

ATTI AMMINISTRATIVI: Procedimento amministrativo - Motivazione postuma - Anche in pendenza di giudizio - Possibilità - Condizioni - Convalida provvedimento - Carenza di motivazione - Vizio sostanziale della funzione – Impossibilità.

Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385

- in *Guida al Diritto*, 20, 2021, pag. 90, con commento di Giuseppe Urbano, *Emendabili i vizi in senso stretto non quelli di natura sostanziale*;

- in *Il Foro Italiano*, 7-8, 2021, pag. 378 e ss., con nota di A. Palmieri.

“[...] i) se l’inadeguatezza della motivazione riflette un vizio sostanziale della funzione (in termini di contraddittorietà, sviamento, travisamento, difetto dei presupposti), il difetto degli elementi giustificativi del potere non può giammai essere emendato, tantomeno con un mero maquillage della motivazione: l’atto dovrà comunque essere annullato; ii) se invece la carenza della motivazione equivale unicamente ad una insufficienza del discorso giustificativo-formale, ovvero al non corretto riepilogo della decisione presa, siamo di fronte ad un vizio formale dell’atto e non della funzione: in tale caso, non vi sono ragioni per non riconoscersi all’amministrazione la possibilità di tirare nuovamente le fila delle stesse risultanze procedurali, munendo l’atto originario di una argomentazione giustificativa sufficiente e lasciandone ferma l’essenza dispositiva, in quanto riflette la corretta sintesi ordinatoria degli interessi appresi nel procedimento [...]”.

FATTO e DIRITTO

1.– I fatti rilevanti, ai fini del decidere, possono essere così riassunti:

- dal 2005, la società Marketing e Innovazione Italia s.r.l. (di seguito: la Società) ha organizzato l’edizione italiana della manifestazione “Eletto prodotto dell’anno”, un premio internazionale diffuso in 35 paesi;
- scopo dichiarato dell’iniziativa è quello di valorizzare l’innovazione dei prodotti (ad esclusione degli alcolici con gradazione pari o superiore a 10 e del tabacco) lanciati sul mercato italiano ed inseriti nel circuito della grande distribuzione organizzata, premiando quelli più innovativi, ossia che rispondono in modo nuovo alle esigenze del consumatore;
- i prodotti iscritti alla competizione sono suddivisi in categorie merceologiche definite sulla base della classificazione Nielsen (azienda leader nelle ricerche di mercato) e sottoposti ad un giudizio di ammissibilità (affidato ad un apposito Comitato di Controllo costituito da esperti del mondo del

accademico, del marketing e del giornalismo) volto a rilevare se i prodotti siano stati effettivamente immessi nella grande distribuzione organizzata da meno di un anno e se soddisfino il criterio della novità;

- i prodotti così ammessi concorrono in vista della proclamazione dei vincitori, uno per ogni singola categoria, individuati in base ai punteggi attribuiti da un panel composto da 12000 consumatori rappresentativi della popolazione italiana fra i 15 ed i 65 anni, chiamati a valutarne l'attrattività e il valore d'uso;

- in caso di vittoria, i produttori dei prodotti eletti (che, se ammessi, corrispondono alla Società un contributo di partecipazione pari ad € 2.500, elevato a € 4.500 per le imprese con più di 250 dipendenti e con un fatturato annuo superiore ai cinquanta milioni di euro) acquisiscono il diritto di utilizzare, per il periodo di un anno, il marchio "Eletto prodotto dell'Anno", verso il pagamento della somma, forfettaria, di € 12.500 (elevato a € 17.500 per imprese con più di 250 dipendenti ed oltre cinquanta milioni di euro di fatturato annuo);

- il Codacons, con esposto in data 2 aprile 2013, segnalava all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito: l'Autorità) che: l'intera manifestazione avrebbe costituito una pratica commerciale scorretta per orientare in maniera ingannevole i consumatori verso determinati prodotti, scelti peraltro non già tra tutti quelli posti in commercio, bensì soltanto tra quelli iscritti ed ammessi; il conseguimento del titolo "Eletto prodotto dell'anno" costituirebbe il ritorno di un mero investimento effettuato dalle aziende della grande distribuzione quantificato nella somma richiesta dalla Società, a titolo di contributo per le spese di organizzazione della manifestazione, suscettibile di ingenerare nei consumatori un falso affidamento nel marchio in questione;

- va precisato che l'Autorità, in relazione alle precedenti edizioni della medesima manifestazione, aveva già ritenuto (con le note n. 25408 e n. 46830, rispettivamente del 13 aprile e 31 agosto 2011) insussistenti analoghi profili di lamentata scorrettezza;

- il Codacons, a seguito dell'acquisizione della copia degli atti, impugnava (con ricorso n. 8011 del 2013) il provvedimento con il quale, in data 7 gennaio 2013, prot. n. 245, il Ministero dello Sviluppo Economico aveva concesso alla Società il patrocinio non oneroso e l'utilizzo del logo ministeriale alla manifestazione "Eletto prodotto dell'Anno 2013", nonché gli altri omologhi provvedimenti rilasciati per gli anni precedenti, ma tale ricorso veniva respinto con sentenza del T.a.r. del Lazio n. 7537 del 2018 (per la quale pende appello);

- con nota del 23 settembre 2013, l'Autorità comunicava al Codacons l'archiviazione per "manifesta infondatezza" dell'esposto da ultimo presentato in data 2 aprile 2013, motivando che «risultino assenti gli elementi di fatto idonei a giustificare ulteriori accertamenti»;

- il Codacons, con ulteriore ricorso e successivi motivi aggiunti, impugnava anche il provvedimento di archiviazione dell'esposto da ultimo citato, lamentandone a vario titolo l'illegittimità ed in particolare l'insufficiente motivazione, richiedendo il riesame del proprio esposto;
- con atto del 18 aprile 2014, prot. n. 23782, l'Autorità confermava il non luogo a provvedere;
- con secondi motivi aggiunti, il Codacons insisteva allora per l'annullamento dell'atto di archiviazione come confermato in data 18 aprile 2014.

2.– Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, con sentenza n. 1118 del 2018, dichiarava l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del ricorso introduttivo e dei primi motivi aggiunti (relativi alla nota di archiviazione del 23 settembre 2013). Respingeva nel merito i secondi motivi aggiunti (aventi ad oggetto l'atto di archiviazione come confermato in data 18 aprile 2014), affermando che *«la nota dell'Autorità ha adeguatamente motivato circa l'assenza della ingannevolezza nella pratica oggetto di segnalazione, in ragione della presenza di esaustive informazioni messe a disposizione sul sito internet www.prodottodellanno.it riguardanti l'iscrizione dei prodotti, il controllo dei requisiti, la ricerca di mercato e l'utilizzo del logo. Quanto all'uso del claim "Eletto Prodotto dell'Anno", Agcm ha ritenuto che la locuzione adoperata accanto al claim "i Consumatori premiano l'innovazione" fosse sufficiente a delimitare la natura del processo di selezione, nel quale è premiata l'innovazione del prodotto e non, in termini assoluti, il miglior prodotto in ogni categoria»*.

3.– Avverso la predetta sentenza ha proposto appello il Codacons, riproponendo in sostanza i motivi di impugnazione sollevati in primo grado, sia pure adattati all'impianto motivazionale della sentenza gravata.

In particolare, secondo l'appellante la sentenza sarebbe erronea nella parte in cui:

- i) ha dichiarato improcedibili il ricorso e i motivi aggiunti, non essendosi il giudice di prime cure avveduto del fatto che il successivo provvedimento di archiviazione, assunto in data 18 aprile 2014, si sarebbe posto in contrasto con il divieto di motivazione postuma;
- ii) ha rigettato i secondi motivi aggiunti, non tenendo conto del fatto che la locuzione "i Consumatori premiano l'innovazione" sarebbe stata volutamente celata dalla Società mediante l'uso di un carattere ridotto, ed anche perché l'iniziativa sarebbe stata pubblicizzata solo mediante la diffusione del claim, dimodoché la pratica nel suo complesso risulterebbe ingannevole e non rispettosa dei principi di equità e trasparenza;
- iii) ha ritenuto inammissibili le censure rivolte avverso la concessione del patrocinio e dell'emblema del Ministero dello Sviluppo Economico, in quanto l'Autorità, nella verifica della

comunicazione pubblicitaria, avrebbe dovuto rilevare, sia pure in via incidentale, l'illegittimità dei citati provvedimenti ministeriali, stante il carattere lucrativo dell'iniziativa;

iv) non ha colto che taluni dei prodotti premiati dalla Società, sarebbero stati privi di qualsiasi profilo innovativo e pericolosi per la salute.

4.– Si sono costituiti nel presente giudizio l'Autorità e la società Marketing e Innovazione Italia s.r.l., insistendo per il rigetto del gravame.

5.– All'odierna udienza del giorno 11 marzo 2021, la causa è stata discussa e trattenuta in decisione.

6.– Con il primo motivo di gravame, il Codacons contesta il capo di sentenza che ha dichiarato improcedibili il ricorso introduttivo ed i primi motivi aggiunti.

Il giudice di primo grado ha fondato tale statuizione sulla considerazione che il provvedimento di archiviazione del 23 settembre 2013, originariamente impugnato, doveva ritenersi oramai superato dal successivo atto del 18 aprile 2014, con il quale l'Autorità non si era limitata a confermare l'esito dell'archiviazione disposta, bensì aveva fornito le ragioni (che precedentemente non aveva puntualmente esplicitato) a sostegno della decisione assunta.

Secondo l'appellante, tale statuizione si porrebbe in contrasto con il divieto di motivazione postuma.

La questione così sollevata, in parte nuova, necessita di una premessa ricostruttiva.

6.1.– Il problema dell'integrazione della motivazione dell'atto amministrativo in corso di giudizio, può essere tematizzato in relazione alle seguenti diverse fattispecie:

i) la motivazione postuma fornita dall'amministrazione resistente attraverso gli scritti difensivi;

ii) la statuizione del giudice di non annullabilità dell'atto viziato da carente motivazione, qualora «sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato» (in applicazione, dunque, dell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990);

iii) la possibilità di sanare la motivazione carente o insufficiente con un provvedimento di convalida.

6.2.– Con riguardo alla prima ipotesi (dell'integrazione della motivazione tramite atto difensivo), l'orientamento della giurisprudenza è stato sempre di segno negativo.

Gli argomenti tradizionalmente addotti possono essere così sintetizzati: senza una motivazione anteriore al giudizio, verrebbero frustrati gli apporti (oppositivi o collaborativi) del partecipante al procedimento, essendo la motivazione della decisione strettamente legata alle «risultanze dell'istruttoria»; non si potrebbe consentire all'amministrazione di modificare unilateralmente l'oggetto del giudizio rappresentato dall'atto originariamente adottato; si imporrebbe al privato di attivare la tutela giurisdizionale praticamente “al buio”, potendo questi conoscere le ragioni alla

base della decisione soltanto nel corso del processo; ulteriore conferma, nel segno della inammissibilità, si trae poi dall'art. 6, della legge 18 marzo 1968, n. 249, il quale non ammetteva la convalida nelle more del giudizio se non con riguardo ai vizi di incompetenza.

6.3.– Il dibattito sulla motivazione postuma si è riproposto quando il legislatore, al fine di alleggerire il peso dei vincoli formali e procedurali di una pubblica amministrazione che si sarebbe voluta informata ad una logica di “risultato” più che alla legalità “formale” dei singoli atti, ha introdotto la regola della non applicabilità della misura caducatoria in presenza di difformità dallo schema legale che non abbiano influenzato la composizione degli interessi prefigurata nel dispositivo della decisione (si tratta, come noto, dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241, inserito dall'articolo 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15). Le pronunce che avevano inizialmente ritenuto di fare applicazione della predetta clausola di non annullabilità, considerando il difetto di motivazione come vizio di carattere meramente formale reso irrilevante dall'accertamento che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sono rimaste sporadiche e isolate.

L'indirizzo maggioritario della giurisprudenza amministrativa si è infatti ben presto orientato nel senso che «il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma [...] e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti» (ex plurimis, Consiglio di Stato, sezione terza, 7 aprile 2014, n. 1629; sezione sesta, 22 settembre 2014, n. 4770; sezione terza, 30 aprile 2014, n. 2247; sezione quinta, 27 marzo 2013, n. 1808).

Sulla scorta di tale indirizzo giurisprudenziale, la Corte costituzionale ha dichiarato, con l'ordinanza 26 maggio 2015, n. 92, la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 21-*octies*, comma 2, della n. 241 de 1990, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 97, 24, 113 e 117, primo comma, della Costituzione, da una sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti, motivando, tra l'altro, che la rimettente si era sottratta al doveroso tentativo di sperimentare l'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata, chiedendo un improprio avallo a una determinata interpretazione della norma censurata.

Anche la dottrina ha sostenuto l'opinione di inammissibilità della motivazione postuma (sia attraverso gli scritti difensivi che attraverso la regola del raggiungimento dello scopo), ritenendola in contrasto anche con le regole del giusto procedimento amministrativo come delineato dal diritto euro-unitario (in particolare, l'art. 296 TFUE, che richiede la motivazione per tutti gli atti delle

istituzioni comunitarie, inclusi quelli normativi, e il diritto a una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che qualifica la motivazione come «forma sostanziale» e motivo d'ordine pubblico da sollevarsi d'ufficio (*ex plurimis*, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. VII, 11 aprile 2013, n. 652, C-652/11).

6.4.– Nel presente giudizio viene in rilievo la diversa fattispecie della conservazione dell'atto amministrativo operata mediante un nuovo atto integrativo della motivazione insufficiente.

7.– La dottrina pubblicistica ha sempre ritenuto ammissibile il fenomeno della «convalescenza» dell'atto amministrativo. La possibilità per l'Amministrazione di concludere il riesame del proprio operato con una decisione di carattere conservativo trova fondamento nel principio generale di economicità e conservazione dei valori giuridici e nella garanzia del buon andamento dell'agire amministrativo.

A seconda della specie di vizio da emendarsi, è stata nel corso del tempo elaborata una articolata tassonomia di atti ad esito confermativo, dei quali fanno parte: la conferma, la ratifica, la convalida, la rettifica, la conversione e la sanatoria.

Sul piano della ricostruzione sistematica, l'insieme di tali istituti è stato ricompreso nella categoria dell'autotutela, ovvero della potestà generale dell'amministrazione di prevenire o risolvere le controversie sulla legittimità dei propri atti, inquadrandoli fra i procedimenti di secondo grado.

7.1.– In particolare, la pubblica amministrazione ha la facoltà di convalidare i propri atti affetti da vizi di legittimità, attraverso una manifestazione di volontà intesa ad eliminare il vizio da cui l'atto stesso è inficiato.

Al pari dell'istituto romanistico della convalida del contratto annullabile, la convalida amministrativa trae anch'essa origine dalla necessità di rimediare alla “rottura” del collegamento funzionale tra fattispecie concreta e fattispecie astratta, ma si distingue dall'omonimo istituto civilistico, in quanto: nel diritto privato, la convalida si attua attraverso atti e comportamenti negoziali della parte che potrebbe avvalersi dell'invalidità a proprio vantaggio; nel diritto amministrativo, invece soggetto legittimato alla convalida è colui (l'apparato amministrativo) che intende prevenire o scongiurare l'azione di annullamento della controparte.

7.2.– La legge 11 febbraio 2005, n. 15, ha tipizzato la figura, pur restando tra gli istituti meno studiati in ragione della sua limitata applicazione pratica e giurisprudenziale.

Il comma 2 dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 fa espressamente «salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole».

Per quanto scarna, la proposizione tratteggia la convalida come un istituto di carattere generale, volto a rendere l'atto stabile a tutti gli effetti per i quali è preordinato, ogniqualvolta il pubblico interesse ne richieda il consolidamento.

Sotto altro profilo, la collocazione della norma nel medesimo articolo dedicato all'annullamento d'ufficio, conferma la comune ambientazione dei due istituti nell'ambito dell'autotutela. Tale correlazione appare altresì espressiva di un principio di preferenza per la scelta amministrativa volta alla correzione e alla conservazione – ove possibile – di quanto precedentemente disposto, rispetto all'opzione eliminativa.

7.3.– L'ampiezza della formula utilizzata dal legislatore consente di ricomprendere nella convalida anche altre figure giuridiche, pure espressive del fenomeno della convalida, quali: i) la sanatoria, ovvero l'effetto che si verifica allorché un provvedimento viziato per mancanza nel procedimento di un atto preparatorio viene sanato dalla successiva emanazione dell'atto mancante; ii) la ratifica, consistente nell'appropriazione dell'atto, emesso da un organo incompetente (ovvero fornito di una competenza temporanea e occasionale), da parte della Autorità che sarebbe stata competente.

La convalida continua invece a distinguersi, per struttura e funzione, da altri istituti limitrofi e segnatamente:

- a) dall'atto meramente confermativo – enucleato dalla giurisprudenza per impedire l'elusione della perentorietà del termine di ricorso – il quale non modifica forma, motivazione e dispositivo del provvedimento confermato (rimasto generalmente inoppugnato);
- b) dalla conferma propria, la quale – sebbene connotata dall'apertura di una nuova istruttoria – non è comunque volta a rimuovere alcun vizio;
- c) dalla rettifica, avente ad oggetto le difformità che comportano l'invalidità del provvedimento originario ma solo la sua irregolarità;
- d) dalla conversione che tiene fermo l'atto originario sussumendolo però sotto una diversa fattispecie legale.

7.4.– Sul piano della dinamica giuridica, la convalida non determina una modificazione strutturale del provvedimento viziato (non configurabile neppure logicamente, essendosi la fattispecie stessa già integralmente conclusa), bensì il sorgere di una fattispecie complessa, derivante dalla "saldatura" con il provvedimento convalidato, fonte di una sintesi effettuale autonoma.

L'efficacia consolidativa degli effetti della convalida opera retroattivamente: il provvedimento di convalida, ricollegandosi all'atto convalidato, ne mantiene fermi gli effetti fin dal momento in cui esso venne emanato (si tratta di una opinione risalente quantomeno a Consiglio di Stato, sez. V, 21

luglio 1951, n. 682). La decorrenza ex tunc è connaturale alla funzione della convalida di eliminare gli effetti del vizio con un provvedimento nuovo ed autonomo. È questa la principale differenza rispetto alla rinnovazione dell'atto che invece non retroagisce per conservarne gli effetti fin dall'origine.

La retroattività della convalida trova tuttavia un importante limite nelle ipotesi in cui l'esercizio del potere sia sottoposto ad un termine perentorio, scaduto il quale anche il potere di convalida viene necessariamente meno.

7.5.– Sul piano della struttura, il legislatore conferma che la convalida ha un contenuto positivo e non si sostanzia nella mera rinuncia a far valere la potestà di auto-annullamento (come pure in passato teorizzato da alcuni autori).

Il legislatore non ha voluto tuttavia irrigidire i requisiti di forma-contenuto dell'atto: pare quindi superato quell'orientamento giurisprudenziale che, in analogia con le disposizioni del codice civile, riteneva che la convalida dovesse necessariamente contenere l'espressa menzione dell'atto da convalidare, del vizio che lo inficia, e la chiara manifestazione della volontà di eliminare il vizio.

Appare infatti sufficiente che, dal tenore complessivo, si desuma che la "causa" dell'atto è quella di dare stabilità e sicurezza a un atto invalido, in quanto la situazione, che da esso è derivata, ne richiede il consolidamento (e dunque «sussistendone le ragioni di interesse pubblico»).

La norma, analogamente a quanto disposto per l'annullamento d'ufficio, richiede che l'esercizio del potere di riesame avvenga entro un termine ragionevole. Peraltro, è interessante notare come lo stesso trascorrere del tempo possa contribuire a corroborare il legittimo affidamento del privato che dal provvedimento invalido abbia ricavato delle utilità (circostanza, come noto, ostativa all'esercizio dei poteri di auto-annullamento ai sensi dell'art. 21-*nonies*, comma 1, della legge n. 241 del 1990).

8.– Ciò posto in via generale, veniamo ora al principale nodo problematico rilevante ai fini del decidere: l'emendabilità tramite l'atto di convalida del vizio di motivazione, in termini generali e nel corso del giudizio già instaurato per il suo annullamento.

8.1.– Non si vi sono dubbi circa la possibilità di emendare i vizi di tipo formale e procedimentale, ivi compreso quello di incompetenza (relativa). Deve ritenersi possibile per la pubblica amministrazione anche di procedere alla convalida di un provvedimento non annullabile ai sensi del citato comma 2 dell'art. 21-*octies* (la cui regola si muove sul piano processuale), sebbene in tal caso l'utilità giuridica consista al più soltanto in una maggiore certezza e stabilità del rapporto amministrativo.

Non sono invece sanabili i vizi che possono definirsi “sostanziali” – derivanti cioè dall’insussistenza di un presupposto o requisito di legge, ovvero dall’irragionevolezza e non proporzionalità del decisum – rispetto ai quali la semplice dichiarazione dell’Amministrazione di volerli convalidare non può che rimanere priva di effetto.

La convalida, in questi casi, non potrebbe mai assicurare il permanere, senza alterazioni, della parte dispositiva del provvedimento su cui intende operare. Se infatti l’illegittimità attiene al contenuto dell’atto, la stessa può essere eliminata solo attraverso la sua riforma (spunti in tal senso si traggono, sia pure nel diverso contesto della c.d. fiscalizzazione dell’abuso edilizio, nella decisione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 del 2020).

8.2.– Sono così poste le basi per comprendere entro quali limiti è possibile convalidare – ossia sottrarre al rimedio dell’annullamento (e dell’auto annullamento) – il vizio di insufficiente motivazione. In particolare, va rimarcata la seguente distinzione:

i) se l’inadeguatezza della motivazione riflette un vizio sostanziale della funzione (in termini di contraddittorietà, sviamento, travisamento, difetto dei presupposti), il difetto degli elementi giustificativi del potere non può giammai essere emendato, tantomeno con un mero maquillage della motivazione: l’atto dovrà comunque essere annullato;

ii) se invece la carenza della motivazione equivale unicamente ad una insufficienza del discorso giustificativo-formale, ovvero al non corretto riepilogo della decisione presa, siamo di fronte ad un vizio formale dell’atto e non della funzione: in tale caso, non vi sono ragioni per non riconoscersi all’amministrazione la possibilità di tirare nuovamente le fila delle stesse risultanze procedimentali, munendo l’atto originario di una argomentazione giustificativa sufficiente e lasciandone ferma l’essenza dispositiva, in quanto riflette la corretta sintesi ordinatoria degli interessi appresi nel procedimento.

8.2.– Rimane il tema della convalida in corso di giudizio.

Nel vigore del modello processuale amministrativo primigenio – in cui la res litigiosa era tutta incentrata “sull’atto” –, si è sempre ritenuta ineludibile condizione di ammissibilità della convalida la circostanza che non fosse pendente l’impugnativa dell’atto da convalidare. Se infatti – si diceva – la convalida valesse ad impedire l’annullamento dell’atto invalido in pendenza di una impugnativa giurisdizionale, l’Autorità finirebbe con l’eludere le garanzie predisposte a tutela del cittadino leso dal provvedimento, il quale «ha acquisito il diritto a ottenere una decisione di annullamento del provvedimento viziato».

A tale assunto, si faceva eccezione soltanto per il caso del vizio di incompetenza in virtù dell’espressa previsione contenuta nell’art. 6, della legge n. 249 del 1968 – secondo cui: «Alla

convalida in corso di giudizio degli atti viziati di incompetenza può provvedersi anche in pendenza di gravame in sede amministrativa e giurisdizionale» – norma ritenuta dai più espressiva di un principio generale, come tale applicabile per analogia anche ad altri casi affini.

Senonché, le ragioni di tale preclusione sono totalmente venute meno nell’impianto del nuovo processo amministrativo.

8.3.– In primo luogo, al privato è oramai riconosciuta la possibilità di impugnare, mediante la proposizione di motivi aggiunti, tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti e connessi all’oggetto del ricorso stesso.

L’interessato, quindi, nel corso del medesimo giudizio, ben potrà domandare, sia l’annullamento dell’atto di convalida perché autonomamente viziato – contestandone quindi la stessa «ammissibilità» –, sia l’annullamento dell’atto come convalidato, adducendone la persistente illegittimità.

8.4.– Questa soluzione è inoltre conforme a principi di effettività e concentrazione della tutela (art. 7, comma 7, del c.p.a.), i quali postulano il massimo ampliamento del contenuto di accertamento del giudicato amministrativo. Tale canone processuale si realizza facendo confluire all’interno dello stesso rapporto processuale – per quanto possibile – tutti gli aspetti della materia controversa dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita, evitando defatiganti parcellizzazioni della medesima disputa.

Quando l’Amministrazione conserva intatto il potere di riemanare un provvedimento con dispositivo identico a quello che risulterebbe annullato per mero difetto di motivazione – in quanto il giudicato non ha potuto accertare la spettanza del provvedimento favorevole –, la combinazione di convalida (la quale può essere spontanea, ovvero occasionata da un ‘remand’ o da una richiesta di chiarimenti del giudice) e motivi aggiunti avverso l’atto di riesercizio del potere è in grado di accrescere le potenzialità cognitive dell’azione di annullamento, consentendo di focalizzare l’accertamento, per successive approssimazioni, sull’intera vicenda di potere (diversa è l’ipotesi in cui venga contestato un atto non ripetibile, giacché in tal caso, come si è detto sopra, la convalida non avrebbe effetto retroattivo).

Il predetto dispositivo di concentrazione – coniugando l’inesauribilità del potere amministrativo con il diritto di difesa – agevola entrambe le parti del giudizio, in quanto:

- consente al ricorrente una più rapida ed efficace verifica della sua possibilità di risultato vantaggioso (perseguita attraverso la deduzione di un vizio strumentale come il difetto di motivazione);

- consente all'amministrazione di evitare annullamenti del tutto «sovradimensionati» rispetto alla reale consistenza dell'interesse materiale del privato, potendo dimostrare che l'insufficiente motivazione non ha alterato la fondatezza sostanziale della decisione.

Nei procedimenti ad istanza di parte, la definizione positiva (e non parentetica) del conflitto sarà peraltro agevolata dalla nuova regola di preclusione procedimentale di cui all'art. 10-bis, della legge 241 del 1990 (come novellato dall'articolo 12, comma 1, lettera e, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120), secondo cui: «In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato».

Tale precetto che impone alla pubblica amministrazione di esaminare l'affare nella sua interezza – già nella fase del procedimento (e non solo nel processo, come la giurisprudenza già riteneva in alcune ipotesi: cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 1321 del 2019), sollevando, una volta per tutte le questioni ritenute rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati – dovrà trovare attuazione, per evidenti ragioni sistematiche (e per evitare facili aggiramenti), anche nel caso di convalida per difetto di motivazione.

8.5.– L'ammissibilità, nei limiti anzidetti, di una motivazione successiva non comporta una 'dequotazione' dell'obbligo motivazionale, sussistendo adeguati disincentivi alla sua inosservanza: sul piano individuale, perché restano ferme le ricadute negative sulla valutazione della performance del funzionario; sul piano processuale, in quanto il giudice potrà accollare (in tutto o in parte) le spese di lite all'Amministrazione che (pur non soccombente, cionondimeno) abbia con il suo comportamento dato scaturigine alla controversia.

9.– Al termine di questa ampia digressione, è possibile ora affrontare il primo motivo di appello.

9.1.– Con la prima nota del 23 settembre 2013 (oggetto del ricorso introduttivo e primi motivi aggiunti), l'Autorità comunicava alla associazione segnalante semplicemente che nella sua adunanza dell'11 settembre 2013 aveva esaminato la fattispecie segnalata e ne aveva deliberato l'archiviazione per manifesta infondatezza, ai sensi dell'art. 5, comma 1, lettera c) del «Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie». In particolare, l'Autorità, motivava tale archiviazione ritenendo che «risultano assenti gli elementi di fatto idonei a giustificare ulteriori accertamenti».

Con la successiva nota del 18 aprile 2014, l'Autorità dichiarava che, nella sua adunanza del 16 aprile 2014, aveva riesaminato la segnalazione del Codacons oggetto della decisione comunicata con la predetta nota del 23 settembre 2013, deliberando di confermare l'archiviazione della suddetta istanza per l'assenza di elementi di fatto idonei a giustificare ulteriori accertamenti.

L'Autorità, a sostegno della sua decisione, integrava l'atto di archiviazione con le seguenti ulteriori motivazioni:

i) «gli aspetti contestati nella segnalazione di cui all'oggetto, relativamente all'iscrizione dei prodotti, al controllo dei requisiti, alla ricerca di mercato e all'utilizzo del logo sono corredati da informazioni messe a disposizione dal professionista che appaiono esaustive, complete, e facilmente accessibili sul sito Internet www.prodottodellanno.it.»;

ii) «il claim “Eletto prodotto dell'anno” non assume un significato assoluto tale da far apparire il prodotto come il migliore della categoria di appartenenza attesa che la locuzione “I Consumatori premiano l'innovazione” appare idonea a contestualizzare la natura del processo di selezione adoperato volto, appunto, a premiare l'innovazione nell'ambito dell'operazione commerciale di cui si tratta»;

iii) «non si rilevano aspetti di ingannevolezza nella comunicazione commerciale avuto riguardo al logo del Ministero dello Sviluppo Economico utilizzato nel corso della Serata di Premiazione».

9.2.– Con tutta evidenza, l'integrazione della motivazione non costituisce l'esito di una rinnovata istruttoria e di valutazioni autonome e distinte rispetto a quelle esplicitate in origine. L'Autorità ha semplicemente esplicitato con maggiore chiarezza i fatti – già acquisiti al procedimento – che a suo parere escludono in radice il carattere scorretto della pratica commerciale segnalata.

9.3.– Sul piano tecnico-giuridico, non è corretta la declaratoria di improcedibilità dell'atto di archiviazione del 23 settembre 2013, in quanto la nota del 18 aprile 2014 non ha «sostituito l'archiviazione originariamente disposta con un nuovo provvedimento» (come ritenuto dal giudice di prime cure), bensì ne ha semplicemente integrato la motivazione, per convalidarne gli effetti.

9.4.– Appurata l'«ammissibilità» della convalida, resta ora da verificare la «legittimità» dell'atto di archiviazione come convalidato.

10.– Le censure di merito formulate avverso l'atto di archiviazione, come convalidato dalla delibera del 18 aprile 2014, non meritano accoglimento.

10.1.– Il comma 2 dell'art. 20 del Codice del consumo stabilisce in termini generali che una pratica commerciale è scorretta se «è contraria alla diligenza professionale» ed «è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio

che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori».

La definizione generale di pratica scorretta, come noto, si scompone in due diverse categorie: le pratiche ingannevoli (di cui agli artt. 21 e 22) e le pratiche aggressive (di cui agli artt. 24 e 25). Il legislatore ha inoltre analiticamente individuato una serie di specifiche tipologie di pratiche commerciali (le c.d. ‘liste nere’) da considerarsi sicuramente ingannevoli e aggressive (art. 23 e 26, cui si aggiungono le previsioni ‘speciali’ di cui ai commi 3 e 4 dell’art. 21 e all’art. 22-bis), senza che si renda necessario accertare la sua contrarietà alla «diligenza professionale» nonché dalla sua concreta attitudine «a falsare il comportamento economico del consumatore».

Va precisato che la disposizione di cui al citato art. 20, comma 2, non va intesa come una mera clausola “ricognitiva” delle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive – rilevante soltanto a fini interpretativi – bensì integra essa stessa una “fattispecie” di illecito, dotata di autonoma portata disciplinare, cui attingere in via residuale.

Le “pratiche commerciali scorrette”, in altre parole, costituiscono un genus unitario di illecito, i cui elementi costitutivi sono definiti dall’art. 20, comma 2. All’interno della fattispecie generale, il legislatore ha “ritagliato” – per finalità di semplificazione probatoria – due sottotipi (e all’interno di ciascuno di essi, due ulteriori fattispecie presuntive) che si pongono in rapporto di specialità (per specificazione) rispetto alla prima.

A questi fini, in ordine di successione ermeneutica:

- occorre prima stabilire se la condotta contestata possa essere inquadrata all’interno delle “liste nere” (di cui agli articoli 23 e 26): in caso di risposta positiva, la pratica dovrà qualificarsi scorretta senza che si renda necessario accertare la sua contrarietà alla «diligenza professionale» e la sua concreta attitudine «a falsare il comportamento economico del consumatore»;
- qualora la pratica non sia ricompresa in nessuna delle due fattispecie presuntive, va accertato se ricorrono gli estremi della pratica commerciale ingannevole (artt. 21 e 22) oppure aggressiva (artt. 24 e 25): in tal caso, la verifica di ingannevolezza ed aggressività integra di per sé la contrarietà alla «diligenza professionale»;
- ove i precedenti tentativi di sussunzione non risultino percorribili, non resta che ricorrere alla norma di chiusura sussidiaria di cui all’art. 20, comma 2: la mancata caratterizzazione dell’illecito in termini di ingannevolezza e aggressività, impone di accertare in concreto il grado della «specificità competenza e attenzione» che «ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti», tenuto conto delle peculiarità del caso di specie.

10.2.– Il carattere ingannevole di una pratica commerciale dipende, in primo luogo, dalla circostanza che essa non sia veritiera in quanto contenente informazioni false o che, in linea di principio, inganni o possa ingannare il consumatore medio, in particolare, quanto alla natura o alle caratteristiche principali di un prodotto o di un servizio.

La condotta omissiva, per essere considerata ingannevole, deve avere ad oggetto «informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno» per prendere una decisione consapevole (art. 22). Al riguardo, va rimarcato che, in tutte le ipotesi in cui la pratica commerciale integri gli estremi di un «invito all'acquisto» – locuzione che comprende le comunicazioni commerciali – debbono considerarsi sempre e comunque «rilevanti» le informazioni relative alle «caratteristiche principali del prodotto» (art. 22, comma 4, lettera); cfr. anche l'articolo 7, paragrafo 4, della direttiva europea). In assenza di tali informazioni, un invito all'acquisto si considera quindi ingannevole (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza del 12 maggio 2011, Ving Sverige, C-122/10, EU:C:2011:299, punto 24).

Il secondo tratto qualificante la «scorrettezza» della pratica commerciale ingannevole consiste nella sua attitudine «ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso» (artt. 21 e 22 del Codice di consumo; art. 6, paragrafo 1, della direttiva 2005/29).

Va poi rimarcato che, al fine di qualificare una pratica commerciale come scorretta, è sufficiente appurarne la potenzialità lesiva per le scelte che i consumatori devono poter porre in essere al di fuori da condizionamenti decettivi. Il bene giuridico tutelato è, infatti, la libertà di scelta (necessaria a salvaguardare il corretto funzionamento del mercato concorrenziale) e, solo indirettamente, la sfera patrimoniale del consumatore. Il divieto, non a caso, ha di mira l'«attività» e non il singolo rapporto negoziale.

10.3.– Nel caso in esame, va in primo luogo rimarcato che i messaggi diffusi dalla Società non hanno veicolato informazioni false.

Il Codacons non ha fornito riscontri concreto per corroborare la tesi secondo cui la manifestazione in esame si risolverebbe una mera finzione.

La documentazione in atti comprova che l'«elezione» del prodotto avvenisse sulla base dei punteggi attribuiti da una platea molto ampia di consumatori (circa 12.000), rappresentativi della popolazione italiana fra i 15 ed i 65 anni, chiamati a valutarne l'attrattiva e il valore d'uso.

Il carattere selettivo della procedura non è di per sé contraddetto: né dal fatto che alle imprese partecipanti venga richiesto di corrispondere, per ciascun prodotto ammesso alla manifestazione, un contributo (di partecipazione) pari ad € 2.500 o ad € 4.500 (a seconda che abbiamo meno o più 250

dipendenti ed un fatturato annuo inferiore o superiore a 50 milioni di Euro); né dal fatto che i prodotti eletti conseguono il diritto di utilizzo del Marchio “Eletto prodotto dell’Anno”, verso il pagamento di una somma forfettaria pari a € 12.500 (€ 17.500 per le sole grandi imprese). Trattasi infatti di importi volti a remunerare l’attività svolta dalla Società per l’organizzazione dell’evento, in nessun nodo collegati ai benefici economici derivanti dall’utilizzo del logo, dipendenti evidentemente dall’organizzazione e dalla capacità imprenditoriale della singola impresa selezionata.

10.4.– Sotto altro profilo, neppure è ravvisabile una scorrettezza della pratica commerciale derivante dalla sua scarsa trasparenza, intesa in termini di intelligibilità.

Vero è che le modalità grafiche ed espressive con cui gli elementi del prodotto vengono rappresentati all’interno del messaggio rientrano senza dubbio tra gli standard di chiarezza, completezza e intelligibilità degli elementi rilevanti del prodotto, la cui mancanza può integrare una omissione ingannevole, e che la trasparenza della comunicazione commerciale contribuisce ad implementare l’efficienza del mercato attraverso la riduzione delle asimmetrie informative.

Senonché, nel caso in esame, come correttamente osservato dal giudice di prime cure, la Società aveva mosso a disposizione dei consumatori e delle imprese, tutto il materiale informativo relativo all’iniziativa commerciale di cui trattasi sul proprio sito web (www.prodottodellanno.it), in ordine al significato commerciale del segno distintivo, allo svolgimento della procedura di selezione dei prodotti delle imprese partecipanti, alle modalità di utilizzo e apposizione del logo sui prodotti eletti. Tali informazioni risultavano adeguate, complete ed esaustive.

Anche i lamentati profili di ambiguità del claim “Eletto Prodotto dell’Anno” dovevano ritenersi esclusi – secondo una valutazione dell’Autorità che al Collegio pare ragionevole e proporzionata – dalla successiva locuzione «i Consumatori premiano l’innovazione», la quale segnalava chiaramente che il criterio selettivo era l’innovazione e non la bontà del prodotto in termini assoluti.

10.5.– In definitiva, le conclusioni dell’Autorità in ordine all’insussistenza di profili di ingannevolezza nella comunicazione commerciale oggetto della segnalazione (analoghe peraltro a quelle rassegnata in occasione delle precedenti due segnalazioni del Codacons, riferite ad edizioni precedenti a quella del 2013, pure archiviate dall’Autorità per assenza dei presupposti), non è affetta dai lamentati vizi di carenza e inadeguatezza dell’istruttoria.

11.– Anche i motivi con cui il Codacons censura la concessione del patrocinio e dell’emblema del Ministero dello sviluppo economico – adducendo che non sarebbero consentiti in ragione del carattere lucrativo dell’iniziativa – non possono essere accolti.

11.1.– Una volta esclusa l’ingannevolezza della manifestazione, ogni considerazione relativa ai presupposti per la concessione del patrocinio del Ministero dello sviluppo economico appare priva di rilevanza.

Trattandosi peraltro di un aspetto che – oltre a costituire oggetto di impugnazione in un diverso giudizio già definito con il rigetto in primo grado (sentenza del T.a.r. del Lazio n. 7537 del 2018, per la quale pende l’appello n. 1251 del 2019) – non interferisce in alcun modo sulla nozione di pratica commerciale scorretta, la questione esula dai poteri valutativi dell’Autorità e, quindi, dal thema decidendum del presente gravame.

12.– Anche l’ultima censura – secondo cui taluni prodotti premiati nel corso della manifestazione sarebbero privi del carattere dell’innovatività e presenterebbero caratteristiche pericolose per la salute – non può essere accolta.

12.1.– Come rilevato dal giudice di primo grado, tale assunto, «oltre a non essere supportata da adeguate evidenze probatorie», non è comunque «rilevante rispetto all’analisi demandata all’Autorità».

L’esposto del CODACONS censurava l’ingannevolezza della manifestazione “eletto prodotto dell’anno” e non dei singoli prodotti in competizione. Non spettava certo all’organizzatore della selezione verificare la veridicità delle caratteristiche dei prodotti poi concretamente immessi sul mercato dalle imprese selezionate (del tutto autonome dall’organizzatore) e se questi rispettassero il quadro regolatorio previsto per la specifica categoria merceologica di appartenenza.

A ciò si aggiunge, per completezza, che – come eccepito dalla Società senza specifica contestazione di controparte – tutte le circostanze citate dall’appellante sono successive ai fatti di causa che, come detto, attengono alle archiviazioni disposte nel 2014.

13.– Per le ragioni che precedono, l’appello è infondato e va respinto.

13.1.– Le spese di lite del secondo grado devono compensarsi in considerazione del fatto che il ricorso originario è stato inizialmente sollecitato dal difetto di motivazione dell’archiviazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull’appello n. 3739 del 2018, come in epigrafe proposto, lo respinge. Compensa le spese di lite del secondo grado di lite.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 marzo 2021 con l’intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere
Oreste Mario Caputo, Consigliere
Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Dario Simeoli

IL PRESIDENTE

Sergio Santoro

IL SEGRETARIO