

Audizione informale sul disegno di legge n. 270 (Tutela dei minori e della dignità della donna nella comunicazione) 24 giugno 2021, h. 14:00, innanzi alla Commissione Affari Costituzionali del Senato

Intervento di Chiara Alvisi (professoressa ordinaria di diritto privato, Alma Mater Studiorum – Università degli Studi di Bologna),

Buonasera Presidente, Senatrici e Senatori. Vi ringrazio dell'invito.

1. Il DDL 270 (a firma Valente, Cirinnà, Garavini, Laus, Margiotta) persegue il lodevole intento di garantire la *“piena realizzazione della parità dei diritti tra generi e della tutela dei minori nel processo della loro formazione”* dettando nuove regole di diritto oggettivo per la pubblicità.

1.1 In particolare, propone di codificare la fattispecie di *“pubblicità sessista”* e la fattispecie della pubblicità *“nociva per il corretto sviluppo dei minori”* attraverso una definizione generale poi dettagliata in un elenco a carattere esemplificativo (art. 2 ddl). Propone di introdurre un divieto generalizzato di *“pubblicità discriminatoria”* di uomini e donne (art. 3 ddl) nel codice delle pari opportunità sotto l'art. 1bis, che dunque andrà raccordata in sede interpretativa ed applicativa con la fattispecie della *“pubblicità sessista”* codificata nell'art. 2 del medesimo DDL. Propone di introdurre nel codice del consumo l'art. 26bis, che aggiungerebbe al novero vigente delle pratiche commerciali sleali, ingannevoli ed aggressive, la fattispecie delle *“pratiche commerciali lesive della dignità e dei diritti delle donne e dei minori e del processo formativo dei minori”*, declinata attraverso l'ulteriore elencazione (non è chiaro se esemplificativa o tassativa) di cui alle lettere a) – i) del medesimo articolo 26bis. Anche a questo proposito resta da chiarire come questa fattispecie si raccordi con la *“pubblicità discriminatoria”* e con la *“pubblicità sessista”* e *“nociva per il corretto sviluppo dei minori”* di cui all'art. 2 del medesimo DDL. È apprezzabile la formula di chiusura che si propone nell'art. 26bis, comma 2 di includere nelle *“pratiche commerciali lesive della dignità”* anche *“le pubblicità che recano comunque offesa alla dignità di uomini e donne”*.

1.2 L'applicazione del prospettato art. 26bis del codice del consumo dovrebbe avvenire tramite un procedimento amministrativo *ad hoc*, prevedendosi l'inserimento nel codice del consumo dell'art. 27quinquies, nonché l'attribuzione di poteri cautelari all'AGCM con un nuovo art. 27sexies. Né l'uno né l'altro si differenziano in modo significativo dal procedimento istruttorio e cautelare già previsto dall'art. 27 vigente del codice del consumo, cosicché in termini di tecnica legislativa e per maggior chiarezza e semplicità, sarebbe forse preferibile intervenire sul vigente art. 27 del codice del consumo con le minime variazioni lessicali che basterebbero a renderlo coerente con la novella. Lo stesso dicasi

per la proposta di inserire nel codice del consumo un art. 27^{septies} dedicato ai provvedimenti e alle sanzioni che l'AGCM potrebbe adottare a seguito dell'accertamento di una pratica commerciale lesiva della dignità e dei diritti delle donne e dei minori: si tratta di un'addizione non indispensabile, bastando a tal fine la previsione di cui al vigente art. 27, comma 9 del codice del consumo.

2. Esaminato da un punto di vista sistematico il disegno di legge si presta ad alcune riflessioni in termini di logicità, ragionevolezza e validità costituzionale dell'iniziativa.

2.1 La delimitazione dell'ambito applicativo delle nuove regole di diritto oggettivo, attraverso la definizione di "pubblicità" contenuta nell'art. 2, comma 1 del DDL ("*per pubblicità si intende qualsiasi tipo di messaggio visivo sonoro, in formato elettronico o cartaceo, che promuove l'attività commerciale di un'azienda o di un ente*") lascia irrisolti vari problemi. Pare insufficiente il riferimento al mero formato (elettronico o cartaceo) della pubblicità per estendere l'applicazione delle nuove norme a tutta la comunicazione commerciale veicolata su internet, senza considerare poi che il codice del consumo adotta la più ampia nozione di comunicazione commerciale. Non si trova nel disegno di legge alcuna espressa affermazione del principio della *media-neutrality*. I proponenti sembrano ancora riferirsi al mondo della comunicazione *mess-mediatica* a struttura verticale, unidirezionale, quando la percentuale maggiore dell'investimento pubblicitario oggi è veicolato su internet non solo da mezzi di comunicazione a struttura verticale in formato elettronico (testate informative digitali, comunicazione radiotelevisiva via internet, banner, siti web aziendali, etc..) ma anche tramite mezzi di comunicazione interattiva a struttura orizzontale, in cui la comunicazione commerciale si presenta sotto le spoglie della *peer-communication*, assumendo format ben diversi dalla tradizionale pubblicità tabellare, pur essendo comunicazione pubblicitaria a tutti gli effetti, cioè intesa a promuovere la vendita di un bene o di un servizio o ad incrementare la brand equity ogniqualvolta l'influencer o il social user apparentemente laico abbia una non dichiarata *material connection* con l'impresa di cui favorisce il brand. Occorre dunque che il DDL prenda posizione sulla comunicazione commerciale veicolata sui social e persino sull'influencer marketing, per dire chiaramente se il divieto di pubblicità sessista e nociva per i minori si applichi, come è costituzionalmente doveroso, anche alla *peer-communication* diffusa sui *social* e all'*influencer marketing*. Per l'identificazione della natura commerciale della comunicazione fra pari diffusa sui *social media* è utilissimo il rinvio alla Digital Chart dello IAP, il cui presidente e segretario generale sono presenti a questa audizione e ai quali rivolgo il mio saluto. Il regolamento Digital Chart dello IAP contiene il più sofisticato lavoro di ricognizione della pubblicità digitale interattiva attualmente disponibile come modello normativo. La chiara definizione dell'ambito di applicazione dei nuovi divieti di cui al DDL - tramite la chiara individuazione di cosa si intende per pubblicità non solo su

internet ma altresì in quella nuova dimensione del mercato che sono le piattaforme digitali - è indispensabile. Infatti, come segnala anche il DDL, le regole in materia di pubblicità pongono limiti legali alla libertà di impresa, che l'art. 41 comma 2 Cost. autorizza in funzione della tutela dell'utilità sociale, cioè al fine di assicurare la protezione di beni pubblici quali la sicurezza, la libertà e la dignità umana che per valutazione legale tipica si considerino prevalenti sulla libertà di iniziativa economica, secondo la peculiare caratura sociale e solidaristica - non certo neoliberista - che la nostra Carta repubblicana ha scelto per la tutela della libertà d'impresa. Per converso, come è noto, la comunicazione che commerciale non é, purchè non sia clandestina (ovvero su internet, anonima), fruisce dei più ampi spazi di libertà che l'art. 21 Cost. garantisce alla manifestazione del pensiero. La libertà di manifestazione del pensiero é insuscettibile di censure preventive e quindi di misure inibitorie irrogate da un'autorità amministrativa come l'AGCM (trattandosi di misure di censura preventiva sostanzialmente equivalenti all'antico sequestro di stampati), potendosi allora accedere solo a tutele successive, risarcitorie o altrimenti sanzionatorie, contro i danni ingiusti per lesione dei diritti della personalità.

2.2 Mi sia poi consentita una chiosa sul raccordo della prospettata novella con l'ordinamento giuridico vigente integrato dalle fonti euro-unitarie nonché con il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale.

2.1 Il DDL propone l'inserimento del divieto di pubblicità sessista e nociva per i minori nel novero delle pratiche commerciali sleali vietate dal codice del consumo che, con riferimento a tutte le pratiche commerciali sleali, riconosce positivamente all'art. 27bis la meritevolezza dei codici di condotta "*dei professionisti che si impegnano a rispettare tali codici con l'indicazione del soggetto responsabile o dell'organismo incaricato del controllo della loro applicazione*". La regolazione euro-unitaria del mercato adotta sempre più spesso questo rinvio ai codici di condotta degli operatori del mercato nella prospettiva di rafforzarne l'*accountability* e quindi la responsabilità (pensiamo all'importanza del rinvio ai codici di condotta quale strumento di efficace tutela di libertà fondamentali della persona nel GDPR). L'art. 27bis del codice del consumo, in combinato disposto con l'art. 27ter, ci indica che i codici di condotta intesi alla regolazione delle pratiche commerciali (e la pubblicità è una pratica commerciale) vengono riconosciuti dalla norma euro-unitaria (dunque ad un livello gerarchico sovra-costituzionale) quali fonti meritevoli, cioè valide, di regole del mercato, ed in particolare di quella specifica attività di impresa ed istituzione del mercato che è la pubblicità, quando siano intesi alla tutela degli stessi valori e diritti protetti dalla norma euro-unitaria (i.e. la correttezza del mercato in funzione della tutela della persona; la libertà di autodeterminazione economica delle persone che operano sul mercato, i.e. i consumatori). Tanto è vero che, secondo l'art. 27ter cod. cons., coloro che

sono legittimati a denunciare una pratica commerciale sleale all'AGCM (i.e. il *quivis de populo*: i consumatori, i professionisti, i concorrenti, in via individuale o tramite le loro associazioni, etc...) possono validamente convenire con il professionista/inserzionista “*di adire preventivamente il soggetto responsabile o l'organismo incaricato del controllo del codice di condotta relativo ad uno specifico settore per la risoluzione concordata della controversia volta a vietare o a far cessare la continuazione della pratica commerciale scorretta*”. Qualora la procedura davanti all'AGCM fosse già iniziata, questo accordo consente alle parti di “*chiedere la sospensione del procedimento davanti all'Autorità (...) in attesa della pronuncia dell'organismo di autodisciplina*”. In questa norma è contenuto il riconoscimento dell'autodisciplina pubblicitaria quale meritevole e valido strumento non solo di auto-normazione del mercato ma anche di *dispute-containment* se non addirittura di *alternative dispute resolution* con riferimento a controversie che coinvolgono interessi collettivi, di cui si rendono agenti i privati cittadini ogniqualvolta invocano l'applicazione di regole auto-disciplinari che perseguono la tutela dei medesimi interessi collettivi protetti dalla regole del codice del consumo. La legittimazione diffusa al ricorso all'AGCM in materia di pratiche commerciali sleali, di cui all'art. 27, comma 2 cod. cons. (cui corrisponde la legittimazione diffusa ad adire l'autodisciplina pubblicitaria ai sensi dell'art. 36 CA) contiene il riconoscimento della legittimazione dei privati ad agire, anche individualmente, per la tutela della *res publica*, cioè dell'interesse collettivo al corretto funzionamento del mercato nel rispetto della dignità della persona, interesse che è tutelato sia dal divieto pubblicitario di pratiche commerciali sleali di cui agli artt. 18 e ss. cod. cons. (quali saranno eventualmente integrate anche dal DDL oggi in esame) che dal codice di autodisciplina pubblicitaria (nel caso di specie in particolare tramite gli artt. 9, 10, 11), che dunque si presenta come un contratto che persegue interessi collettivi di rilievo pubblico.

Ai sensi dell'art. 27bis cod. cons., affinché un codice di condotta sia fonte meritevole di regole valide ed efficaci per il mercato deve rispettare due requisiti. Deve anzitutto essere frutto dell'autonomia collettiva: deve essere il prodotto dell'autonomia associativa e/o della contrattazione di organizzazioni imprenditoriali e professionali almeno socialmente percepite come rappresentative del mercato. Per essere chiari non è “*self-regulation*” la dichiarazione autoreferenziale di impegni etici adottata e pubblicata da una singola multinazionale sul suo sito web. In secondo luogo deve prevedere l'istituzione di un soggetto (terzo rispetto alle imprese) o di un organismo (indipendente) incaricato del controllo della loro applicazione. Vediamo allora come nel settore della pubblicità commerciale, per disposizione di norma euro-unitaria, l'autonomia collettiva viene riconosciuta assolvere una funzione di interesse collettivo e pubblico, qualitativamente non diversa dalla funzione di interesse pubblico che per decenni è stata assolta dalla contrattazione collettiva per la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Tutte le caratteristiche indicate dall'art. 27bis cod. consumo ricorrono nel codice di autodisciplina della comunicazione commerciale dello IAP che, nato nel 1966 dall'autonomia collettiva della Confederazione generale della pubblicità, è stato nell'arco di oltre cinquant'anni aggiornato ed efficacemente applicato dagli organi dello IAP (Comitato di Controllo e Giurì). Lo IAP è a sua volta un'associazione di secondo livello, che riunisce associazioni rappresentative non solo di una quota molto significativa degli utenti della pubblicità (cioè delle imprese che investono in pubblicità) ma anche di oltre l'80% dei mezzi che diffondono pubblicità, sia online che offline, e dei professionisti della pubblicità.

Erroneamente nella relazione di accompagnamento al DDL si afferma che il codice di autodisciplina della comunicazione commerciale dello IAP (CA) non conterrebbe *“alcun richiamo, né espresso né implicito alla discriminazione e alla strumentalizzazione dell'immagine femminile, salvo che per le ipotesi di volgarità, violenza e indecenza in pubblicità, di cui all'art. 9 del codice di autodisciplina della comunicazione commerciale”*. Al contrario l'art. 10 CA stabilisce che *“la comunicazione commerciale non deve offendere le convinzioni morali, civili e religiose. Essa deve rispettare la dignità della persona in tutte le sue forme ed espressioni e deve evitare ogni forma di discriminazione, compresa quella di genere”*. Il comma 2 di questa norma è stato introdotto nel 1979, mentre l'esplicito riferimento al divieto della discriminazione di genere risale al 2013, quando si intese codificare il disfavore per la pubblicità sessista e comunque non rispettosa della personalità e dell'immagine della donna che si era già consolidato nella giurisprudenza autodisciplinare applicativa dell'art. 10 CA. Lo stesso dicasi per la pubblicità nociva per i minori. L'art. 11 CA contiene un dispositivo piuttosto articolato inteso a garantire la correttezza e l'innocuità della comunicazione commerciale che si rivolge a bambini ed adolescenti o che comunque possa essere da loro ricevuta, in quanto si presume che si tratti di un target vulnerabile.

Negli ultimi cinquantacinque anni il Giurì di autodisciplina pubblicitaria ed il Comitato di controllo dello IAP sono intervenuti migliaia di volte a tutela della dignità della donna e dei minori, censurando efficacemente messaggi sessisti o nocivi per i minori, attraverso l'inibitoria e, nei casi più gravi o in quelli di recidiva, con la pubblicazione della decisione di condanna (sanzione reputazionale). I tempi piuttosto rapidi della decisione autodisciplinare, in media dodici giorni dalla presentazione del ricorso, consentono all'inibitoria di colpire la campagna lesiva ancora in corso. La reale possibilità per l'inserzionista di perdere l'investimento pubblicitario a causa dell'estrema velocità della decisione del Giurì (atteso altresì il numero pressoché totalitario di *mass media* aderenti al CA, che rende altamente effettiva l'osservanza del codice e delle decisioni del Giurì) rendono le sanzioni

autodisciplinari (inibitoria e *name&shame*) altamente deterrenti, ciò che garantisce un elevato livello di effettività al codice di autodisciplina dello IAP.

In questo modo, nell'arco degli ultimi cinquantacinque anni la *self-regulation* dell'industria, tramite lo IAP, ha dato un contributo fondamentale all'edificazione di un ordine giuridico del mercato che vede nella tutela della persona e del cittadino uno dei suoi tre pilastri fondamentali. Si tratta altresì di un bell'esempio di *corporate social responsibility* dell'intera industria della pubblicità italiana che ha aderito al CA, in linea con gli obiettivi di sviluppo sostenibile indicati dalle Linee guida OCSE destinate alle Imprese Multinazionali (la regola 7 raccomanda alle multinazionali, ivi comprese quelle del web, di "elaborare ed applicare pratiche di autoregolamentazione (...) che promuovano un rapporto di fiducia reciproca fra le imprese ed il contesto sociale in cui esse operano"; la regola 13 raccomanda l'adozione e la promozione presso i propri partner di principi di comportamento responsabile, ciò che avviene ad esempio attraverso l'inserimento abituale della clausola di accettazione del codice di CA nei contratti di pubblicità; nonché l'adozione di misure ragionevoli nei rapporti con i consumatori, ivi compresa l'adozione di strumenti di ADR).

2.2 In conclusione, è auspicabile che l'iniziativa di questo DDL sia l'occasione per fare un passo avanti, in direzione della co-regulation quale strumento più efficace e ragionevole per la tutela della dignità della donna e dei minori. Si tratta di una soluzione di politica normativa imposta anche dal precetto costituzionale della sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 118, ultimo comma Cost., giusta il quale lo Stato deve favorire "*l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*". Le attività di interesse generale che i cittadini possono perseguire efficacemente con gli strumenti dell'autonomia privata possono essere anche attività di autoregolamentazione. La società civile ha svolto bene ed efficacemente un ruolo di supplenza dello Stato (nel vuoto normativo) attraverso l'efficace autoregolamentazione di un intero settore del mercato, quello pubblicitario, nel perseguimento del medesimo interesse collettivo di cui oggi lo Stato intende assumere direttamente la tutela con questo DDL. Il principio di sussidiarietà orizzontale impone allora forme di collaborazione pubblico-privato anche nella normazione di un settore di mercato, in modo che meglio e più efficacemente possa essere garantita la tutela della persona contro le discriminazioni sessiste e contro la pubblicità nociva per i minori. La scelta della co-regulation per la pubblicità è stata fatta, ad esempio, da Spagna, Francia e Gran Bretagna. Se pensiamo che un procedimento davanti all'AGCM non si conclude mai prima di un anno dal momento del ricorso (e dunque un provvedimento dell'AGCM interviene sempre a campagna già cessata, ciò che depotenzia l'efficacia deterrente delle pur elevate sanzioni amministrative previste per il caso della violazione) mentre una decisione autodisciplinare interviene

nell'arco di dodici giorni, si comprende quale sia il vantaggio che deriverebbe per l'interesse pubblico da una prospettiva regolatoria di tipo sussidiario (che prevedesse ad esempio un two-tier system, con l'intervento dell'AGCM solo in seconda battuta, nei casi in cui la decisione autodisciplinare, anche di ottemperanza, non venisse rispettata o nei casi più gravi di recidiva o in quelli che sfuggano alla giurisdizione del Giurì). Ciò garantirebbe non solo un elevato livello di effettività delle regole e quindi di tutela della persona ma anche una più ampia diffusione della cultura delle regole, grazie al coinvolgimento diretto della società civile nel momento della loro formazione e della loro applicazione.

Grazie per l'attenzione.

Chiara Alvisi