

L'Adunanza plenaria arricchisce la casistica delle ipotesi di rinvio degli atti alla sezione ex art. 99, comma 1, ultimo periodo c.p.a.

**Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, ordinanza 11 maggio 2018, n. 7 – Pres. Pajno, Est. Lageder**

**Giustizia amministrativa – Consiglio di Stato – Adunanza plenaria – Restituzione degli atti alla sezione – Presupposti**

*Devono essere restituiti gli atti alla sezione rimettente qualora all'Adunanza plenaria sia precluso, a causa della decisione di aspetti pregiudicanti della fattispecie, l'esame incondizionato della questione deferita (nella specie, se spetti, in caso di affidamento diretto, senza gara, di un appalto, il risarcimento danni per equivalente derivante da perdita di chance ad una impresa concorrente che avrebbe potuto concorrere quale operatore del settore economico) (1).*

(1) I.- La questione era stata rimessa dalla sentenza non definitiva della V Sezione del Consiglio di Stato 11 gennaio 2018, n. 118 (oggetto della News US in data 17 gennaio 2018 cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza).

L'Adunanza plenaria contribuisce a definire i presupposti applicativi della norma sancita dall'art. 99, comma 1, ultimo periodo, c.p.a. secondo cui <<L'adunanza plenaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può restituire gli atti alla sezione.>>.

II.- Queste le ragioni che, nel caso concreto, hanno indotto la Plenaria a restituire gli atti alla Sezione:

- a) la questione rimessa si riferisce non solo alla possibilità di astratta risarcibilità della *chance* alla stregua delle differenti teorie "ontologica" e "eziologica", bensì ad una serie di aspetti pregiudicanti relativi, in particolare, alla natura giuridica del danno da perdita di *chance* ed agli elementi identificativi della fattispecie;
- b) la sentenza non definitiva, secondo la logica propria di tale categoria di decisioni, si è già pronunciata su taluni di questi aspetti pregiudicanti (in particolare nesso di causalità, consistenza della *chance* di aggiudicazione, ricorso alla figura della gara virtuale);
- c) conseguentemente <<la pronuncia dell'Adunanza plenaria, da una parte, potrebbe inammissibilmente interferire con profili già esaminati dalla Sezione con la sentenza non definitiva; dall'altra, potrebbe risultare in qualche modo condizionata dalle chiavi ricostruttive utilizzate dalla Sezione e dalle scelte già operate con sentenza, così escludendo la possibilità stessa di un esame approfondito dei quesiti prospettati non condizionato da tali

*scelte. Verrebbe, in tal modo, esclusa la possibilità dell'affermazione di un principio di diritto conseguente ad un esame pieno delle fattispecie>>.*

Sul punto la Plenaria non fa che trarre le coerenti conseguenze da quanto già stabilito in sue precedenti pronunce nella parte in cui hanno dovuto prendere atto della intervenuta formazione di un giudicato interno su questioni, motivi o eccezioni decise dalla sezione rimettente (cfr. da ultimo Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 18, in *Foro it.*, 2016, III, 579; *Dir. proc. amm.*, 2016, 1133, con nota di LATTANZI, nonché oggetto della News US in data 19 agosto 2016, secondo cui << È precluso l'esame da parte dell'adunanza plenaria della richiesta di rimessione in termini per errore scusabile, quando su tale richiesta si sia pronunciata già l'ordinanza di rinvio all'adunanza plenaria, rigettandola>>).

III.- E' interessante notare come, nella vigenza dell'art. 99 c.p.a., gli atti siano stati restituiti alla sezione rimettente nei seguenti (invero rari) casi:

- d) per consentire alla sezione rimettente (nella specie Sezione VI, ordinanza 5 luglio 2017, n. 3319 oggetto della News US in data 12 luglio 2017) di prendere in esame documenti depositati successivamente alla rimessione e tali da rendere il quesito inattuale ovvero da costringere la Adunanza plenaria a pronunciare su quesiti non formulati (ordinanza 21 novembre 2017 n. 10);
- e) per evitare che la Plenaria si pronunci sulla medesima causa pendente o in via di instaurazione presso le Sezioni unite della Corte di cassazione (ordinanza 28 luglio 2017, n. 4, in *Foro it.*, 2018, III, 24, con nota di SIGISMONDI, nonché oggetto della News US in data 1 agosto 2017);
- f) per far risolvere alla sezione rimettente una questione pregiudiziale inerente all'ammissibilità dell'appello (ordinanza 29 luglio 2013, n. 18, in *Riv. amm.*, 2013, 714 (m), secondo cui <<La questione di diritto riguardante l'attuale esistenza o meno - a seguito dell'entrata in vigore del t.u. sugli espropri - della regola secondo cui va intesa come abdicazione del diritto di proprietà la proposizione di una domanda risarcitoria (questione rimessa d'ufficio all'esame dell'adunanza plenaria da parte del consiglio di giustizia della regione siciliana) non va decisa qualora in sede d'appello l'oggetto del contendere risulti solo il quantum del risarcimento dovuto all'originario ricorrente, sicché vanno restituiti gli atti al giudice rimettente, affinché verifichi se solo per la prima volta in appello l'amministrazione abbia contestato che vi sia stata una irreversibile trasformazione delle aree da essa occupate>>).

IV.- Nel vigore della precedente disciplina - (artt. 45, t.u. 26 giugno 1924 n. 1054, 73 e ss. r.d. 17 agosto 1907, n. 642) che imponeva alla Plenaria di decidere tutte le questioni sottese alla controversia rimessa dalla sezione - si rinvennero quattro innovative pronunce del medesimo consesso (sostanzialmente prodromiche della norma sancita dal più volte

menzionato ultimo periodo dell'art. 99, comma 1, c.p.a.) che hanno disposto, *praeter legem*, la restituzione degli atti alla sezione.

Si tratta delle seguenti ordinanze:

- nn. 5, 7 e 8 del 30 luglio 2008 (rese sulle ordinanze di rimessione della V Sezione, nn. 1337, 1339 e 1340 del 28 marzo 2008), che hanno restituito gli atti alla Sezione ritenendo infondato il dubbio sollevato in merito al difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere delle controversie aventi ad oggetto il riparto delle spese di ricovero ospedaliero fra gli enti pubblici di settore;
- n. 4 del 30 luglio 2008 (resa sulla ordinanza di rimessione della V Sezione n. 1338 del 28 marzo 2008), che ha restituito gli atti alla Sezione ritenendo formato il giudicato interno sulla affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere delle controversie aventi ad oggetto il riparto delle spese di ricovero ospedaliero.

In conseguenza della restituzione degli atti alla Sezione, quest'ultima ha dovuto decidere le controversie nel merito.

V.- Per completezza si segnala quanto segue:

- g) disposizione analoga a quella sancita dall'art. 99, comma 1, ultimo periodo c.p.a., non si rinviene nell'art. 374 c.p.c. (relativamente alle pronunce delle Sezioni unite) e neppure nella complessa disciplina dettata dal codice di giustizia contabile (d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174) agli artt. 11, 114 – 117 (relativi alla composizione ed al funzionamento delle Sezioni riunite della Corte dei conti in sede giurisdizionale e in sede di speciale composizione);
- h) secondo R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2017, IV ed., 1464 ss.:
  - h1) stante il tenore testuale dell'art. 99, comma 1, ultimo periodo, la facoltà di restituzione potrebbe essere esercitata solo in caso di rimessione della questione da parte di sezione che ravvisi un contrasto di giurisprudenza e dunque non se la rimessione è avvenuta ad opera del Presidente del C.d.S. ovvero di una sezione che intenda discostarsi da un principio formulato dalla Plenaria;
  - h2) deve ritenersi escluso l'esercizio del poteri di restituzione per ragioni di mera opportunità politica o amministrativa;
  - h3) è auspicabile che il potere latamente discrezionale di restituzione sia ancorato a ragioni quanto più possibile oggettive (assenza di un contrasto reale o potenziale di giurisprudenza; necessità di far sedimentare un dibattito giurisprudenziale appena *in fieri*);
- i) sul potere nomofilattico della Plenaria ex art. 99 c.p.a.:

- i1) relativamente alla interpretazione del principio di diritto formulato dalla Plenaria, v. Cons. Stato, Ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 2 (oggetto della News US in data 5 marzo 2018 cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza);
- i2) relativamente alla modulazione temporale degli effetti del principio formulato dalla Plenaria, v. Ad plen., 23 febbraio 2018, n. 1 (oggetto della News US in data 27 febbraio 2018); 22 dicembre 2017, n. 13, (oggetto della News US in data 8 gennaio 2018 e in *Foro it.*, 2018, III, 145, con nota di M. CONDORELLI cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza);
- i3) relativamente ai rapporti fra esercizio della nomofilachia e diritto dell'Unione europea, v. Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19 (oggetto della News US in data 1 agosto 2016 e in *Foro it.*, 2017, III, 309, n. GAMBINO; *Riv. trim. appalti*, 2017, 133, con nota di GIARDINO);
- i4) in dottrina, *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, a cura di Follieri e Barone, Milano, 2015.