

T.A.R. LAZIO

19 GIUGNO 1989

PRESIDENTE: ELEFANTE

ESTENSORE: D'AGOSTINO

PARTI: ED. LA REPUBBLICA

(Avv. A. Clarizia, Ripa di Meana)

MINISTERO FINANZE

(Avv. Stato D'Amato)

RCS ED. QUOTIDIANI

(Avv. D'Ercole, Rescigno et al.)

Giochi a premi su un quotidiano**• Utilizzazione di biglietti di
lotterie nazionali scadute •****Interferenza con l'espletamento
della lotteria pubblica •****Insussistenza • Indebita
pubblicità di prodotti di
imprenditori privati • Questione
di mero fatto.**

Non viola le norme che disciplinano i giochi a premi il gioco proposto da un quotidiano consistente nella promessa di premi a taluni possessori di biglietti di lotterie nazionali scadute in quanto esso non realizza alcuna interferenza illegittima con l'espletamento della lotteria pubblica che viene anzi avvantaggiata da un aumento di acquisto di biglietti della stessa e la pubblicità che possono trarre dal gioco i suoi promotori costituisce ipotesi di commistione di interessi pubblici e privati non osteggiata dal legislatore (nel caso di specie si trattava del gioco « Replay »).

Con decreto 4/70015 del 21 settembre 1988 il Ministro delle Finanze autorizzava la RCS Editoriale Quotidiani corrente in Milano, via Solferino n. 28 a svolgere una manifestazione a premio secondo il piano tecnico presentato dalla richiedente.

Con successivo decreto 4/74913 del 12 dicembre 1988 la stessa Autorità assentiva l'associazione alla manifestazione della S.p.A. Ocean con sede in Verona Nuova, via Europa 5/7.

In esito a tali autorizzazioni sui quotidiani della RCS Editoriale veniva pubblicizzata ed aperta la manifestazione a premi denominata Replay.

Avverso tali atti ha proposto gravame la società editoriale in epigrafe indicata rappresentando una grave lesione dei propri interessi e deducendo i seguenti motivi di doglianza:

1) Violazione dell'art. 39 r.d.l. 19 ottobre 1936, n. 1993; degli artt. 78 e 79 r.d. 25 luglio 1940, n. 1077; degli artt. 1, 2, 4, 8 ss., d.P.R. 20 dicembre 1948, n. 1677; dell'art. 3, legge 10 agosto 1988, n. 357 e del relativo regolamento di applicazione; dell'art. 1 del d.l. 1° dicembre 1968, n. 515 relativo alla lotteria di Viareggio. Eccesso il potere per erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti, sviamenti.

Il meccanismo dell'autorizzazione sarebbe tale da consentire che l'acquisto del biglietto di una lotteria nazionale determini la possibilità di vincere non solo i premi messi in palio dall'Amministrazione finanziaria, ma anche quelli di Replay: la manifestazione concreterebbe, in altre parole, un'illegittima prosecuzione di lotterie, talune delle quali (lotteria di Viareggio) neppure autorizzate.

Sarebbe stata inoltre violata la pubblica fede, in quanto, utilizzando la credibilità e la diffusione delle lotterie statali, si conseguirebbe un'indebita pubblicità di prodotti di imprenditori privati. Questi ultimi, infine, risulterebbero affidatari della continuazione della lotteria statale.

2) Violazione degli artt. 43 ss. r.d.l. 19 ottobre 1938, n. 1933. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti, sviamento.

Quand'anche si riconosce al gioco Replay la qualità di concorso a premi non sarebbe possibile l'individuazione dei presupposti idonei per l'autorizzazione: tutela della pubblica fede, garanzia del normale andamento della produzione e del commercio nazionale e gratuità della partecipazione all'estrazione.

Si sono costituite sia l'Amministrazione Finanziaria sia le controinteressate RCS Ed. Quotidiani e Ocean S.p.A.

Eccepisce la P.A. resistente l'inammissibilità del ricorso per insussistenza della situazione soggettiva legittimante (versandosi in tutela di un interesse di

mero fatto); nel merito l'Amministrazione Finanziaria contesta in toto le avverse tesi deducendo, in buona sostanza, la natura di concorso a premi del gioco in questione e affermandone la piena conformità sia sotto il profilo della legittimità dell'atto sia della coerenza di quest'ultimo con gli interessi generali.

Analoghe considerazioni sono state svolte con memoria 14 aprile 1989 dalla RCS S.p.A. che ha evidenziato le diversità strutturali e di efficacia dei due istituti in esame (lotteria e concorso a premi) anche con riferimento alle regole di diritto comune; insiste peraltro la controinteressata Ocean sul difetto di legittimazione al ricorso e sulla carenza di giurisdizione e proponendo, nel merito, un contributo analogo a quello della consorte processuale oltre che dell'Amministrazione Finanziaria.

Dopo un ulteriore scambio di memorie e una meditata discussione orale la causa è stata assegnata in decisione.

CONSIDERATO IN DIRITTO. — 1. Il ricorso è ammissibile in rito, ma infondato nel merito.

2. Le questioni preliminari sollevate dai contraddittori della ricorrente riguardano: 1) il difetto di giurisdizione, versandosi in controversia relativa a diritti soggettivi correlati allo *status* imprenditoriale delle parti private (atti di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 *sub* 3 cod. civ.); 2) la qualità di interesse di mero fatto della ricorrente a veder demoliti i provvedimenti impugnati, non rinvenendosi una qualificazione differenziata dell'interesse alla stregua della normativa applicabile.

Entrambe le deduzioni non meritano favorevole scrutinio. Nell'ambito della disamina, attesa l'evidente prevalenza del problema di giurisdizione, che non esonera il giudice dalla rilevabilità d'ufficio, si premette la valutazione concernente la titolarità del potere di cognizione *in subiecta materia*.

2.1. Non v'è dubbio che nel caso di specie sia impugnato un atto amministrativo adottato nell'esercizio di analogo funzione. A fronte di tale atto le parti insistono rispettivamente per l'annullamento ovvero il mantenimento della statuizione. Già questi elementi, per quanto formalistici, assumono valore di ini-

zio preciso sulla reale portata della controversia.

Il *thema decidendum* non è, infatti, riservato ad una inibizione, con le pronunce conseguenti, in ordine al compimento di atti che artatamente modifichino il principio di libera concorrenza tra imprenditori; parimenti non viene dedotto il danno ingiusto cagionato all'altra azienda per atti che direttamente o « obliquo modo » realizzino una palese elusione delle regole di correttezza professionale tra imprenditori.

Tali argomenti non sono sollevati dall'Editoriale La Repubblica S.p.A., che si limita, invero, a constatare come, attraverso un atto che assume illegittimo si siano determinati vantaggi all'impresa editoriale controinteressata: l'illegittimità del vantaggio è correttamente riportata al campo delle conseguenze indotte da un atto che non dovrebbe rientrare tra gli strumenti di alterazione dei principi di correttezza professionale, anche per la sua origine dichiaratamente estranea agli interessi (questi si di mero fatto) riguardanti la concorrenza tra quotidiani a tiratura nazionale.

Che tale non possa essere lo spirito della doglianza lo dimostra, per quanto occorre, il contegno della stessa ricorrente che ha adottato in larga misura concorsi a premi come strumento di corretta promozione (e l'esempio, per quanto consta, è largamente seguito...).

La vicenda non connota, pertanto, una disputa tra imprenditori sull'uso dei mezzi idonei al mantenimento di un equilibrio delle condizioni di mercato (libera concorrenza), bensì l'impugnazione di un atto autoritativo che, se interpretato nel senso prospettato dalla ricorrente, determinerebbe una modificazione dei principi legislativi in materia di lotterie con incidenza indiretta anche nel contesto economico in cui le imprese operano.

Ma, a ben vedere e al di fuori della specificità del caso, principi analoghi possono tranquillamente affermarsi per tutte le ipotesi in cui un imprenditore impugni il provvedimento autoritativo concernente un potenziale (o effettivo) concorrente: basti pensare ad un aumento delle voci contenute nella tabella merceologica per ipotizzare una situazione sostanzialmente analoga a quella che qui interessa.

Il vero è che la *vexata questio* del riparto di giurisdizione dapprima plasticamente semplificata nel ben noto canone della qualità delle norme dedotte nel rapporto processuale (siano cioè esse di azione o di relazione) non può non tener conto dello sviluppo talora impetuoso delle pubbliche funzioni in correlazione (e a volte in aderenza) alle situazioni privatistiche: la norma di relazione invocata dall'Ocean S.p.A. per inferirne la carenza di giurisdizione non è, in linea meramente astratta, del tutto estranea alla problematica sollevata; ma pur lambendo uno degli aspetti, peraltro non tra i più significativi, essa non riguarda l'essenza della contestazione.

Quest'ultima muove dall'esistenza del potere in capo alla P.A. di cui tende a ridurre o rideterminare gli effetti sicché la posizione delle controparti private, per quanto necessitata ai fini del corretto instaurarsi del contraddittorio, non giunge giammai a sostituire la parte pubblica sull'oggetto del processo, quasi l'atto amministrativo sia mero accidente nell'ambito di un rapporto di diritto comune (ed in quanto tale disapplicabile dall'AGO).

Nel caso di specie, in altre parole, concorrono a determinare i rapporti *inter partes* norma sia di azione sia di relazione (ben potendosi — in mera ipotesi — attribuire all'atto impugnato natura di mezzo idoneo ai sensi dell'art. 2598 cod. civ.).

Il riparto di giurisdizione intanto può essere convenientemente predicato (ed attuato) in quanto possono evidenziarsi situazioni tali da non consentire ad uno dei giudici astrattamente concorrenti una pronuncia soddisfattiva in relazione a quanto dedotto in giudizio.

Applicando questo criterio, che è di mera realistica, al caso di specie ne deriva come la posizione di legittimante della ricorrente non sia diretta ad ottenere l'inibizione dell'attività ritenuta di sleale concorrenza bensì di far venir meno l'attività indipendentemente dalla qualificazione (e dagli effetti desumibili in campo economico). La posizione legittimante è cioè orientata ad annullare il presupposto del concorso a premi, senza che la natura delle conseguenze e la struttura delle attività imprenditoriali siano oggetto di specifica deduzione. Alla posizione legittimante fa riscontro, in

altri termini, la funzionalità della giurisdizione amministrativa, il cui esercizio, se favorevole alle prospettate tesi, comporterebbe il risultato indipendentemente dalle qualificazioni inerenti l'attività contestata.

2.2. Parimenti non condivisibile è l'eccezione relativa alla presunta carenza di un interesse legittimo quale titolo dell'azione proposta dalla ricorrente. Già nelle precedenti considerazioni si è, in buona sostanza, sottolineato come il riferimento alla posizione legittimante costituisca, unitamente al canone della funzionalità della giurisdizione, lo strumento indispensabile per una ricognizione dei poteri in concreto aditi.

Il passo successivo è quello di individuare in concreto la posizione succitata. Quest'ultima consta, come è noto, di due elementi: il primo consiste in un diritto soggettivo ovvero in una situazione che, anche per atti della P.A., sia peculiarmente qualificata; il secondo è costituito dallo speciale rilievo (ovvero dalla differenziazione) che il primo elemento consegue nell'ambito di una fattispecie relativa all'esercizio di poteri amministrativi. La funzionalizzazione del diritto in interesse legittimo non corrisponde, pertanto, ad una trasposizione in parte qua (cioè secondo la formula scialojana diritto fatto valere come interesse) bensì ad una vicenda complessa (forse sarebbe meglio dire: procedimentale) in cui il presupposto di-qualificazione tende a differenziarsi rispetto ad una serie di fatti (ed atti) secondo il canone di coerenza della situazione presupposta rispetto al legittimo esercizio di determinati poteri. La situazione soggettiva diventa, a questo punto, relazionale a due sistemi di riferimento: il primo è quello di posizione in sé della situazione soggettiva e corrisponde alla ricerca dell'elemento di qualificazione; il secondo riguarda l'assetto degli interessi derivanti dall'atto autoritativo (o, il che è lo stesso, la portata esatta di una determinata disposizione che legittimi l'esercizio di pubblici poteri).

Se tali elementi sono condotti al caso in esame ben ci si avvede come entrambi siano presenti e facilmente individuabili. V'è da un lato, il diritto di intrapresa, costituzionalmente garantito; v'è, dall'altro, un atto che riguardando un diverso imprenditore è capace di immette-

re, nel contesto economico in cui gli stessi operano, una precisa valenza con modificazioni, anche parziali, degli assetti di interessi precedenti la statuizione.

3. Con il primo motivo di gravame l'Editoriale La Repubblica S.p.A. muove una serie articolata di censure.

3.1. La prima di queste riguarda la struttura e la funzione del gioco Replay, assumendosi da parte ricorrente, che lo stesso non è solo collegato alle lotterie nazionali, ma che ne costituirebbe peraltro un'illegittima prosecuzione: requisito indispensabile per partecipare a Replay è infatti il possesso di un biglietto di lotteria nazionale espletata durante il periodo di vigenza delle autorizzazioni. In particolare, al momento in cui veniva adottato il decreto impugnato, alcune lotterie non erano state ancora autorizzate sicché nell'acquirente dei biglietti si sarebbe formata la legittima aspettativa di partecipare non solo alla lotteria nazionale, ma anche al gioco, per cui è controversia.

Finalisticamente l'acquisto del biglietto soddisferebbe queste due causali.

Il che, per quanto indimostrabile, si può anche concedere: la circostanza non assume tuttavia alcuna rilevanza nei sensi prospettati dalla ricorrente, finendo per immettere una specie di presupposizione nell'ambito di un negozio specificamente e sufficientemente titolato « Die Voraussetzung » esercita un'evidente funzione tutte le volte che la struttura del negozio sia tale da lasciare il margine a condizioni apparentemente non previste, ma capaci comunque da orientare univocamente (e in modo determinante) la volontà delle parti, con la conseguenza, avvertita dalla giurisprudenza che ne ammette la configurabilità, dell'idoneità del contratto a produrre i suoi effetti nel caso che la condizione non sviluppata non esista o non si verifichi. Tali spunti dovrebbero indurre a concludere per l'annullabilità del contratto di scommessa nell'ipotesi che l'evento non dichiarato non abbia per qualche motivo a verificarsi: tale annullabilità, peraltro, andrebbe a operare quando il contratto per dir così principale ha ormai esaurito i suoi effetti (con l'estrazione) e relativamente a scommesse non vinte.

La valutazione dell'elemento psicologico non aiuta certo a superare la dupli-

cità di piani su cui lotteria e gioco a premi si pongono.

3.2. Di ancor maggior spessore è la distinzione allorché si sposti l'attenzione dalla psicologia dell'ipotetico acquirente alla morfologia della lotteria e dal concorso a premi.

Qui le differenze operano sul terreno oggettivo: la lotteria, come sottolinea la P.A. resistente, è al contempo struttura organizzatoria e contratto. Si tratta di una scommessa i cui contraenti effettuano una prestazione patrimoniale in relazione al monte premi acquisendo, per converso, il titolo all'estrazione (che costituisce, per l'effetto, il verificarsi della previsione). Tale scommessa è *in incertam personam* e costituisce lo strumento per raggiungere un cospicuo numerario da distribuire tra i vincitori (salve le quote che vengono, *deductis impensis*, ripartite o devolute ad altri soggetti ai sensi dell'art. 17, d.P.R. 20 novembre 1948, n. 1677).

La struttura contrattuale è, di conseguenza, bilaterale: la prestazione in denaro è quanto il soggetto in concreto scommette, acquisendo per quel termine (certificato da un documento di legittimazione, cioè dal biglietto) titolo all'estrazione.

Ciò significa che chi partecipa ad una lotteria contribuisce alle somme che saranno ripartite e solo su quelle (o eventualmente riprese dal promotore nel caso che il complesso delle poste non copra il monte premi): il vincitore (il possessore del biglietto estratto) ha — di conseguenza — azione per l'attribuzione (art. 1935 cod. civ.).

La corrispondenza biunivoca tra posta e vincita viene del tutto meno nel gioco a premi.

In tal caso, il c.d. monte premi non è in alcun modo collegato alla somma di singole poste, quasi che l'Amministrazione Finanziaria trasferisca quote degli importi acquisiti per lotteria alla società che gestisce il gioco: la vincita non fa parte del coacervo conseguito con la vendita dei biglietti, anzi, rispetto a tale evento, è perfettamente estranea.

Le utilità promosse vengono erogate da soggetti terzi rispetto all'Amministrazione Finanziaria e per causale del tutto autonoma.

Ciò deriva dalla struttura unilaterale dell'operazione in questione, corretta-

mente individuata nel *genus* delle promesse al pubblico.

Chi indice il concorso, in altre parole, non attinge dai concorrenti alcuna utilità diretta a soddisfare la promessa, essendo per contro suo onere predisporre i mezzi necessari per l'attribuzione dei premi: il vantaggio che viene tratto è per il solito indiretto, risolvendosi in una promozione pubblicitaria a volte di grande rilievo (escludendo, beninteso, l'ipotesi che la complessiva erogazione sia determinata da spirito di libertà o da motivazioni filantropiche).

Il possesso del biglietto diviene, a questo punto, l'elemento di riferimento per l'estrazione (così come potrebbero essere i numeri di targa della propria autovettura, una corrispondenza di cifre relative ad una tessera e quant'altro possa rivelarsi frutto di una combinazione numerica o letterale determinabile casualmente, cioè per sorte).

Il biglietto della lotteria non acquisisce, nel precitato contesto, alcuna valenza di controprestazione sicché non può trarsene la conseguenza che, per quel mezzo, si continui *obliquo modo* la lotteria stessa.

L'irrealizzabile punto di sutura è, infatti, costituito dalla essenziale unilateralità del concorso a premi che non può, per questa sua indiscussa natura, colorarsi di una bilateralità per dir così mobile o ambulatoria: non deve dimenticarsi che il contratto di lotteria individua come parti gli acquirenti dei biglietti da un lato e, dall'altro, l'Amministrazione Finanziaria. Quest'ultima, nella prospettiva dell'Editoriale La Repubblica, effettuerebbe una novazione *sine titulo*, senza peraltro cedere alcunché di quanto conseguito in ragione del contratto: tale novazione sarebbe peraltro impossibile venendo ad incidere su un'obbligazione ormai estinta. Ed è ben noto che il limite di operatività della novazione è la sussistenza di un'obbligazione originaria, su cui operare con modalità diverse dall'adempimento (argomentando *ex art. 1234 cod. civ.*). Nel caso che l'obbligazione sia ormai estinta, la reviviscenza è, sotto ogni profilo, inagibile.

Il limite del collegamento è, in altri termini, rappresentato dalla diversa natura delle fonti delle obbligazioni nonché dall'insurrogabile qualità dei promittenti.

3.3. La ricorrente si dimostra perfettamente consapevole dell'intrinseca difficoltà di pervenire all'equiparazione di lotteria e concorso a premi e con memoria dell'8 giugno 1989 effettua una parziale *emendatio libelli*, peraltro ammissibile in quanto sviluppo di deduzioni già contenute nell'atto introduttivo del giudizio.

Sostiene l'esponente che, al di fuori delle diversità strutturali, sarebbe stata creata un'illegittima interferenza tra lotteria e concorso, specie alla luce della circostanza dei biglietti venduti in costanza di concorso per lotterie ancora da concludere (l'esempio fornito è quello della lotteria di Viareggio): il che provocherebbe « uno sfruttamento a scopi privati di un costoso apparato pubblico che svolge attività in regime di riserva ».

Ma, a ben vedere, anche questa argomentazione non può essere condivisa. Il fondamento della stessa è, infatti, riconducibile alla logica della *Voraussetzung*, presupponendo che la possibilità dichiaratamente accessoria di partecipare a *Replay* modifichi in modo significativo l'interesse all'acquisto di biglietti. Se anche così fosse, l'effetto unico e principale sarebbe tuttavia quello di avvantaggiare la P.A. per l'indubbio incremento del monte premi.

Giova infatti precisare come il gioco a premi in questione non sia affatto collegato in modo imprescindibile dall'acquisto di un quotidiano del gruppo editoriale controinteressato: la vincita a *Replay* non è, infatti, condizionata dalla prova di acquisto (tagliando o cedola) inserita in un giornale, tale da costituire, unitamente al biglietto, titolo di legittimazione per la richiesta del premio.

Ne consegue che la partecipazione a *Replay* non comporta l'esborso di una somma da parte dei soggetti di cui la promessa è rivolta sicché non può arguirsi alcuna interferenza tra gioco e lotteria in modo che il primo abbia a sfruttare l'apparato pubblico per finalità sicuramente estranee alla lotteria stessa.

In realtà, l'indubbio collegamento non altera in alcun modo le caratteristiche dei due istituti né implica una recessione del gioco sulla lotteria per le incongruenze già evidenziate e non superate dalle obiezioni riportate in memoria dalla ricorrente.

3.4. È infine contraddittoria l'affermazione della ricorrente secondo cui al-

tre modalità di uso dei biglietti scaduti sarebbero ammissibili in quanto i beneficiari di concessioni analoghe (Standa, Alivar, RAI) sarebbero soggetti che partecipano alla gestione delle lotterie. L'affermazione non è, allo stato, fornita di alcuna prova; ma quand'anche così fosse, non diversa dovrebbe essere la soluzione giuridica del problema poiché, alla stregua di quanto sostenuto dalla ricorrente, anche in quei casi si tratterebbe di « prosecuzione di lotteria ». La caratteristica soggettiva non può costituire un'esimente allorché venga dedotta l'illegittimità obiettiva delle operazioni autorizzate.

In ogni caso, nelle vicende appena accennate così come in quella che è causa di contestazione, esiste una regolamentazione specifica delle attività riconducibile agli atti ministeriali di assenso.

Qualora, invece, la doglianza fosse riferita all'astratta praticabilità del regolamento in materia tutto sommato priva di *favor* legislativo (per l'inidoneità del gioco a svolgere una funzione di promozione sociale dell'individuo) è sufficiente rilevare come il gioco obiettivamente riferito ad un'alea con una controprestazione in danaro è solo quello della lotteria; nell'altra fattispecie la capacità di modificare i rapporti patrimoniali al di fuori dei limiti della promessa (che obbliga solo l'autore della medesima) è sicuramente da escludere.

Anche sotto un profilo implicitamente moralistico la deduzione non può essere accolta.

3.5. Ulteriore argomentazione riguarda la commistione di interessi pubblici e privati, anche violando la pubblica fede: in più semplici parole, il Corriere della Sera si sarebbe avvalso, a fini pubblicitari, del marchio delle lotterie e avrebbe conseguito il vantaggio di una promozione economica del proprio prodotto e di altri collegati.

La commistione di interessi è ipotesi generale in diritto amministrativo, la cui ragion d'essere è proprio quella di una regolamentazione e disciplina di tali fenomeni in aderenza al dato costituzionale.

Che tali evenienze si creino è ipotesi non nuova e talora caldeggiata dal legislatore (si pensi alla promozione a cura dei privati del restauro di beni culturali); il problema è solo quello della valutazione e, se del caso, di liceità.

Ora la circostanza che un quotidiano a tiratura nazionale leghi il proprio nome a quello di una lotteria non è di per sé indizio di una illecita commistione di interessi.

La questione è, infatti, quella di valutare se l'uso di tale marchio sia riconducibile al c.d. *dolus bonus* ovvero se rappresenti un marchingegno finalizzato a scopi non apprezzabili.

Se il meccanismo dell'operazione a premi presenta il collegamento obiettivo con i biglietti scaduti delle lotterie non v'è dubbio che il richiamare le lotterie costituisce non già un'indebita interferenza sull'altrui credulità bensì una necessità del messaggio relativo al gioco. La tematica riguarda, in altre parole, la necessità di individuare con sufficiente chiarezza gli estremi del gioco a premi in modo tale da consentire la partecipazione, per quanto passiva, del pubblico.

Il messaggio doveva cioè contenere gli estremi della promessa (in ossequio a quanto disposto dall'art. 1989 cod. civ.) sicché, una volta assentito l'uso dei biglietti scaduti come sistema di riferimento, non poteva non trarsi la conseguenza che di quel sistema dovesse poi darsi completa indicazione all'atto di indire l'operazione a premi.

Peraltro, una volta riconosciuta la legittimità del momento presupposto per l'inesistenza di effettive interferenze, l'uso del marchio delle diverse lotterie deve ritenersi, nei limiti dell'operazione, perfettamente corretto.

4. Il secondo mezzo di gravame è, invece, volto a contestare la legittimità del concorso a premi per carenza dei presupposti relativi all'autorizzazione, anche tenendo conto dei principi fondamentali, in materia: tutela della pubblica fede, garanzia del normale andamento della produzione e del commercio nazionale e gratuità della partecipazione all'estrazione.

4.1. È opportuno sgombrare il campo dall'ultima deduzione, secondo cui la partecipazione a Replay non sarebbe gratuita.

Già si è osservato come non possa rintracciarsi l'elemento di onerosità posto che la partecipazione non è condizionata all'acquisto del quotidiano o di altro bene (pur consentendolo, invero, la legislazione in materia: cfr. art. 43 e soprattutto 44, c. 2, *sub* r.d.l. 19 ottobre 1933, n.

1933 nonché art. 107, r.d. 25 luglio 1940, n. 1077).

L'obiezione è contestata dalla ricorrente, assumendosi che l'acquisto del biglietto della lotteria costituirebbe la controprestazione imposta dal consumatore in esame.

Ma a tale conclusione può pervenirsi solo superando le precedenti considerazioni in ordine alla non interferenza tra le manifestazioni oggetto di discussione e ricomponendo in unico assetto il titolo di un contratto e la sfera individuale di rappresentazione dei motivi che inducono a quella specifica convenzione. In altre parole, solo dimostrando che la partecipazione a Replay è *condicio sine qua non* dell'acquisto di un biglietto di lotteria può argomentarsi poi che sussistono collegamenti inestricabili tra lotteria e concorso a premi. Ma ciò costituirebbe, a ben vedere, solo una premessa di dimostrazione, che dovrebbe poi darsi carico di provare come parte degli esborsi relativi alla lotteria siano acquisiti dal concorso per la distribuzione dei relativi premi...

Così ragionando, dovrebbe ritenersi oneroso anche il concorso a premi che ponga come sistema di riferimento il possesso di un bene di particolare pregio ma riconducibile ad una numerazione: la targa di un'autovettura, il numero che contraddistingue un computer ovvero un costoso utensile o una suppellettile (ad es. il numero di produzione di un televisore a colori) e via elencando... Anche in questo caso potrebbe obiettarsi che l'onerosità è *in re ipsa* perché il televisore fu acquistato in costanza di concorso...

A tacer d'altro, l'onerosità deve essere configurata come caratteristiche di una prestazione tutte le volte che la medesima sia ricompresa nella causa dello specifico contratto ovvero nella regolamentazione concreta che le parti vi apportano: il che, nel caso di specie, palesemente non è.

Infatti, quand'anche dovesse accedersi al meccanismo di acquisto paventato dalla ricorrente (in particolare a pagina 19 della memoria 8 giugno 1989), le conseguenze non sarebbero quelle dedotte dalla medesima.

Argomenta l'esponente... « se... si ferma l'attenzione al 30 gennaio 1989, si evince che chi non aveva i biglietti della lotteria Italia, per partecipare al gioco non deve acquistare i prodotti che si pre-

tende reclamizzare (circostanza legittima se i prezzi restano invariati), bensì è costretto a comprare i biglietti della lotteria di Viareggio e via via delle altre, con un esborso di danaro del tutto estraneo alla pretesa promozione pubblicitaria ».

I capisaldi del discorso sono pertanto:

a) la sfera dei motivi individuali siccome elemento capace di modificare la natura del contratto (sul punto ci si è ampiamente soffermati).

b) l'esistenza di un contratto tipico e titolato come strumento di « continuazione » al gioco, dimenticando che tale contratto, una volta posto in essere, acquisisce una propria autonomia anche funzionale rispetto ad eventi del tutto estranei;

c) l'incongruenza del contegno del potenziale consumatore che porrebbe in essere l'esborso di una somma non già per partecipare ad una scommessa con ricchissimo monte premi, bensì — più modestamente — alle estrazioni suppletive, per dir così, di Replay che certo non possono competere per dovizia di attribuzioni con quelle della lotteria di Viareggio.

d) l'inesistenza di un prodotto da pubblicizzare (è evidente, per contro, come la pubblicità indiretta sia la vera ragione delle doglianze dell'Editoriale La Repubblica).

Alla stregua di tali osservazioni deve concludersi per l'indubbia gratuità del concorso, per l'evidente unilateralità delle obbligazioni in capo al promittente.

4.2. Parimenti infondata è la doglianza relativa alla presunta violazione del principio di garanzia della pubblica fede. Il meccanismo del concorso è del tutto chiaro: non può, per l'effetto, ritenersi che siano stati posti in essere elementi di deviazione dalla normale affidabilità rispetto all'alea — elevatissima — del concorso stesso. Anzi, è proprio tale precisazione a revocare nel nulla le opposte opinioni: quando il gioco è affidato ad una procedura del tutto neutrale rispetto alle aspettative dei concorrenti deve inferirsi che la fede pubblica è stata salvaguardata.

Infatti, la *ratio* dell'art. 54 *sub a*) r.d.l. 19 ottobre 1938, n. 1933 è resa palese dalle espressioni usate dal legislatore, che escludendo l'uso di « elementi chiave » ha sicuramente preso posizione per regole tali da non lasciare alcun dubbio sulla neutralità della promessa sì da eliminare

in radice ogni possibilità di gioco apparente o predeterminato nei suoi vincitori.

Tale garanzia trova, nel caso in esame, sufficienti presidi *in re ipsa*, atteso che l'ampiezza dell'alea è ridotta, rispetto a quella delle lotterie nazionali, per il solo limite dei biglietti già estratti.

D'altro canto perché di pubblica fede abbia a parlarsi, occorre che sia richiesta nel concorrente un minimo di attuazione rispetto al risultato in coerenza a determinate (acquisto di un prodotto, raccolta di figurine, tagliandi, buoni così come il succitato art. 54 r.d.l. 1933/1938 prescrive); tutto questo manca, siccome riconosce la stessa ricorrente, per carenza del prodotto da pubblicizzare.

4.3. L'ultima censura è rivolta alla turbativa della produzione e del commercio ai sensi dell'art. 54 lett. c) r.d.l. 19 ottobre 1938, n. 1933, nel testo novellato dall'art. 2 della legge 15 luglio 1950, n. 585, a' sensi del quale l'autorizzazione può essere negata « quando i concorsi e le operazioni siano ritenuti dannosi al pubblico interesse o turbino il normale andamento della produzione e del commercio nazionale ».

La norma invocata non riguarda, con ogni evidenza, il caso di specie.

Esattamente osserva l'Amministrazione resistente come la formula normativa sia costituita da un'endiadi (produzione e commercio nazionale), intesa a salvaguardare un bene di primario rilievo per l'intera comunità, vale dire l'interesse nazionale alla corretta gestione delle risorse del Paese.

La rilevanza della disposizione va, di conseguenza, collegata a vicende che per incisività delle intraprese commerciali, finanziarie e produttive siano capaci di arrecare un momento alle istanze di basilare coerenza dell'economia nazionale.

La circostanza che una testata giornalistica si avvantaggi, peraltro in termini relativi e in tempi sufficientemente limitati, di un'iniziativa pubblicitaria non rientra sicuramente nella fattispecie appena esaminata.

5. Attesa la novità della questione, sembra equo compensare le spese del giudizio.

P.Q.M. — Il T.A.R. per il Lazio, Sez. III, respinge il ricorso in epigrafe indicato.

RICICLAGGIO DI BIGLIETTI DI LOTTERIE ESTRATTE

È probabile che siano state la cascata di provvidenze statali¹ in cambio di una non tanto realizzata notorietà dei mezzi di finanziamento della stampa quotidiana e periodica (art. 21 penultimo comma cost.), e conseguente prosperità delle imprese, ad aumentare il loro tasso d'intraprendenza commerciale, sebbene non risultino, in genere, allentati i legami col potere, specie politico, in particolare attraverso le commissioni pubblicitarie di enti variamente pubblici o mascherati da privati (e l'esempio più clamoroso, nonostante i trucchi normativi, è costituito dalla Rai), fonte oltremodo rilevante di risorse. Una specie di androgynismo imprenditoriale si è andato così configurando mentre non appare ancora, e forse mai apparirà, all'orizzonte l'atteso editore c.d. puro. Se e quanto questo androgynismo comporti ambiguità, confusione o sviamenti non è qui il caso di esaminare² dovendosi, invece, prendere in considerazione dei due l'aspetto mercantile collegato con iniziative tendenti ad incrementare le vendite con metodi propri ed altri prodotti (anche intellettuali come libri, opere cinematografiche, etc.). A questo fine la normativa vigente rende disponibili due strade principali: quella del concorso a premi e l'altra delle operazioni a premio (art. 44 legge n. 585/1950). Queste ultime consistono in offerte di premi a tutti coloro che acquistano un determinato quantitativo di merci da una stessa impresa offrendone la documentazione, raccogliendo e consegnando un certo numero di figurine, buoni, etichette, tagliandi, prove d'acquisto e simili; ma possono comportare anche la consegna di un regalo contestualmente all'acquisto del prodotto. L'offerta di premi solo a taluni acquirenti, mediante sorteggio oppure con apporto personale di abilità o ancora dietro dimostrazione di particolari requisiti, integrerà un concorso a premi. La distinzione, tuttavia, nella stessa legge non è rigida ammettendosi

la liceità di concorsi misti, cioè, quelli che rivestano insieme le caratteristiche del concorso e dell'operazione a premi³.

Dal punto di vista tributario va ricordato che quando i concorsi a premi sono indetti da editori di giornali, riviste e pubblicazioni in genere esclusivamente, però, a fini educativi o culturali è dovuta una tassa fissa di lieve importo mentre v'è sempre il divieto di corrispondere premi in danaro (che si aggira, lo si sa, offrendo i c.d. gettoni d'oro) o in titoli di prestiti pubblici o privati (artt. 47, comma 2 e 51 legge n. 585 cit.).

Le lotterie, nazionali o locali, non costituiscono manifestazioni pubblicitarie non essendo volte a promuovere la vendita di prodotti⁴. Ad esse tuttavia conviene qui accennare perché l'ordinamento delle attività ludiche se ne occupa talvolta in collegamento con le operazioni e concorsi predetti: entrambi, ad es. sono esonerati (art. 50 legge cit.) dalla prescritta tassa se il premio è costituito da biglietti delle lotterie nazionali gestite dallo stato (o da giocate del lotto, altra manifestazione... a cui pensare!).

¹ Sono previste, com'è noto, nella legge n. 416/1981 e successive modifiche sino alla legge 67/1987 per la cui presentazione ed atti parlamentari si può vedere FRAGOLA, *La nuova legge sull'editoria*, Quaderno dell'Istituto giuridico dello spettacolo e dell'informazione, Roma, 1987.

² Alla domanda postagli nel corso di un'intervista dal titolo « Uno sguardo d'insieme sul mercato editoriale » in *Il millimetro*, 1989, n. 102, p. 5 sul punto se i concorsi o la corresponsione di regali possano creare un « mercato drogato », il direttore della FIEG ha così risposto: « In un paese nel quale la lettura dei giornali è poco diffusa credo sia utile che per allargare la fascia dei lettori si faccia ricorso a questi strumenti di promozione delle vendite; ma tutto sta a non confondere il mezzo con il fine che rimane e deve rimanere quello di aumentare il numero dei lettori, il mezzo potendo essere quello di aumentare il numero degli acquirenti ». Ha aggiunto che « nessun editore, nessun direttore, nessun giornalista si sentirebbe appagato nel sapere che i giornali rispettivamente editi, diretti o scritti, vengono acquistati solo per partecipare a un concorso o acquisire un regalo »; ma « se per fare entrare un giornale in un numero maggiore di case e, una volta entrato, farlo leggere da un numero maggiore di soggetti » (ma perché non dire persone?) « è utile ricorrere a questi incentivi, ben vengano gli incentivi ». Tuttavia ha rilevato che queste iniziative non sono sufficienti ad « allargare stabilmente la base di lettura » se non sono « il supporto di un'operazione redazionale ». Di una « ossessione » del marketing ha parlato nel suo rapporto annuale (1989) il CENSIS a proposito della comunicazione in genere.

³ Per maggiori informazioni e dettagli, anche giurisprudenziali, rinvio a FRAGOLA, *Giochi e giocattoli*, Padova, 1989, 74 ss. mentre per le lotterie v. p. 65 ss.

⁴ In FRAGOLA, *op. cit.*, p. 80 il caso di un orefice genovese che incappò nei rigori della legge per avere promesso un biglietto di lotteria al primo e al secondo acquirente della giornata.

Com'è, allora, da qualificare l'iniziativa del « Corriere della Sera »? Difficilmente potrebbe dubitarsi — pur non escludendo del tutto una manifestazione pubblicitaria mista secondo quanto si è detto, ma nel caso irrilevante — che essa è un concorso a premi poiché ha alla base un meccanismo di estrazione ove opera, da un lato, un tagliando incorporato nel giornale e che costituisce titolo di partecipazione e dall'altro il complesso dei dati trascritti, tra i quali, salienti quelli relativi alla serie e numero del biglietto della lotteria prescelta in possesso dell'interessato. L'iniziativa, inoltre, è chiaramente finalizzata ad incrementare il numero degli acquirenti del quotidiano e, dunque, come dice con espressione alquanto ridicola la legge (art. 43 legge cit.) ad « eccitare » la sua diffusione.

Se quindi trattasi di concorso a premi a raggio nazionale, deve essere (ed è stato) autorizzato dal Ministro delle Finanze (art. 58 legge cit.) mediante l'esercizio di un potere non del tutto discrezionale e, accogliendosi la nozione di discrezionalità vincolata, è da ritenere che il potere di diniego risulta ancorato a specifiche ipotesi. Esattamente il Consiglio di Stato con decisione Sez. IV, n. 147/1970⁵ ha precisato che sebbene la legge (art. 54 legge cit.) parli di « giudizio insindacabile », l'espressione è da riferire proprio ai casi di divieto che per indicazione legislativa l'amministrazione non può ampliare. Essi sono così sintetizzabili: a) quando il congegno del concorso sia tale da non garantire la fede pubblica; b) quando riguardi generi alimentari o di largo consumo da specificare ogni anno con apposito decreto ministeriale; c) quando le iniziative siano ritenute dannose per il pubblico interesse oppure turbino il normale andamento della produzione e del commercio nazionale (art. 54 cit.).

Fatte queste premesse credo sia consentito ad un annotatore riferire come

egli avrebbe deciso, o meglio come avrebbe motivato una decisione di rigetto dall'impugnativa sul piano del merito.

Innanzitutto e richiamata — anche per rispetto dell'art. 41 della Costituzione, contenente la regola generale della libertà d'iniziativa economica, compresa quella pubblicitaria, salve nondimeno esplicite limitazioni di legge⁶ — la sicura tassatività delle ipotesi di diniego, l'autorizzazione ministeriale non poteva essere negata giacché a mettere in concorso l'interessato non sono i biglietti delle lotterie nazionali bensì i tagliandi da lui riempiti con numero di serie pari a quelli dei biglietti della lotteria in suo possesso divenuti, per effetto dell'estrazione, beni cartacei privi di valore giuridico nei confronti dello Stato. È vero, peraltro, — e la legge lo preve (art. 54 cit. lett. a) — che anche mediante l'utilizzazione di tagliandi (come pure di figurine, buoni, etc.) si può attendere alla fede pubblica, ma sempre che si faccia uso di elementi chiave dovendo essere, invece, decisivo ai fini del conseguimento del premio il numero e non la qualità dei tagliandi. La norma, dal suo canto, allorché specifica « in particolare », può dar luogo ad una interpretazione restrittiva ai sensi dell'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale come pure nella direzione di un legittimo rifiuto anche al di fuori dei casi di uso non corretto dei tagliandi, ma sempre che non sia garantita (e l'espressione « in pieno » ha carattere semplicemente rafforzativo) la fede pubblica. Si segua però questa o quella interpretazione va sempre tenuto presente che elementi qualificanti di un illecito, quale quello che si vuole evitare, e desumibili in via principale dagli art. 453 e seguenti cod. pen., sono la contraffazione, l'alterazione o altri mezzi comunque ingannevoli, per di più rapportati a cose che abbiano una qualche connotazione pubblicistica (es. monete, valori bollati) o vi siano equiparate, salve ipotesi di falsità personale che qui non ci riguardano.

Nel nostro caso il biglietto della lotteria nazionale pur essendo, in un certo momento e in un certo senso, documento pubblico⁷ viene materialmente escluso dal gioco — e quindi non si può parlare di contraffazione, etc. — giacché il giornale avverte che esso non deve esse-

⁵ In *Rass. C. Stato*, 1975, I, 441.

⁶ L'appartenenza della pubblicità al distretto dell'art. 21 della Costituzione non è sostenibile, sebbene correlazioni potrebbero determinarsi in occasione di manifestazioni pubblicitarie concernenti opere dell'ingegno (libri, film, etc.) o a contenuto politico (es. spot elettorali).

re allegato al tagliando di partecipazione servendo da controllo di corrispondenza dei dati ivi trascritti solo nel caso di estrazione. Ma prescindendo da questo rilievo è senz'altro da ritenere che in assenza di espressioni, regole, inviti o altri artifici tali da indurre gli interessati in errore o da destare confusione o disorientamento o addirittura da far fondatamente pensare ad una frode, non sussiste ragionevole pericolo di aggressione alla fede pubblica o di sua turbativa. L'amministrazione, inoltre, non avrebbe potuto negare l'autorizzazione ad un giornale che per credito e serietà, e per essere frequentato da lettori con apprezzabili doti culturali, rendeva inammissibile presumere che l'iniziativa pubblicitaria fosse diretta a violare il bene tutelato giocando sull'ambiguità⁸.

Quand'anche la manifestazione fosse da collocare sul piano della concorrenza tra imprese editoriali, non per questo sarebbe stata inautORIZZABILE. In primo luogo perché — e qui compare di nuovo l'art. 14 delle preleggi — essa, astrattamente considerata, non è preveduta come elemento preclusivo della legge speciale; in secondo luogo perché l'accertamento della lealtà e/o correttezza concorrenziale sfugge alla competenza ministeriale ed alla giurisdizione amministrativa; in terzo, ma non ultimo luogo, perché ciò che ha preoccupato il legislatore è l'eventuale turbativa del normale andamento della produzione e del commercio « nazionale ». Quest'ultima disposizione ha molteplici chiavi di lettura. Innanzitutto è dimensionale poiché riguarda l'economia del paese (o quanto meno settori macroeconomici nazionali), poi è qualitativa considerando riflessi di ordine mercantile: vale a dire nel campo della produzione e/o scambio di merci (e probabilmente neppure dei servizi sebbene, ma limitatamente alla tassazione, l'art. 47 della legge n. 585 cit. parli di finalità dei concorsi « anche in parte commerciali »). La terza chiave di lettura è grammaticale richiedendosi il concorso di un turbamento congiunto, sia della produzione che del commercio e sempre però agli indicati livelli. Una sintonizzazione, comunque, con l'art. 41 della Costituzione — prescindendo peraltro da un suo collegamento con il precedente art. 21 — è d'obbligo poiché limitazioni, divieti, etc. sono consentiti

in ragione solo di motivi attinenti a utilità e/o finalità sociali⁹.

È l'ultimo dei rilievi che precedono a condurci direttamente verso l'ipotesi di diniego imposto dalla legge riguardo ad iniziative del tipo in esame ritenute dannose al pubblico interesse. Sotto questo profilo si può osservare che, anzi, l'interesse pubblico è stato nel caso realizzato per vari aspetti. Si è, infatti, aumentata la diffusione di un quotidiano importante, anche per ragioni storiche, così arricchendosi quel patrimonio conoscitivo che consente al singolo ed alla collettività di esercitare (quantunque oggi in maniera oltremodo insufficiente) il diritto di partecipazione auspicato dal comma 2 dell'art. 3 della Costituzione. Ai biglietti delle lotterie nazionali si è conferito un valore aggiunto e se ne è, in questo modo, promosso un maggiore acquisto data la prospettiva del conseguimento di premi anche privati non senza valutare il ricavo tributario, non irrilevante, derivato dall'iniziativa.

Analisi e soluzioni, dunque, semplificate forse, ma non certo in contrasto con le raffinate motivazioni del tribunale rese, d'altra parte necessarie dalle deduzioni non meno raffinate delle difese dei litiganti.

AUGUSTO FRAGOLA

⁷ Che debbano essere stampati dal Poligrafico dello Stato lo ha ritenuto il parere del Consiglio di Stato n. 928/1981 in *Rass. C. Stato*, 1982, I, 1184 in quanto « carte valori ».

⁸ Lo stesso non può dirsi, in verità, per iniziative ludiche di alcuni quotidiani se è vero quanto risulta dalla interrogazione n. 4/14541 presentata alla camera dei deputati e secondo la quale « Portfolio » sarebbe « caratterizzato da elementi non corretti ». Lo stesso gioco è stato oggetto di una decisione 24 ottobre 1989 del Giuri dell'Istituto per l'autodisciplina pubblicitaria in questa *Rivista*, 1990, 164) che vi ha intriso elementi di scorrettezza non rispondendo a verità quanto promesso ai giocatori.

⁹ Nell'ipotesi, piuttosto improbabile, che a traverso la successione di concorsi a premi un quotidiano possa acquisire una posizione dominante ai sensi della legge sull'editoria, il potere ministeriale, magari su sollecitazione del garante, potrebbe risulterne condizionato.