ARCHIVIO STORICO E GIURIDICO SARDO DI SASSARI

Carlo Attanasio, Tania Bortolu, Pierangelo Buongiorno, Massimiliano Fadda, Maurilio Felici, Domenico Giurato, Roberta Guainella, Sabrina Lo Iacono, Anna Maria Mancaleoni, Raimondo Motroni, Luigi Nonne, Rosanna Ortu, Leandro C. Ruggiero, Giovanni Maria Uda

> XXIV 2019-2

INSCHIBBOLETH

Luglio - Dicembre

Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari

Archivio Giuridico Sassarese Rivista internazionale di diritto privato antico e contemporaneo

Direttore scientifico Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

Vice Direttore scientifico Rosanna Ortu (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Francesco Capriglione (Università LUISS "Guido Carli" – Università telematica Guglielmo Marconi); Claudio Colombo (Università di Sassari); José Ramón De Verda y Beamonte (Università di Valencia); Andrea Di Porto (Sapienza Università di Roma); Gabor Hamza (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Salvatore Patti (Sapienza Università di Roma); Christoph Schmid (Università di Brema); Agustin Luna Serrano (Università Ramon Llul Barcelona)

Comitato di redazione

Dario Farace (Università di Roma "Tor Vergata"); Massimo Foglia (Università di Bergamo); Stefania Fusco (Università di Sassari); Alessandro Hirata (Università di San Paolo "USP"); Lorenzo Gagliardi (Università statale di Milano); Mauro Grondona (Università di Genova); Arturo Maniaci (Università statale di Milano); Raimondo Motroni (Università di Sassari); Luigi Nonne (Università di Sassari); Laurent Posocco (Università di Tolosa); Federico Procchi (Università di Pisa); Giuseppe Werther Romagno (Università di Sassari); Maria Gabriella Stanzione (Università di Salerno) Fabio Toriello (Università di Sassari); Maria Manuel Veloso Gomes (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi Garofalo (Presidente – Università di Padova)

Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo Barba (Università di Siena); Vincenzo Barba (Sapienza Università di Roma); Pierangelo Buongiorno (Università di Münster); Ilaria Amelia Caggiano (Università "Suor Orsola Benincasa" di Napoli); Maria Luisa CHIARELLA (Università di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D'AMATI (Università di Foggia); Maurilio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Lucilla GATT (Università "Suor Orsola Benincasa" di Napoli); Andrea GENOVESE (Università "La Tuscia" di Viterbo): Fulvio GIGLIOTTI (Università di Catanzaro): Claudia Irti (Università di Venezia Ca' Foscari): Umberto Izzo (Università di Trento): David Kremer (Université Paris Descartes): Paola LAMBRINI (Università di Padova); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Eleonora NICOSIA (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università "Luigi Bocconi" di Milano); Aldo Petrucci (Università di Pisa); Guido Pfeifer (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHEK (Università di München LMU); Roberto PUCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli "Federico II"); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Giacomo Rojas Elgueta (Università di Roma Tre); Anna Maria Salomone (Università di Napoli "Federico II"); Gianni SANTUCCI (Università di Trento); Roberto SCEVOLA (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università di Venezia Ca' Foscari); Laura TAFARO (Università di Bari "Aldo Moro")

Segreteria di redazione

Carlo Attanasio; Roberta Bendinelli; Maria Cristina Idini; Pietro Libeccio; Maria Teresa Nurra; Pietro Giovanni Antonio Santoru; Laudevino Bento Dos Santos Neto da Silveira

Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org. Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992. *Seconda serie*: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019. Periodicità: semestrale.

ISSN Print: 2240-4856 ISSN on line: 2240-4864

© 2020, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni - via G. Macchi, 94, 00133, Roma - Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo n. 2/2019, luglio-dicembre, pubblicato on line l'8 luglio 2020.

INDICE

Сомміато	p. 11
Dottrina	
Saggi	
TANIA BORTOLU, L'evoluzione della famiglia nel diritto italiano: interlocutori nazionali e sovranazionali	p. 15
PIERANGELO BUONGIORNO, Sempronianum senatus consultum	p. 59
MAURILIO FELICI, Risvolti problematici relativi allo sviluppo dei lasciti di provviste alimentari	p. 75
Domenico Giurato, Autonomia privata familiare e comunione convenzionale	p. 97
Sabrina Lo Iacono, L'auriga usuario di cavalli	p. 137
Anna Maria Mancaleoni, Il Regno Unito, la Brexit e la CEDU: alcune implicazioni per il diritto e per il 'dialogo' europeo	p. 145
RAIMONDO MOTRONI - GIOVANNI MARIA UDA, Profili civilistici delle manifestazioni a premio	p. 169
LUIGI NONNE, Appunti sul divieto di impugnazione del testamento	p. 189
ROSANNA ORTU, <i>La tutela giuridica della</i> servorum agnatio nei secoli III-IV d.C.	p. 205
LEANDRO C. RUGGIERO, Notas sobre atipicidade contratual romana: o caso do commodatum	p. 235

Giurisprudenza

Massime annotate

MASSIMILIANO FADDA, Ripetizione dell'indebito e decorrenza degli interessi a carico dell'accipiens di buona fede (Cass., sez. un., sent. 13 giugno 2019, n. 15895)	p. 249
Note a sentenza	
Carlo Attanasio, Il collegamento negoziale nel credito al consumo: tra disciplina normativa e principî generali in materia contrattuale (Sent. ABF, Coll. Milano 6 settembre 2018, n. 17926)	p. 267
ROBERTA GUAINELLA, <i>Usura soggettiva: il paradosso del ritorno alle origini</i> (Sent. 125/2017, Trib. di Sassari 27 gennaio 2017; Sent. 121/2019, Corte d'Appello	
di Cagliari, sez. dist. di Sassari)	p. 311

Dottrina Saggi

Profili civilistici delle manifestazioni a premio*

Raimondo Motroni - Giovanni Maria Uda

Sommario: 1. La figura giuridica della manifestazione a premio. – 2. La pubblicità come elemento essenziale delle manifestazioni a premio – 3. Concetto di «pubblicità»: pubblicità negoziale e pubblicità commerciale. – 4. Criterio distintivo tra le due ipotesi di pubblicità: automatismo della condotta. – 5. La pubblicità delle manifestazioni a premio in un recente caso dell'AGCM.

1. La figura giuridica delle manifestazioni a premio

La figura delle manifestazioni a premio¹ conosce da tempo un periodo di fortuna nell'ambito del sistema economico contemporaneo ed è utilizzata nei più diversi settori del mercato. L'Internet e le nuove tecnologie informatiche hanno fortemente amplificato l'uso delle operazioni a premio, a cui oggi è possibile partecipare on-line attraverso modalità interattive, ovvero acquisendo carte dotate di microchip nelle quali l'accumulo di una grossa mole di informazioni, sebbene siano ancora assai diffuse talune tecniche di partecipazione tradizionali con modulistica cartacea.

La «manifestazione a premio» corrisponde ad un'ampia categoria giuridica che comprende le due distinte figure del *concorso a premio* e dell'*operazione a premio*, così come definite e disciplinate dal D.P.R. 26 ottobre 2001, n. 430².

* Il presente saggio è il risultato di una riflessione congiunta dei due autori. Ad ogni fine, i paragrafi 1 e 3 vanno attribuiti a G.M. Uda e i paragrafi 2, 4, 5 a R. Motroni.

² La figura giuridica delle manifestazioni a premio è stata oggetto di un'organica disciplina ad opera del D.P.R. 26 ottobre 2001, n. 430, rubricato «Regolamento concernente la revisione organica della disciplina dei concorsi e delle operazioni a premio, nonché delle manifestazioni di sorte locali ai sensi dell'art. 19, comma 4, della legge 27 dicembre 1997, n. 449». Sull'evoluzione

¹ Per un inquadramento generale delle manifestazioni a premio v. D. Orazi, Concorsi ed operazioni a premio, in Tributi, 1985, 9, p. 40 ss.; E. Cintolesi - C. Livraghi, I concorsi e le operazioni a premio: disciplina civilistica e trattamento fiscale, Milano 2003; A. Ambroso - A. Traballi - M. Turri, Manifestazioni a premio, Milano 2007; A. Rizzello, Manifestazioni a premio: la determinazione del valore dei premi posti in palio, in Disciplina del commercio e dei servizi, 2014, 3, p. 91 ss.; G. Oliva, Manifestazioni a premio, Roma 2014; F. De Maio, Le manifestazioni a premio nell'era digitale, in Ciber. e dir., 2016, p. 347 ss.

Esse si caratterizzano per essere produttive di una obbligazione «premiale» secondo la struttura della promessa al pubblico³, diretta a «a favorire, nel territorio dello Stato, la conoscenza di prodotti, servizi, ditte, insegne o marchi o la vendita di determinati prodotti o la prestazione di servizi, aventi, comunque, fini anche in parte commerciali».

La differenza tra *l'operazione*⁴ e il *concorso a premio*⁵ consiste nel fatto che, nella prima figura, il «diritto al premio» è certo a fronte di un determinato comportamento (tipicamente si tratta di un numero predeterminato e documentato di acquisti di beni, di quantità di beni o di servizi), mentre nella seconda figura esso è incerto e nasce in base alla sorte⁶ es.: estrazione o prove di abilità.

La particolarità che ha determinato il successo nella pratica commerciale della manifestazione a premi, si ravvisa nella sua idoneità a collegare alla vendita dei beni (cioè alla penetrazione nel mercato dei prodotti) dei diretti effetti pubblicitari e di incentivazione al consumo, tramite la gratificazione del cliente.

Più di recente si è notato che l'adesione alla manifestazione comporta – di regola – la comunicazione da parte dell'aderente dei propri dati personali, i quali sono di per se stessi una risorsa che l'impresa può utilizzare nelle sue strategie di marketing. Inoltre, in tal modo è possibile per l'impresa stabilire un legame duraturo con il proprio cliente, conoscerne l'identità e le preferenze di consumo così da allargare le strategie di marketing secondo le più moderne metodologie della società dell'informazione. Ancor più che la partecipazione all'operazione a premio è essenzialmente gratuita⁷ e si rivela, pertanto, assai allettante per ampissime categorie di clienti.

normativa della disciplina delle manifestazioni a premio v. G. RESTIVO, *Note minime sui concorsi* ed operazioni a premio: dalla vecchia alla nuova disciplina, in Boll. trib. inf., 2003, 12, p. 902 ss.

³ L'applicabilità alla fattispecie in parola della disciplina delle promesse unilaterali di cui agli artt. 1989 c.c. ss. è espressamente prevista dal par. 2 dell'art. 1 del D.P.R. 26 ottobre 2001, n. 430.

⁴ Sulla figura delle operazioni a premio v. D. RICCIO, in G. DI GIANDOMENICO - D. RICCIO, I contratti speciali. I contratti aleatori, in Tratt. dir priv. diretto da M. Bessone, XIV, Torino 2005, p. 258 ss.

⁵ În tema di concorsi a premio v. D. Orazi, Concorsi ed operazioni a premio, cit., p. 40 ss.

⁶ Con l'espressione «diritto al premio» indichiamo, più precisamente, il rapporto obbligatorio che sorge in capo a chi aderisce alla manifestazione. Nelle operazioni a premio, tale rapporto obbligatorio, e il relativo diritto di credito, sorgono nel momento in cui l'aderente si trova nella situazione prevista dall'organizzatore, cioè abbia acquistato i beni e i servizi per i valori indicati. Nei concorsi a premio, l'obbligazione sorge solo a seguito dell'eventuale (e incerto) verificarsi del fatto che la presuppone (es.: il sorteggio positivo o la vittoria della gara di abilità).

Appare opportuno precisare per completezza, benché non si possa affrontare compiutamente la questione in questa sede, che l'effetto giuridico costitutivo del l'obbligazione premiale si verifica in ogni caso in un momento successivo alla al perfezionamento della manifestazione a premio. Perfezionamento che avviene con la manifestazione «pubblica» di volontà negoziale: *infra*, par. 3.

⁷ Circa i diversi problemi connessi al pagamento di un contributo da parte del cliente per la partecipazione alla manifestazione a premio v. F. RICCA, *Operazioni a premio con pagamento di contributo*, in *Corr. trib.*, 2001, 34, p. 2587 ss.; M. TAVELLA, *Manifestazioni a premio con oneri a carico del consumatore*, in *Dir. ind.*, 2013, 5, p. 494 ss.; MAGRO - MIGLIORI, *Le operazioni a premio con contributo del cliente*, in *Corr. trib.*, 2003, 25, p. 2047 ss.

Al contempo, però, essa non sempre viene vista con particolare favore nel mondo imprenditoriale, in quanto soggetta ad una regolamentazione normativa tributaria⁸, che rende decisamente più elevato l'onere fiscale⁹ rispetto ad altre iniziative di marketing. Come si vedrà oltre, nell'esame della categoria giuridica in parola, bisogna distinguere due differenti forme di «pubblicità»: una intesa nel senso di *réclame*, l'altra in senso strettamente negoziale. Solo quest'ultima costituisce elemento essenziale della stessa manifestazione a premio, rilevando ai fini dell'individuazione del sistema funzionale e della qualificazione giuridica della manifestazione medesima.

Gli «effetti pubblicitari e di incentivazione verso il consumo»¹⁰ di cui nel testo devono essere intesi in senso ancora differente, giacché ci si riferisce, in termini generali, all'idoneità della manifestazione a premio a far conoscere e apprezzare nel mercato il prodotto o il marchio «collegato» ad essa, nonché il nome, i prodotti e l'immagine dell'impresa che effettua la manifestazione medesima.

In questo caso la manifestazione a premio opera come *strumento* pubblicitario¹¹. Seguendo questa linea, si ritiene, infatti, che la manifestazione a premio sia essa stessa *pubblicità* o, meglio, fa parte della pubblicità (del prodotto) in sé e per sé¹², e, come tale, deve essere assoggettata alla disciplina dell'AGCM.

8 La disciplina attualmente vigente è riconducibile essenzialmente all'art. 49, R.D.L. 1933/38 e all'art. 7 D.L. 30 settembre 1989, n. 332. Inoltre, nella disciplina delle manifestazioni a premio hanno assunto una notevole rilevanza le risoluzioni dell'Agenzia delle entrate tra le quali si ricordano la n. 101/E 2012 e la n. 23/E 2014, le quali hanno causato – sotto il profilo fiscale - non poche problematiche interpretative circa le fattispecie imponibili con riguardo ai punti fedeltà, come posto in evidenza da G. Tabet, Regime IVA delle operazioni a premio per lo scambio di punti fedeltà tra società "partner", in Corr. trib., 2013, p. 1113 ss.; Id., Regime IVA per lo scambio di punti fedeltà: l'Agenzia delle entrate fa un passo indietro, in Corr. trib., 2014, p. 1101 ss.

⁹ G. Tabet, Regime IVA per lo scambio di punti fedeltà: l'Agenzia delle entrate fa un passo indietro, cit., p. 1102 s., chiarisce che «l'unica fattispecie fiscalmente rilevante è costituita dall'atto finale di consegna del premio prescelto», la quale non può essere assoggettata ad IVA, sia per l'assenza di un corrispettivo, sia per l'effetto disincentivante che ne deriverebbe. L'assoggettamento all'imposta sostitutiva è previsto nel solo caso in cui l'acquisto dei premi non sia stato assoggettato ad IVA.

¹⁰ Il termine «consumo» usato nel testo e il riferimento ai «consumatori» di cui all'art. 1, par. 4, del D.P.R. 26 ottobre 2001, n. 430, deve essere inteso in senso lato, come sinonimo di «clienti», i quali possono ben essere dei soggetti diversi dalle persone fisiche. Inoltre, le manifestazioni a premio possono essere destinate, per espressa previsione normativa, anche a favore dei «rivenditori, gli intermediari, i concessionari, i collaboratori e i lavoratori dipendenti».

¹¹ Sulla funzione dell'operazione a premio quale sistema dell'impresa per «ampliare i propri sbocchi di mercato e... sviluppare le domande» cfr. D. Orazi, Concorsi ed operazioni a premio, cit., p. 39 ss., con ampi riferimenti bibliografici. Si veda come tale figura sia anche largamente usata dalle imprese anche con finalità di fidelizzazione dei lavoratori M. Cardillo, Operazioni a premio promosse da soggetto terzo e connesse al rapporto di lavoro dipendente, in Dir. prat. trib., 2007, 2/2, p. 258 ss.; F. Delli Falconi - G. Marianetti, Operazioni a premio a favore di lavoratori dipendenti, in Corr. trib., 2009, 18, p. 1461 ss.

¹² Cosi Giurì Autodisciplina, 24 ottobre 1989, n. 139, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 729, con nota di Da Molo.

Di conseguenza esiste la tendenza tra gli operatori economici a creare una figura promozionale che, pur mantenendo l'«impatto» sociale della manifestazione a premio¹³ sfugga allo schema fiscalmente tipico di questa, e comunque ai più elevati costi di gestione. Questo tentativo viene perseguito ricorrendo a diverse costruzioni negoziali le quali mantengono la finalità di gratificazione del cliente mediante il conferimento di un premio, ma al contempo si strutturino secondo uno schema negoziale che si differenzi da quello proprio della manifestazione a premio.

Un incentivo all'uso delle manifestazioni a premio è derivato nella riduzione degli incombenti amministrativi oggi ridotti alla sola comunicazione preventiva al Ministero delle Attività produttive dello svolgimento di un concorso a premio corredata dalla documentazione prescritta.

Un esame delle problematiche di utilizzo dei predetti strumenti, può contribuire a riordinare, sotto il profilo della qualificazione giuridica, il fenomeno delle manifestazioni premio consentendo tra l'altro di verificare quali normative siano di volta in vota applicabili e quali possano essere le limitazioni derivanti dalle normative di settore rispetto alle fattispecie premiali attualmente utilizzate dalle imprese finanziarie nei loro processi produttivi.

Invero, la manifestazione a premio, così come sopra descritta, è stata oggetto di analisi da parte della dottrina tributarista¹⁴, nell'intento di individuare le fattispecie alle quali siano applicabili le norme fiscali, mentre appaiono assai meno consistenti gli studi civilistici sul tema specifico. Sul punto la dottrina è tradizionalmente concorde nel ritenere quali elementi essenziali dell'operazione a premio la *pubblicità* e la sussistenza di una *promessa al pubblico* (art. 1989 c.c.)¹⁵. La mancanza di uno solo di questi due elementi dovrebbe, pertanto, impedire di qualificare una specifica fattispecie economica e giuridica come manifestazione a premio, rendendo inapplicabile ad essa la specifica disciplina fiscale.

¹³ Esigenze di natura economico-sociale, che determinano la propensione al gioco in generale, ma anche alle manifestazioni a premio, dirette dal canto loro all'incentivazione dell'attività commerciale, vengono individuate da D. Orazi, *Le manifestazioni a premio*, cit., p. 39 ss.

¹⁴ Sotto il profilo pratico e applicativo la qualificazione dell'operazione a premio, consentendo di accertare la natura delle singole fattispecie premiali e, di conseguenza, di verificarne la riconducibilità alla figura dell'operazione a premio, può contribuire a trovare risposta al quesito sulla applicabilità della normativa fiscale, delimitandone l'ambito di applicazione, per l'appunto, alle sole operazioni a premio. E ciò nell'ottica della natura strumentale e di secondo grado della legislazione tributaria; cfr. S. CIPOLLINA, La legge civile e la legge fiscale, Padova 1992, p. 13 ss.

15 Da una parte della dottrina questi due elementi vengono considerati come inscindibili, nel senso che l'elemento pubblico (e non *pubblicitario*; sulla differenza tra due termini, *infra*, par. 8) si debba necessariamente accompagnare alla promessa al pubblico. Tra questi D. Orazi, *Le manifestazioni a premio*, cit., p. 46; S. Fiaccadori, *Gli sconti in natura ai clienti in relazione alla disciplina delle manifestazioni a premio*, in *Boll. trib. inf.*, 1990, 18/00, p. 1300 ss. Più recentemente, per la tipicità dei concorsi e delle operazioni a premio D. Riccio, in G. Di Giandomenico - D. Riccio, *I contratti speciali. I contratti aleatori*, cit., p. 255 ss. Peraltro, vale ricordare che, come si è detto nel testo, oggi la riconducibilità della manifestazione a premio alla figura della «promessa al pubblico» è stata riconosciuta espressamente dall'art. 1, comma 2, DPR n. 430/2001.

Accogliendo appieno questa impostazione, però, si dovrebbe ammettere che, sostanziandosi la manifestazione a premio in una promessa al pubblico, ed essendo la promessa al pubblico un atto negoziale unilaterale non recettizio, qualunque negozio che non rispondesse a queste caratteristiche strutturali (ovvero fosse bilaterale o plurilaterale e recettizio) non potrebbe essere qualificato come manifestazione a premio.

Secondo questa impostazione la dottrina, già prima dell'entrata in vigore del DPR n. 430/2001¹⁶, tendeva a rendere tipica una figura legalmente atipica nel senso che individuava la manifestazione a premio in una promessa al pubblico o, quantomeno, riteneva che la promessa al pubblico fosse elemento costitutivo indefettibile delle operazioni a premio.

Una tale interpretazione sembra trovare conferma proprio nell'art. 1, comma 2, DPR n. 430/2001, il quale testualmente recita: «Per le obbligazioni assunte nei confronti dei promissari si applicano le disposizioni degli articoli 1989, 1990 e 1991 del codice civile». Vi è da ritenere, tuttavia, che l'unico elemento indefettibile della manifestazione a premio, idoneo a qualificare le stessa come tale, sia la «pubblicità», mentre la promessa al pubblico, come meglio vedremo oltre, è una figura negoziale – ma non l'unica figura negoziale – in cui strutturalmente si esprime la manifestazione a premio atta all'esplicazione del dato pubblicitario, che dal canto suo già caratterizza la manifestazione medesima.

In altri termini, se la pubblicità è essenziale affinché un determinato fenomeno giuridico sia qualificabile come «manifestazione a premio», tale manifestazione, che si struttura necessariamente in una fattispecie negoziale, prende corpo tramite figure giuridiche che risultino compatibili sia con la natura negoziale della stessa, che con il suo carattere di pubblicità.

A queste conclusioni si poteva pervenire già prima della entrata in vigore del DPR n. 430/2001, quando non vi era alcuno specifico riferimento a figure negoziali relativamente alle manifestazioni a premio, che erano, sì, previste espressamente e «nominate» dall'art. 44, DL n. 1933/1938, ma non vi era una «tipizzazione» di tali figure sotto il profilo negoziale. Si trattava, piuttosto, della descrizione di un complesso fenomeno economico, ai fini di fissare una disciplina di natura pubblicistica¹⁷ e di un trattamento fiscale.

Niente invece era previsto circa le modalità tramite le quali detto fenomeno poteva manifestarsi relativamente ai rapporti privati tra i soggetti interessati. Men che meno era indicato uno schema negoziale specifico e determinato, e ancor meno era posta una disciplina organica dei rapporti convenzionali e obbligatori.

La questione ha però assunto una diversa dimensione con l'abrogazione dell'art. 44 del DL n. 1933/1938¹⁸, e con la emanazione del DPR n. 430/2001,

¹⁶ V. nota 14.

¹⁷ V. spec. artt. 50 ss. D.L. n. 1933/1938.

Abrogazione espressa tramite l'art. 16, comma 1, lettera a) del DPR n. 430/2001, «ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400».

il quale all'art. 1, comma 2 – come già si è visto – si riferisce espressamente alla figura della promessa al pubblico¹⁹, come dimostrato dal richiamo agli artt. 1989 e ss. c.c. Nonostante questa pur rilevante variazione normativa, può ancora ritenersi – a nostro avviso – che la promessa al pubblico non sia l'unica figura compatibile con la manifestazione a premio, sicché appare una dubbia opzione interpretativa identificare la manifestazione a premio con la promessa al pubblico, conferendo a quest'ultima dignità di elemento essenziale della fattispecie, laddove costituisce solo una delle opzioni negoziali utilizzabile dai promotori²⁰. Si deve, dunque, tenere distinta, anche sotto il profilo dell'analisi dogmatica, la pubblicità dell'operazione economica²¹ dalla promessa al pubblico, al fine di comprendere meglio in quale modo esse si atteggiano con riferimento alla figura delle manifestazioni a premio.

2. La pubblicità come elemento essenziale delle manifestazioni a premio

Come si è visto nel paragrafo precedente, elemento essenziale della manifestazione a premio è la «pubblicità»; invero gli artt. 2 e 3 del DPR 430/01 definiscono sia i concorsi a premio sia le operazioni a premio come manifestazioni «pubblicitarie». Più che un elemento costitutivo della manifestazione a premio, la pubblicità è un dato intrinseco di questa, che la caratterizza riguardandone la sua stessa essenza.

La pubblicità, generalmente, viene ricondotta a un momento oggettivo della manifestazione a premio, intendendola quale riferibilità della manifestazione stessa ad una cerchia indeterminata di persone²². Secondo questa visione, quindi, la pubblicità sembra attenere alla sfera degli effetti della manifesta-

¹⁹ Tale qualificazione giuridica sembra essere stata condivisa anche dalla Circolare del Ministero delle Attività Produttive, del 28 marzo 2002, n. 1/AMTC, recante «Prime indicazioni esplicative ed operative in merito alla nuova disciplina sulle manifestazioni a premio (D.P.R. n. 430 del 26 ottobre 2001)». Anche Cass., 24 novembre 2009, n. 24685, in Foro it., 2010, VI, 1, c. 1830 ss., ha affermato che il «concorso a sorte indetto da una società di distribuzione commerciale si inquadra nella fattispecie giuridica della promessa al pubblico ed è soggetto alla disciplina dell'errore come causa di annullamento del contratto; di conseguenza, la promessa è annullabile se l'errore è essenziale e riconoscibile da parte del concorrente (nella specie, la riconoscibilità dell'errore consisteva nella possibilità di individuare i simboli vincenti prima di procedere alla raschiatura delle caselle sulla cartolina annessa al prodotto venduto, con ricadute sulla natura aleatoria del contratto)».

²⁰ V. infra, nota 27.

²¹ In questo senso «operazione economica» indica il rapporto economico avente un fondamento negoziale; sulla nozione di operazione economica v. per tutti E. GABRIELLI, «Operazione economica» e teoria del contratto, Milano 2013. L'«operazione economica» non è dunque da assimilarsi all'«operazione a premio», trattandosi, a tale proposito, di una mera assonanza.

²² Di conseguenza non ricadono nell'ambito delle manifestazioni a premio tutte quelle fattispecie premiali che si fondano su contratti individuali, ove siano singolarmente individuate le parti contraenti.

zione a premio, che si producono in capo a una pluralità indistinta di soggetti, qualificando la manifestazione come un negozio *ad incertam personam*.

Questa impostazione, pur appropriata, nel senso che effettivamente la caratteristica pubblica riguarda gli effetti della manifestazione, appare parziale. Infatti, come meglio si vedrà, la manifestazione a premio si sostanzia in un fenomeno negoziale che come tale trova la propria ragione nel dato volontaristico.

Ora, a nostro avviso il carattere di pubblicità può essere riferibile alla volontà negoziale, nel senso che è la volontà negoziale stessa a prevedere in sé il carattere «pubblico». Vista da questa prospettiva, la pubblicità sembra spostarsi da un ambito oggettivo a un ambito soggettivo della manifestazione, cioè dalla sfera degli effetti a quella della volontà. Il che appare perfettamente in linea con la stessa natura negoziale della manifestazione a premio, se solo si considera il negozio come l'atto giuridico ove la volontà sia diretta alla produzione di effetti giuridici «voluti» an le senso che gli stessi effetti giuridici discendono direttamente dalla volontà, ovvero dal «voluto» 24.

La consequenzialità tra atto volitivo ed effetti consente, quindi, di riferire la pubblicità, senza alcuna contraddizione, sia alla volontà, la quale dal canto suo consente la qualificazione della manifestazione a premio come negozio giuridico, sia agli effetti della manifestazione medesima, i quali della volontà sono diretta espressione.

La pubblicità denuncia, in questo modo, la sua natura di caratteristica essenziale del fenomeno negoziale in questione, sia sul versante della fattispecie: pubblicità della manifestazione di volontà verso soggetti indeterminati; sia sul versante degli effetti, che si producono ugualmente verso soggetti indeterminati²⁵. Ciò conferma la qualificazione della pubblicità non come elemento costitutivo della manifestazione a premio, bensì come dato intrinseco alla medesima in virtù della sua intrinsecità alla volontà negoziale che della manifestazione a premio sta alla base.

Il rilievo secondo cui la manifestazione a premio richiede la necessaria sussistenza, quale proprio elemento intrinseco, della pubblicità, assume un ruolo fondamentale nell'individuazione della stessa figura giuridica, e si pone altresì

²⁵ Chiaramente non ci si riferisce all'effetto produttivo dell'obbligazione premiale, che riguarda un rapporto giuridico tra soggetti determinati o determinabili.

²³ Tra i diversi Autori che si sono occupati del tema v. F. GALGANO, *Il contratto e il negozio giuridico*, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, vol. I, nella collana *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino 1991, p. 357, ove si legge «L'essenza del negozio giuridico sta nell'essere una manifestazione di volontà... diretta a produrre effetti giuridici che l'ordinamento realizza in quanto voluti».

²⁴ È opportuno distinguere tra effetti conseguenti alla manifestazione di volontà e l'effetto obbligatorio, inteso come produttivo dell'obbligazione premiale. Solo i primi, infatti, presentano una natura pubblica, mentre il secondo attiene a un rapporto obbligatorio tra singoli soggetti (parti dello stesso rapporto obbligatorio). Ove all'effetto produttivo dell'obbligazione premiale consegue, corrispettivamente, il diritto di credito (per l'appunto «diritto relativo» alla consegna del premio).

come carattere distintivo tra le manifestazioni a premio da un lato e, dall'altro lato, altre fattispecie premiali nelle quali la pubblicità difetti.

La necessità della pubblicità nella manifestazione a premio, in altri termini, consente di operare una distinzione categoriale nell'ambito delle figure negoziali aventi un carattere premiale. Potranno essere qualificate come manifestazioni a premio quelle in cui sia presente il carattere pubblico. Quelle che, viceversa, si perfezionano, sotto il profilo strutturale, solo nei confronti di soggetti determinati²⁶, benché produttive di rapporti obbligatori premiali, non rientrano nella categoria delle manifestazioni a premio, sicché alle stesse non è applicabile la normativa vigente.

In definitiva, si può ribadire che le manifestazioni a premio possono essere considerate tali se, attesa la loro natura negoziale, esse presentino un carattere di pubblicità. Là dove la pubblicità attiene anzitutto alla manifestazione di volontà, che in tanto è pubblica in quanto è diretta a soggetti indeterminati; nonché agli effetti dell'atto negoziale, i quali ugualmente si producono verso soggetti indeterminati.

Al contempo, la manifestazione a premio così come disciplinata dagli artt. 1 ss. del DPR 430/01, non costituisce l'unica figura nel nostro ordinamento, in base alla quale sia possibile e lecito fondare un rapporto economico ove sia prevista la consegna di un premio. La legge, cioè, non conferisce alla manifestazione a premio il carattere di fonte negoziale esclusiva di obbligazioni premiali, sicché la stessa obbligazione premiale non costituisce un dato idoneo a caratterizzare la tipicità della manifestazione a premio. Infatti, non vi è norma che ritenga illeciti i fenomeni negoziali individuali, produttivi di obbligazioni premiali, ovvero che, pur prevedendo l'obbligazione premiale, non ricadono nella fattispecie normativa richiamata²⁷.

La scriminante della manifestazione a premio rispetto ad altre fattispecie negoziali con carattere premiale consiste, invece, nel carattere di pubblicità²⁸. Più precisamente la pubblicità costituisce l'elemento di discriminazione tra la dichiarazione di volontà verso soggetti indeterminati e la proposta (o comun-

²⁶ In questa determinatezza si sostanzia il difetto del carattere di pubblicità di fenomeni negoziali che pure pur mantengono la loro natura premiale.

²⁷ Al contrario, diversi fenomeni negoziali che la prassi commerciale può offrire costituiscono espressione dell'autonomia negoziale ex art. 1322 c.c. Cfr. amplius anche E. FIORE, I "redemption ticket": non più operazioni a premio, in Disc. comm. serv., 2013, 2, p. 145 ss.

²⁸ Il carattere di pubblicità della manifestazione a premio si sostanzia nella riferibilità della stessa ad una pluralità indeterminata di soggetti. L'indeterminatezza della categoria di riferimento può essere assoluta, comprendente cioè una pluralità di soggetti non qualificati, ma può altresì essere relativa, riguardante una sfera di soggetti qualificati. In questo senso sembra porsi P. FORCHIELLI, voce Offerta al pubblico, in Noviss. dig. it., vol. XI, Torino 1965, p. 764, il quale, partendo dal presupposto che «l'attributo "al pubblico" abbia la funzione di sottolineare la qualità dell'offerta più che la quantità degli oblati» ritiene potersi concludere «che l'offerta rientra nella previsione dell'art. 1336 anche se rivolta a poche persone ... purché sia indeterminata per il modo in cui viene proposta»; contra, A. Di Majo, voce Offerta al pubblico (diritto privato), in Enc. dir., vol. XXIX, Milano 1979, p. 762 ss.

que la dichiarazione) diretta verso la singola persona. Nel primo caso, infatti, la fattispecie rilevante²⁹ si perfeziona con la pubblicità medesima, ovvero con il manifestarsi verso il pubblico, con l'essere conoscibile dal pubblico. La seconda ipotesi, invece, trattandosi di dichiarazione *ad personam*, segue il principio della ricettizietà della proposta.

Di conseguenza non si potrà far ricadere nell'ambito della figura della «manifestazione a premio» di cui agli artt. 1 ss. del DPR 430/01 qualsiasi negozio giuridico che sia diretto alla (più o meno eventuale) consegna di un premio. Per una tale qualificazione è necessario verificare se tale negozio manifesti il carattere di «pubblicità», intesa quale pubblicità della volontà negoziale, nel senso che sia diretta a manifestarsi pubblicamente e altresì diretta a produrre gli effetti giuridici verso il pubblico.

Saranno qualificabili come manifestazioni a premio esclusivamente quei negozi la cui pubblicità costituisca elemento proprio della volontà negoziale. Solo in questo caso, infatti, gli stessi effetti dell'operazione possono essere «pubblici», cioè possono prodursi indistintamente in capo a qualunque soggetto, o meglio, in capo ai soggetti appartenenti alla categoria generica di riferimento.

Chiaramente, quando si afferma che gli effetti si producono in capo a tutti gli appartenenti alla categoria pubblica, si fa riferimento alla costituzione di una posizione giuridica soggettiva che consente a tutti i soggetti di trarre potenzialmente vantaggio dalla promessa al pubblico, ma non significa che sia sorta l'obbligazione premiale, e il relativo diritto di credito, in capo a tutti. Si tratta, in questo senso di una posizione giuridica prodromica all'eventuale titolarità del diritto di credito³⁰.

3. Concetto di «pubblicità»: pubblicità negoziale e pubblicità commerciale

In base a quanto esposto sinora, si può affermare che la volontà negoziale, avente carattere pubblico, è produttiva di effetti giuridici anch'essi aventi il medesimo carattere. Il carattere pubblico degli effetti si manifesta nella produzione di specifiche posizioni giuridiche³¹, che sono proprie del pubblico;

³⁰ Sulla posizione giuridica soggettiva scaturente dalla promessa al pubblico prima del verificarsi del fatto che ne è oggetto, v. per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *l'obbligazione*, Milano 1993 (rist.), p. 55 ss. Peraltro, ove la manifestazione a premio dovesse strutturarsi come offerta al pubblico, il diritto che ne deriverebbe non sarebbe certo il diritto (di credito) al premio, ma il diritto potestativo proprio dell'oblato di accettare la proposta contrattuale. V. sul punto anche la nota seguente.

³¹ Si intendono posizioni distinte a seconda che l'operazione a premio si strutturi sulla base di una promessa al pubblico o di una offerta al pubblico. Nel primo caso il singolo sarà titolare di una posizione giuridica prodromica all'obbligazione premiale (e sulla qualificazione della quale non v'è identità di vedute in dottrina, brevemente, e con specifico riferimento alla determinatezza dei soggetti del rapporto obbligatorio M. CANTILLO, Le obbligazioni, I, nella collana Giur. sist. dir. civ. comm., fondata da Bigiavi, Torino 1992, p. 138 ss. Nel secondo, la

²⁹ Sia che si tratti di promessa o di offerta al pubblico.

o meglio, della cerchia indeterminata di persone a cui tutti, almeno in linea teorica, possono afferire.

Sotto diversa angolazione, il carattere pubblico della volontà negoziale qualifica il negozio giuridico medesimo come negozio *ad incertam personam*, ovvero diretto verso soggetti che, al momento in cui il negozio si è concluso, non erano stati precedentemente determinati (o identificati). Mentre il carattere pubblico degli effetti sta in ciò: che si tratta di situazioni giuridiche proprie dei soggetti che, pur indeterminati, fanno parte del novero a cui l'atto negoziale si riferiva³².

Volontà ed effetti assumono entrambi il carattere pubblico: questi ultimi vengono prodotti immediatamente, con il manifestarsi della volontà al pubblico, realizzando le suddette posizioni giuridiche – che si differenziano a seconda della diversa qualità giuridica assunta dalla manifestazione a premio – in favore dei soggetti indeterminati appartenenti alla categoria di riferimento.

Si può quindi affermare, in ultima analisi, che con il termine «pubblicità» comunemente utilizzato riguardo alla manifestazione a premio, ci si riferisce alla pubblicità della dichiarazione di volontà produttrice di effetti giuridici – ovvero creativa di posizioni giuridiche – nonché alla conseguente pubblicità degli effetti prodotti.

Ricapitolando, la manifestazione a premio si caratterizza per essere un atto negoziale *ad incertam personam*³³, diretto a produrre specifici effetti giuridici

posizione del pubblico è quella tipica dell'oblato, sostanziantesi nel potere di accettazione; per l'applicabilità dello schema proposta-accettazione alla offerta al pubblico v. C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano 2019, p. 219). Queste posizioni giuridiche, come appare chiaro, si distinguono dal diritto di credito al premio, il quale da un lato attiene al singolo rapporto obbligatorio premiale e dall'altro lato rientra nella sfera giuridica del singolo individuo che, per l'appunto, ne è titolare.

³² Si può trattare in concreto di una categoria «aperta», a cui appartiene chiunque, o «limitata» a soggetti aventi caratteristiche predeterminate: *supra*, nota 27.

³³ Con il nome di offerta *ad incertam personam* era già stato indicato in precedenza dalla dottrina, uno specifico fenomeno giuridico, particolarmente diffuso in periodi storici passati, ove l'offerta veniva effettuata, per l'appunto, a una persona non determinata, sicché chiunque avrebbe potuto accettare, escludendo in tal modo l'accettazione di altri. L'esame di questa fattispecie e la ricostruzione giuridica appena descritte in linea generale sono state operate da G. GORLA, Offerta "ad incertam personam" (Saggi per un nuovo tipo di nota a sentenza), in Foro it., 1965, I, c. 430 ss. Questa ipotesi viene ricondotta dalla dottrina civilistica alla più ampia categoria dell'offerta al pubblico da R. SCOGNAMIGLIO, Dei contratti in generale, in Comm. cod. civ. a cura di Scialoja e Branca, (art. 1321- 1325), Bologna-Roma 1970, p. 194 C.M. BIANCA, Diritto civile, III, cit, p. 219, nota 151. Posto che la prima accettazione prevale sulle successive, entrambi gli Autori concordano sul fatto che, nel caso di più accettazioni contemporanee, la scelta tra queste è rimessa allo stesso offerente. La riconducibilità dell'offerta a persona indeterminata per la conclusione di un unico contratto, nell'ambito dell'offerta al pubblico è sostenuta autorevolmente anche da G. Osti, voce Contratto, in Noviss. dig. it., vol. IV, Torino 1974, p. 520. Contrariamente A. DI MAIO, voce Offerta al pubblico, cit., p. 762, rileva come l'offerta al pubblico si caratterizza, sì, per la «pluralità inorganica di persone, che costituisce la massa dei destinatari», ma anche necessariamente per la «peculiarità economico-sociale» di questa contrattazione, con ciò evidenziando come debba sussistere tra i due elementi appena citati una stretta relazione, sicché «è la qualità dell'offerta ... più che la quantità dei destinatari

nei confronti di un «pubblico» inteso come una categoria indeterminata di soggetti, di modo che qualsiasi soggetto, per il fatto solo di farne parte, diventa titolare di specifiche posizioni giuridiche.

In base à questa ricostruzione, la figura della manifestazione a premio riconducibile alle previsioni normative di cui agli artt. 1, 2 e 3 del DPR n. 430/2001 è incompatibile con una preventiva «scelta» del soggetto che, quale risultato finale, potrebbe avere diritto al premio³⁴. In buona sostanza, come già si è sottolineato, la manifestazione a premio è incompatibile con la predeterminazione dell'avente diritto da parte di colui il quale promette il premio; anzi, proprio la mancanza della predeterminatezza della controparte è una delle espressioni della «pubblicità».

A questo punto bisogna cercare di chiarire un possibile equivoco sul concetto di «pubblicità». Questo termine viene sovente utilizzato sia nel linguaggio comune, come in quello giuridico, nel senso di *pubblicità commerciale*, cioè come fenomeno idoneo a diffondere la conoscenza pubblica di prodotti o imprese. Bisogna quindi verificare se una semplice *pubblicità commerciale* integri il carattere di pubblicità di cui agli artt. 2 e 3 DPR 430/01.

Il problema non è puramente teorico.

Come si è visto nel paragrafo precedente, esistono nella pratica dei fenomeni negoziali che si caratterizzano anch'essi per l'esistenza di una obbligazione premiale, così come nelle manifestazioni a premio esaminate, ma che da questa differiscono per il fatto che generalmente si fondano su specifici e singoli accordi contrattuali tra «promittente» e «promissario»³⁵. In questo caso non esiste un negozio *ad incertam personam*, bensì uno o più negozi (che assumono, più precisamente, la qualità di contratti) diretti a produrre specifici effetti giuridici verso determinati soggetti³⁶.

Può avvenire che il «promittente», renda pubblico, mediante apposita *réclame* la propria generale disponibilità a concludere i contratti «premiali». Ci

ad essere significativa» e ciò consente di escludere la qualifica di offerta al pubblico a quella forma di «offerta in incertam personam, in cui la determinazione del destinatario sia affidata eventualmente all'iniziativa di un terzo... o comunque ad un meccanismo di determinazione per relationem».

³⁴ Si ricorda ancora una volta che il diritto al premio non sorge con la semplice promessa (o proposta) al pubblico, ma con l'esaurimento della più complessa vicenda: cioè con l'acquisto di beni o servizi (operazione a premio) ed eventualmente all'esito del sorteggio o abilità (concorso al pubblico).

³⁵ I termini «promittente» e «promissario» sono da intendere in senso atecnico, in quanto riferiti ad una fattispecie contrattuale.

³⁶ Generalmente si tratta di contratti conclusi tra produttore e singoli grossisti o tra grossista e singoli rivenditori. In questi contratti viene previsto che, all'acquisto di una determinata quantità di merce, l'acquirente (il grossista dal produttore o il rivenditore dal grossista, nelle ipotesi considerate) avrà diritto al premio. È evidente che gli effetti giuridici, produttivi dell'obbligazione premiale, vengono immediatamente prodotti dal singolo contratto ed esclusivamente in capo all'acquirente – in ossequio al principio della relatività del contratto ex art. 1372 c.c. (cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 519 s.) senza che nessun tipo di effetto o fenomeno giuridico prodromico all'obbligazione premiale stessa abbiano a verificarsi in capo al «pubblico».

si pone quindi il problema se la pubblicità commerciale avente ad oggetto le singole fattispecie premiali o, più precisamente, una potenziale attività contrattuale individuale – rientrante, generalmente, nell'esercizio di un'attività di impresa³⁷ – possa essere identificata o, quantomeno, equiparata alla pubblicità propria dell'operazione a premio. Cioè se delle fattispecie premiali, seppure «individuali», vista la pubblicità commerciale di cui sono state oggetto, possano essere assimilate alle manifestazioni a premio a cui afferisce la pubblicità (non commerciale, bensì) negoziale.

La risposta al quesito, a nostro avviso, non può che essere negativa. La pubblicità commerciale – e a maggior ragione la notorietà accidentale³⁸ – non ha la medesima natura giuridica della pubblicità quale dato intrinseco della volontà negoziale tant'è che ad essa non corrispondono le situazioni giuridiche scaturenti dalla pubblicità negoziale, ovvero non vengono prodotti quegli stessi effetti della manifestazione a premio che fondano tali situazioni giuridiche.

La pubblicità commerciale, in quanto tale, configura al più un mero *invito* a contrarre³⁹; difetta una manifestazione di volontà «pubblica», idonea a produrre situazioni giuridiche soggettive in capo ai soggetti che di tale categoria fanno parte. Si tratta, dunque, di una pubblicità con finalità esclusivamente persuasive, atta a rintracciare possibili interessati per ricevere da costoro offerte di acquisto o solo per avviare trattative⁴⁰.

Tutto ciò si può rilevare da un esame comparativo delle caratteristiche proprie della manifestazione a premio, così come appena esposte.

Anzitutto, si è detto che la «pubblicità» intesa quale pubblicità della volontà negoziale, propria dell'operazione a premio, e che potremo definire *pubblicità negoziale*, è incompatibile con la stessa *electio* della controparte, in quanto volontà diretta ad una cerchia indeterminata di persone.

³⁷ La qualità di «imprenditore», chiaramente, non è necessaria perché venga posta in essere un'operazione a premio, seppure ciò avvenga nella quasi totalità dei casi, se non proprio nella totalità. Ugualmente, l'attività che viene resa pubblica, anche quando si tratti di invito a contrarre, si riconduce per lo più a un'attività imprenditoriale.

³⁸ Nel senso di una notorietà della fattispecie premiale, soprattutto in ambito locale, determinata ad esempio dalla vantaggiosità della stessa.

³⁹ La réclame è individuata come mezzo comune di invito a offrire da G. CRISCUOLI, Il contratto, Padova 1992, p. 145; in tal senso anche S. GATTI, voce Pubblicità commerciale, in Enc. dir., XXXVII, Milano 1988, p. 1059. In quest'ottica può trovare applicazione una tutela giuridica strettamente legata alla figura del contratto o all'esistenza della fase precontrattuale: G. CRISCUOLI, La «réclame» non obiettiva come mezzo di inganno alla formazione dei contratti, in Riv. dir. ind., 1968, I, p. 55 ss.; V. Franceschelli, Pubblicità ingannevole e culpa in contrahendo, in Riv. dir. civ., 1983, p. 268 ss. La distinzione tra «trattative contrattuali individuali» e il fenomeno (più) moderno della pubblicità commerciale è opposta da L.C. Ubertazzi, La giurisprudenza dei giurì di autodisciplina pubblicitaria: alcune osservazioni, in Foro it., 1986, I. c. 2948.

 $^{^{40}}$ Ancora G. Criscuoli, *Il contratto*, cit., p. 145. Una specifica volontà negoziale («di concludere un contratto») quale requisito dell'offerta al pubblico è vista da Cass., 11 gennaio 1982, n. 101, in *Mass Foro. It.*

Al contrario, la pubblicità commerciale è prodromica e strumentale alla suddetta *electio*. Essa ha la funzione di aiutare il c.d. «promittente» nella scelta di eventuali, futuri contraenti, cioè di singole persone con le quali concludere dei contratti che prevedano, nella più ampia fattispecie economica disciplinata convenzionalmente, anche l'obbligazione premiale.

Tramite la pubblicità commerciale, cioè, si invita una pluralità di soggetti a trattare per la conclusione di contratti (cioè una pluralità di contratti individuali) che contemplino la nascita dell'obbligazione premiale a seguito di acquisti di un certo valore o di una certa entità. L'electio, quindi, da un lato è un momento necessario per la conclusione del negozio giuridico (più precisamente il contratto) in cui trova la propria fonte l'obbligazione premiale, dall'altro lato è successivo e conseguente alla *réclame* medesima. La pubblicità commerciale, in altri termini, ben lungi dall'essere incompatibile con la electio, costituisce, come si è detto, una fase prodromica e strumentale alla stessa.

Ulteriore differenza tra la *pubblicità negoziale* e la *pubblicità commercia- le* emerge con riferimento agli effetti giuridici che tali figure sono idonee (o inidonee) a produrre.

Peraltro, la manifestazione a premio potrà seguire sia lo schema proprio della promessa al pubblico (art. 1989 c.c.) che quello della offerta al pubblico (art. 1336 c.c.). Entrambe le figure richiamate sono compatibili con la pubblicità negoziale, la quale è produttiva di effetti costitutivi di precise posizioni giuridiche, tra loro differenti a seconda che riguardi la prima o la seconda⁴¹, ma che comunque hanno la comune caratteristica, da un lato di essere prodotte dalla volontà negoziale pubblica e, dall'altro, di essere dirette verso una genericità (assoluta o relativa) di soggetti indeterminati.

La *pubblicità negoziale*, quindi, in quanto elemento intrinseco alla volontà negoziale, è idonea a produrre effetti giuridici pubblici riconducibili all'operazione a premio.

Ben diversa, invece, la posizione della pubblicità commerciale. Essa è inidonea alla produzione di effetti giuridici, quali che essi siano. Infatti, come si è appena accennato, la sua funzione è quella di favorire la *electio* della controparte, riguardando – come si è detto – non tanto il contratto (o qualsivoglia negozio giuridico), bensì la fase delle trattative.

Gli effetti giuridici verranno quindi prodotti successivamente alla individuazione del singolo contraente in base alla avvenuta conclusione del contratto. Sarà quindi il contratto individuale a produrre quegli effetti giuridici che determineranno, tra l'altro, la nascita dell'obbligazione premiale. Ma la singola fattispecie contrattuale, dal canto suo, prescinde, sia nel suo momento formativo che in quello dell'efficacia, così come in genere nella sua intera vicenda, dalla *réclame* che attiene puramente e semplicemente alla fase delle trattative contrattuali.

⁴¹ V. ancora *supra*, nota 27.

In questo caso, le posizioni giuridiche del singolo contraente avente diritto al premio – anch'esse differenti rispetto a quelle proprie delle figure «pubbliche» ⁴² – vengono costituite dal contratto individuale, sulla base di una volontà negoziale specifica (il consenso contrattuale) priva del carattere di pubblicità e diretta alla disciplina convenzionale di un unico rapporto contrattuale.

La *réclame*, in altri termini, a differenza della pubblicità negoziale, non è produttiva di effetti giuridici con riguardo alla stessa singola fattispecie, permanendo la necessità di un titolo giuridico non pubblico (il contratto individuale) per l'acquisizione delle posizioni giuridiche soggettive.

Si giunge quindi alla medesima conclusione, sopra prospettata⁴³, secondo la quale la pubblicità (intesa quale pubblicità negoziale, ovvero della volontà e degli effetti), oltre che essere carattere essenziale della manifestazione a premio, assume la funzione di dato discriminante tra questa e altre fattispecie premiali.

4. Criterio distintivo tra le due ipotesi di pubblicità: automatismo della condotta

Stabilita la distinzione tra i due concetti di «pubblicità» – quella «negoziale» intesa come attinente alla volontà produttiva di effetti giuridici, quella «commerciale» non altro se non un invito a contrarre, cioè una mera fase di trattative contrattuali, priva di valenza e di efficacia negoziale – si deve altresì rilevare come in base a questa distinzione sia possibile individuare l'ambito di applicazione dell'imposizione fiscale, riconducendovi, com'è logico, solo le fattispecie in cui la pubblicità si riferisca alla volontà negoziale (pubblicità negoziale), che caratterizza l'operazione a premio così come prevista dagli artt. 2 e 3 DPR 430/2001. Non sembra, invece, debba essere sottoposta a questa imposizione fiscale una pluralità di contratti premiali individuali (o, eventualmente, a un unico contratto) seppure sia stato effettuato un invito a contrarre tramite la réclame.

⁴² Il singolo contratto produce direttamente, per quanto attiene all'aspetto premiale, l'obbligazione di consegna del premio in presenza dei presupposti fissati nella pubblicità della manifestazione a premio.

⁴³ Sulla completezza quale requisito essenziale della proposta, espressamente C.M. BIAN-CA, Diritto civile, III, cit., p. 192, il quale afferma che «la completezza della proposta indica la sufficienza del suo contenuto ai fini della formazione del contratto»; così anche F. MESSINEO, voce Contratto (diritto privato), in Enc. dir., vol. IX, Milano 1961, p. 851; R. SCOGNAMIGLIO, Dei contratti in generale, cit., p. 88; G. OSTI, voce Contratto, cit., p. 515, ritiene che la proposta «deve contenere la compiuta indicazione del contenuto che, secondo la volontà del proponente, dovrà avere il contratto»; V. ROPPO, voce Contratto, in Dig. civ., IV, Torino 1989, p. 107; G. CRISCUOLI, Il contratto, cit., p. 145. Sul requisito di completezza in ordine all'offerta al pubblico espressamente P. FORCHIELLI, voce Offerta al pubblico, cit., p. 765; in giurisprudenza cfr. Cass., 11 gennaio 1982, n. 101, in Rep. Foro It. Nel caso di specie è stata esclusa la sussistenza di un'offerta al pubblico, difettando la dichiarazione (oltre che, sotto il profilo soggettivo, della «volontà di concludere un contratto») anche «della possibilità di individuazione dell'oggetto e della causa del relativo contratto, che possa essere perfezionato dalla successiva adesione».

Sussiste, d'altro canto, anche il problema opposto, ovvero che alcuno, abusando dello schema proprio della pubblicità commerciale, ponga in essere surrettiziamente, con l'intento primario di evadere la tassa, una vera e propria manifestazione a premio.

Ciò potrà avvenire nell'ipotesi in cui, a seguito della pubblicità commerciale a favore dei contratti individuali, la conclusione di tali contratti con i soggetti «chiamati» alla contrattazione assuma una assoluta automaticità, nel senso che il «promittente» concluda i contratti con tutti coloro i quali rispondano, per così dire, all'invito a contrarre.

In altri termini, mentre nel caso normale di pubblicità commerciale, una volta avvenuto l'invito a contrarre, la fase delle trattative può condurre sia alla conclusione che alla mancata conclusione del contratto, nel caso di «abuso» della pubblicità commerciale, il contratto viene concluso in termini «automatici», cioè senza discriminazione alcuna. La qual cosa porta a ritenere che, in realtà, seppure sotto la maschera della *réclame*, non si concretizzi un invito a contrarre, ma una proposta contrattuale completa e «pubblica» 44 a cui corrisponda una conforme accettazione.

In questa ipotesi la natura non negoziale della pubblicità commerciale in sé e per sé verrebbe ad essere, in certo senso, strumentalizzata. Il dato scriminante tra l'ipotesi legittima della fattispecie premiale *ad personam* e l'abuso della stessa, che si risolve in una normale operazione a premio *ad incertam personam*, consiste non tanto nel fatto che siano stati stipulati tanti contratti quante siano state le parti interessate alla contrattazione, bensì *nell'automatismo* della conclusione dei contratti, cioè nella mancanza di un criterio discretivo nella conclusione dei contratti individuali.

In questo caso la *réclame* non è più strumentale alla *electio* della controparte, ma si inserisce, come vedremo, in una più complessa fattispecie negoziale. L'automatismo nella stipulazione dei contratti, infatti, si atteggia quale vero e proprio comportamento concludente, atto a manifestare una volontà negoziale che, per l'appunto tramite la *réclame*, diventa pubblica assumendo i1 carattere di pubblicità in senso negoziale.

In altri termini, se alla *réclame* segue indistintamente e automaticamente un atto negoziale (la stipulazione del contratto), essa perde la sua funzione prodromica e strumentale alla scelta dell'altro contraente; scelta che, per l'appunto, viene a mancare ed entra a far parte di una diversa volontà negoziale, che da un lato si inserisce nello schema tipico della proposta e accettazione, e che dall'altro si esprime mediante il suddetto comporta mento concludente.

Il comportamento concludente, dal canto suo, si compone di due elementi: della pubblicità commerciale, e dell'indiscriminata stipulazione dei singoli contratti. Questi dati comportamentali, più precisamente, legati dall'automatismo

⁴⁴ In argomento, per una specifica trattazione cfr. A. BELLELLI, *Il principio di conformità tra proposta e accettazione*, Padova 1992, p. 124 ss.

suddetto, assumono la qualità di comportamento concludente, manifestante una volontà negoziale con carattere pubblico.

Individuare l'automatismo della conclusione dei singoli contratti successivamente alla pubblicità commerciale significa cogliere un'unica entità giuridica che comprende in sé questi due comportamenti fenomenicamente distinti, risolventesi però in un unico atto di volontà negoziale.

Su un piano più strettamente dogmatico, vediamo che la volontà negoziale consiste in una vera e propria offerta al pubblico, tale da ingenerare affidamento nel pubblico sulla conclusione dei contratti mediante la successiva accettazione. Affidamento, questo, che sorge proprio in base all'automatica conclusione dei contratti successivamente alla *réclame* (che diventa offerta al pubblico in quanto esprime una volontà negoziale), solo che il singolo soggetto dichiari di accettare.

Né varrebbe affermare che l'offerta al pubblico sarebbe da escludere in quanto il presunto offerente potrebbe, comunque, rifiutare la conclusione del contratto. Un siffatto rifiuto, in realtà, sarebbe irrilevante là dove già in precedenza, per mezzo del suo comportamento concludente, sia individuabile un'offerta al pubblico, essendo il c.d. «promittente» vincolato dalla propria offerta e di conseguenza è sufficiente l'accettazione del singolo perché il contratto si perfezioni⁴⁵. Non si può pretendere che un comportamento in contraddizione con quello univoco precedente, e contrario al vincolo già sorto in capo all'oblante, possa modificare la qualificazione giuridica della condotta medesima.

Al proposito non ci si nasconde una notevole difficoltà di ordine probatorio per quanto attiene alla distinzione tra la manifestazione a premio «subdola», dalle fattispecie premiali prive del carattere di pubblicità. Il che equivale alla distinzione tra pubblicità commerciale «vera» e pubblicità negoziale masche-

⁴⁵ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 17 ss., il quale mette in evidenza il superamento del dogma della volontà reale ovvero del dato psichico, per giungere ad un valore negoziale dell'atto in base a una visione oggettiva della dichiarazione. L'A. individua, in tal senso, un principio di autoresponsabilità, il quale «esprime la soluzione normativa nel senso che chi immette o dà causa all'immissione di dichiarazioni negoziali nel traffico giuridico è assoggettato alle conseguenze di esse, secondo il loro obiettivo significato», e ciò nell'ottica della tutela dell'affidamento (p. 22). In ordine alla generale problematica dell'apparenza e alla sua rilevanza giuridica, cfr. L. Mossa, Il registro di commercio, in Studi sassaresi, Sassari 1921, p. 69; Id., La dichiarazione cambiaria, Pisa 1930, p. 73 ss.; S. Sotgia, Apparenza giuridica e dichiarazione alla generalità, Roma 1930; A. Bolaffi, Le teorie dell'apparenza del diritto, in Riv. dir. comm., 1934, 1, p. 132 ss.; M. D'AMELIO, voce Apparenza del diritto, in Nuovo dig. tt., I, Torino 1937, p. 550 ss. (la voce è stata ripubblicata invariata in Noviss. dig. tt., vol. I, Torino 1957, p. 714 ss.); A. FALZEA, voce Apparenza, in Enc. dir., vol. II, Milano 1958, p. 682 ss.; G. Ferrero, Appunti in tema di apparenza giuridica, in Giust. civ., 1965, I, p. 189 ss.; G. CAMISA, L'apparenza del diritto come principio generale, in Foro pad., 1985, 1, p. 315 ss. In termini radicalmente negativi G. STOLFI, L'apparenza del diritto, Modena 1934; ID., In tema di apparenza giuridica, in Riv. dir. civ., 1974, II, p. 107 ss.; ID., Note minime sull'apparenza del diritto, in Foro it., 1976, I, p. 797 ss.; F. GALGANO, Sul principio generale dell'apparenza del diritto, in Contr. impr., 2009, p. 1137 ss.

rata da pubblicità commerciale. Si tratta cioè di stabilire quali indici utilizzare al fine di accertare l'abuso della pubblicità commerciale.

L'elemento di discriminazione consiste, a nostro avviso, nell'automatismo di cui si è detto, in base al quale la condotta diretta verso il pubblico perde la qualità di invito a contrarre (cioè di pubblicità commerciale) per acquistare quella di pubblicità negoziale.

L'esame sulla qualità giuridica della pubblicità commerciale, cioè se essa sia effettivamente tale o non nasconda una volontà negoziale, deve pertanto seguire due distinte vie analitiche.

La prima si fonda su una valutazione riguardante la struttura dell'automatismo. Si deve cioè verificare la esistenza del collegamento funzionale necessario tra i due eventi fenomenici in questione: pubblicità commerciale e automatismo nella conclusione dei contratti.

L'altra, invece, deve fare riferimento all'affidamento del pubblico in ordine a tale automatismo. Ossia, deve tenere conto di quanto appaia verso l'esterno dell'apparenza giuridica⁴⁶, cioè dell'apparenza che l'automatismo eventualmente comporta, conducendo alla qualificazione della *réclame* come volontà negoziale, e più precisamente come manifestazione di volontà verso il pubblico⁴⁷. Si tratta di verificare, in altri termini, se sussista o meno un affidamento del pubblico (categoria indeterminata di persone) sull'automatismo suddetto, ovvero sul collegamento funzionale necessario della *réclame* alla stipulazione. Vale a dire, se il pubblico ritiene necessariamente consequenziale la stipulazione del contratto alla *réclame* purché, chiaramente, accetti la proposta.

La proposta, dal canto suo, emerge dalla *réclame* e dalla reiterazione del comportamento, che da un lato è espressione dell'automatismo medesimo, e dall'altro è idoneo a manifestare verso l'esterno⁴⁸ una volontà compiuta, avente il carattere di completezza nella programmazione di un rapporto economico.

5. La pubblicità delle manifestazioni a premio in un recente caso dell'AGCM

Con l'avvento delle nuove tecnologie telematiche, si può rilevare nel Web un largo diffondersi di manifestazioni a premio di svariata natura, che inte-

⁴⁶ La dichiarazione «esterna», per il suo stesso manifestarsi nella realtà sociale, assume una propria rilevanza giuridica; cfr. R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. civ.*, vol. I, Torino 1988, p. 522 ss.

⁴⁷ Come si è visto nel paragrafo precedente, peraltro, la pubblicità negoziale è un dato qualitativo (e qualificante) della volontà negoziale, inteso cioè come la riferibilità della volontà negoziale medesima verso una pluralità indistinta di soggetti. Non è da accogliere, invece, la concezione di detta pubblicità nel senso di un requisito di «conoscenza» diffusa. La qual cosa, per l'appunto, può essere meramente accidentale, e in ogni caso non assumere alcun significato giuridico.

⁴⁸ La dichiarazione «esterna», per il suo stesso manifestarsi nella realtà sociale, assume una propria rilevanza giuridica, in questo senso R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, cit., p. 522.

ressano i più diversi settori del mercato. Tra i più sviluppati tra essi vi è certamente il settore finanziario⁴⁹, là dove il sistema anzidetto di incentivazione al consumo, di ampliamento della clientela, di raccolta di dati personali o, più in generale di pubblicità del marchio viene ampiamente utilizzato.

Una recente pronuncia dell'AGCM⁵⁰ ha riproposto talune delle considerazioni sopra esposte con riferimento al ruolo della pubblicità nelle manifestazioni a premio. Si deve dunque condividere la qualificazione della fattispecie in esame eseguita dall'Autorità come pratica commerciale scorretta ai sensi dell'art. 27, comma 3, del Codice del consumo. Va, però, anche rilevato che nel medesimo provvedimento viene anche richiamato l'art. 8 del regolamento della AGCM, rubricato «Sospensione provvisoria della pubblicità o della pratica commerciale», nel quale si afferma che «l'Autorità può disporre, d'ufficio e con atto motivato, la sospensione della pubblicità ritenuta ingannevole o della pubblicità comparativa ritenuta illecita ovvero della pratica commerciale ritenuta scorretta». Tuttavia, l'estensore del provvedimento non chiarisce espressamente se si intenda sanzionare la «pubblicità ingannevole», «pratica commerciale scorretta» o entrambe.

Le censure dell'Autorità hanno riguardato, pertanto, la *réclame* della manifestazione a premio in questione, con riguardo alla «campagna pubblicitaria, diffusa dalla banca Deutsche Bank S.p.A. a mezzo Internet, spot televisivi e volantini pubblicitari, diretta a reclamizzare⁵¹ un'operazione a premi denominata "Fai più 1%" con un claim principale del messaggio pubblicitario che promette "un premio dell'+1% sul totale investito", lasciando intendere la possibilità di ottenere un rendimento dell'1% sulle somme investite per coloro che si iscrivono alla promozione entro il 30 aprile 2019 ed effettuano investimenti entro la data del 31 maggio 2019». Sulla base di quanto lamentato nella segnalazione introduttiva del giudizio e diversamente da quanto lascerebbero intendere nella medesima *réclame*, le affermazioni dei messaggi pubblicitari circa il riconoscimento di un premio elargito sotto forma di rendimento monetario si è rilevato che il premio consiste in realtà nella partecipazione ad un sistema di accumulo di punti caricati su un buono elettronico da utilizzare presso esercizi commerciali di un circuito convenzionato.

L'Autorità ha, pertanto, inibito la diffusione di un messaggio pubblicitario ritenuto ingannevole in quanto volto a ingenerare nei risparmiatori l'erronea convinzione di poter ottenere un vantaggio in denaro in realtà non conseguibile. Più precisamente, viene specificato dall'Autorità nel provvedimento in

⁴⁹ Un'ipotesi di concorso a premio nel settore bancario/finanziario con riferimento alle caratteristiche e alla rilevanza del valore di mercato del premio è stata studiata da A. RIZZELLO, *Manifestazioni a premio: la determinazione del valore dei premi posti in palio*, in *Disc. comm. serv.*, 2014, p. 3 ss.

Mutorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Provvedimento n. 27633 del 17 aprile 2019, in https://agcm.it/dotcmsCustom/tc/2024/4/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10: 8080/C12560D000291394/0/0BFF08C319E36A38C12583E500541F04/\$File/p27633.pdf.

⁵¹ Corsivo nostro.

parola che i «comportamenti oggetto di contestazione come "pratica commerciale" consistono nella prospettazione ingannevole della possibilità di ottenere un rendimento del "+1%" sul valore economico del proprio investimento, prestazione che potrebbe essere effettivamente non erogata per la presenza di condizioni particolarmente stringenti che influenzano le modalità e i criteri di attribuzione del premio».

In tal modo l'«offerta» della manifestazione a premio⁵² in questione non è solo una sub specie di «pubblicità ingannevole» in quanto essa incorpora anche la funzione di diffusione della volontà negoziale della Banca ai sensi dell'art. 1989 c.c. Su tali basi si può osservare come non sia solo la *réclame* ad essere «ingannevole»⁵³, ma anche e soprattutto la pubblicità dell'offerta negoziale, la quale è idonea ad indurre il terzo destinatario a tenere un comportamento adesivo rispetto a tale offerta in conseguenza di una volontà viziata da un'informazione pre-negoziale errata o scorretta.

In tale prospettiva l'offerta ingannevole di una manifestazione a premio andrebbe correttamente inquadrata nelle due categorie della «pubblicità ingannevole» e della «pratica commerciale scorretta».

⁵² Si tratta più precisamente, in questo caso, di una «operazione a premio»: v. supra, par. 1.
53 Vale ricordare che proprio l'aspetto della réclame è preso in considerazione dal «Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale» emanato dall'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria (in www.iap.it), nella 65.a Edizione in vigore dal 9 marzo 2019. Invero, l'art. 21, rubricato «Manifestazioni a premio» e avente un contenuto conforme a quello esistente nelle precedenti edizioni del Codice, prevede che la «comunicazione commerciale relativa alle manifestazioni a premio, realizzate attraverso concorsi od operazioni a premio, deve mettere il pubblico in grado di conoscere chiaramente e agevolmente le condizioni di partecipazione, i termini di scadenza e i premi, nonché – nei concorsi – il loro numero e valore complessivo, le modalità di assegnazione e i mezzi con cui verranno resi noti i risultati». Per un inquadramento delle specifiche problematiche connesse all'applicazione delle norme del «Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale» alla pubblicità delle manifestazioni a premio v. G. Curzi, La pubblicità relativa alle manifestazioni a premio: l'art. 21 del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria, in Resp. com. imp., 2002, 2, p. 199 ss.

Abstract [Ita]

Il saggio affronta le problematiche connesse alla disciplina civilistica delle manifestazioni a premio, con specifico riferimento alle alla distinzione tra gli effetti della pubblicità commerciale e della promessa al pubblico.

Parole chiave: manifestazioni a premio; operazione a premio; concorso a premio; offerta al pubblico; pubblicità commerciale.

Abstract [Eng]

The essay addresses some issues concerning prize contests, specifically focusing – under a private law perspective – on the differences between the effects of commercial advertising (pubblicità commerciale) and offer of a reward (promessa al pubblico).

Keywords: prize contests; reward(s) program; sweepstakes; public offering; commercial advertising.