

## **La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato Rassegna ragionata - Secondo semestre 2018**

di Laura Lamberti\*

31 dicembre 2019

Sommario: 1. La tassatività dei casi di annullamento con rinvio della sentenza di primo grado e le fattispecie che integrano le previsioni normative. - 2. La natura privatistica degli atti di rideterminazione del contributo di costruzione. - 3. La corretta applicazione del computo del cd. "fattore di correzione" e la necessità di considerare i concorrenti ammessi al netto del "taglio delle ali". - 4. La tassatività dei casi di annullamento con rinvio della sentenza di primo grado e l'esclusione dal loro ambito della totale mancanza di pronuncia sulla domanda risarcitoria. - 5. La tassatività dei casi di annullamento con rinvio della sentenza di primo grado e l'esclusione dal loro ambito dell'erronea declaratoria d'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse. La connessa possibilità, per il giudice d'appello, di riqualificare il dispositivo, accertata la patologica eversione da parte del giudice di prime cure dall'obbligo della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato o dall'obbligo di motivazione. - 6. Il valore del diploma di massofisioterapista ai fini dell'iscrizione universitaria alla facoltà di Fisioterapia. - 7. L'immediata applicabilità dell'art. 47 della legge 31 dicembre 2012, n. 247 in tema di nomina e composizione della commissione e delle sottocommissioni degli esami di abilitazione alla professione forense ed il superamento del principio di fungibilità tra i componenti delle commissioni.

### **1. La tassatività dei casi di annullamento con rinvio della sentenza di primo grado e le fattispecie che integrano le previsioni normative.**

Con le sentenze del 30 luglio 2018 n. 10 e 11<sup>1</sup> l'Adunanza plenaria affronta il tema dell'eccezionalità e tassatività delle ipotesi di annullamento con rinvio al giudice di primo grado di cui all'art. 105 c.p.a. sulla base dei quesiti formulati rispettivamente

---

\*Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

<sup>1</sup> Cons. St., A.P., sentenze 30 luglio 2018, n. 10 e 11 in *Foro Amm.* (II), 2018, 7-8, 1183. Sul tema della tassatività dei casi di annullamento con rinvio al giudice di prime cure si veda in dottrina: S. PERONGINI, *L'annullamento della sentenza appellata con rinvio al primo giudice, secondo il codice del processo amministrativo*, in *Dir. e Processo amm.*, 2010, 1105; V. SORDI, *Dubbi interpretativi sulla individuazione dei casi di annullamento con rinvio al giudice di primo grado, secondo l'art. 105 c.p.a.: il significato dell'espressione e la portata del principio devolutivo dell'appello*, in *Foro amm.* (II), 2018, 3-4, 393; D. CORLETTI, *Commento all'art. 105 c.p.a.*, in A. QUARANTA V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. n. 104/2010*, Milano, 2011, 810; R. DE NICTOLIS M. NUNZIATA, *Commento all'art. 105 c.p.a.*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, III ed., Milano, 2015, 965 ss.

dalla V Sezione del Consiglio di Stato (10 aprile 2018, n. 2161) e dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (17 aprile 2018 n. 223).

L'Adunanza plenaria si pone sul punto in continuità con l'approccio ermeneutico maggioritario che riconosce l'eccezionalità e tassatività della rimessione al giudice di prime cure anche dopo l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo in base all'articolo 105 che testualmente dispone: "Il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti, ovvero dichiara la nullità della sentenza, o riforma la sentenza che ha declinato la giurisdizione o ha pronunciato sulla competenza o ha dichiarato l'estinzione o la perenzione del giudizio".

Non si ritiene che possa essere ricompreso in tali eccezionali ipotesi il caso di erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità della domanda e neanche quello in cui il giudice di prime cure non abbia esaminato una delle domande (sulla mancata pronuncia della domanda risarcitoria quale fattispecie non integrante una causa di rinvio ex art. 105 cfr. *infra* sentenza, AP 5 settembre 2018, n. 14).

La Plenaria, esaminando le disposizioni dell'art. 105 c.p.a. e quelle della previgente versione di cui all'art. 35, l. n. 1034 del 1971, rileva come le prime, in accordo con quanto stabilito dalla legge delega (art. 44, comma 1, della l. 18 giugno 2009, n.69) circa la necessità di un richiamo alle disposizioni di principio del codice di procedura civile, abbiano una maggiore *assonanza* con quanto previsto dagli artt. 353 e 354 c.p.c., e debbano, quindi, essere coordinate con queste ultime nella loro interpretazione in ossequio al vincolo contenuto nella delega. Dalla necessità di tale coordinamento nasce l'esigenza che i casi riconducibili all'annullamento con rinvio siano individuati anche tenendo conto dei principi generali o comuni del processo disciplinati nel codice di procedura civile come richiesto dalla clausola di rinvio. Nello specifico i principi generali ai quali occorre fare riferimento per la risoluzione dei quesiti proposti sono quello del *c.d. effetto devolutivo dell'appello* oltre a quello, ad esso connesso, della *conversione delle nullità processuali in motivi di appello*. In ossequio al primo, l'appello si configura come *una impugnazione sostitutiva che di regola conduce, sia pure subordinatamente all'onere della formulazione di specifici motivi, ad una sentenza che ridefinisce integralmente (per la parte impugnata: tantum devolutum quantum appellatum) la causa pendente, ripronunciandosi sullo stesso oggetto della sentenza di primo grado*. Quanto al principio della *conversione delle cause di nullità in motivi di impugnazione* essa è storicamente il frutto dell'evoluzione che, attraverso la fusione dei vizi della *c.d. querela (o actio) nullitatis nell'appello*, fa di quest'ultimo un mezzo di impugnazione a vocazione generale (o a critica libera), idoneo a far valere tutti i vizi della sentenza, sia quelli che ne determinano l'ingiustizia, sia quelli che ne determinano l'invalidità.

Alla luce di queste considerazioni l'Adunanza Plenaria rileva come l'art. 105 c.p.a. assuma, dal punto di vista sistematico, la funzione di confermare la regola dell'effetto devolutivo/sostitutivo dell'appello sancendo il principio che da esso si deduce della tassatività ed eccezionalità delle ipotesi in cui ciò non avvenga e si debba provvedere al rinvio al giudice di primo grado. Con la nuova formulazione della disposizione si acquisiscono anche gli approdi interpretativi già forniti dalla giurisprudenza sulla base del precedente testo normativo, tutti diretti a circoscrivere l'annullamento con rinvio nell'ambito delle eccezionali e tassative ipotesi in cui vi sia

stata *la mancanza del contraddittorio, la violazione del diritto di difesa o un caso di nullità della sentenza.*

Ulteriore conferma delle tesi esposte è il richiamo espresso, nell' art. 105 c.p.a., ai casi di erronea dichiarazione di estinzione e di perenzione. L'Adunanza Plenaria sul punto è chiara nel leggere in tale previsione oltre ad una portata positiva diretta a disciplinare esplicitamente le ipotesi ricomprese nell'art. 105, una portata negativa diretta ad escludere tutte quelle che non sono esplicitamente prese in considerazione.

La natura tassativa delle ipotesi di annullamento con rinvio è d'altronde avvalorata dalla sua connessione con evidenti esigenze di effettività della tutela e di celerità del processo non potendosi consentire che gli errori nel giudizio di prime cure si trasformino in una moltiplicazione dei gradi di giudizio. Né il principio del doppio grado di giudizio può essere invocato per sostenere una contraria impostazione in quanto, correttamente interpretato, esso non deve essere inteso come l'esigenza di una doppia pronuncia sul merito, ma semplicemente come la necessità che il giudice realizzi il proprio scrutinio una volta valutati gli atti di causa. Cosa che non si può negare avvenga anche nelle ipotesi in cui vi sia una sentenza di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità. In proposito il Supremo Collegio rileva che *alla luce del carattere rinnovatorio del giudizio di appello, il rinvio al primo giudice, invocato ad apparente tutela del doppio grado, in realtà si atteggia come eccezione a tale principio, perché contraddice la plena cognitio del giudice di appello una volta che il primo giudice abbia consumato il proprio grado di giurisdizione.*

Tali considerazioni portano l'Adunanza Plenaria ad escludere che un'interpretazione estensiva o addirittura analogica dell'art. 105 possa rappresentare il migliore temperamento dei valori costituzionali coinvolti ritenendo al contrario che ciò si tradurrebbe in un'ingiustificata violazione del principio di effettività della tutela.

Quanto infine alla motivazione, il Supremo Consesso ricorda come, ex art. 156, comma 2, c.p.c., essa rappresenti *un requisito formale (oltre che sostanziale) indispensabile affinché la sentenza raggiunga il suo scopo.* Si può parlare di difetto assoluto di motivazione oltre che nelle *ipotesi estreme*, verosimilmente ascrivibili ad errori nella stesura o nella pubblicazione della sentenza, che comportino l'assenza della motivazione o la presenza di una motivazione non pertinente con la domanda decisa, nello specifico caso in cui vi sia una motivazione apparente, in ragione della sua tautologicità o assertività, manifestata tramite clausole di stile in assenza di qualsiasi aggancio con le ragioni che sottendono la decisione stessa.

Di seguito i principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria:

*In coerenza con il generale principio dell'effetto devolutivo/sostitutivo dell'appello, le ipotesi di annullamento con rinvio al giudice di primo grado previste dall'art. 105 c.p.a hanno carattere eccezionale e tassativo e non sono, pertanto, suscettibili di interpretazioni analogiche o estensive.*

*L'erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso di primo grado non costituisce, di per sé, un caso di annullamento con rinvio, in quanto la chiusura in rito del processo, per quanto erronea, non determina, ove la questione pregiudiziale sia stato oggetto di dibattito processuale, la lesione del diritto di difesa, né tanto meno un caso di nullità della sentenza o di rifiuto di giurisdizione.*

*La violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, anche quando si sia tradotta nella mancanza totale di pronuncia da parte del giudice di primo*

*grado su una delle domande del ricorrente, non costituisce un'ipotesi di annullamento con rinvio; pertanto, in applicazione del principio dell'effetto sostitutivo dell'appello, anche in questo caso, ravvisato l'errore del primo giudice, la causa deve essere decisa nel merito dal giudice di secondo grado.*

*Costituisce un'ipotesi di nullità della sentenza che giustifica l'annullamento con rinvio al giudice di primo grado il difetto assoluto di motivazione. Esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione", tale anomalia si identifica, oltre che nella mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico, nel contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, nella motivazione meramente assertiva, tautologica, apodittica oppure obiettivamente incomprensibile: quando, cioè, le anomalie argomentative sono di gravità tale da collocare la motivazione al di sotto del "minimo costituzionale" di cui all'art. 111, comma 5, Cost.*

*La disciplina dei rapporti tra giudice di primo grado e giudice d'appello ha natura indisponibile, il che implica che, fermo restando l'onere di articolare specifici motivi di appello e il generale principio di conversione della nullità in motivi di impugnazione, nei casi di cui all'art. 105 c.p.a, il giudice d'appello deve procedere all'annullamento con rinvio anche se la parte omette di farne esplicita richiesta o chiede espressamente che la causa sia direttamente decisa in secondo grado. Viceversa, nei casi in cui non si applica l'art. 105 c.p.a, la possibilità per il giudice di appello di pronunciarsi sulla domande o sulle domande non esaminate in primo grado o erroneamente dichiarate irricevibili, inammissibili o improcedibili, presuppone necessariamente che, ai sensi dell'art. 101, comma 2, tali domande siano oggetto di rituale riproposizione, operando, altrimenti, la presunzione di rinuncia stabilita dallo stesso articolo, con conseguente inammissibilità per difetto di interesse dell'appello proposto senza assolvere all'onere di riproposizione.*

## **2. La natura privatistica degli atti di rideterminazione del contributo di costruzione**

Con la decisione 30 agosto 2018, n. 12<sup>2</sup> l'Adunanza Plenaria si pronuncia sui quesiti posti dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (ordinanza del 27 marzo 2018, n. 175) circa la natura privatistica o pubblicistica degli atti di determinazione del contributo di costruzione ex art.16, d.P.R. n. 380 del 2001, e sulle relative conseguenze in ordine al regime ad essi applicabile nel caso di rideterminazione degli oneri stessi. Si chiede, in particolare, se possa trovare applicazione *nella fattispecie in esame il principio del legittimo affidamento del privato, da ricostruire vuoi sulla base della disciplina pubblicistica dell'autotutela, vuoi su quella privatistica della lealtà e della buona fede nell'esecuzione delle prestazioni*

---

<sup>2</sup> Cons. St., A.P., sentenza 30 agosto 2018, n. 12, in *Foro Amm.* (II), 2018, 7-8, 1197. Sul tema del contributo di costruzione cfr.: G. FARRI, *Il contributo di costruzione*, in F.G. SCOCA P. STELLA RICHTER P. URBANI (a cura di) *Trattato di diritto del territorio*, Torino, 2018, 1016; A.L. FERRARIO (agg. G.A. GIUFFRÈ), *Contributo di costruzione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo Unico dell'Edilizia*, III, 2015, 435; G. Ferrari, *I contributi di urbanizzazione e di costruzione nella giurisprudenza del giudice amministrativo*, in *Giur. merito*, 9, 2013, 1714B

*contrattuali, ovvero sulla base dei principi desumibili dai limiti posti dall'ordinamento civile per l'annullamento del contratto per errore o per un'altra causa.*

L'Adunanza Plenaria muove dalla considerazione della specifica natura del titolo edilizio (concessione edilizia ex l. n. 10 del 1977; permesso di costruire ex d.P.R. n. 380 del 2001) che associa, al carattere *sostanzialmente autorizzatorio*, un'indubbia valenza attributiva di vantaggi economici che trovano, nel contributo di costruzione, un naturale carattere di controprestazione (Cons. St., A.P., 7 dicembre 2016, n. 24) che viene generalmente qualificato come corrispettivo di diritto pubblico. Il contributo di costruzione, quindi, quale corrispettivo di diritto pubblico, che non ha natura tributaria e la cui obbligazione al pagamento nasce nel momento in cui viene emanato il titolo edilizio, rappresenta una *partecipazione ai costi delle opere di urbanizzazione e in proporzione dell'insieme dei benefici che la nuova costruzione acquista*.

Gli atti attraverso i quali il contributo per gli oneri di urbanizzazione viene determinato non hanno natura autoritativa, né carattere discrezionale, ma sono emessi nel rispetto degli stingenti parametri regolamentari e delle tabelle predisposte su base regionale e poi recepite con atto generale del Comune. Proprio la natura di corrispettivo del contributo vale a conferire agli atti diretti alla sua determinazione carattere privatistico e, quindi, a negare, nell'ipotesi in cui l'amministrazione ritorni sulle sue determinazioni, l'operatività delle regole relative al legittimo esercizio dei poteri di autotutela ex art. 21-*nonies* o, in termini più generali, della disciplina della l. n. 241 del 1990 nel suo complesso intesa. Dal riconoscimento della natura paritetica degli atti in parola discende la possibilità che l'amministrazione possa modificarli sia in senso favorevole che sfavorevole per il titolare ma non l'operatività, nel caso di rideterminazione del quantum, dell'art. 1431 in tema di errore riconoscibile

Secondo la Plenaria, infatti, *la complessità delle operazioni di calcolo o l'eventuale incertezza nell'applicazione di alcune tabelle o coefficienti determinativi, dovuti a ragioni di ordine tecnico, non sono eventi estranei o ignoti alla sfera del debitore, che invece con l'ordinaria diligenza, richiesta dagli artt. 1175 e 1375 c.c., può e deve controllarne l'esattezza sin dal primo atto di loro determinazione.*

Di seguito i principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria:

*Gli atti con i quali la pubblica amministrazione determina e liquida il contributo di costruzione, previsto dall'art. 16 del d.P.R. n. 380 del 2001, non hanno natura autoritativa, non essendo espressione di una potestà pubblicistica, ma costituiscono l'esercizio di una facoltà connessa alla pretesa creditoria riconosciuta dalla legge al Comune per il rilascio del permesso di costruire, stante la sua onerosità, nell'ambito di un rapporto obbligatorio a carattere paritetico e soggetta, in quanto tale, al termine di prescrizione decennale, sicché ad essi non possono applicarsi né la disciplina dell'autotutela dettata dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990 né, più in generale, le disposizioni previste dalla stessa legge per gli atti provvedimenti manifestazioni di imperio.*

*La pubblica amministrazione, nel corso di tale rapporto, può pertanto sempre rideterminare, sia a favore che a sfavore del privato, l'importo di tale contributo, in principio erroneamente liquidato, richiedendone o rimborsandone a questi la differenza nell'ordinario termine di prescrizione decennale (art. 2946 c.c.) decorrente dal rilascio del titolo edilizio, senza incorrere in alcuna decadenza, mentre per parte sua il privato non è tenuto ad impugnare gli atti determinativi del contributo nel termine*

*di decadenza, potendo ricorrere al giudice amministrativo, munito di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a., nel medesimo termine di dieci anni, anche con un'azione di mero accertamento.*

*L'amministrazione comunale, nel richiedere i detti importi con atti non aventi natura autoritativa, agisce quindi secondo le norme di diritto privato, ai sensi dell'art. 1, comma 1-bis, della l. n. 241 del 1990, ma si deve escludere l'applicabilità dell'art. 1431 c.c. a questa fattispecie, in quanto l'errore nella liquidazione del contributo, compiuto dalla pubblica amministrazione, non attiene ad elementi estranei o ignoti alla sfera del debitore ed è quindi per lui in linea di principio riconoscibile, in quanto o riguarda l'applicazione delle tabelle parametriche, che al privato sono o devono essere ben note, o è determinato da un mero errore di calcolo, ben percepibile dal privato, errore che dà luogo alla semplice rettifica.*

*La tutela dell'affidamento e il principio della buona fede, che in via generale devono essere osservati anche dalla pubblica amministrazione nell'attuazione del rapporto obbligatorio, possono trovare applicazione ad una fattispecie come quella in esame nella quale, ordinariamente, la predeterminazione e l'oggettività dei parametri da applicare al contributo di costruzione, di cui all'art. 16 del d.P.R. n. 380 del 2001, rendono vincolato il conteggio da parte della pubblica amministrazione, consentendone a priori la conoscibilità e la verificabilità da parte dell'interessato con l'ordinaria diligenza, solo nella eccezionale ipotesi in cui tali conoscibilità e verificabilità non siano possibili con l'ordinaria diligenza richiesta al debitore, secondo buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), nell'ottica di una leale collaborazione volta all'attuazione del rapporto obbligatorio e al soddisfacimento dell'interesse creditorio vantato dal Comune.*

### **3. La corretta applicazione del computo del cd. 'fattore di correzione' e la necessità di considerare i concorrenti ammessi al netto del 'taglio delle ali'**

Con la sentenza 30 agosto 2018, n. 13<sup>3</sup> l'Adunanza Plenaria si esprime sull'ordinanza di rimessione della V Sezione del Consiglio di Stato con la quale si chiede la corretta interpretazione da dare al disposto dell'*articolo 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo 50 del 2016* relativo al computo del c.d. 'fattore di correzione'.

Rilevato il contrasto interpretativo in ordine alla disposizione in esame la Plenaria provvede ad illustrare le due contrastanti interpretazioni. La prima, condivisa dalla Sezione remittente, propende per una lettura disgiunta delle due parti in cui si articola la disposizione *da leggere secondo un criterio di carattere – per così dire – 'dissociativo'*. Secondo questa impostazione sarebbe stata operata un'intenzionale scelta legislativa a favore della distinzione tra *la platea dei concorrenti in relazione ai quali determinare la media aritmetica dei ribassi (platea che andrebbe individuata*

---

<sup>3</sup> Cons. St., A.P., sentenza 30 agosto 2018, n. 13, in *Foro Amm.* (II), 2018, 7-8, 1198. In dottrina sul tema della disciplina dell'offerta anomala: A. NICODEMO, *Commento all'art. 97*, in G. F. FERRARI G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2017, 564; F. CAPUTI IAMBRENGHI, *Le novità in tema di anomalia dell'offerta*, in M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, p. 289

previo il 'taglio delle ali') e quella dei concorrenti da prendere in considerazione *al fine della determinazione del c.d. 'fattore di correzione'* in relazione al quale occorrerebbe riferirsi a tutti i concorrenti ammessi senza considerare il 'taglio delle ali'.

Secondo una diversa e per certi versi opposta ricostruzione, invece, occorre propendere per una lettura fondata su *un criterio di carattere – per così dire – 'associativo'* in base al quale il riferimento alle offerte ammesse (al netto del 'taglio delle ali') contenuta nella prima parte della norma e quella ai 'concorrenti ammessi' presente nella seconda parte avrebbero riguardo a *platee omogenee (ambidue da individuare previo il 'taglio delle ali')*. Questa seconda ricostruzione è quella condivisa dall'Adunanza plenaria che sul punto richiama la concordia della prevalente giurisprudenza di secondo grado (Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2018, n. 435; id. 17 maggio 2018, n. 2959).

L'Adunanza Plenaria non riconosce sussistenti ragioni per tornare a comprendere nel criterio di calcolo offerte che siano state da esso escluse ritenendo, al contrario, sistematicamente e teleologicamente più corretta *l'interpretazione secondo cui la previa esclusione (c. d. taglio delle ali) va inclusa anche nel calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali superiori alla media*. Appare sicuramente più coerente, in relazione alla individuazione della soglia di anomalia, non utilizzare il meccanismo del 'taglio delle ali' in maniera intermittente o riconoscendo eccezioni.

Di seguito il principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria:

*L'art. 97, comma 2, lett. b), d.lg. n. 50 del 2016 si interpreta nel senso che la locuzione "offerte ammesse" (al netto del c.d. 'taglio delle ali') da prendere in considerazione ai fini del computo della media aritmetica dei ribassi e la locuzione "concorrenti ammessi" da prendere in considerazione al fine dell'applicazione del fattore di correzione fanno riferimento a platee omogenee di concorrenti; conseguentemente, la somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi (finalizzata alla determinazione del fattore di correzione) deve essere effettuata con riferimento alla platea dei concorrenti ammessi, ma al netto del c.d. 'taglio delle ali'".*

#### **4. La tassatività dei casi di annullamento con rinvio della sentenza di primo grado e l'esclusione dal loro ambito della totale mancanza di pronuncia sulla domanda risarcitoria**

Con la sentenza n. 14 del 5 settembre 2018<sup>4</sup> l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato torna ad affrontare il tema della tassatività delle ipotesi di annullamento della sentenza con rinvio al giudice di primo grado di cui all'art. 105 c.p.a. La questione era già stata oggetto di esame nelle sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 10 e 11 del 30 luglio 2018 in cui si è ribadita l'inapplicabilità dell'art. 105 c.p.a. alle ipotesi di erronea pronuncia di inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità del ricorso di primo grado ed al contrario la sua applicabilità nel caso di difetto assoluto di motivazione della sentenza (vedi *Supra* par.1).

---

<sup>4</sup> Cons. St., A.P., sentenza 5 settembre 2018, n. 14, in *Foro Amm.* (II), 2018, 9, 1430. Sul tema della tassatività dei casi di annullamento con rinvio al giudice di prime cure cfr. *Supra* nota 1.

Nella fattispecie in oggetto, l'Adunanza Plenaria affronta la diversa questione dell'assoluta ed immotivata mancanza, nella sentenza appellata, della pronuncia sulla richiesta di risarcimento del danno nonostante l'accoglimento della domanda di annullamento. La III Sezione, nel rimettere la questione, evidenzia la specificità di tale situazione interrogandosi sulla possibilità di ricondurre la questione alla categoria della lesione del diritto di difesa, espressamente prevista dall'art. 105 c.p.a., ipotizzando l'assimilabilità della condizione in cui si trovava la parte ricorrente nella fattispecie de qua a quella disciplinata dall'art. 73, comma 3 c.p.a. nel caso di "pronuncia a sorpresa".

L'adunanza Plenaria, nel ricostruire il quadro normativo e teorico di riferimento, richiama quanto già chiarito in merito alla sostanziale corrispondenza tra la disciplina dell'art. 105 c.p.a. e quella degli artt. 353 e 354 c.p.c. entrambe volte ad assicurare rispetto ai principi costituzionali ed euro-unitari in tema di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale. Ribadisce, quindi, la tassatività delle ipotesi di annullamento della sentenza appellata con rinvio al giudice di primo grado in armonia ai valori propri dell'ordinamento processuale generale. Nei giudizi con duplice grado, tale eccezionalità e tassatività è diretta ad evitare un eccessivo margine di discrezionalità, per il giudice di appello, nell'individuare ipotesi di regressione al giudizio di primo grado, in coerenza con l'effetto devolutivo dell'appello. La Plenaria ricorda in proposito che il doppio grado nel merito non rappresenta una premessa necessaria del corretto svolgimento del processo ma un punto di arrivo eventuale poiché *il bene al quale aspira la parte ed al quale tende il giudizio è il giudicato sulla sua pretesa* che non sempre si realizza attraverso il passaggio in più gradi di giudizio.

Pur riconoscendo la specificità della fattispecie sottoposta al suo esame, in tutto diversa da quelle già esaminate di erronea pronuncia di irricevibilità, inammissibilità ed improcedibilità che (anche ad opinione della Sezione remittente) non possono essere ricondotte al disposto dell'art.105 c.p.a., l'Adunanza Plenaria esclude che la completa ed immotivata mancanza di pronuncia sulla domanda risarcitoria possa integrare una lesione diretta del diritto di difesa e determinare effetti equivalenti a quelli che l'art. 73 comma 3 c.p.a. tende a scongiurare.

Nelle ipotesi dirette ad evitare una "pronuncia al buio" il giudice, decidendo di porre a fondamento della sua statuizione una questione rilevata d'ufficio, è chiamato a provocare il contraddittorio sul punto, consentendo alle parti di confrontarsi su questioni che hanno un rilievo decisivo per il giudizio. Nel caso in cui tale dovere non sia rispettato si potrà invocare l'applicazione dell'art. 105, co 1 c.p.a. poiché la domanda viene decisa sulla base di una questione, di rito o di merito, sulla quale non è stato assicurato il contraddittorio tra le parti. In tale circostanza ad essere viziato è il procedimento che porta all'adozione della decisione. Del tutto diversa la situazione di omesso esame di una domanda che, in sé, non realizza una violazione delle garanzie di difesa, ma una violazione della corrispondenza tra chiesto e pronunciato disciplinata dall'art. 112 c.p.c. Poiché la violazione di tale principio non rappresenta una causa legislativamente prevista di rimessione al giudice di prime cure, l'Adunanza Plenaria muove ad esaminare in quali circostanze ciò si possa ipotizzare. Vengono in primo luogo esclusi i casi di mancato esame di alcuni motivi, stante l'onere di riproposizione in appello dei motivi assorbiti o non esaminati per scongiurare la presunzione assoluta di rinuncia. Sono parimenti escluse le ipotesi in cui, pur mancando uno specifico esame di alcune domande, la motivazione consenta di ricostruire le ragioni che hanno portato



alla mancata pronuncia in ordine ad esse. Sul punto si richiama la previsione dell'art. 101, comma 2 c.p.a. che, nello stabilire che si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado a meno che non siano riproposte in appello, porta infatti a negare che ciò possa comportare una regressione al giudice di primo grado. A tal proposito è stato codificato nel c.p.a. quell'indirizzo giurisprudenziale che riconosceva la possibilità all'appellato vittorioso, che avesse anche subito un'omessa pronuncia su una specifica ed autonoma domanda, di riproporla con uno scritto difensivo e non in una formale impugnazione incidentale difettando il presupposto della soccombenza.

L'Adunanza Plenaria espressamente afferma la non equiparabilità dei casi in cui si realizzi una violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato a quelli di violazione del diritto di difesa in quanto *la parte non lamenta di non essersi potuta difendere nel corso del procedimento, ma lamenta un vizio che attiene al contenuto della decisione, che risulta incompleto rispetto ai motivi e alle domande proposte.*

Il Supremo Consesso riconosce, nelle sole ipotesi in cui (i) manchi del tutto la pronuncia sulla domanda proposta o in cui (ii) il giudice decida su una domanda diversa rispetto a quella posta dal ricorrente ovvero (iii) con una motivazione del tutto inesistente o apparente, circostanze integranti ipotesi di nullità della sentenza, perché manchevole di uno degli elementi essenziali (art. 88 c.p.a.) che consentano di qualificarla come tale. Con l'ulteriore specifica precisazione che, anche nei casi di omessa pronuncia o di difetto assoluto di motivazione, perché ricorra la nullità della sentenza ai sensi e per gli effetti dell'art. 105 c.p.a., la valutazione deve essere operata considerando la sentenza nella sua globalità facendo riferimento al ricorso inteso unitariamente e non con riguardo a singole domande o motivi in esso formulati. Cosa che non accade nel caso specifico oggetto di esame nel quale, pur dovendosi concordare con la Sezione remittente in ordine alla grave patologia che caratterizza la sentenza manchevole dell'esame della domanda risarcitoria, non si può convenire sulla conclusione che questa parte dell'azione sia rimessa nuovamente all'esame del giudice di primo grado. Di seguito i principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria:

*In coerenza con il generale principio dell'effetto devolutivo/sostitutivo dell'appello, le ipotesi di annullamento con rinvio al giudice di primo grado previste dall'art. 105 c.p.a hanno carattere eccezionale e tassativo e non sono, pertanto, suscettibili di interpretazioni analogiche o estensive.*

*La violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, anche quando si sia tradotta nella mancanza totale di pronuncia da parte del giudice di primo grado su una delle domande del ricorrente, non costituisce un'ipotesi di annullamento con rinvio; pertanto, in applicazione del principio dell'effetto sostitutivo dell'appello, anche in questo caso, ravvisato l'errore del primo giudice, la causa deve essere decisa nel merito dal giudice di secondo grado.*

**5. La tassatività dei casi di annullamento con rinvio della sentenza di primo grado e l'esclusione dal loro ambito dell'erronea declaratoria d'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse. La connessa possibilità, per il giudice d'appello, di riqualificare il dispositivo, accertata la patologica eversione da parte del giudice di**

**prime cure dall'obbligo della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato o dall'obbligo di motivazione.**

Con la sentenza 28 settembre 2018 n.15<sup>5</sup>, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato torna per la quarta volta nell'anno ad affrontare il tema dell'esatto ambito applicativo dell'art. 105 c.p.a. in materia di annullamento della sentenza con rinvio al giudice di prime cure. In tutte le decisioni (10, 11, 14 del 2018 vedi *Supra*) si afferma la necessità di una rigorosa delimitazione dell'ambito oggettivo di applicazione di tale norma in ragione di un conseguito punto di equilibrio tra i principi di doppio grado di giurisdizione di merito e di ragionevole durata del processo. Si ribadisce, quindi, la tassatività delle ipotesi previste dall'art. 105 c.p.a. in quanto sostanzialmente omeomorfe a quelle degli artt. 353 e 354 c.p.c. nell'assicurare rispetto ai principi costituzionali ed euro-unitari in tema di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale. In entrambi i casi si afferma l'eccezionalità della regressione della causa al giudice di primo grado in armonia ai valori propri dell'ordinamento processuale generale. Il Supremo Consesso ritiene che non possano essere condivisi i dubbi interpretativi in ordine ai concetti di "mancanza del contraddittorio" e "lesione del diritto di difesa" contemplati nell'art. 105 in quanto essi si riferiscono *ad un insieme chiuso, determinato e tipico di vizi*, che pur non costituendo un'endiadi (avendo ciascuno un proprio distinto significato) sono riferibili al più generale concetto di violazione del *contraddittorio lato sensu inteso*.

Così la sentenza che sia resa nell'ambito di un giudizio in cui ricorrano tali violazioni, sarà illegittima, non in relazione al suo contenuto, ma proprio in quanto frutto di un giudizio-procedimento viziato o perché la parte non ha potuto esercitare il suo diritto di difesa (vizio funzionale) o per la mancanza di integrità del contraddittorio (vizio genetico). La Plenaria provvede quindi ad elencare le fattispecie tipizzate, ricorrendo le quali, si può ritenere configurato l'uno o l'altro vizio. In relazione alla lesione del diritto di difesa, si ricordano in particolare: a) la mancata concessione d'un termine a difesa b) l'omesso avviso della data d'udienza c) l'erronea fissazione dell'udienza durante il periodo feriale d) la violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a. per aver il Giudice posto a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio e non prospettata alle parti; e) la definizione del giudizio in forma semplificata senza il rispetto delle garanzie processuali prescritte dall'art. 60 c.p.a.; f) la sentenza pronunciata senza che fosse dichiarata l'interruzione nonostante la morte del difensore. Con riguardo alla mancanza del contraddittorio si fa riferimento al caso in cui esso sarebbe dovuto essere integrato o una parte non sarebbe dovuta essere estromessa. Con la precisazione che l'applicazione del c.d. "principio della ragione più liquida", ex art. 49, comma 2, c.p.a., permette anche al giudice di appello, pur in una situazione di contraddittorio non integro, di evitare l'annullamento con rinvio e di pronunciarsi, quando ricorrano le ipotesi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, in ossequio ai principi di economia processuale (v. Cons. Stato, A.P., 27 aprile 2015, n. 5; id., sez. IV, 1 giugno 2016, n. 2316; C.G.A.R.S. 17 giugno 2016, n. 172).

---

<sup>5</sup> Cons. St., A.P., sentenza 28 settembre 2018, n. 15 in *dir.proc. amm.* 2019, 2, 583 (con nota di: A. SQUAZZONI). Sul tema della tassatività dei casi di annullamento con rinvio al giudice di prime cure cfr. *Supra* nota 1.

L'Adunanza Plenaria torna anche sul tema della violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, specificamente esaminato nella sentenza n.14/2018 (cfr. *Supra*), ribadendo la non riconducibilità all'art. 105 c.p.a. dell'ipotesi di mancata pronuncia su motivi o domande tranne nei casi in cui manchi del tutto la pronuncia sulla domanda proposta o in cui il giudice decida su una domanda diversa rispetto a quella posta dal ricorrente, ovvero, con una motivazione del tutto inesistente o apparente. Questi soli casi sono qualificati come circostanze integranti ipotesi di nullità della sentenza, perché manchevole di uno degli elementi essenziali (ex art. 88 c.p.a.) che consentono di identificarla come tale. Sono anche considerate le fattispecie peculiari esaminate in quattro insiemi di pronunce che, ad avviso della Sezione remittente, inducono ad invocare una maggiore ampiezza nella identificazione dei casi di annullamento con rinvio, ma che, ad opinione dell'Adunanza Plenaria, consentono di essere agevolmente ricondotte ad ipotesi di nullità della sentenza o di violazione del diritto di difesa.

In ordine, infine, alla specifica questione oggetto della controversia che ha generato la rimessione, la Plenaria, ribadita la non riconducibilità dell'erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse alle ipotesi contemplate nell'art. 105 c.p.a., chiarisce come sia possibile allo stesso tempo, per il giudice di appello, sindacare il contenuto della motivazione della sentenza impugnata affinché si possa riqualificare il dispositivo ex art. 35, co. 1, c.p.a. Qualora, quindi, si accerti che il giudice di prime cure abbia realizzato una patologica eversione dall'obbligo della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.) o dall'obbligo di motivazione (artt. 74 e 88 c.p.a.), e si verifichi anche che tale condizione patologica attenga alla struttura inderogabile ed essenziale della sentenza, si potrà ritenere che tali circostanze integrino sia una lesione dei diritti di difesa che un'ipotesi di nullità della sentenza con conseguente possibilità di applicare l'art. 105 c.p.a. e disporre l'annullamento con rinvio.

Di seguito i principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria:

*L'art. 105, co. 1, c.p.a. indica talune specifiche categorie inderogabili di casi d'annullamento con rinvio, ognuna delle quali è implementabile nel suo specifico ambito dalla giurisprudenza attraverso una rigorosa interpretazione sistematica del testo vigente del Codice, senza possibilità alcuna di pervenire o di tendere alla creazione surrettizia d'una nuova categoria (e, dunque, d'una nuova norma processuale) o, peggio, all'arbitraria interpretazione motivata senza passare al previo vaglio del Giudice delle leggi, dalla prevalenza del solo principio del doppio grado di giudizio rispetto ad altri parametri costituzionali.*

*La nuova nomenclatura contenuta nel vigente art. 105 c.p.a. non ammette tout court l'erronea declaratoria d'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse quale sussumibile nella categoria della lesione dei diritti della difesa, sol perché su talune questioni di merito non si attua il doppio grado di giudizio. Per contro, l'annullamento della sentenza con rinvio al primo Giudice può conseguire, nel caso indicato dalla Sezione remittente, solo a fronte di evidenti ed irrimediabili patologie del complesso della motivazione e non di singole distonie tra il chiesto e il pronunciato, ossia a fronte di quei, per vero, marginali casi in cui è inutilizzabile il decisum (che ridonda quindi nella nullità della sentenza) e sono stati conculcati i diritti di difesa di tutte le parti (P.A. inclusa).*

*È sempre possibile, in linea di principio, riconoscere al Giudice d'appello il potere di sindacare il contenuto della motivazione dell'impugnata sentenza, affinché si possa riqualificare il dispositivo delle sentenze in rito ex art. 35, co. 1, c.p.a., ove s'accerti la patologica eversione del Giudice di prime cure dall'obbligo della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.) o dall'obbligo di motivazione (artt. 74 e 88 c.p.a.) –trattandosi, com'è noto, di vicende che impingono sulla struttura inderogabile ed essenziale della sentenza, rispetto all'oggetto del processo–, a condizione, però, che tal patologia, foss'anche per evidenti errori sui fatti di causa tali da alterare la stessa possibilità di difesa delle parti, investa il complesso della motivazione stessa e non una sola sua parte (invece emendabile nei modi ordinari) o, peggio, il punto di diritto affermato (specie se questo, al di là della precisione semantica o d'una buona forma espositiva, sia fedele agli indirizzi consolidati o prevalenti della giurisprudenza di questo Consiglio).*

*È evidente che dette ultime ipotesi costituiscano, ovviamente alle condizioni testé evidenziate, tanto una lesione dei diritti della difesa sostanziale delle parti nel grado di riferimento, quanto una vicenda di nullità della sentenza ed implicano, per forza di cose, l'annullamento con rinvio ex art. 105, co. 1, c.p.a.*

## **6. Il valore del diploma di massofisioterapista ai fini dell'iscrizione universitaria alla facoltà di Fisioterapia**

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 9 novembre 2018 n. 16<sup>6</sup>, si pronuncia in ordine ai quesiti sottoposti al suo esame dalla Sesta Sezione (ordinanze 11 giugno 2018, n. 3554 e 25 giugno 2018, n. 3910) concernenti il valore da riconoscere al diploma di fisioterapista ovvero a quello rilasciato ai sensi della legge 19 maggio 1971, n. 403 in relazione all'iscrizione universitaria. In particolare, si chiede di stabilire se esso consenta l'iscrizione ad anni successivi al primo presso la facoltà di Fisioterapia e, ove questo fosse riconosciuto, se ciò possa avvenire senza sostenere il test di ingresso. Si tratta di questione che era già stata posta all'attenzione della Plenaria e sulla quale si era pronunciata, con ordinanza n. 10 del 21 novembre 2017 disponendo la restituzione degli atti alla Sezione perché svolgesse ulteriore istruttoria sul rilievo da riconoscere al diploma quinquennale, conseguito dall'appellante, successivamente all'ordinanza di rimessione. La questione posta all'attuale attenzione della Plenaria, promana da tre diversi ricorsi che riguardano questioni giuridiche dall'identico sostrato, e per questo riuniti. Essi, tuttavia, presentano situazioni rilevanti diverse, sia da quelle oggetto dell'ordinanza 10/2017, che tra loro. Ciò comporta la necessità per la Plenaria, che è stata chiamata a decidere nel merito i ricorsi ex art. 99 co 4 c.p.a., di pervenire a soluzioni differenziate.

Il complesso quadro normativo di riferimento viene ricostruito dalle ordinanze di rimessione che delineano anche le due alternative possibili. La prima tesi ammette che il diploma di massofisioterapista, rilasciato in base alla legge 19 maggio 1971, n. 403, permetta l'iscrizione alla facoltà di Fisioterapia senza test di ingresso e ad anni successivi al primo. Gli argomenti a sostegno di questa opinione risiederebbero nella

<sup>6</sup> Cons. St., A.P., sentenza 9 novembre 2018, n. 16 in *Foro Amm. (II)*, 2018, 11, 1891.

equipollenza di tale diploma (stabilita dal d.m. 27 luglio 2000) a quello rilasciato ai sensi del d.lgs. n. 502 del 1999 che, in quanto diploma universitario presuppone, per il suo conseguimento, l'aver già raggiunto un diploma di scuola secondaria superiore di durata quinquennale. Mentre le ragioni che escludono la necessità di sostenere il test di ingresso, riguardano la finalità del test stesso che sarebbe diretto ad accertare la predisposizione del candidato per le materie oggetto dei corsi che, nel caso del diplomato in massofisioterapia, risulterebbero già accertate. Secondo l'opposta tesi, invece, la possibilità di iscrizione ad anni successivi al primo, e senza sostenere il test di ingresso, andrebbe esclusa in ragione di alcune rilevanti argomentazioni di ordine generale: (i) la previsione che all'iscrizione al primo anno di Università si giunga dopo il conseguimento di un diploma di scuola secondaria di durata quinquennale; (ii) la necessità di interpretare in maniera restrittiva le ipotesi di equipollenza, che nello specifico potrebbero essere invocate solo riguardo all'esercizio professionale o dell'accesso alla formazione post base, diverse dall'accesso ad una facoltà universitaria; (iii) la necessità di considerare i successivi interventi legislativi in base ai quali il periodo di sopravvivenza della figura di massofisioterapista, quale operatore di interesse sanitario e le relative equipollenze, andrebbero riferite al limitato periodo degli anni dal 1994 al 1996. L'Adunanza Plenaria condivide le ragioni della seconda impostazione muovendo in primo luogo dall'assunto che per l'iscrizione universitaria sia richiesto, dall'ordinamento di settore, la conclusione del ciclo di studi quinquennale di scuola secondaria di secondo grado, con il superamento del relativo esame (sentenza Adunanza Plenaria 28 gennaio 2015, n. 1). In ordine poi alla possibilità che il diploma di massofisioterapista sia considerato equipollente a quello necessario per l'iscrizione universitaria, sulla base di quanto stabilito dal D.M. 27 luglio 2000, la Plenaria, pur ricordando le interpretazioni giurisprudenziali che hanno riconosciuto l'equipollenza in relazione ai diplomi di massofisioterapista rilasciati ex lege 403/1971 (a prescindere dal momento del loro conseguimento o della frequenza dei corsi) ritiene intrinsecamente contraddittoria tale soluzione. Il meccanismo che doveva essere volto a risolvere le problematiche nate in mancanza di una specifica disciplina relativa alla figura del fisioterapista, comporterebbe una permanente equiparazione che in qualche modo vanificherebbe la differenziazione. Per queste ragioni il Supremo Consesso condivide l'opposta posizione che nega l'invocabilità dell'equipollenza per i diplomi conseguiti successivamente al 1999.

La Plenaria muove, infine, a considerare la posizione di alcune delle parti che, avendo conseguito un diploma di scuola superiore di secondo grado, quale condizione necessaria per l'accesso alla formazione universitaria, e possedendo anche il titolo di massofisioterapista, chiedono che questo possa consentire di evitare di sostenere il test d'ingresso per iscriversi ai corsi ad accesso programmato. Sul punto il Supremo Consesso, attribuendo un valore del tutto parziale all'orientamento che lega il superamento della prova d'accesso all'esigenza di verificare *la predisposizione del candidato per le discipline oggetto dei corsi alla cui iscrizione ambisce*, ritiene di dover procedere ad una disamina delle decisioni sulla questione che hanno individuato una diversa *ratio*. Esse sono riassuntivamente ricondotte a tre distinte e concorrenti ragioni: a) *verificare la sussistenza dei requisiti di cultura per lo studente che aspira ad essere accolto per la prima volta nel sistema universitario*; b) *garantire l'offerta di livelli di istruzione adeguati alle capacità formative degli atenei* c) *consentire la circolazione*

*nell'ambito dell'Unione europea delle qualifiche conseguite.* Sulla base di tali argomenti ed unitamente alle altre argomentazioni esposte l'Adunanza Plenaria conclude per la negazione che il diploma di massofisioterapista possa consentire, ex se, l'iscrizione alla facoltà di Fisioterapia ma anche che sia in grado di determinare alcuna forma di facilitazione anche qualora posseduto unitamente ad un diploma di scuola secondaria di secondo grado.

Di seguito il principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria:

*Il diploma di massofisioterapista, rilasciato ai sensi della l. 19 maggio 1971 n. 403, non consente ex se l'iscrizione alla facoltà di Fisioterapia né dà vita, nella fase di ammissione al corso universitario, ad alcuna forma di facilitazione, nemmeno se posseduto unitamente ad altro titolo di scuola secondaria di secondo grado di durata quinquennale; l'iscrizione alla facoltà di Fisioterapia potrà quindi avvenire solo secondo le regole ordinarie che postulano il possesso di un titolo idoneo all'accesso alla formazione universitaria ed il superamento della prova selettiva di cui all'art. 4 della legge 2 agosto 1999, n. 264.*

#### **7. L'immediata applicabilità dell'art. 47 della legge 31 dicembre 2012, n. 247 in tema di nomina e composizione della commissione e delle sottocommissioni degli esami di abilitazione alla professione forense ed il superamento del principio di fungibilità tra i componenti delle commissioni.**

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le due ordinanze del 14 dicembre 2018 n. 17 e 18<sup>7</sup>, si pronuncia sui quesiti sottoposti al suo esame dal Consiglio di giustizia della Regione siciliana nelle due ordinanze gemelle n.717 e 718 del 14 novembre 2018 nelle quali si Rilevava il contrasto giurisprudenziale sorto in merito all'individuazione della disciplina vigente in tema di composizione della commissione e delle sottocommissioni degli esami di abilitazione alla professione forense, con specifico riguardo al dubbio relativo all'immediata applicabilità dell'art. 47 della legge 247/2012 ovvero alla perdurante applicabilità dell'art.22 R.D.L. n. 1578/1933. Il Consiglio di giustizia della Regione siciliana ha invocato l'intervento dell'Adunanza Plenaria affinché chiarisse se l'entrata in vigore dell'art. 47 doveva considerarsi differita dall'art. 49 della medesima legge. A seconda della risposta fornita a tale premessa maggiore si chiedeva, inoltre, di specificare, in caso di risposta negativa, *se il vizio del decreto di nomina della commissione e delle sottocommissioni, che applica i criteri del citato art. 47, possa avere rilevanza invalidante ex se, o solo in quanto in concreto sia viziata la composizione della sottocommissione che ha corretto gli elaborati del ricorrente*, ovvero, in caso di risposta positiva, *se sia o meno ancora applicabile l'art. 22, comma 5, r.d.l. n. 1578/1933, sulla fungibilità dei commissari di gara, e comunque, se sia o meno autonomamente rinvenibile, nel corpo del citato art. 47, una regola o principio di fungibilità dei commissari.*

---

<sup>7</sup> Cons. St., A.P., ordinanze 14 dicembre 2018, n. 17 e 18 in *Foro amm.* (II), 2018, 12, 2141. In termini generali sulla disciplina relativa allo svolgimento dell'esame di Stato per l'abilitazione forense cfr: G. SCARSELLI, *Il nuovo decreto ministeriale per lo svolgimento dell'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione forense*, in *foro it.*, 2016, V, 139.

L'Adunanza Plenaria approccia al tema volendo in primo luogo specificare quanto affermato con la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 7 del 2017 nella quale si riconosceva, in base al disposto dell'art. 49, l'obiettivo del legislatore di differire l'entrata in vigore della legge di riforma complessivamente intesa ma comunque in relazione allo specifico caso dell'art. 46 comma 5, relativo all'obbligo di corredare, con motivazione esplicita, la valutazione espressa numericamente. La Plenaria ribadisce la portata fortemente innovativa della legge 31 dicembre 2012, n. 247, elencando i molteplici profili oggetto di riforma ed afferma la necessità di riconoscere il differimento dell'entrata in vigore non solo con riguardo al comma 5 dell'art. 46, ma a tutte le prescrizioni in esso contenute. Al contrario, tuttavia, si nega che tale differimento possa essere considerato operante in relazione alle disposizioni dell'art. 47 (relative alla disciplina delle modalità di composizione delle commissioni) come invece sostenuto nelle approfondite argomentazioni dell'ordinanza di rimessione sulle quali si ritiene di non poter convenire. Ciò in quanto le ragioni sistematiche invocate, in relazione ai quattro articoli che si assume essere oggetto di differimento, non appaiono risolvibili in primo luogo perché uno di essi contiene una disciplina di differimento autonoma (art. 48) ed in secondo luogo poiché il richiamo, nell'art. 49, alle specifiche materie da differire ("prove scritte e prove orali" e "modalità di esame") sarebbe inconferente se tale dilazione fosse stata concepita come estesa anche all'art. 47. Nello stesso senso si deve leggere l'altro dato testuale relativo alla dizione "modalità di esame" che, naturalmente, ricomprende tutte le prescrizioni dell'art. 46 ma non quelle dell'art. 47 che fanno riferimento ad una fase della procedura (la nomina della commissione e delle sottocommissioni) del tutto estranea alle "modalità di esame".

Muovendo ad esaminare il diverso quesito relativo alla permanente vigenza o meno del principio di fungibilità dei commissari d'esame, la cui soluzione diviene di centrale attualità a causa dell'affermata immediata applicabilità dell'art. 47 della legge 31 dicembre 2012, n. 247, il Collegio vaglia i diversi approcci assunti dalla giurisprudenza. Da un lato le numerose sentenze della IV Sezione del Consiglio di Stato che hanno affermato tale permanenza anche ammettendo l'immediata applicabilità dell'art. 47 e dall'altro quelli di senso contrario espressi in recenti decisioni del C.G.A.R.S. La Plenaria, quindi, richiama i fondamentali principi che disciplinano, con riferimento alle pubbliche amministrazioni, le categorie del collegio perfetto ed imperfetto al fine di stabilire se la previsione di cui al comma V dell'art. 22 R.D.L. n. 1578/1933 possa essere considerata espressiva di un principio generale ovvero derogatorio. Poiché nei collegi perfetti è necessaria la presenza di tutti i componenti affinché la deliberazione sia validamente assunta e la previsione di componenti supplenti è diretta a non limitare eccessivamente la funzionalità dei collegi stessi, proprio la previsione dei componenti supplenti viene considerata, nel silenzio della legge, chiaro indice della individuazione di un collegio perfetto. Elemento vieppiù avvalorato dalla funzione affidata alle commissioni esaminatrici dei concorsi pubblici che conduce a concludere per la sicura intenzione del legislatore, anche con riguardo alle sottocommissioni degli esami di avvocato, di strutturarle quali "collegi perfetti".

Per le medesime ragioni di sistema si ricorda che la regola generale che sovrintende il funzionamento del collegio perfetto è quella della "corrispondenza" per cui ogni titolare deve essere sostituito da un supplente che appartenga alla medesima categoria. Riconoscendo la possibilità, per il legislatore, di ridimensionare la portata di

tale principio, che ha valenza inderogabile esclusivamente in relazione ai collegi giurisdizionali, la Plenaria conclude che ciò sia quanto accaduto ad opera del legislatore del 1933 con l'emanazione del V comma dell'art. 22 che, in relazione alle commissioni di avvocato, aveva introdotto il principio della fungibilità con portata derogatoria rispetto alla regola della corrispondenza. Poiché tale deroga non è stata riprodotta nell'art. 47 della legge n. 247/2012, che attualmente disciplina la composizione delle commissioni, si deve dedurre, in applicazione dei generali principi di cui all'art. 15 delle preleggi, che essa risulti abrogata.

Di seguito i principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria:

*L'art. 47 della legge 31.12.2012 n. 247 non è ricompreso nel differimento previsto dal successivo art. 49 della legge medesima: esso è pertanto immediatamente operativo e da ciò discende che questa è "ratione temporis" la disposizione applicabile in materia di nomina e composizione della sottocommissione d'esame.*

*Il bando di esame ed il d.m. di nomina della commissione centrale e delle sottocommissioni, che hanno fatto applicazione dell'art. 47 l. n. 247/2012 (invece che della disposizione di cui all'art. 22, r.d.l. n. 1578/1933), sono immuni da qualsivoglia vizio in tal senso.*

*Dalla immediata applicazione dell'art. 47 della legge n. 247/2012 discende che è venuto meno il principio c.d. di fungibilità dei componenti delle commissioni giudicatrici degli esami di abilitazione all'esercizio delle professioni forensi in passato applicabile ex art. 22 comma V r.d.l. n. 1578/1933.*

*È viziato l'operato delle sottocommissioni di esame che procedano alla elaborazione dei subcriteri, alla correzione degli elaborati scritti ed alla celebrazione dell'esame orale in assenza di commissari appartenenti a ciascuna delle categorie professionali indicate sub art. 47 l. n. 247/2012.*