

**NOTA A CONSIGLIO DI STATO - ADUNANZA PLENARIA**

**SENTENZA 23 febbraio 2018, n. 2**

**A cura di MAURO CANTONE**

*L'Adunanza Plenaria tra funzione nomofilattica e funzione decisoria: enunciazione del principio di diritto e definizione integrale della controversia*

**Premessa**

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2 del 23 febbraio 2018, chiarisce il significato dell'art. 99 co. 4 c.p.a. e precisa i rapporti tra funzione nomofilattica e funzione decisoria, di integrale definizione della controversia, riconosciute all'Alto Consesso della giustizia amministrativa

Al fine di una piena comprensione del significato e della portata della sentenza occorre esporre i fatti che hanno portato all'ordinanza di rimessione.

La vicenda trae origine dal ricorso per revocazione proposto dalla concorrente seconda classificata in una procedura di evidenza pubblica per l'appalto alcuni lavori.

L'istanza di revocazione richiesta è motivata dall'asserito contrasto tra una precedente sentenza definitiva resa dall'Adunanza plenaria - sentenza n. 9 del 2015, che secondo la ricorrente avrebbe fra le parti l'autorità della cosa giudicata - e la sentenza n. 1448 del 2016, resa dalla Sez. IV del Consiglio di Stato.

Tanto premesso, è opportuno ripercorrere le dinamiche processuali che hanno portato alla pronuncia in commento.

## **La vicenda**

Nell'ottobre del 2013 la Società A. V. s.p.a. ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento dei lavori di sostituzione di una barriera architettonica spartitraffico presente sull'autostrada A5.

All'esito delle procedure di gara il R.T.I. con capogruppo M. s.p.a. è stato dichiarato aggiudicatario definitivo, mentre la società S. s.r.l. si è classificata seconda.

La S. ha quindi proposto ricorso avanti al T.A.R. della Valle d'Aosta chiedendo l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto al R.T.I. deducendo un vizio di illegittimità nell'ammissione alla gara del gruppo di M.

Infatti, secondo la ricorrente, l'aggiudicatario aveva dichiarato di volere subappaltare i lavori completamente le opere ma aveva ommesso di indicare il nominativo del subappaltatore.

Giova precisare che nel caso di specie ricorre un'ipotesi di subappalto cd. "necessario": l'appaltatore è carente dei requisiti necessari per realizzare l'opera e, pertanto, decide di subappaltarle la prestazione a un'altra impresa, quest'ultima effettivamente in possesso dei requisiti e delle capacità necessarie.

È intuitivo come il subappalto necessario vada contrapposto al subappalto ordinario o cd. "facoltativo": in tale ultima ipotesi l'appaltatore possiede i requisiti e le capacità tecnico-operative ed economiche per l'esecuzione della prestazione ma decide comunque e secondo discrezionalità di subappaltare l'esecuzione ad altra impresa.

Il Tar adito ha accolto il ricorso (con sent. n. 18 del 2015) e ha aderito a quell'orientamento secondo cui va esclusa dalla gara pubblica l'impresa che, priva dei requisiti necessari per eseguire l'opera, non abbia indicato contestualmente alla presentazione dell'offerta sia il proprio intento di fare ricorso al subappalto sia il soggetto subappaltatore.

La M- s.p.a. ha appellato la decisione di primo grado motivando il ricorso sostanzialmente sulla base di due motivi: in primo luogo ha sostenuto l'inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione del bando di gara nei termini di legge; in secondo luogo ha lamentato la violazione dell'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ("Codice dei contratti pubblici") in tema di soccorso istruttorio.

La IV Sezione del Consiglio di Stato ha sospeso il giudizio e ha rimesso all'Adunanza plenaria le due seguenti questioni.

La prima relativa alla sussistenza o meno dell'obbligo di indicazione nominativa del subappaltatore già in sede di offerta, e non solo durante la fase esecutiva, in caso di subappalto c.d. "necessario" (*"la Quarta Sezione di questo Consiglio ha sospeso il giudizio e ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione relativa alla sussistenza o meno dell'obbligo di indicazione nominativa del subappaltatore in sede di offerta in caso di subappalto c.d. 'necessario'"*). La seconda con riferimento alla possibilità di ricorrere al rimedio del soccorso istruttorio per evitare l'esclusione del concorrente che non abbia assolto l'onere di indicazione, in sede di offerta, dei costi per gli oneri di sicurezza aziendale (*"La Sezione ha inoltre rimesso all'Adunanza plenaria l'ulteriore questione "se, in relazione all'obbligo di indicazione in sede di offerta dei costi per gli oneri di sicurezza aziendale, affermato anche per gli appalti di lavori dalla sentenza nr. 3 del 2015, sia del pari possibile, per le procedure nelle quali la fase di presentazione delle offerte si sia esaurita anteriormente al ridetto pronunciamento, ovviare all'eventuale omissione attraverso il rimedio del c.d. soccorso istruttorio, e quindi invitando il concorrente interessato a integrare o precisare la dichiarazione carente"*).

L'Adunanza plenaria, con la sentenza n. 9 del 2015, ha escluso che la normativa vigente *illo tempore* (D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) in caso di subappalto c.d. "necessario" debba essere interpretata nel senso di imporre al concorrente, a pena di esclusione, di dichiarare sia di voler subappaltare le prestazioni sia di indicare il nome del subappaltatore.

Inoltre, la Plenaria ha escluso che, per le procedure indette anteriormente alla decisione n. 3 del 2015, le imprese che abbiano omesso l'indicazione in sede di offerta degli oneri per la sicurezza cc.dd. "interni o aziendali" possano ricorrere al rimedio del soccorso istruttorio.

Dopo la pronuncia n. 9 del 2015, la Plenaria ha restituito la causa alla Sezione remittente.

Con la sentenza 13 aprile 2016, n. 1448 la IV Sezione ha quindi respinto l'appello della M. s.p.a., ma ha ammesso una nuova valutazione da parte della stazione appaltante dell'offerta della M. s.p.a.

Il Consiglio di Stato, quale giudice dell'appello, non ha ritenuto che la M. s.p.a. andasse esclusa per l'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza cc.dd. "interni o aziendali" (e quindi, per le ragioni su cui si erano incentrate le sentenze di questa Adunanza plenaria nn. 3 e 9 del 2015).

Il Consiglio di Stato ha invece censurato la condotta della stazione appaltante, rea di non avere svolto la verifica di anomalia in relazione alle indicazioni fornite dalla M. s.p.a. in ordine agli oneri di sicurezza.

Nello specifico il Consiglio di stato ha sostenuto che *"la ricorrente in primo grado (la S. s.r.l.) aveva stigmatizzato non già la mancata esclusione in via preliminare dell'offerta del R.T.I. controinteressato, a causa della mancata indicazione degli oneri della sicurezza, bensì l'inadeguatezza della verifica di anomalia dell'offerta risultata aggiudicataria provvisoria, a cagione della mancata considerazione dei predetti oneri fra le voci in tale sede esaminate"*.

La sentenza del giudice dell'appello ha quindi stabilito l'obbligo per la stazione appaltante, a seguito dell'annullamento, di rivalutare in concreto l'offerta della M. s.p.a.

Con la medesima sentenza il Consiglio di Stato ha altresì respinto l'appello incidentale proposto dalla S. s.r.l.

Quest'ultima ha quindi presentato istanza al Consiglio di Stato per la revocazione della richiamata sentenza n. 1448 del 2016 per contrasto con la precedente sentenza n. 9 del 2015 dell'Adunanza plenaria: secondo la ricorrente la decisione della Plenaria avrebbe fra le parti l'autorità della cosa giudicata.

La società ricorrente ha specificamente lamentato i seguenti vizi della sentenza di appello:

*"a) errori di fatto revocatori (rilevanti ai sensi degli artt. 106 c.p.a. e 395, n. 4), c.p.c.) per travisamento della materia del contendere, per errore di fatto processuale, per errore sull'oggetto del ricorso di primo grado e sul contenuto della memoria di riproposizione dei motivi già articolati in primo grado"*;

*“b) errore di fatto revocatorio (rilevante ai sensi degli artt. 106 c.p.a. e 395, n. 5), c.p.c.) per contrarietà della sentenza con altra resa tra le stesse parti (e, in particolare, per contrarietà con le statuizioni rese da questa Adunanza plenaria con la sentenza n. 9 del 2015)”*.

La S. s.r.l. ha altresì domandato l'accertamento del proprio diritto a ottenere l'aggiudicazione della gara.

Con ordinanza 31 luglio 2017, n. 3805 la IV Sezione del Consiglio di Stato ha nuovamente sospeso il giudizio e ha rimesso all'Adunanza plenaria alcune questioni interpretative inerenti la richiamata decisione del 2015.

#### **La sentenza dell'Adunanza plenaria n. 2 del 2018.**

Con la decisione in commento l'Adunanza plenaria risponde all'ordinanza di rimessione della Sez. IV del Consiglio di Stato e ai suoi quesiti.

Segnatamente il giudice remittente ha chiesto:

*“(...) 10.1. In primo luogo, il Collegio ritiene opportuno che l'Adunanza plenaria affermi se, ed in quale misura, ai principi da essa enunciati possa applicarsi l'“autorità di cosa giudicata”, e, dunque, in quale misura con riferimento a detto principio, possa ricorrere l'ipotesi revocatoria, di cui all'art. 395 n. 5 c.p.c., una volta che lo stesso risultasse “non applicato” dalla Sezione, che non ha invece disposto ai sensi dell'art. 99, co. 3, Cpa.*

*Allo steso tempo (ed in eventuale connessione con l'affermazione innanzi sollecitata), il Collegio reputa opportuno che l'Adunanza plenaria affermi, in via generale, se l'interpretazione del principio di diritto da essa enunciato, ove ne sia in discussione la “portata” compete alla medesima Adunanza plenaria, cui il giudice remittente, ove abbia perplessità (ex officio o a ciò sollecitato dalle parti), è tenuto a rimettere la questione, ovvero se tale interpretazione possa essere*

*svolta dalla stessa Sezione cui è assegnato il ricorso, esulando tale fattispecie dall'obbligo di cui all'art. 99, co. 3, Cpa.*

*A favore della prima conclusione, milita la considerazione che, diversamente opinando, la interpretazione resa "a valle" dalla Sezione semplice potrebbe incidere sul contenuto precettivo e nomofilattico del principio enunciato dall'Adunanza plenaria.*

*A favore della seconda conclusione, militano considerazioni volte ad evitare un eccessivo "ingessamento" del rapporto tra Adunanza plenaria e Sezione semplice, che comporterebbe sia una incisione sensibile dei normali poteri di interpretazione del giudice di rinvio, sia la possibilità di appesantimenti processuali, dovuta a reiterate "navette" tra Sezione ed Adunanza Plenaria.*

*10.2. In secondo luogo, e con riferimento al caso concreto, il Collegio ritiene che l'Adunanza plenaria possa chiarire se, con l'affermazione del secondo principio di diritto di cui alla propria sentenza n. 3/2015 ed alla luce della formulazione dell'ordinanza di rimessione, abbia inteso definire il motivo di ricorso di Safital, da questa riproposto in appello (relativo alla mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale), ovvero abbia inteso enunciare un "principio di diritto", ai sensi dell'art. 99, co. 4, Cpa.*

Il che, secondo la Sezione remittente, comporta definire:

*- "se l'Adunanza plenaria, nell'enunciare il principio di diritto in esame, lo abbia inteso applicabile al motivo di ricorso Safital, intendendolo già esaminato (interpretato) e conseguentemente prospettato dal giudice remittente, il che – una volta enunciato il principio – non renderebbe possibile alcuna ulteriore attività interpretativa del motivo da parte della Sezione semplice (come invece avvenuto con la sentenza n. 1448/2016)";*

- *“ovvero se l’Adunanza plenaria abbia ritenuto di enunciare solo un “astratto” principio di diritto, lasciando poi al giudice remittente (cui il giudizio è restituito) ogni interpretazione in concreto del motivo di ricorso, cui tuttavia applicare il principio da essa enunciato”.*

Nel rispondere ai quesiti la Plenaria innanzitutto li scompone e li riordina in quattro interrogativi e, specificamente:

*“(…) 2.1. In primo luogo è stato chiesto di stabilire se alla richiamata sentenza n. 9 del 2015 e - più in generale - ai principi di diritto sanciti da questa Adunanza plenaria possa essere riconosciuta l’autorità della cosa giudicata in relazione alla controversia nel cui ambito sono stati resi.*

*2.2. In secondo luogo è stato chiesto di chiarire se l’interpretazione di un principio di diritto reso da questa Adunanza plenaria, ove ne sia in discussione la stessa portata, spetti alla medesima Adunanza ovvero se tale attività interpretativa possa essere rimessa alla Sezione cui è assegnato il ricorso, esulando tale fattispecie dagli obblighi di ulteriore rimessione di cui è menzione all’articolo 99, comma 3 del cod. proc. amm.*

*2.3. In terzo luogo è stato chiesto di chiarire se, nell’enunciare il secondo principio di diritto di cui alla sentenza n. 9 del 2015, (relativo all’ammissibilità del soccorso istruttorio per mancata indicazione degli oneri per la sicurezza laddove la presentazione delle offerte in gara sia avvenuta prima della pubblicazione della sentenza n. 3 del 2015), questa Adunanza plenaria abbia inteso definire con valenza di giudicato il relativo motivo proposto dalla Safital s.r.l., ovvero se “abbia inteso enunciare un ‘principio di diritto’, ai sensi dell’art. 99, co. 4, Cpa”.*

*2.4. In quarto luogo è stato chiesto a questa Adunanza plenaria di chiarire se, nel rendere il secondo dei principi di diritto di cui alla sentenza n. 9 del 2015 (dinanzi richiamato sub 2.3), “lo abbia ritenuto applicabile al motivo di ricorso Safital (...) ovvero se l’Adunanza Plenaria abbia*

*ritenuto di enunciare solo un “astratto” principio di diritto, lasciando poi al giudice remittente (cui il giudizio è restituito) ogni interpretazione in concreto del motivo di ricorso, cui tuttavia applicare il principio da essa enunciato”.*

Nel rispondere ai quesiti il Supremo Consesso chiarisce il significato dell'art. 99 c.p.a, con particolare riferimento a quanto disposto dal comma 4.

Per ragioni di ordine logico, la motivazione della Plenaria esamina innanzitutto i punti sub 2.3 e 2.4: l'Alto Consesso della Giustizia amministrativa precisa *“che la statuizione resa con la sentenza di questa Adunanza plenaria n. 9 del 2015 in ordine all'esperibilità del soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri per la sicurezza cc.dd. ‘interni o aziendali’ rappresenti soltanto l'enunciazione di un principio di diritto ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm.”.*

Cosa vuole intendere la Plenaria quando afferma che *“la statuizione resa con la sentenza di questa Adunanza plenaria (...) rappresent(a) soltanto l'enunciazione di un principio di diritto ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm.”?*

Orbene, secondo quanto disposto dall'art. 99, co. 4, c.p.a.: *“L'adunanza plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente”.*

Il comma appena riportato prevede espressamente ed esclusivamente due alternative: o la definizione della controversia da parte della stessa Adunanza plenaria o l'enunciazione di un principio di diritto, con restituzione per il resto al giudice a quo.

Nella prima ipotesi la Plenaria accoglie il ricorso e decide essa stessa la controversia, senza necessità di restituire la causa e di rinviare la decisione al giudice remittente.

Trattandosi di una decisione giurisdizionale, la sentenza è idonea a formare giudicato.

Giova evidenziare come tale circostanza sia analoga a quanto previsto dall'ultima parte dell'art. 384, co. 2, c.p.c. ai sensi del quale “la Corte, quando accoglie il ricorso, cassa la sentenza rinviando la causa ad altro giudice, il quale deve uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte, ovvero decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto”.

Nella seconda ipotesi, invece, il Supremo Consesso non decide la controversia, ma statuisce un astratto principio di diritto vincolante per il giudice remittente, cui è restituita la controversia.

Anche in questo caso è possibile apprezzare il paragone con quanto accade avanti la Corte di Cassazione: secondo quanto previsto dalla prima parte dell'art. 384, co. 2, c.p.c. “la Corte, quando accoglie il ricorso, cassa la sentenza rinviando la causa ad altro giudice, il quale deve uniformarsi al principio di diritto e comunque a quanto statuito dalla Corte (...)”.

Va invece esclusa una terza ipotesi - che peraltro sembra essere suggerita nell'ordinanza di rimessione - consistente nella possibilità di modulare l'enunciazione del principio di diritto in maniera più o meno astratta a seconda del grado di attinenza, di aderenza, alla controversia giudiziale.

La sentenza in commento respinge una tale interpretazione del co. 4 e paventa i rischi che deriverebbero, per la garanzia della funzione nomofilattica, da un suo eventuale accoglimento: infatti, secondo la Plenaria n. 2 del 2018, laddove si ammettesse la possibilità, di articolare l'enunciazione del principio di diritto secondo livelli diversi di astrattezza, verrebbe sacrificata proprio quell'esigenza di certezza del diritto e prevedibilità della legge che il giudice della nomofilachia deve assicurare.

Ne segue che, una volta enunciato il principio di diritto, il giudice remittente dovrà applicarlo, contestualizzandolo alla peculiarità della fattispecie concreta.

Il principio di diritto è astratto, così come astratta è la norma giuridica; l'effetto giuridico, previsto dall'applicazione del principio o della norma, si produce solo quando nella realtà concreta si verifica un fatto conforme (al principio o alla norma medesima).

È infatti opportuno considerare che il principio di diritto costituisce una regola giuridica; regola cui il giudice remittente dovrà attenersi nel decidere il caso di specie.

Vanno quindi escluse *“forme di sostanziale ibridazione fra l'enunciazione di un principio e la definizione di una vicenda puntuale”*.

Dopo avere fornito risposta ai quesiti sub 2.3 e 2.4, la sentenza passa a esaminare le questioni sub 2.1 e 2.2.

La Plenaria chiarisce se ai principi di diritto da essa enucleati ai sensi dell'art. 99, co. 4, c.p.a. possa essere riconosciuta l'autorità della cosa giudicata in relazione alla controversia nel cui ambito essi siano stati resi.

L'Adunanza Plenaria smentisce una tale possibilità.

Il giudicato, come noto, costituisce un provvedimento decisorio divenuto incontrovertibile, dotato del carattere della definitività.

Di giudicato si parla nelle due note accezioni: giudicato formale e giudicato sostanziale.

Utilizzando come riferimenti codicistici alcune norme del c.c. e del c.p.c. – ma che contengono delle categorie di diritto valide ed esportabili in ogni ramo del diritto processuale civile, penale, o amministrativo - il giudicato formale è dato dalla decisione *“che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per Cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'art. 395 c.p.c.”* (così l'art. 324 c.p.c.); il giudicato sostanziale rappresenta invece la regola giudiziale che il giudice impone alle parti: ai sensi dell'art. 2909 c.c. è cosa giudicata *“l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato [che] fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi e aventi causa”*.

Il giudicato, complessivamente inteso, mira ad assicurare l'incontrovertibilità della decisione giudiziale sancendone l'immutabilità degli effetti, con ciò rispondendo ad esigenze di certezza del diritto, di stabilità e sicurezza degli effetti giuridici.

Infatti, per quanto dogmaticamente discutibile, è suggestiva la concezione di certa dottrina che indica nel giudicato la regola, la norma, imposta dal giudice alle parti: come il contratto ex artt. 1321 e 1372 c.c. ha forza di legge tra le parti, nella misura in cui rappresenta la legge voluta dalle parti, così la sentenza passata in giudicato rappresenta la "norma" imposta dal giudice alle parti.

Nessuno dei riferiti caratteri è riscontrabile nel principio di diritto enunciato ai sensi dell'art. 99, co. 4 c.p.a.

La stessa sentenza n. 2 del 2018 dell'Adunanza plenaria osserva che l'enunciazione del principio non determina nei confronti della Sezione remittente un vincolo di giudicato: *"l'enunciazione da parte dell'Adunanza plenaria di un principio di diritto nell'esercizio della propria funzione nomofilattica non integra l'applicazione alla vicenda per cui è causa della regula iuris enunciata e non assume quindi i connotati tipicamente decisorii che caratterizzano le decisioni idonee a far stato fra le parti con l'autorità della cosa giudicata con gli effetti di cui all'articolo 2909 cod. civ. e di cui all'articolo 395, n. 5) c.p.c."*

E ancora: *"fra tali effetti [che derivano dall'enunciazione di un principio di diritto, n.d.r.] non è annoverabile quello (proprio delle statuizioni assistite dalla forza del giudicato) di far stato fra le parti e di costituire parametro di difformità rilevante ai sensi dell'articolo 395, n. 5), c.p.c."*

Inoltre, valgono le medesime considerazioni precedentemente esposte: il principio di diritto, per la sua natura astratta e generale, richiede un'ulteriore attività di contestualizzazione in relazione alle peculiarità della vicenda concreta oggetto della controversia; attività che spetta alla Sezione remittente. Esso, pertanto, non è idoneo, di per sé, ad acquisire valore di giudicato.

In definitiva, il criterio per chiarire i rapporti tra la funzione nomofilattica e la funzione decisoria dell'Adunanza plenaria è già contenuto nell'art. 99 c.p.a.

I primi tre commi della norma confermano il tradizionale ruolo di giudice della nomofilachia in capo alla Plenaria.

- Al comma 1 è disposto che: *“La sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'adunanza plenaria. L'adunanza plenaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può restituire gli atti alla sezione”*.
- Al comma 2: *“Prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali.*
- Il comma 3 invece prevede che: *“Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.*

Proprio con quest'ultima previsione il legislatore rafforza la funzione nomofilattica svolta dall'Adunanza plenaria.

Con la previsione dell'art. 99, co. 3, c.p.a. il legislatore replica quanto già previsto per il processo civile.

Dopo la riforma introdotta con d. lgs. n. 40 del 2006 (*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica*) l'art. 374, co. 3, c.p.c. prevede infatti l'obbligo di rimessione del ricorso alle Sezioni Unite nel caso di non condivisione del principio di diritto da parte della sezione semplice.

La medesima previsione è stata poi introdotta nel processo penale con la legge n. 103 del 2017 e il nuovo art. 618, co. 1 bis, c.p.p.

- Inoltre, al comma 5: *“Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato”*.

Viene qui in rilievo la possibilità di enunciare un principio di diritto nell'interesse della legge e non ai fini della decisione della controversia.

L'Adunanza plenaria svolge il compito di giudice della nomofilachia sebbene il ricorso venga dichiarato irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero viene dichiarata

l'estinzione del giudizio; inoltre la pronuncia dell'Adunanza plenaria non produce alcun effetto sul provvedimento impugnato.

Il comma 4 riconosce funzione decisoria all'Adunanza plenaria.

Il comma 4 prevede che: *“L'adunanza plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente”*.

L'analisi completa della norma induce a ritenere che con il codice del processo amministrativo il legislatore abbia inteso confermare la capacità nomofilattica della Plenaria ma, allo stesso tempo, abbia voluto emancipare l'esercizio della funzione nomofilattica dalla funzione strettamente decisoria della controversia.

Le due funzioni possono quindi essere esercitate contestualmente ovvero essere autonomamente.

Con specifico riferimento alle ipotesi in cui la funzione nomofilattica è svincolata dalla funzione decisoria è possibile distinguere tra i casi in cui:

- 1) La Plenaria enuncia un principio di diritto ma non definisce la controversia; restituisce quindi il giudizio al giudice remittente il quale, nel decidere la *res litigiosa*, dovrà contestualizzare e applicare il principio enucleato dall'Alto Consesso (art. 99, co. 4 c.p.a.)
- 2) La Plenaria enuncia un principio di diritto nel solo interesse della legge e non ai fini della decisione della controversia (art. 99, co. 5, c.p.a.)

Le ultime due ipotesi, secondo quanto statuito dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 2 del 2018, confermano la tesi che nega il riconoscimento dell'autorità del giudicato alle pronunce con cui l'Adunanza plenaria si sia limitata a enunciare un principio di diritto senza definire nel merito l'intera controversia.

Nelle ipotesi di cui all'articolo 99, co. 4 c.p.a., seconda parte, è infatti il giudice remittente che torna a essere investito della funzione decisoria.

Secondo la sentenza in commento, *“l'unico vincolo per il giudice remittente è quello di cui al precedente comma 3: l'obbligo di rimettere all'Adunanza plenaria la decisione del ricorso in caso di mancata condivisione di un principio di diritto dalla stessa enunciato)”*.

Parimenti, nell'ipotesi di cui all'art. 99, co. 5, c.p.a., il principio di diritto enucleato dalla Plenaria non è idoneo a formare giudicato nella misura in cui è enunciato nell'interesse della legge.

La tesi dell'inidoneità del principio di diritto a formare giudicato è peraltro condivisa anche nel processo civile dalla giurisprudenza della Corte di cassazione con riferimento alle sentenze di legittimità che enunciano principi di diritto ai sensi dell'art. 384 c.p.c.: *“E' stato stabilito al riguardo che le sentenze di cassazione con rinvio non costituiscono giudicato, potendosi quest'ultimo formare soltanto sulla sentenza che decide definitivamente la causa nel merito”* (ex multis: Cass. Civ., 12 settembre 2014, n. 19301; id., 12 agosto 2012, n. 13873).

E inoltre, sempre secondo la Corte di Cassazione: *“(...) il giudicato può formarsi soltanto sui capi della sentenza aventi contenuto decisorio e non anche sui principi di diritto autonomamente considerati* (in tal senso: Cass. Civ., 20 ottobre 2010, n. 21561).

Così affermata l'inidoneità del principio di diritto a formare giudicato, la sentenza n. 2 del 2018 affronta l'ultimo quesito, rubricato sub 2.2.

Per comodità espositiva giova ricordare che la IV Sezione *“ha domandato (...) se l'interpretazione di un principio di diritto reso da questa Adunanza plenaria, laddove ne sia in discussione la stessa portata, spetti alla medesima Adunanza ovvero se tale attività interpretativa possa essere rimessa alla Sezione cui è assegnato il ricorso, esulando tale fattispecie dagli obblighi di ulteriore rimessione di cui è menzione all'articolo 99, comma 3 del cod. proc. amm.”*

La risposta della Plenaria è semplice ma non banale.

Innanzitutto il Supremo Consesso evidenzia come qualunque operazione di applicazione di una norma astratta o *regula iuris* al caso concreto postuli un'attività *lato sensu* interpretativa.

Ciò vale anche nel caso di applicazione da parte del giudice remittente di un principio di diritto enunciato dalla Plenaria.

L'attività di sussunzione del caso concreto alla regola generale è ciò che caratterizza l'attività giurisdizionale e la scelta legislativa è precisa: assegnare la funzione di Giudice della nomofilachia – che formula l'astratto principio di diritto – all'Adunanza plenaria; riservare al giudice del rinvio la contestualizzazione della *regola iuris* e la definizione della controversia.

Se così non fosse *“ogni questione di diritto potrebbe dare luogo a un numero indefinito di rinvii interpretativi dal primo [il giudice remittente] al secondo [l'Adunanza plenaria], così come*

*indefinibile a priori è il numero delle ulteriori questioni interpretative che l'enunciazione di una regula iuris(per chiara che sia) è idonea a determinare”.*

In conclusione l'Adunanza plenaria, con la sentenza n. 2 del 2018, enuncia i seguenti principi di diritto:

*(...)7.1. L'enunciazione di cui al punto 5.b) della parte in diritto della sentenza di questa Adunanza Plenaria n. 9 del 2015 non presenta carattere decisorio ma rappresenta l'enunciazione di un principio di diritto ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. .*

*7.2. L'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. deve essere inteso nel senso di rimettere all'Adunanza plenaria la sola opzione fra l'integrale definizione della controversia e l'enunciazione di un principio di diritto, mentre non è predicabile (per ragioni sia testuali, che sistematiche) l'ulteriore distinzione in principi di diritto di carattere astratto e principi maggiormente attinenti alle peculiarità del caso concreto.*

*7.3. Ai principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. non può essere riconosciuta l'autorità della cosa giudicata.*

*7.4. L'attività di contestualizzazione e di sussunzione del principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. in relazione alle peculiarità del caso concreto spetta alla Sezione cui è rimessa la decisione del ricorso.*