Già un *memorandum* della Commissione del 1985 (su “La protezione giuridica dei consumatori”) aveva avuto modo di sottolineare tale circostanza, indicando gli obiettivi da raggiungere per una maggiore efficacia procedurale

Per ottenere l'intervento dell'autorità amministrativa, occorre, infatti, concludere un procedimento amministrativo implicante: una fase "pre-istruttoria" in cui il responsabile competente verifica preliminarmente l'ammissibilità e la fondatezza dell'istanza, insieme ad altri elementi necessari a verificare l'opportunità di un intervento; ove superata positivamente la prima, una fase "istruttoria", la cui durata può estendersi fino a 120 gg⁴⁹⁸; un momento della presentazione delle memorie conclusive e dei documenti; una fase finale di decisione da parte del collegio giudicante dell'Antitrust, previo parere dell'eventuale altra autorità di settore coinvolta⁴⁹⁹.

I tempi del procedimento sono ulteriormente appesantiti dalla possibilità di presentare ricorso dinanzi al TAR del Lazio avverso il provvedimento impugnato, nonché dalla successiva possibilità di impugnarne la sentenza davanti al Consiglio di Stato.

Appare evidente come tali condizioni rendano la procedura assolutamente inidonea a contrastare il fenomeno pubblicitario, contraddistinto dal continuo susseguirsi di pubblicità che la cui durata media è di circa due mesi. In sostanza, l'intervento delle autorità amministrative, stando alla procedura prevista normativamente, arriverebbe sempre in ritardo rispetto alla conclusione della campagna pubblicitaria, potendo tutt'al più avere un qualche effetto *pro-futuro* nella misura in cui inibisca comportamenti uguali a quello valutato.

Per tali ragioni, si ritiene certamente più efficace un controllo di natura preventiva della comunicazione commerciale, magari concentrato su quelle pubblicità che *ictu oculi* appaiono più insidiose, tanto secondo i tradizionali criteri di scorrettezza quanto dal punto di vista cognitivo e psico-emotivo. Esso è oggi previsto solo in alcuni settori, come per quello dei farmaci.

Si prevede, altresì, un controllo della pubblicità trasmessa nei canali RAI da parte di una commissione parlamentare che fornisce indirizzi generali con particolare riguardo alla tutela del consumatore e al rispetto delle finalità di pubblico interesse del servizio radiotelevisivo (art. 4 L. n. 103/2010). Esso, tuttavia, non si spinge fino a sindacare la portata decettiva o aggressiva di una pubblicità, tantomeno da un punto di vista psico-emotivo⁵⁰⁰.

In alternativa, tra gli strumenti previsti dal Codice del Consumo, una maggiore efficacia potrebbe riconoscersi all'intervento sospensivo in urgenza da parte dell'Autorità Antitrust, previsto dall'art.

(cfr. G. Alpa e A. Catricalà, *op. cit.*, p. 565).

498 Questi diventano 150 nel caso in cui l'AGCM debba richiedere il parere di un'altra autorità di settore, come nel caso dell'AGCom per le pubblicità comunicate attraverso mezzi di comunicazione di massa (art. 27, comma 6). Il termine si allunga ulteriormente nel caso in cui il professionista risieda, sia domiciliato o abbia sede all'estero. Ulteriori proroghe, fino a massimo 60 giorni, possono essere disposte dall'AGCM nel caso di particolari esigenze istruttorie o di estensione del procedimento oggettiva o soggettiva, di presentazione di impegni da parte del professionista. Altri 30 giorni possono aggiungersi nel caso in cui sia necessario ottenere informazioni da altre istituzioni o enti pubblici (art. 7 del "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore" – Delibera AGCM n. 25411/2015).

499 Nel caso dell'AGCom il parere deve essere reso entro 30 giorni dal ricevimento della richiesta, oltre i quali, ove questo non sia pervenuto e l'AGCom non abbia rivolto richieste istruttorie (a cui segue una sospensione di 30 giorni del procedimento), l'AGCM può procedere indipendentemente dallo stesso.

500 Cfr. M. Fusi e P. Testa, *op. cit.*, p. 141.

27, comma 3. O ancora, sarebbe auspicabile una più rapida procedura eccezionale di giudizio, ancor più breve di quella già stabilita per l'inibitoria dall'art. 140, comma 8, che richiama le disposizioni in materia di "procedimenti cautelari" (artt. 669-*bis* ss. C.p.C.).

Tra le strade attualmente previste, più fluida sembra quella della *moral suasion* (art. 27, comma 7), cioè della facoltà riconosciuta al professionista, solitamente sollecitato dall'Antitrust⁵⁰¹, di assumere impegni risolutivi durante la fase "pre-istruttoria" o, comunque, entro 45 giorni dalla comunicazione di avvio del procedimento. Tale opportunità, esclusa nei casi "di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale", assume un'importante efficacia deflattiva del procedimento amministrativo⁵⁰², permettendo la pronta rimozione dell'illecito, anche se va evidenziata la natura sollecitatoria del termine indicato⁵⁰³. L'esclusione nei casi più gravi si giustifica a causa degli interessi pubblici più o meno rilevanti che possono risultare coinvolti da una scorrettezza commerciale, rispetto a cui una pronuncia sanzionatoria più severa può rivestire una maggiore efficacia deterrente *pro-futuro*⁵⁰⁴.

Considerando invece la sostanza del provvedimento finale, esso può apprezzarsi per l'ampio margine di valutazione e di intervento riconosciuto all'autorità amministrativa.

Il pregiudizio potenziale sulla libera autodeterminazione del consumatore viene valutato, quanto a gravità, tenendo conto della diffusione del messaggio, degli strumenti utilizzati, delle dimensioni economiche del professionista, della capacità di penetrazione della comunicazione e della vulnerabilità dei destinatari⁵⁰⁵.

E' pur vero che, come visto prima, le valutazioni dell'autorità amministrativa si limitano a considerare solo quei casi di manifesta scorrettezza, tanto ingannevole quanto aggressiva, non spingendosi fino a ricomprendere forme di manipolazione psico-emotiva. Tuttavia, abbiamo anche notato una certa attenzione rivolta ad elementi più sfuggenti e sottili: la modalità di presentazione del messaggio, il contesto comunicativo, la particolare vulnerabilità psicologica del destinatario, fattori come la paura e la superstizione, o l'incapacità cognitiva di taluni soggetti, tra cui i minori.

E' chiaro che il concreto riconoscimento della manipolazione psicologica e cognitiva potrebbe risultare non privo di difficoltà.

Purtuttavia, sulla scia seguita dalle autorità, e sulla base delle considerazioni fatte in precedenza, va riconosciuta l'importanza, in vista di una generale valutazione dell'ingannevolezza psicologica e

501 Il ricorso ad essa, secondo la giurisprudenza, rientra tra i poteri discrezionali del responsabile dell'istruttoria. Cfr. TAR Lazio, Sez. I, 2 novembre 2012, n. 9001.

502 Cfr. S. Perugini, *Presentazione, valutazione e accettazione degli impegni* (art. 8, Del. AGCM 15.11.2007, n. 17589), in Catricalà e Troiano (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, UTET, Torino, 2010, p. 2209 ss.

503 In tal senso TAR Lazio, Sez. I, 19 novembre 2010, n. 33668.

504 Cfr. in giurisprudenza, TAR Lazio, Sez. I, 10 dicembre 2015, n. 13821 e Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1104.

505 TAR Lazio, Sez. I, 8 ottobre 2014, n. 10236.

dell'aggressività da indebito condizionamento, dell'ausilio di esperti della comunicazione anche per gli organi giudicanti.

Una tale operazione non sembra, d'altronde, nuova nella prassi italiana; infatti, in un caso relativo al *claim* "sigarette light", l'Autorità Antitrust ha commissionato un *pool* di esperti per valutare in che modo il messaggio fosse percepito dal consumatore, giungendo a considerare ingannevole la pratica per il fatto che dai risultati della perizia si stimava il 10% di consumatori fuorviati sulla reale pericolosità del prodotto⁵⁰⁶.

La stessa Commissione europea⁵⁰⁷ ha riconosciuto che la valutazione delle capacità e della comprensione del consumatore è essenziale affinché la protezione giuridica dello stesso si basi sul suo comportamento quotidiano effettivo, divergente da quello sui cui sono basati i modelli prospettati teoricamente. Inoltre, il *Consumer Policy Toolkit* analizzato sopra, pur emanato nell'ambito dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, manifesta un generale interessamento delle istituzioni europee alla valutazione dei profili comportamentali e psicologici del consumatore. In questo senso, non si vede il motivo per negare un'implementazione concreta di tali valutazioni attraverso i mezzi procedurali di tutela del consumatore.

Tra gli esperti a cui le autorità giudicanti possono rivolgersi, quali periti o consulenti, vi potrebbero essere anche psicologi o comunque studiosi di psicologia, come già suggerito da qualche studioso⁵⁰⁸.

D'altronde, si è affermato che l'idoneità ad ingannare (ma lo stesso vale per quella "ad aggredire") il destinatario del messaggio va valutata tenendo conto del parametro soggettivo e della sua percezione, anche mediante valutazioni socio-psicologiche, ancorché ad ora poco utilizzate dall'AGCM⁵⁰⁹.

L'eventuale pronuncia che accerta l'illecito solitamente comporta, altresì, il divieto di diffondere la pratica, di continuarne la diffusione (art. 27, comma 8) e di ripeterla in futuro⁵¹⁰. Inoltre, la disciplina prevede, accanto a sanzioni pecuniarie dalla dubbia efficacia dissuasiva, la pubblicazione della delibera o di un'apposita dichiarazione rettificativa, con valenza sanzionatoria e/o riparatoria⁵¹¹, dunque attraverso misure proporzionate al pericolo e con mezzi la cui diffusione sia idonea a scongiurarlo. Nel caso di pubblicità televisiva o mediante piattaforme online, l'eventuale pubblicazione del provvedimento andrebbe fatta, seguendo tali assunti, con i medesimi mezzi della comunicazione commerciale.

506 TAR Lazio, Sez. I, 11 gennaio 2006, n. 1372.

507 Vedi *Commission Staff Working Paper on Consumer Empowerment in the EU*, del 22 maggio 2012, paragrafo 4. Sul tema cfr. J. Trzaskowski (2016), *Lawful Distorsion of Consumer Economic Behaviour*, cit., p. 10.

508 Cfr., in particolare, J. Trzaskowski, *Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practises Directive*, cit., p. 384.

509 Cfr. V. Meli, *Voce "Pubblicità ingannevole"*, cit., pp. 9 – 10.

510 TAR Lazio, Sez. I, 17 gennaio, 2005, n. 306.

511 V. Meli, *op. cit.*, p. 5 ss.

L' A.G.C.M, nelle motivazioni apportate agli ordini di pubblicazione, ha spesso fatto riferimento ad elementi quali la modalità di diffusione, la particolare insidiosità del messaggio (ad esempio per le modalità grafiche⁵¹² o il contenuto⁵¹³) e la particolare gravità della violazione (guardando alla gravità delle affermazioni o alla sprovvedutezza dei destinatari⁵¹⁴).

A ciò si aggiunge l'incapacità deterrente delle pene pecuniarie generalmente disposte dalle autorità amministrative e giurisdizionali. La loro portata, infatti, appare minima di fronte alla capacità economica delle imprese sanzionate, e agli investimenti utilizzati per le condotte punite.

Per quanto riguarda, poi, lo strumento della pubblicazione, vi è da dire che le condanne della pubblicità ingannevole non trovano spazio nei mezzi di comunicazione, spesso poco propensi alla diffusione di informazioni negative su quelle che, in sostanza, rappresentano le loro principali fonti di finanziamento. Qualche pubblicazione sporadica trova spazio all'interno dei giornali in modo del tutto marginale, o in giornali di scarsissima consultazione.

Una pubblicazione del provvedimento sanzionatorio o di una dichiarazione rettificativa da parte dell'impresa autrice della pubblicità scorretta in giornali di ampia diffusione potrebbe diventare un utile strumento di tutela collettiva. Si pensi ad una pubblicazione che, qual forma di *corrective advertising* sul modello statunitense, indichi obbligatoriamente l'utilizzo delle tecniche di persuasione o comunque gli effetti di potenziale inganno o aggressione psico-emotivi. Chiaramente, l'efficacia dissuasiva e sanzionatoria sarebbe maggiore nel caso di una pubblicazione che intervenga entro un breve tempo dalla pubblicità contestata e in mezzi di comunicazione diffusi, magari equivalenti a quelli in cui ha trovato spazio la comunicazione commerciale.

Per quanto riguarda la via giurisdizionale, come giustamente affermato, i provvedimenti dell'Autorità Antitrust non pregiudicano l'esperibilità di qualsiasi azione civile, amministrativa, penale, a cui gli interessati siano legittimati⁵¹⁵. Nonostante la limitata lista delle materie fatta salva, per la giurisdizione ordinaria, dal comma 15 dell'art. 27 Cod. Cons., sembra potersi ammettere un generale diritto di agire in giudizio per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori avverso una pratica commerciale scorretta⁵¹⁶.

In tal senso, occorre guardare alle disposizioni, contenute nel titolo II del Codice del Consumo (rubricato "Accesso alla giustizia"), di cui agli artt. 139, 140 e 140 *bis*, da leggere in combinato disposto con l'art. 2, lett. *c* e *c-bis*.

La loro valutazione congiunta permette di riconoscere alle associazioni rappresentative dei

512 A.G.C.M., PI/1385, 5 giugno 1997, Provv. n. 5059, in *Boll.* 23/97.

513 A.G.C.M., PI/1329, 28 maggio 1997, Provv. n. 5040, in *Boll.* 22/97.

514 A.G.C.M., PI/727, 14 marzo 1996, Provv. n. 3710, in *Boll.* 11/96.

515 Cfr. G. Alpa e A. Catricalà, *op. cit.*, p. 207.

516 Non vi sono dubbi, evidentemente, su quelle ipotesi di protezione giudiziaria che la legge consumeristica prevede espressamente, come l'azione inibitoria delle clausole abusive prevista dall'art. 37 Cod. Cons., o la *class action* di cui all'art. 140 *bis*, di cui tratteremo nel prosieguo.

consumatori una generale legittimazione ad agire per ottenere l'inibitoria delle pratiche commerciali che violino gli interessi collettivi dei consumatori, non solo nelle materie previste dal Codice del Consumo, ma anche con riguardo ad altre discipline settoriali, come quella sulla radio-televisione e quella sulla pubblicità dei medicinali (art. 139 Cod. Cons.). Un simile orientamento pare ormai diffusamente sposato dalla giurisprudenza di merito⁵¹⁷.

Anche in questo caso valgono le considerazioni fatte per il rimedio amministrativo.

La lentezza del procedimento giurisdizionale, forse ancor più di quello amministrativo, lo rende assolutamente inidoneo ad intervenire efficacemente sulla campagna pubblicitaria, caratterizzata da una durata usualmente breve. Il legislatore sembra essere consapevole della necessità di un intervento tempestivo, prevedendo sia la possibilità di ricorrere ad una inibitoria cautelare tempestiva nel caso di "giusti motivi di urgenza" (richiamando gli artt. 669-*bis* ss. del Codice di Procedura Civile), sia quella di utilizzare gli strumenti alternativi di risoluzione extragiudiziale delle controversie (cd. "alternative dispute resolutions"), la cui applicabilità alle pratiche commerciali rimane però ad oggi dubbia.

D'altro canto, anche qui può apprezzarsi la portata vincolante del provvedimento finale, il quale, oltre all'inibizione del comportamento lesivo, può spingersi fino alla richiesta di misure correttive e alla pubblicazione del provvedimento stesso su quotidiani ad ampia diffusione.

Un cenno merita infine il *private enforcement*, affiancato al *public enforcement* quale strada alternativa e complementare per la tutela degli interessi individuali.

Già da tempo, in dottrina si è messa in luce la necessità e l'opportunità di una via individual-privatistica di tutela degli interessi dei singoli consumatori concretamente lesi da una pratica commerciale scorretta⁵¹⁸. La stessa direttiva 05/29, d'altronde, non nasconde una certa attenzione alla possibile lesione della sfera individuale, e dunque alla conseguente attivazione processuale, come confermato dal considerando n. 9, il quale altresì fa salve le norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto.

517 Cfr., *ex multis*: Trib. Civ. Milano, Ord. 4 giugno 2018; Trib. Civ. Milano, Sez. VI, 21 dicembre 2009; Trib. Roma, 23 maggio, in *Giur. it.*, 2008, n. 2751, con nota di P. M. Fiorio, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi dei consumatori di cui all'art. 140 cod. cons (con una digressione sull'azione collettiva risarcitoria prevista all'art. 140bis)*, confermata in sede di reclamo da Trib. Roma, 22 dicembre 2008.

518 Per approfondimenti sul tema, in dottrina cfr.: G. Alpa e A. Catricalà, *op. cit.*, p. 478 - 484; E. Battelli, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Europa e Diritto Privato*, 2, 2016, 425 ss. e *L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, in *Europa e Diritto Privato*, 1, 2014, 207 ss.; C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 6, 408 ss. e *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in *Jus Civile*, 5, 305-337; A. Fachechi, *Pratiche commerciali scorrette e (apparente) "gap" normativo: il "sistema" dei rimedi negoziali*, in *Studium iuris*, 2015, 1, 181-189; E. Labella, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. e impr.*, 2013, 3, 688 ss.; A. Nobile, *Le tutele civilistiche avverso le pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. Impr. Europa*, Milano, 2014, 180-199; A.P. Seminara, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, in *I Contratti*, 6, 2018, pp. 689 - 701; D. Valentino, *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, 11157 ss.

Il legislatore italiano, limitandosi a riprodurre la previsione della normativa europea, sembra aver preso posizione nel senso di lasciare alle norme generali del diritto civile il compito di regolare tali aspetti. Inoltre, anche il tenore dell'art. 140, comma 9, pare chiaramente dimostrare in materia un atteggiamento favorevole al ricorso individuale.

L'unico rimedio espressamente previsto dal Codice del Consumo è quello della *class action* di cui all'art. 140-*bis*, esercitabile pure contro le pratiche commerciali scorrette. Questo procedimento, volto ad ottenere un provvedimento di natura risarcitoria, non si presenta tuttavia più celere dei precedenti, nonostante la legittimazione ad agire riconosciuta anche ai singoli consumatori⁵¹⁹ e la possibilità di aderire facilmente ad azioni in corso.

Da un punto di vista sostanziale la ricostruzione dottrinale della protezione individual-privatistica del consumatore ha considerato tanto gli effetti contrattuali⁵²⁰ (nullità e, più diffusamente, annullabilità⁵²¹) quanto quelli extracontrattuali (anche di natura pre-contrattuale) della pratica commerciale scorretta, purché ricorrano i presupposti stabiliti dal Codice Civile.

Risulta chiaro che, se per l'integrazione delle ipotesi previste dal Codice del Consumo è sufficiente il pericolo di condizionare il comportamento di un consumatore medio, per la configurazione dell'annullamento del contratto (o del risarcimento del danno) sarà necessario accertare la concreta lesione determinante del comportamento del singolo consumatore.

Sul piano dell'efficacia processuale dell'azione individuale occorre, però, evidenziare la medesima intempestività delle azioni a tutela di interessi collettivi. Oltre a questo, lampante sembra anche la scarsa portata dissuasiva della conseguenza giuridica derivante dall'eventuale sentenza del giudice.

Infatti, nei casi, in particolare, di responsabilità precontrattuale e civile, il ristoro della singola posizione lesa avverrebbe attraverso la via risarcitoria. Se l'importanza di questo è stata riconosciuta dalla Corte di Giustizia UE anche nel caso di violazione degli obblighi informativi precontrattuali⁵²², il suo impatto "pro-futuro" sulla pratica pubblicitaria appare grandemente ridotto.

519 G. Alpa e A. Catricalà, *op. cit.*, p. 554.

520 Occorre precisare che, proprio con riguardo agli effetti sul contratto, la giurisprudenza comunitaria ha affermato che dalla decisione amministrativa di accertamento della scorrettezza della pratica non discende, automaticamente, alcuna conseguenza in ordine alla validità dei contratti singolarmente stipulati (cfr. Cort. Giust. 15 marzo 2012, C-453/10). I presupposti dell'invalidità, dunque, vanno accertati.

521 Con riguardo alla configurabilità del dolo nel caso di pubblicità ingannevole, cfr. Trib. Terni, sent. del 6 luglio 2012 e Pret. Bologna dell'8 aprile 1997.

522 Cort. Giust. 17 settembre 2002, C-253/00, in G. Alpa - A. Catricalà, *op. cit.*, p. 484 (nota 134).

5.3 L'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria

Nel corso della trattazione si è fatto spesso riferimento alle regole dell'autodisciplina pubblicitaria e alle decisioni del relativo Giurì. La sua rilevanza per la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette è stata più volte evidenziata, considerando tanto il richiamo di cui al considerando n. 20 della Direttiva 05/29, quanto la definizione di diligenza professionale in questa contenuta.

In linea generale, può riconoscersi un ruolo significativo ai sistemi autodisciplinari, quale forma di strada alternativa alle procedure amministrative e giudiziarie, per la tutela dalle pratiche commerciali sleali. Tale ultimo aspetto è altresì considerato dall'art. 10 della Direttiva, che fa comunque salvo il ricorso alla via giurisdizionale o amministrativa, e dall'art. 11, che lascia agli Stati membri il potere di decidere se gli organi ordinari del contenzioso possano pretendere il preventivo ricorso a forme extragiudiziarie di soluzione, compresi i mezzi autodisciplinari⁵²³.

In attuazione degli inviti del legislatore europeo, il legislatore nazionale ha introdotto, accanto alle regole sostanziali già viste, talune disposizioni operative riguardanti l'autodisciplina⁵²⁴ (artt 27 *bis* e *ter* del Codice del Consumo), che in sostanza evidenziano la possibilità di evitare l'utilizzo dello strumento amministrativo attraverso un preliminare tentativo di risoluzione della controversia in sede autodisciplinare. Questa assume, dunque, una funzione deflattiva del contenzioso ordinario.

E' altresì prevista una forma di coordinamento tra il procedimento autodisciplinare e quello amministrativo dall'art. 27-*ter*, comma 3, con la possibilità di sospendere quest'ultimo nel caso in cui un organismo di autodisciplina si stia occupando della medesima fattispecie.

La procedura delineata, in particolare, dal Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale si presenta per certi versi più efficace di quelle analizzate nel paragrafo precedente, ma per altri incapace di contrastare effettivamente la pubblicità scorretta.

Come già anticipato, le autorità principali del sistema autodisciplinare sono il Giurì e il Comitato di controllo. Mentre il primo può essere considerato il vero e proprio collegio giudicante, il Comitato ha una serie di compiti ausiliari e complementari. In particolare, esso è tenuto a denunciare al Giurì le pubblicità ritenute in contrasto col Codice, può intervenire contro singole imprese per intimare la cessazione di una campagna pubblicitaria, emettere provvedimenti monitori e pareri preventivi

523 Infine, l'art. 17 prevede che gli Stati membri «*se del caso, incoraggiano i professionisti e i responsabili del codice ad informare i consumatori in merito ai propri codici di condotta*».

524 Per approfondimenti sugli strumenti di protezione autodisciplinare, vedi: L. R. Carleo, *Sui codici di condotta e la tutela del consumatore*, cit.; M. Fusi e P. Testa, *Diritto e pubblicità*, cit., pp. 321 – 327; *Idd. L'autodisciplina pubblicitaria in Italia*, Giuffrè, Milano, 1983; A. Zancchi, *Il libro nero della pubblicità*, cit.

(sulle pubblicità non ancora diffuse) alle imprese, o di natura consultiva su richiesta del presidente del Giurì (art. 32 Cod. Aut.).

Per quanto riguarda la composizione, il Giurì è formato da «*esperti di diritto, di problemi dei consumatori e di comunicazione*» (art. 29 Cod. Aut.), mentre il Comitato è costituito «*da esperti di problemi dei consumatori, di tecnica pubblicitaria, di mezzi di comunicazione e di materie giuridiche*» (art. 30)⁵²⁵, come stabilito dall'Istituto di autodisciplina. Evidentemente, la natura professionale dei componenti si manifesta più idonea, rispetto agli organi ordinari, per il giudizio su un messaggio dalla natura articolata e complessa come quello pubblicitario.

Come può evincersi già dai termini previsti per le deduzioni delle parti (tra gli 8 e i 12 giorni) e per la loro convocazione (“nel più breve tempo possibile”), il procedimento autodisciplinare, a differenza della procedura amministrativa e giurisdizionale, si contraddistingue per una certa celerità, essendo l'Istituto di Autodisciplina ben consapevole delle brevi tempistiche delle comunicazioni commerciali.

Tale consapevolezza, ancora più evidente nel prosieguo della disposizione con riguardo alle offerte relative a promozioni di breve durata, pare trovare riscontro nelle altre regole procedurali del Codice di Autodisciplina.

Al termine della discussione orale, che non può essere rimandata se non per casi eccezionali o su accordo delle parti, «*il Giurì: a. qualora ritenga la pratica sufficientemente istruita emette la propria decisione; b. qualora ritenga necessario acquisire ulteriori elementi di prova rimette gli atti al relatore, il quale provvede al più presto e senza formalità alla assunzione degli atti istruttori ritenuti necessari, esauriti i quali egli restituisce gli atti al Giurì per l'ulteriore corso del procedimento; c. qualora durante il procedimento siano emersi elementi tali da fare ritenere la sussistenza di violazioni non previste nell'istanza in esame, le accerta, le contesta, e dichiara d'ufficio, salva la necessità di disporre la relativa istruttoria*» (art. 37, ult. comma).

Dopo aver deciso il caso in camera di consiglio⁵²⁶, il presidente del Giurì comunica il dispositivo alle parti, disponendo la cessazione della pubblicità ritenuta non conforme al Codice e fornendo, ove opportuno, precisazioni sugli elementi riprovati e le motivazioni (art. 38). La decisione viene depositata “nel più breve termine” presso la segreteria e, anche se la motivazione viene ordinariamente depositata in un momento successivo, produce la sua efficacia sin dall'emissione.

La decisione va eseguita entro, al massimo, sette giorni lavorativi dalla pronuncia (nel caso di pubblicità tv, radio, quotidiani, affissioni⁵²⁷), salvo che il Giurì ritenga necessari tempi più ampi a

525 In entrambi i collegi si prevede l'incompatibilità per coloro che esercitino attività professionali nel settore pubblicitario, in evidente conflitto di interessi.

526 Alla camera di consiglio può, ove il Giurì lo ritenga opportuno, partecipare il consulente tecnico, ma senza diritto di voto.

527 Nel caso di altri mezzi, l'ordine di cessazione va eseguito entro i tempi tecnicamente indispensabili.

causa di particolari esigenze tecniche.

Una forma ancora più celere di procedura autodisciplinare è prevista, *ex art.* 39, nel caso di comunicazioni commerciali manifestamente contrarie alle disposizioni del Codice. In questo caso, infatti, si prevede un'ingiunzione tempestiva del Presidente del Comitato di Controllo, la quale, ove non impugnata entro 10 giorni, diventa definitiva e vincolante per i destinatari.

Se apprezzabili sono, dunque, la tempistica del procedimento e la natura dei componenti dei collegi giudicanti, il principale problema del sistema di autodisciplina attiene alla natura vincolante delle decisioni.

Va ricordato, infatti, che l'applicazione delle disposizioni del Codice di Autodisciplina e delle decisioni del Giurì è subordinata alla spontanea adesione degli operatori pubblicitari e dei proprietari dei mezzi di comunicazione, mediante accettazione diretta dello stesso, o della propria associazione di appartenenza, ovvero mediante l'inserimento di un'apposita clausola di accettazione all'interno dei contratti finalizzati alla comunicazione commerciale.

E' pur vero che quasi tutti gli operatori della pubblicità (agenzie, tecnici etc.) e dei mezzi di comunicazione (emittenti audiovisive, editori etc.) fanno parte di associazioni il cui statuto implica l'accettazione, da parte dei loro aderenti, del Codice di Autodisciplina⁵²⁸; è altresì vero, però, che è capitato, seppur sporadicamente, che i mezzi di comunicazione aderenti all'autodisciplina abbiano ommesso di inserire nei contratti di pubblicità l'obbligo della sua accettazione da parte degli inserzionisti, consentendo in tal modo di sfuggire all'applicazione del Codice⁵²⁹. Tale circostanza è stata definita dal Giurì un comportamento grave⁵³⁰.

La natura vincolante della decisione assunta in sede autodisciplinare è d'altronde limitata dalla possibilità, riconosciuta all'autorità amministrativa o giurisdizionale, di giudicare il medesimo caso senza tenerne conto.

Inoltre, la relativa portata sanzionatoria è evidentemente svuotata dall'impossibilità, per il Giurì, di emettere condanne al risarcimento dei danni o sanzioni pecuniarie. In sostanza, sembra che anche le punizioni degli aderenti al Codice risultino liberamente accettabili.

Come previsto per il procedimento amministrativo e giurisdizionale, anche in sede autodisciplinare si prevede la possibilità di disporre la pubblicazione della decisione attraverso i mezzi ritenuti più opportuni. Si prevede, inoltre, la successiva pubblicazione della notizia relativa all'eventuale

528 Lo stesso non può dirsi per l'associazione degli utenti di pubblicità (UPA), dalla quale sono escluse numerosissime imprese. Tale lacuna è però compensata dal Codice di Autodisciplina, che stabilisce la possibilità di aderirvi anche tramite l'inserimento nei singoli contratti di pubblicità di una clausola di accettazione del Codice e delle decisioni del Giurì o del Comitato di controllo. In questo modo, ove un'agenzia pubblicitaria si avvalga del Codice, o se ne avvalga il mezzo di comunicazione a cui ricorra l'impresa, anche quest'ultima sarà vincolata all'autodisciplina, sottoscrivendo il contratto con la clausola di adesione della controparte. Cfr. M. Fusi e P. Testa, *op. cit.*, p. 322 – 323.

529 Cfr. A. Zancchi, *op. cit.*, p. 220.

530 Giurì n. 133/02

inottemperanza del provvedimento finale da parte dell'impresa destinataria.

Vi è da dire, tuttavia, che l'impatto mediatico risulta grandemente limitato dal fatto che, da un lato i mezzi di comunicazione di massa si dimostrano restii alla pubblicazione di notizie negative sulle imprese per paura di ritorsioni economiche, dall'altro il "consumatore medio" non sembra interessarsi molto all'informazione contenuta nel sito dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria, sempre che ne conosca l'esistenza.

I limiti principali dell'autoregolamentazione⁵³¹, pur apprezzabile per la maggiore tempestività di intervento, consistono quindi nella sua struttura contrattuale, implicante la libera adesione delle imprese⁵³², nella mancanza del potere di irrogare sanzioni pecuniarie delle sue istituzioni, nonché nella stessa assenza di carattere coattivo delle decisioni adottate (il cui mancato rispetto non comporta alcuna sanzione, se non la pubblicazione in spazi sconosciuti ai consumatori).

Oltre a ciò va precisato che il contenuto del Codice di Autodisciplina, attento ad alcuni profili della libertà del consumatore, risulta comunque provenire dallo stesso mondo imprenditoriale, mentre auspicabile sarebbe certamente un maggiore coinvolgimento del mondo dei consumatori.

O ancora, andrebbe certamente aumentata e valorizzata la presenza, all'interno delle istituzioni autodisciplinari, degli esperti della comunicazione, mentre attualmente si registra una netta prevalenza di giuristi.

Inoltre, come per il sistema di tutela ordinario, le decisioni del Giurì e del Comitato, oltre che essere prive di sistematicità e occasionali, intervengono solo successivamente ai messaggi pubblicitari. Può avvenire "non solo che vengano diffusi messaggi pubblicitari ingannevoli, ma anche che la loro ulteriore diffusione non venga (tempestivamente) fatta cessare"⁵³³.

Lo stesso Giurì ha evidenziato come senza un intervento preventivo dei mezzi di comunicazione l'autodisciplina si manifesta debole rispetto al fenomeno pubblicitario⁵³⁴.

Non solo sarebbe auspicabile un intervento preventivo più severo da parte dei mezzi di comunicazione, ma dovrebbe anche riconoscersi un generale potere di intervenire preventivamente alle stesse autorità, tanto autodisciplinari che ordinarie.

Un intervento preventivo generale andrebbe previsto esclusivamente con riguardo alle comunicazioni pubblicitarie che, data la breve tempistica e la potenziale diffusività, sembrano integrare quei presupposti di necessità e urgenza che giustificerebbero un intervento "cautelare" in senso lato, dunque volto a prevenire possibili futuri effetti negativi.

531 Un'esposizione esaustiva dei limiti del sistema autodisciplinare pubblicitario è contenuta in A. Zancchi, *op. cit.*, pp. 213 – 241.

532 Non mancano casi in cui il Giurì si è dichiarato impossibilitato ad intervenire perché nessuna delle parti era aderente al sistema autodisciplinare (Giurì n. 32/2003). Non mancano neppure i casi, ben più gravi, di imprese aderenti al sistema, ma che ritirano la propria adesione per non sottostare a decisioni del Giurì, o addirittura che non si presentano al procedimento. Per approfondimenti, vedi A. Zancchi, *op. cit.*, p. 221.

533 Così Giurì n. 176/02.

534 Giurì n. 49/82.

In alternativa, una decisione postuma dovrebbe quantomeno intervenire entro un brevissimo tempo, con precise eccezioni ai tempi procedurali ordinari, sempre intempestivi rispetto alle pratiche pubblicitarie.

Ad ogni modo, l'integrazione dell'efficacia delle sanzioni è in linea con quanto stabilito dall'art. 13 Dir. 05/29, per il quale esse devono generalmente essere "effettive, proporzionate e dissuasive".

5.4 Conclusione: tutela psicologica del consumatore e libertà di autodeterminazione

"Una civiltà democratica si salverà solo se farà del linguaggio dell'immagine una provocazione alla riflessione critica, non un invito all'ipnosi"

(U. Eco)

La ricerca svolta ha inteso dimostrare l'esigenza di integrare la tutela del consumatore dalla pratica commerciale pubblicitaria estendendola ai casi di ingannevolezza ed aggressività psicologica.

L'analisi si è avviata con la descrizione del fenomeno pubblicitario moderno, di cui si è brevemente ripercorsa l'evoluzione in termini sia di quantità di "comunicazione commerciale esistente" all'interno della società, sia di qualità del messaggio promozionale, relativamente al mezzo di comunicazione utilizzato e all'oggetto dell'informazione veicolata.

L'estensione quantitativa della comunicazione sociale, in uno con la sua evoluzione qualitativa (determinata anche dalla estensione stessa), ha reso la pubblicità un fenomeno interessante da un punto di vista sociologico, essendo lo stesso in grado di dettare una logica nuova alle relazioni sociali.

Lo abbiamo definito un fenomeno "performativo" nella misura in cui ha dettato nuovi modelli di comportamento, ha introdotto nuove etichette sociali, creato forme di identificazione e di classificazione socio-economiche, formulato un nuovo linguaggio. In questi termini il consumo è diventato un atto dotato di senso e significato, e il bene consumato un *totem*, un elemento identificatore.

Sottolineati i riflessi sul piano simbolico, recuperando le origini della psicologia e mostrandone la

stretta connessione all'ambito pubblicitario, si è spostata l'attenzione al piano psicologico-individuale.

L'analisi ha messo così in luce l'utilizzo, a partire dal Novecento, di teorie e tecniche di psicologia sempre più articolate e complesse alla comunicazione commerciale. Per usare le parole di un giurista attento al tema⁵³⁵, "la pratica commerciale ha in taluni casi preceduto la ricerca di laboratorio, e l'ha poi seguita con interesse".

Partendo dal dato storico, successivamente sono state esaminate le varie teorie di psicologia che hanno trovato applicazione nell'ambito del marketing: dalla psicoanalisi freudiana alla teoria comportamentale, fino a giungere alle più recenti evoluzioni della psicologia cognitiva e del filone degli *heuristics and biases*.

Uno sguardo si è infine gettato al *neuromarketing*, dunque all'applicazione della tecnologia agli studi del cervello umano al fine di verificare l'efficacia psico-emotiva della comunicazione commerciale. Si è parlato, in questo senso, di "fisiologia del consumo" per sottolineare come la valutazione della portata psicologica di una pubblicità, e della sua capacità di influenzare emotivamente il destinatario, non si sia più basata esclusivamente sull'applicazione di astratte teorie, ma sulla concreta rilevazione delle più piccole alterazioni fisiologiche dell'organo della mente. La comunicazione pubblicitaria si è dimostrata, nel corso del tempo, in grado di influenzare il consumatore con un'invasione che sembra crescere proporzionalmente allo sviluppo delle tecniche utilizzate.

L'obiettivo di tali riflessioni era quello di dimostrare le attuali caratteristiche della pratica pubblicitaria, spesso sottovalutata dietro al velo del *dolus bonus*. Si ritiene, invece, che la stessa debba essere presa in considerazione *seriamente*, soprattutto per quegli aspetti più sottili e sfuggenti, come quelli sociologici e, ancor di più, psicologici.

Il fatto che ci stiamo abituando a convivere con la costante invasione, attraverso molteplici vie, di messaggi pubblicitari dal carattere suggestivo, non deve indurre a considerare questo fenomeno "normale" e quindi accettabile; viceversa, dovrebbe sollecitare una maggiore attenzione verso lo stesso, trattandosi di una delle principali fonti di condizionamento comportamentale della società contemporanea.

Una volta studiato il fenomeno pubblicitario, si è quindi preparato il terreno per l'analisi giuridica dello stesso: quanto analizzato ha infatti indotto a considerare l'esigenza di una tutela consumeristica che si spinga verso quelle forme di manipolazione che, ormai frequentemente utilizzate da decenni, agiscono al di sotto del livello della coscienza.

Dunque, è stata introdotta la disciplina a tutela del consumatore, di cui si è brevemente illustrata

535 Così R. Caterina, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, cit., p. 6.

l'evoluzione storica e le ragioni che l'hanno giustificata.

Successivamente l'attenzione si è concentrata sulla generale regolazione delle pratiche commerciali scorrette, sia europea (Dir. 05/29) che nazionale (Cod. Cons. art. 18 ss.), in cui rientra l'attività pubblicitaria. Dalla clausola generale, passando per le macro-categorie dell'ingannevolezza e dell'aggressività, fino all'indicazione delle ipotesi presunte scorrette dal legislatore, la disamina ha permesso di comprendere il panorama delineato dalla normativa in questione.

La sua breve illustrazione ha permesso poi di estrapolare taluni concetti chiave per il prosieguo dell'analisi: in particolare un ruolo centrale è stato attribuito al concetto di "consumatore medio" e a quello della sua "libertà di autodeterminazione".

Entrambi, infatti, rappresentano due assi portanti della struttura normativa delle pratiche commerciali: l'uno è determinante per giudicare la stessa illegittimità di una pratica, l'altro è la *ratio* e il fine ultimo dell'intera disciplina europea e nazionale. Si è dimostrato che da una concezione particolare di consumatore medio deriva una diversa concezione di libertà del consumatore.

Si è altresì evidenziata l'insufficienza della nozione di consumatore medio adottata dalla giurisprudenza comunitaria, mettendone in luce la scarsa aderenza alla realtà (e ai risultati delle ricerche di psicologia), nonché il suo carattere prettamente politico e deontologico. Una concezione più attenta alle componenti psico-emotive e alle debolezze del consumatore sarebbe, diversamente, oltre che più realistica, maggiormente in linea con la finalità legislativa di proteggere pienamente la libertà dello stesso.

Dall'analisi della più generale disciplina delle pratiche commerciali scorrette, la ricerca si è concentrata sulla regolazione giuridica dell'attività pubblicitaria. In questa, accanto alla disciplina appena vista, convergono altresì talune normative settoriali, relative al mezzo di comunicazione utilizzato o a particolari tipologie di prodotti. Ad esse si aggiunge l'autodisciplina della comunicazione commerciale, formata da quelle norme deontologiche formulate dagli stessi operatori del settore pubblicitario.

Dopo aver declinato le categorie normative della ingannevolezza e dell'aggressività, valide di per sé per ogni pratica commerciale, nel caso particolare della comunicazione pubblicitaria, e dopo aver isolato taluni concetti normativi dal significato psicologicamente rilevante, si è dato spazio all'esame della prassi applicativa delle autorità giudicanti, tanto di quelle amministrativa e giurisdizionale, quanto di quella autodisciplinare.

L'analisi delle decisioni e, per induzione, degli orientamenti generali delle autorità sull'interpretazione ed applicazione delle disposizioni normative ha consentito di ipotizzare una interpretazione psicologica delle scorrettezze commerciali e, dunque, una possibile stigmatizzazione giuridica delle forme di manipolazione psico-emotiva e cognitiva, frequenti nella comunicazione

commerciale.

Da un'ingannevolezza testuale e palese, si è giunti, per il tramite di talune espressioni normative e della loro interpretazione, ad una ingannevolezza psicologica e cognitiva, guardando al possibile sfruttamento dei *bias* e delle euristiche del consumatore, nonché ad altre forme di rappresentazione fuorviante delle informazioni commerciali; da un'aggressività fisica, ordinariamente repressa dalle autorità, si è passati ad un'aggressività psico-emotiva, attuata mediante l'applicazione delle teorie comportamentali e dello sfruttamento delle pulsioni teorizzate in campo psico-analitico, considerate come possibili contenuti (valorizzati unitamente all'assenza di elementi informativi) dell'"indebito condizionamento" a cui fa riferimento la disciplina ordinaria.

Nel corso della ricerca si è sensibilizzata l'attenzione soprattutto ai casi maggiormente delicati di compromissione della libertà del consumatore, a causa di sue personali vulnerabilità o di particolari caratteristiche del prodotto: lungi dall'evitare il ricorso, in simili occasioni, a determinate tecniche suggestive di comunicazione, la pubblicità sembra piuttosto sfruttare deliberatamente la tendenziale debolezza dei destinatari, o nascondere con articolate modalità comunicative i rischi dei prodotti pericolosi.

Dopo aver ricostruito, a partire dalla normativa e dalla sua interpretazione, la scorrettezza psicologica della pubblicità, la trattazione si è interessata anche alla concreta possibilità di implementarla.

Per fare ciò, sono stati dapprima esaminati gli strumenti di tutela consumeristica previsti sia dalla normativa ordinaria che dal sistema autodisciplinare, insieme alle rispettive procedure di cui sono stati considerati aspetti positivi e negativi.

Infine, i medesimi meccanismi sono stati rivalutati in considerazione di una loro potenziale applicazione al caso della pubblicità manipolativa, ipotizzando soluzioni in grado di compensarne le strutturali inefficienze.

Da quanto visto, appare chiaro che non considerare le strategie di psicologia del marketing significa, in sostanza, escludere dal novero delle "pratiche commerciali" la maggior parte delle odierne forme di stimolazione e persuasione del consumatore.

Reprimere esclusivamente quelle forme di palese ed estrema scorrettezza significa limitarsi a qualche intervento poco efficace in termini di reale modifica delle strategie commerciali da parte del professionista; consapevole della propria posizione di supremazia informativa, tecnica e contrattuale, quest'ultimo tenterà in ogni caso di sfruttare gli errori cognitivi e le debolezze psico-emotive del consumatore, inducendolo ad un acquisto privo di consapevolezza.

In ragione di ciò, come visto sopra, il diritto deve estendere il proprio raggio di azione anche alle forme di ingannevolezza ed aggressività psicologica, traendo spunto dai risultati delle diverse ricerche di psicologia per interpretare più estensivamente la scorrettezza commerciale..

Una questione che rimane aperta è quella dell'opportunità pratica di una simile forma di protezione consumeristica

L'argomento contrario a una maggiore severità verso l'attività manipolativa delle imprese è, principalmente, l'efficienza del mercato. Si ritiene, in particolare, che quest'ultima rischia di essere ostacolata e pregiudicata da un eventuale intervento più rigoroso del legislatore sulle pratiche di marketing.

In questo senso, si è anche parlato negativamente di “paternalismo” regolativo, come quella forma di interventismo eccessivo che si pone in contrasto con lo stesso ideale di libertà.

Innanzitutto, si ritiene che l'efficienza del mercato, pur risultando un valore per il sistema normativo europeo e nazionale, non possa essere considerata prevalente rispetto alla tutela della libertà del consumatore.

E' pur vero che l'Unione Europea persegue, tra le sue politiche principali, la tutela della concorrenza e della libertà di impresa. Tuttavia, in materia di pratiche commerciali scorrette, come desumibile dall'art. 1 della Dir. 05/29, i principi fondamentali della disciplina sono esclusivamente l'elevata tutela del consumatore e la “correttezza” del mercato, la quale evidentemente presuppone il rispetto di limiti e il divieto di attività commerciali ingiuste. La tutela della concorrenza e del mercato, in tale settore, deve quindi ammettersi solo nella misura in cui si mantenga sul piano della “correttezza” commerciale e della protezione della libertà consumeristica.

Per quanto riguarda l'ambito nazionale, oltre alla medesima considerazione dei valori europei all'interno del Codice del Consumo, il rapporto gerarchico tra i beni giuridici coinvolti sembra manifestarsi con maggiore evidenza. La Costituzione Italiana, al vertice delle fonti nazionali, dimostra, come visto prima, una chiara presa di posizione in merito alla subordinazione del valore dell'“impresa economica” a quello della “libertà” (art. 41, comma 2).

Né deve immaginarsi un eventuale “eccesso di tutela”: è sufficiente sottolineare che l'intervento qui auspicato deve limitarsi a quelle forme di condizionamento che, come la stessa legge richiede, siano rilevanti e non trascurabili, mentre non si interesserebbe di quei casi di influenza inefficace o marginale; che lo stesso non va letto in termini di “sostituzione” delle ordinarie categorie di giudizio della scorrettezza, bensì di “integrazione” di quest'ultime, le quali ne risulterebbero semplicemente arricchite sulla base del *favor consumatoris*.

Va ribadito, altresì, che questa proposta interpretativa delle disposizioni in materia di pratiche commerciali si giustifica in vista di una piena tutela della libertà, avendo a mente un'idea di quest'ultima incompatibile con ogni forma di condizionamento e di manipolazione, soprattutto se sub-cosciente, considerando la consapevolezza un correlato imprescindibile dell'autodeterminazione. Configurare, diversamente, “la decisione di natura commerciale che altrimenti il consumatore avrebbe preso” come una scelta irrazionale, istintiva, dettata da influenze

che nulla hanno a che vedere con la funzione propria del prodotto acquistato, si porrebbe in piena contraddizione con la *ratio* dell'intero sistema normativo considerato.

Dovrebbe, dunque, vietarsi qualsiasi comunicazione pubblicitaria che abbia come effetto quello di distorcere la consapevolezza cognitiva e di limitare l'autodeterminazione del consumatore attraverso la via psico-emotiva. Una simile pratica, aggirando la coscienza del decisore, pregiudica considerevolmente la sua libertà.

In questo senso, sarebbe auspicabile una pubblicità che si mantenga sul piano della consapevolezza e della razionalità, non inducendo alla decisione di consumo attraverso lo sfruttamento di *bias* cognitivi o esclusivamente mediante la suggestione, ma escludendo il primo e limitando quest'ultima a quanto strettamente necessario per richiamare l'attenzione verso un'informazione chiara e completa del prodotto acquistato⁵³⁶.

Preferibile sarebbe, in questo senso, un cambiamento di registro della comunicazione pubblicitaria, prediligendo l'appello all'intelligenza e alla comicità⁵³⁷, nonché l'allontanamento dalla banalità e dalla struttura retorica chiusa. In questo modo potrebbe avviarsi la strada verso quell'*empowerment shift* del consumatore in termini di discrezionalità e potere economico, auspicato da diversi studiosi⁵³⁸.

In definitiva, una comunicazione commerciale che faccia ricorso ad associazioni psicologiche inconsce o ad articolate forme di ingannevolezza non può essere considerata né onesta, né tanto meno veritiera e corretta, con ciò ponendosi in contrasto tanto con la disciplina sulle pratiche commerciali, quanto con il Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale.

Sotto il profilo morale, non può negarsi il carattere palesemente anti-liberale di una forma di manipolazione sub-cosciente, articolata su tecniche avanzate, tutta incentrata sulla suggestione al consumo.

Se la disciplina comunitaria e quella nazionale impongono delle pratiche commerciali che rispettino la libertà, occorre che la sua salvaguardia sia piena ed effettiva.

Quando si tratta della libertà individuale non può non farsi riferimento all'idea di dignità: il rispetto di quest'ultima implica il rispetto della prima, e viceversa il rispetto della libertà implica il rispetto della seconda.

Il fatto che nel corso dell'analisi si siano evidenziate le fisiologiche debolezze dell'uomo-

536 Come giustamente affermato, l'atto di consumare dovrebbe essere un'esperienza "significativa, produttiva; invece è la soddisfazione di aspirazioni artificialmente provocate". Cit. E. Fromm, *Psicanalisi della società contemporanea*, cit., p. 134.

537 Si pensi, tra gli esempi passati, al Carosello, brevemente visto all'inizio, caratterizzato dall'ideologia preindustriale della Rai, che confinava la pubblicità a pochi minuti al giorno. Oggi sarebbe impensabile limitare la comunicazione pubblicitaria a simili tempistiche; più realistico, forse, sarebbe un intervento mirato al suo contenuto.

538 Tra essi, un ruolo centrale va attribuito certamente a G.P. Fabris, *Societing: il marketing nella società postmoderna*, cit., p. 47. Evidentemente, un generale "empowerment" del consumatore è implicitamente desiderato da tutti coloro che, come quelli citati nel corso della trattazione, si preoccupano della sua tutela.

consumatore non ha nulla a che vedere con una sua concezione poco lusinghiera; ciò è servito solo per identificare quei fattori emotivi e psicologici, spesso ricorrenti, che le odierne forme di marketing tendono a sfruttare sistematicamente.

La dignità dell'essere umano va oltre le sue debolezze pulsionali o le sue *défaillances* cognitive, e piuttosto parte da esse per conformare il comportamento altrui. Ecco, in questo senso, la dignità non sta “dentro” l'uomo, ma “fuori” dall'uomo; sta negli altri, nel comportamento che ognuno ha verso l'uomo, e che gli attribuisce dignità, dunque lo riconosce come un valore morale in sé.

In questi termini, la pubblicità non rispetta la libertà e non rispetta neanche la dignità, perché tratta l'uomo, per utilizzare categorie già viste, come un credulone, come un minorenne, come un superstizioso e come, più in generale, un soggetto immaturo e irrazionale. Non lo considera, di certo, come un consumatore “normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto”; semmai come un consumatore “normalmente ignorante e irrazionalmente distratto e incosciente”.

Non che spesso non lo sia, ma sfruttarne le debolezze per ottenere l'atto di acquisto va oltre il fatto di riconoscerle. Piuttosto, dal riconoscimento dovrebbe derivare, se si vuole rispettare seriamente la libertà del consumatore (e la sua dignità), un comportamento commerciale diverso.

In questo modo si rispetterebbe sia la libertà del consumatore, intesa come deliberazione secondo ragione e non per mera suggestione irrazionale, sia la dignità dello stesso settore pubblicitario.

All'alternativa della naturale “saturazione” del fenomeno pubblicitario, incerta tanto sull'*an* quanto sul *tempus*, pare doversi preferire il ruolo centrale dei pubblici poteri, per una regolazione ed una limitazione effettiva delle scorrettezze, anche psicologiche, delle pratiche commerciali.

A tal fine, l'estensione interpretativa del diritto delle pratiche commerciali proposta dalla tesi vuole sensibilizzare la cultura giuridica rispetto all'esigenza di un percorso di riflessione sulla protezione psicologica del consumatore e, più in generale, sulla dubbia legittimità delle forme di manipolazione commerciale in questa sede analizzate. Percorso già avviato, ma che abbisogna ancora di una crescita di consapevolezza, sia in ambito dottrinale che nella prassi applicativa.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Pubblicità: teorie e tecniche* (a cura di M. Ferraresi), Carocci Editore, Roma, 2017;
- G. B. Abbamonte, *The unfair commercial practices Directive and its general prohibition*, in *The regulation of unfair commercial practices under Ec Directive 2005/2009* (a cura di Weatherill and Bernitz), Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 24;
- Abruzzese e F. Colombo (a cura di), *Dizionario della pubblicità. Storie. Tecniche. Personaggi*, Zanichelli, Bologna, 1994;
- F. Alberoni, *L'élite senza potere*, Vita e Pensiero, Milano, 1963;
- M. T. Allen e H. Darew (2004), *The effects of charm listing prices on house transaction prices*, in *Real Estate Economics*, 32 (4), pp. 695 – 713;
- G. Alpa, *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, in *Nuov. Giur. Civ. Comment.*, 2009, pt. II, fasc. 6, p. 241 ss.;
- G. Alpa e A. Catricalà, *Diritto dei consumatori*, Il Mulino, Bologna, 2016;
- G. Alpa e G. Conte (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, Giuffrè Editore, Milano, 2015;
- Aristotele, in *Etica Nicomachea*, Laterza, Bari, 2005 (XIII ed.);
- L. Ballio e A. Zancchi, *Carosello story. La via italiana alla pubblicità televisiva*, RAI-ERI, Roma, 2009;
- P. Baran e P. Sweezy, *Il capitale monopolistico*, Einaudi, Torino, 1978;
- E. Battelli, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Europa e Diritto Privato*, 2, 2016, 425 ss.;
- E. Battelli, *L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, in *Europa e Diritto Privato*, 1, 2014, 207 ss.;
- Z. Bauman, *Homo consumens*, Erickson Editore, 2007 (X ed.);

- Z. Bauman, *L'etica in un mondo di consumatori*, Laterza, Bari, 2010 (II ed.);
- J. Baudrillard, *La società dei consumi*, Il Mulino, Bologna, 2010 (II ed.);
- J. Baudrillard, *Lo scambio simbolico e la morte*, Feltrinelli, Milano, 2015 (II ed.);
- J. Berger, *Influenza invisibile*, EGEA, Milano, 2016;
- M. Bertani, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Giuffrè Editore, Milano, 2016;
- N. Bonini & C. Hadjichristidis, *Il senso senso. Emozione e ragione nella decisione*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2009, pp. 34-35;
- W. H. van Boom (2011), *Price Intransparensy, Consumer decision making and European Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 34 (3), pp. 359-376;
- C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 6, 408 ss.;
- C. Camardi, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in *Jus Civile*, 5, 305-337;
- G. Campobasso, *Manuale di diritto commerciale*, Utet giuridica, Milano, 2013;
- A. Candido, *La nudge regulation. Interpretazioni dottrinali e prime applicazioni pratiche*, in *Amministrazione in cammino*, 2012, 7, pp. 1 – 14;
- H. Cantril & Allport (1935), *The psychology of radio*, Harper and Brothers;
- L. Carrera, *La tutela del minore nelle comunicazioni televisive e nell'informazione*, in *Dir. Famiglia*, fasc. 2, 2001, p. 503 ss.;
- M.A. Caruso, *Il telemarketing come pratica aggressiva e come atto di concorrenza sleale*, in *Riv. Dir. Ind.*, fasc. 4-5, 2010, p. 365;
- R. Caterina (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto*, Mondadori, Milano, 2008;
- R. Caterina, *Pratiche commerciali scorrette e psicologia della decisione*, in *Studi in onore di Aldo Frignani - Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Jovene, Napoli, 2011;

- R. Caterina, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2012, pp. 67-84;
- R. Caterina, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore: il problema delle «pratiche ingannevoli»*, in *Sistemi Intelligenti*, XXII, 2010, pp. 221-22;
- G. Cianci, *Comunicazione pubblicitaria e contratti del consumatore. Dal motivo allo status relazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2013;
- V. Codeluppi, *Storia della pubblicità italiana*, Carocci editore, Roma, 2013;
- G. Conte (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Laterza, Bari, 2008;
- Damasio, *L'errore di Cartesio*, Adelphi, Milano, 1995;
- G. De Cristofaro, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 143 ss.;
- G. De Cristofaro, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il d. Lgs. n. 146 del 2 agosto 2007*, in *Studium iuris*, 2007, p. 1181 ss;
- M. Dona, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, Torino, 2008;
- G. P. Fabris, *La pubblicità. Teorie e prassi*, Angeli, Milano, 2002;
- G. P. Fabris, *Il comportamento del consumatore: psicologia e sociologia dei consumi*, Angeli, Milano, 1972;
- G. P. Fabris, *Societing: il marketing nella società postmoderna*, Egea, Milano, 2013, p. 57;
- A. Fachechi, *Pratiche commerciali scorrette e (apparente) "gap" normativo: il "sistema" dei rimedi negoziali*, in *Studium iuris*, 2015, 1, 181-189;
- M. G. Faure & H. L. Luth (2011), *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms*, in *Journal of Consumer Policy*, 34 (3), pp. 337-358;
- R. Finocchi, *Il commercio del senso: linguaggi e forme della pubblicità*, Meltemi Editore s.r.l., Sesto San Giovanni (MI), 2006;
- S. Frerichs (2011), *False Promises? A sociological Critique oh the Behavioural Turn in Law*

- and Economics*, in *Journal of Consumer Policy*, 34, pp. 289 – 314;
- E. Fromm, *Avere o essere?*, Oscar Mondadori, Milano, 2001;
 - E. Fromm, *La disobbedienza e altri saggi*, Oscar mondadori, Milano, 1988;
 - E. Fromm, *Psicanalisi della società contemporanea*, Edizioni Comunità, Milano, 1977;
 - M. Fusi, *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolata*, in *Rivista di diritto industriale*, 2009, fasc. 1 pag. 5 – 28;
 - M. Fusi e P. Testa, *Diritto e Pubblicità*, Lupetti Editori, Milano, 2006;
 - M. Fusi e P. Testa, *L'autodisciplina pubblicitaria in Italia*, Giuffrè, Milano, 1983;
 - F. Galgano - N. Zorzi, *Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. Imp. Europa*, 2010, p. 615 ss;
 - F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015;
 - F. Ghezzi e G. Oliveri, *Diritto antitrust*, Giappichelli editore, Torino, 2013;
 - J. R. Greenberg & S. A. Mitchell, *Le relazioni oggettuali nella teoria psicoanalitica*, Il Mulino, Bologna, 1986;
 - N. Guéguen, *Psicologia del consumatore*, Il Mulino, Bologna, 2009;
 - N. Guéguen, H. Le Guellec e C. Jacob (2004), *Sound level of background music and consumer behavior: An empirical evaluation*, in *Perceptual and Motor Skills*, 99, pp. 34 – 38;
 - N. Gueguen e C. Jacob (2011), *Congruence d'une odeur culinaire et orientation du choix du consommateur: une évaluation en situation naturelle*, in *Psicologie du consommateur*, Dunod, Paris;
 - N. Gueguen e C. Petr (2006), *Odor and consumer behavior in a restaurant*, in *International Journal of Hospitality Management*, 25, pp. 208 – 212;
 - J. D. Hanson e D. A. Keysar (1999), *Taking behavioralism seriously: the problem of market manipulation*, in *New York University Law Review*, 74, 630-749;

- J. D. Hanson e D. A. Keysar (1999a), *Taking behavioralism seriously: some evidence of market manipulation*, in *Harvard Law Review*, 112, 1420-1572;
- R. A. Heiner (1986), *Imperfect Decision and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules*, in *Journal of Legal Studies*, vol. 15, n. 2, pp. 227-261;
- A. Hoffman (2006), *The best puffery article ever*, in *Iowa Law Review*, 91, pp. 1395 – 1448;
- N. Irti, *L'Età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999;
- D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano, 2017;
- I. Kant, *Critica della ragion pratica*, Laterza, Bari, 2006;
- N. Klein, *No logo*, BUR, Milano, 2010;
- N. Klein, *Shock Economy*, BUR, Milano, 2008;
- P. Kotler (1974), *Atmospherics as a Marketing Tool*, in *Journal of Retailing*, 49 (4), pp. 48 – 64;
- H. E. Krugman (1970), *Memory without Recall,, Exposure without Perception*, in *Journal of Advertising Research*, 17, 4, pp. 7 – 12;
- H. E. Krugman & E. Hartley (1970), *Passive Learning from Television*, in *Public Opinion Quarterly*, 34, 2, pp. 184 – 190;
- D. Lamanna Di Salvo, *La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici*, in *Giur. Merito*, fasc. 12, 2013, p. 2658B ss.;
- E. Labella, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. e impr.*, 2013, 3, 688 ss.;
- J. Le Doux, *Il cervello emotivo. Alle origini delle emozioni*, Baldini & Castoldi, Milano, 2014;
- G.W. Leibniz, *Scritti filosofici*, vol. I, UTET, Torino, 2000;
- M. Libertini, *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Tratt. Dir. Comm.*, IV, Padova, 1981, p. 251.;

- M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. Imp.*, 2009, p. 54;
- M. Libertini, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 889;
- M. Libertini, *Lezioni di diritto industriale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Camerino, 2016;
- M. Lissowska (2011), *Overview of BE elements in the OECD Consumer policy toolkit*, in *Journal of Consumer Policy*, 34: 393-398;
- N. Mandel & E. Johnson (2002), *When web pages influence choice: Effects of visual primes on experts and novices*, in *Journal of Consumer Research*, 29 (2), pp. 235 – 245;
- Marcuse, *L'uomo a una dimensione*, Einaudi, Torino, 1999;
- K. Marx, *Il capitale*, Utet, Torino, ed. 2009;
- V. Meli, “*Diligenza professionale*”, “*Consumatore medio*” e regola di “*de minimis*” nella prassi dell’AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, (a cura di V. Meli e P. Marano), Giappichelli, Torino, 2011, p. 1 ss.;
- V. Meli, *I rimedi per la violazione del divieto di pubblicità ingannevole*, in *Riv. Dir. Ind.*, fasc. 1, 2000, p. 5 ss.;
- V. Meli, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Cedam, Padova, 2008, pp. 87-116;
- V. Meli, Voce “*pubblicità ingannevole*”, in *Enc. Giurid. Treccani*, vol. XXIX, 2006;
- G. Menon & P. Raghurur (2003), *Ease of retrieval as an automatic input in judgments: A mere accessibility framework?*, in *Journal of Consumer Research*, 30, pp. 230 – 243;
- L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010;
- A. Nobile, *Le tutele civilistiche avverso le pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. Impr. Europa*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2014, pp. 180-199;

- C. North, A. Shilcock e D. J. Hargreaves, *The effect of musical style on restaurant consumers' spending*, in *Environment and Behavior*, 35 (5), pp. 712 – 718;
- S. Oddi, *La tutela dei minori nella disciplina della radiotelevisione*, in *Giur. Cost.*, fasc. 6, 2007, p. 5053 ss.;
- N. Olivero e V. Russo, *Psicologia dei consumi*, McGraw-Hill, Milano, 2013;
- V. Packard, *I persuasori occulti*, Einaudi, Torino, 1989;
- R. Pennisi, *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, in *Giur. Comm.*, fasc. 5, 2012, p. 653;
- S. Perugini, *Presentazione, valutazione e accettazione degli impegni (art. 8, Del. AGCM 15.11.2007, n. 17589)*, in Catricalà e Troiano (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, UTET, Torino, 2010, p. 2209 ss.;
- R. E. Petty e J. T. Cacioppo (1981), *Central and Peripheral Routes to Persuasion: Application to Advertising*, in L. Percy, A. Woodside, *Advertising and Consumer Psychology*, Heath, Lexington (MA), pp. 3-23;
- R. E. Petty e J. T. Cacioppo (1980), *Effects of Issue Involvement on Attitudes in an Advertising Context*, in *Proceedings of the Division 23 Program*, eds. Gerald G. Gorn and Marvin E. Goldberg, Montreal, Canada: American Psychological Association, pp. 75-79;
- S. Pincas e M. Loiseau (2008), *A History of advertising*, Taschen, Köln;
- E. Piro, *Tutela del consumatore e terzo contratto*, monografia in *Dir. E Giur. Commentata*, DIKE Giuridica, Roma, 2013;
- L.A. Reisch e M. Zhao (2017), *Behavioural Economics, Consumer Behaviour and Consumer Policy: state of the art*, in *Behavioural Public Policy*, 1:2, pp. 190 – 191;
- S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali diritti e quali vincoli*, Editori Laterza, Roma, 2014;
- G. Rojas Elgueta e N. Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma Tre-Press, Roma, 2014;
- L. Rossi Carleo, *Diritto comunitario, «legislazione speciale» e «codici di settore»*, in *Riv. Not.*, 2009, p. 13 ss.;

- L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e Diritto privato*, 2010, p. 699 ss;
- V. Russo, *Neuromarketing, comunicazione e comportamenti di consumo*, Franco Angeli, Milano, 2015;
- G. Rusconi e M. Dorigatti (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa*, Franco Angeli, Milano, 2004;
- R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Civile*, UTET, Torino, 2004;
- A. P. Seminara, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, in *I Contratti*, 6, 2018, pp. 689 – 701;
- S. Shapiro, D. J. MacInnis & S. E. Heckler, (1997), *The effect of incidental ad exposure on the formation of consideration set*, in *Journal of Consumer Research*, 24, p. 102
- H. Simon (1959), *Theories of Decision Making in Economics and Behavioral Science*, in "The American Economic Review", 49, 3, pp. 254-283;
- H. Simon, *Causalità, razionalità, organizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1985;
- M. R. Solomon (1999), *Consumer Behaviour: Buying, Having & Being*, Person, p. 317;
- B. Spinoza, *Etica*, Bollati Boringhieri, Torino, 2006;
- S. Stella, *Art. 27*, in V. Cuffaro (a cura di), *Codice del consumo*, Giuffré Editore, 2015, p. 236 ss.;
- R. Sunstein (1993), *Endogenous preferences, Environmental law*, 22J, in *Journal of Legal Studies*, Vol. 22, p. 230;
- A. Testa, *La pubblicità. Suscitare emozioni per accedere desideri*, Il Mulino, Bologna, 2007;
- R. H. Thaler e C. R. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, Milano, 2009;
- D. Trevisani, *Psicologia di marketing e comunicazione. Pulsioni d'acquisto, leve persuasive, nuove strategie di comunicazione e management*, Franco Angeli, Milano, 2017;

- J. Trzaskowski (2011), *Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practices Directive*, in *Journal of Consumer Policy*, 34:377;
- J. Trzaskowski (2016), *Lawful distortion of consumer economic behaviour*, in *European Business Law Review*, Vol. 27, I, pp. 25 – 48;
- M. Tungate, *Storia della pubblicità. Gli uomini e le idee che hanno cambiato il mondo*, FrancoAngeli, Milano, 2010;
- A. Tversky (1997), *Rational Theory and constructive choice*, in *The Rational Foundation of Economic Behaviour*, pp. 185 – 197;
- A. Tversky e D. Kahneman (1974), *Judgement under uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 185, pp. 1124-1131;
- A. Tversky e D. Kahneman (1981), *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in *Science*, vol. 211, 453-458;
- A. Tversky e D. Kahneman (1979) *Prospect Theory: an analysis of Decision under risk*, in *Econometrica* 47, pp. 263 - 291;
- D. Valentino, *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 5, p. 1157 ss.;
- U. Volli, *Semiotica della pubblicità*, Laterza, Roma, 2003;
- B. Watson (1925), *Behaviourism*, in *Chicago University Press*, Chicago;
- A. Westcombe & J. Wardle (1997), *Influence of relative fat content information on responses to three foods*, *Appetite*, 28 (1), pp. 49-62;
- Willet (2010), *Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive*, in *Journal of Consumer Policy*, p. 260 ss.;
- S. Zamagni, *Impresa responsabile e mercato civile*, Il Mulino, Bologna, 2013.