

NOTA INFORMATIVA N. 8/2020

– Sommario –

- 1) *Emendamento trasformazione ENAC in Ente Pubblico Economico*
- 2) *TAR Sardegna, Sez. I, decreto n. 473/2020 in materia di sospensione dell'efficacia dell'ordinanza del Presidente della Regione Autonoma della Sardegna n. 43 dell'11 settembre 2020*
- 3) *Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 5097/2019 in materia di affidamenti dei concessionari ai sensi dell'art. 177 del D.lgs. n. 50/2016*
- 4) *Cass. civ., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19598 in materia di limiti ricorribilità in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione*

* * * * *

1) Nell'ambito della conversione in legge del D.L. n. 104/2020 del 14 agosto 2020 è stato presentato un emendamento che prevede la trasformazione dell'ENAC in ente pubblico economico a decorrere dal 1 gennaio 2021.

L'argomento è stato, negli anni passati, oggetto della pubblicazione del Centro Studi Demetra dal titolo *“Governance del trasporto aereo - trasformazione giuridica dell'ENAC”*.

Da diversi anni è fortemente sentita l'esigenza, nel mondo del trasporto aereo, di una riforma della *Governance* del settore.

In particolare, ad oltre venti anni dalla sua istituzione, appare necessario ed urgente un “ripensamento” dell'ENAC, tenuto conto che l'attuale assetto non consente l'adeguato espletamento delle funzioni ad esso intestate.

La pubblicazione del nostro centro studi ha affrontato, con senso critico, le difficoltà generate dai tagli indistinti alla spesa pubblica, individuando, con spirito propositivo, possibili soluzioni per far fronte alle criticità evidenziate, in linea con i principi del diritto

comunitario che supera la teoria dogmatica della natura giuridica delle P.A. L'analisi svolta ha un taglio non solo teorico e dogmatico, ma anche pratico, e muove dall'esame della casistica riguardante il cambiamento di veste giuridica da parte di altre pubbliche amministrazioni, tenendo conto, al contempo, della evoluzione dottrina e giurisprudenziale che, soprattutto per quanto concerne l'espletamento di funzioni pubblicistiche, ha ampliato la nozione di P.A. attraverso l'elaborazione della nozione di organismo di diritto pubblico.

In definitiva, il volume evidenzia la necessità di intraprendere un percorso di rinnovamento che appare, allo stato, necessario per consentire all'Ente, oggi fortemente penalizzato dal blocco delle assunzioni e da una serie di interventi normativi indistintamente finalizzati alla spending review delle P.A., di svolgere, con una maggiore e migliore flessibilità operativa, il ruolo di Autorità dell'aviazione civile, di consolidare i propri poteri di indirizzo, ispettivi e di vigilanza attiva e, al contempo, di proiettarsi nel futuro, investendo in nuovi progetti, superando la critica riduzione delle risorse professionali a disposizione, così riaffermando il proprio ruolo di Amministrazione di eccellenza, capace di presidiare con riconosciute capacità e competenze professionali il settore di interesse, garantendo la tutela del passeggero e la sicurezza del trasporto aereo in generale.

Sicché, lo studio porta a ritenere che la trasformazione dell'ENAC in Ente pubblico economico, contemplata dal decreto istitutivo dell'Ente, sia la strada più agevolmente percorribile per recuperare l'efficienza e l'autonomia dell'Autorità di settore.

In Parlamento è stato recentemente presentato un emendamento per la trasformazione dell'ENAC in E.P.E., permanendo la vigilanza del Ministro su ENAC; ciò a conferma della forte connessione fra momento politico di indirizzo e funzione pubblica attuata da ENAC.

Di seguito il testo dell'emendamento:

[AS1925_Em.Forma giuridica ENAC.pdf](#)

2) Con decreto presidenziale del 17.09.2020, il TAR della Sardegna, Sez. I, ha sospeso l'efficacia dell'ordinanza del Presidente della Regione nella parte in cui introduce misure restrittive di contrasto alla diffusione epidemiologica da covid-19 all'ingresso nel territorio ulteriori rispetto a quelle previste a livello nazionale.

Con decreto presidenziale del 17 settembre, il Tar della Sardegna, Sez. I, ha sospeso, in via cautelare inaudita altera parte, l'ordinanza del Presidente della Regione Sardegna, Christian Solinas, che impone a tutti coloro che intendono fare ingresso nel territorio regionale di presentare, all'atto dell'imbarco, l'esito di un test (sierologico o molecolare o antigenico rapido), effettuato nelle 48 ore precedenti, ritenendo che, *"ad un primo sommario esame proprio della fase cautelare, il ricorso proposto presenti ragionevoli probabilità di esito favorevole"*.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri ed il Ministero della Salute hanno impugnato dinanzi al Tar della Sardegna l'ordinanza n. 43 dell'11 settembre 2020, in vigore dal 14 settembre, con la quale sono state dettate *"Ulteriori misure straordinarie urgenti di contrasto e prevenzione della diffusione epidemiologica da COVID-19 nel territorio regionale della Sardegna. Ordinanza ai sensi dell'art.32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica"*, deducendo l'illegittimità del provvedimento per la violazione delle norme che regolano la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, con particolare riferimento alla questione degli spostamenti fra regioni.

L'art. 1, comma 3, del D.L. 33/2020, convertito con modifiche nella L. n. 74/2020, riserva la disciplina degli spostamenti allo strumento del D.P.C.M.: *«a decorrere dal 3 giugno 2020, gli spostamenti interregionali possono essere limitati solo con provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020, in relazione a specifiche aree del territorio nazionale, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio epidemiologico effettivamente presente in dette aree»*. Un'analogha previsione è poi dettata con riferimento agli spostamenti da e verso l'estero.

Nella fattispecie, l'ultimo D.P.C.M. emanato il 7 settembre 2020, tiene conto dell'aggravamento del rischio sanitario determinato dall'aumento dei contagi accertati anche in Sardegna dovuti al forte afflusso turistico del mese di agosto; d'altro canto non risulta dimostrato che dall'aumento di casi accertati sia derivata una *"insostenibile pressione sul sistema sanitario regionale"*, tale da imporre limitazioni alla libera

circolazione delle persone, anche perché l'incremento del numero dei contagiati è in buona parte legato all'incremento del numero dei test e alla rilevazione del virus in numerosi soggetti asintomatici.

Le norme che limitano la libera circolazione delle persone, diritto garantito dall'art. 16 della Costituzione e dai principi fondamentali del diritto dell'UE, possono essere adottate con D.P.C.M. solo in presenza di ragioni di straordinaria necessità e urgenza e nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio epidemiologico effettivamente presente in determinate aree.

L'ordinanza regionale, secondo il Tribunale amministrativo, contiene disposizioni che limitano di fatto la circolazione delle persone, dal momento che, oltre al test obbligatorio, impongono a chi non lo avesse fatto preventivamente, di sottoporsi a tampone entro le 48 ore dall'ingresso nel territorio regionale in strutture pubbliche o private accreditate presenti nella regione, con obbligo di isolamento domiciliare fino all'esito negativo degli esami.

Queste misure non rispettano quindi le disposizioni normative sopra richiamate e i principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio epidemiologico effettivamente presente nella regione, e non presentano ragioni di necessità e urgenza tali da giustificare l'adozione, con ordinanza regionale (e non con un D.P.C.M), di una misura limitativa della libera circolazione delle persone fra le regioni e fra gli stati.

Per queste ragioni il Tar ha sospeso in via interinale l'efficacia delle disposizioni impugnate, rinviando per la trattazione collegiale alla camera di consiglio del prossimo 7 ottobre.

Di seguito il testo del provvedimento:

[TAR Sardegna, Sez. I, decreto e n. 473/2020.pdf](#)

3) Con sentenza non definitiva n. 5097 del 19.08.2020 il Consiglio di Stato, Sez. V, ha disposto la sospensione il giudizio fino alla definizione dell'incidente di costituzionalità dell'art. 177 del D. Lgs. 50 del 2016 e ordinato la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

Il giudizio di primo grado promosso dinnanzi al TAR Lazio verteva sulla domanda di annullamento delle Linee Guida A.N.A.C. n. 11 (approvate con deliberazione n. 614 del 4

luglio 2018 e pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale n. 178 del 2 agosto 2018), recanti *«Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'art. 11, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolati di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ed evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione Europea»*, di cui la società ricorrente lamentava l'illegittimità per violazione dell'art. 177, comma 3, del codice dei contratti pubblici.

Come noto, l'art. 177 (Affidamenti dei concessionari) è stato oggetto di una pluralità di interventi di modifica ed integrazione (artt. 1, comma 568, lett. a) e lett. b) della legge 27 dicembre 2017, n. 205; art. 1, comma 20, lett. bb) del decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, n. 55; art. 1, comma 9 bis del decreto legge 30 dicembre 2019, n. 162, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8). L'attuale testo risulta così formulato:

«1. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7, i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità. La restante parte può essere realizzata da società in house di cui all'articolo 5 per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato. Per i titolari di concessioni autostradali, ferme restando le altre disposizioni del presente comma, la quota di cui al primo periodo è pari al sessanta per cento.

2. Le concessioni di cui al comma 1 già in essere si adeguano alle predette disposizioni entro il 31 dicembre 2021. Le concessioni di cui al comma 1, terzo periodo, già in essere si adeguano alle predette disposizioni entro il 31 dicembre 2020.

3. La verifica del rispetto dei limiti di cui al comma 1 da parte dei soggetti preposti e dell'ANAC viene effettuata annualmente, secondo le modalità indicate dall'ANAC stessa in apposite linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della

presente disposizione. Eventuali situazioni di squilibrio rispetto ai limiti indicati devono essere riequilibrare entro l'anno successivo. Nel caso di situazioni di squilibrio reiterate per due anni consecutivi, il concedente applica una penale in misura pari al 10 per cento dell'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica».

E stato evidenziato (parere Cons. Stato, comm. Spec., n. 1582 del 20 giugno 2018) che si tratta di una disposizione «*estranea al perimetro delle direttive UE 23, 24 e 25/2014, diretta ai concessionari in quanto tali, a prescindere dalla loro natura pubblica o privata, la cui ratio evidentemente risiede nella volontà del legislatore di restituire, a valle, parte della concorrenza “per il mercato” mancata a monte, secondo uno schema che ovviamente ha ad oggetto, in quota parte, le prestazioni relative alle concessioni a suo tempo affidate direttamente...»*; in tal modo il legislatore ha quindi inteso adeguare «*...seppure in via mediata e indiretta, l'originario rapporto concessorio alla “concorrenza per il mercato”, fatto proprio...per il tramite del recepimento della direttiva 2014/23/UE e soprattutto dei principi generali della Costituzione e del Trattato in modo da garantire al mercato quelle quote di lavori, servizi e forniture per lungo tempo affidate senza l'uso di procedure ad evidenza pubblica, atteso il regime previgente al codice, al riparo dalla competizione, senza con ciò incidere sull'esistenza e a durata dell'originaria concessione, in una logica che può dirsi riequilibratrice e non sanzionatorie».*

L'A.N.A.C. ha dato applicazione alla previsione del terzo comma dell'art. 177, comma 3, del codice dei contratti pubblici, come successivamente modificato ed integrato, approvando, con deliberazione n. 614 del 4 luglio 2018, le Linee Guida n. 11.

Dette Linee Guida sono articolate in due parti: la parte I, di natura dichiaratamente interpretativa, resa ai sensi dell'art. 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici, al fine di favorire la corretta e omogenea applicazione della normativa, e quindi di carattere non vincolante, contiene indicazioni su «Ambito di applicazione dell'articolo 177 del codice dei contratti pubblici» (par. 1); «I contratti assoggettati alle previsioni dell'articolo 177 del codice dei contratti pubblici» (par. 2); «Ambito temporale di applicazione dell'articolo 177 del codice dei contratti pubblici» (par. 3); la parte II contiene indicazioni operative rese ai sensi dell'art. 177, comma 3 del codice dei contratti pubblici, di carattere dichiaratamente vincolante, concernenti la «Situazione di squilibrio e quantificazione della penale» (par. 4); gli «Obblighi di pubblicazione» (par. 5) e le «Attività di verifica» (par. 6).

Il Giudice di primo grado aveva concluso per la carenza di carattere lesivo sia della parte I

che della parte II delle Linee guida n. 11 atteso che il potere dell'A.N.A.C. doveva ritenersi limitato alla sola individuazione delle modalità di verifica e di calcolo delle percentuali di esternalizzazione imposte dall'art. 177, comma 3, del codice dei contratti pubblici, e che conseguentemente esse non costituivano espressione del potere regolatorio dell'Autorità e non avevano pertanto portata immediatamente lesiva.

Uguale carenza di lesione concreta ed attuale era riconosciuto anche all'Atto di segnalazione impugnato con i motivi aggiunti, trattandosi di un generico invito rivolto agli enti concedenti a collaborare per assicurare il rispetto degli obblighi nascenti dalla disposizioni e nel raccogliere i dati necessari.

Con rituale atto di appello, la società resistente ha impugnato la decisione sostenendo che il Tribunale avrebbe pertanto errato nel ritenere le Linee Guida prive di immediata lesività e non immediatamente impugnabili, malgrado l'irragionevole alternativa da esse posta a carico dei concessionari: il rispetto delle stesse, con immediati effetti negativi sui loro processi produttivi a causa della massiccia esternalizzazione di attività, foriera di gravi conseguenze anche sotto il profilo sociale; oppure il loro mancato rispetto, col rischio di subire la sanzione. A tale ultimo riguardo, si trarrebbe conferma dell'immediata lesività delle Linee Guida n. 11 che, lungi dall'essere atto meramente interpretativo, esplicano effetti pregiudizievoli diretti e immediati sui concessionari.

Carattere di immediata e diretta lesività, secondo l'appellante, deve riconoscersi anche all'Atto di segnalazione dell'A.N.A.C. impugnato con i motivi aggiunti, col quale veniva ribadito l'obbligo di applicazione generalizzato delle Linee Guida n. 11 e dell'art. 177, comma 3, del D. Lgs. n. 50 del 2016, e riaffermato il potere/dovere di verifica su tutti i concessionari e di applicazione delle sanzioni in caso di inosservanza dei limiti percentuali di cui al comma 1 del medesimo art. 177.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto fondato l'appello, dichiarando ammissibili il ricorso ed i motivi aggiunti proposti in primo grado sull'assunto che *“sebbene formalmente le Linee Guida siano articolate in due parti, tuttavia esse nel complesso costituiscono dal punto di vista logico e sistematico un corpus regolatorio unico, in cui la parte I (di natura dichiaratamente interpretativa) è finalizzata ad individuare il corretto ambito di applicazione dell'art. 177, su cui sono destinate ad incidere le indicazioni contenute nella seconda parte. La descritta unicità dell'atto regolatorio impugnato fa sì che la distinzione fra la natura interpretativa e non vincolante della parte I e quella prescrittiva e vincolante della parte II receda nell'apprezzamento della portata immediata e direttamente lesiva – e*

quindi impugnabile in sede giurisdizionale amministrativa – delle Linee Guida nel loro complesso”.

Nell’esame di tali motivi, inoltre, ha ritenuto le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 177 del D. Lgs. 50 del 2016 sollevate in primo grado, con riferimento agli artt. 41, comma 1, 3, comma 2, e 97, comma 2 della Costituzione, dell’art. 1, comma 1, lett. iii), della legge 28 gennaio 2016, n. 11, e dell’art. 177, comma 1, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, rilevanti *“nella misura in cui le Linee Guida in esso impugate, con specifico riguardo alla parte I, si manifestano come coerente interpretazione e diretta applicazione dell’art. 177, comma 1, del codice dei contratti pubblici, a sua volta emanato in attuazione del criterio direttivo enunciato nel più volte citato art. 1, comma 1, lett. iii), della legge delega n. 11 del 2016, oltre che come presupposto per l’esercizio dei poteri di controllo e sanzionatori dell’Autorità di vigilanza di settore previsti nella parte II delle medesime Linee Guida”.*

Le medesime questioni di legittimità costituzionale risultano inoltre non manifestamente infondate, innanzitutto sotto il profilo della libertà di impresa sancito dall’art. 41 della Costituzione.

In particolare, l’obbligo imposto ai concessionari (titolari di concessioni di importo pari o superiore a €. 150.000, come nel caso di specie) di dismissione totalitaria previsto dalle disposizioni di legge censurate, ancorché finalizzato a sanare l’originaria violazione dei principi comunitari di libera concorrenza consumatasi in occasione dell’affidamento senza gara della concessione, si traduce per un verso in un impedimento assoluto e definitivo di proseguire l’attività economica privata, comunque intrapresa ed esercitata in base ad un titolo amministrativo legittimo sul piano interno, secondo le disposizioni di legge all’epoca vigenti; e per altro verso va a snaturare il ruolo del privato concessionario, ridotto ad articolazione operativa degli enti concedenti, rispetto alla sua funzione di soggetto proposto dall’amministrazione all’esercizio di attività di interesse pubblico.

Nel perseguimento di legittimi obiettivi riconducibili ad imperativi di matrice euro-unitaria il legislatore sembra così avere totalmente pretermesso le contrapposte esigenze di tutela della libertà di impresa ai sensi del sopra citato art. 41 della Costituzione e di mantenimento della funzionalità complessiva della concessione.

La scelta legislativa, pur se orientata a rimuovere rendite di posizione, non appare pertanto equilibrata rispetto alle contrapposte e altrettanto legittime aspettative dei concessionari di proseguire l’attività economica in corso di svolgimento, con l’inerente realizzazione degli

equilibri economico – finanziari su cui erano stati pianificati i relativi investimenti; e di mantenimento delle conoscenze strategiche, tecniche e tecnologiche acquisite e la professionalità acquisite, rilevanti anche sotto il profilo dell’interesse pubblico.

Per le medesime considerazioni le questioni di legittimità costituzionale appaiono non manifestamente infondate in relazione all’art. 97, comma 2, della Costituzione, dal momento che le concessioni cui si riferisce l’obbligo di dismissione totalitaria concernono servizi pubblici essenziali, evidentemente rispondenti a bisogni fondamentali della collettività ed affidati a concessionari privati per l’incapacità strutturale delle amministrazioni pubbliche di gestirli in modo efficiente ed efficace. Ciò posto la norma delegante e delegata non risultano contenere alcuna considerazione circa gli effetti di tale obbligo di dismissione sull’efficiente svolgimento di tali servizi pubblici essenziali e sulle possibili ricadute sull’utenza.

Sul punto preme evidenziare che prima dell’emanazione delle Linee Guida in parola alcuni gestori contestarono gli atti dell’ANAC ritenendo non solo di non essere soggetti ai limiti posti dalla riferita disposizione, ma neppure alle operazioni ricognitive prodromiche alla relativa entrata “a regime” avviate dall’ANAC.

Proprio da tale presupposto alcune società di gestione, unitamente all’associazione di categoria Assaeroporti, impugnarono le note dell’ANAC - Ufficio Vigilanza Contratti Partenariato Pubblico Privato, che richiedevano in capo ai gestori gli adempimenti prescritti dal citato articolo 177.

Invero i gestori hanno sempre sostenuto di non rientrare nel novero dei concessionari i cui affidamenti a terzi devono rispettare le quote percentuali fissate dall’art 177 D.Lgs. 50/2016. Ciò sul presupposto che le “concessioni” di cui godono i gestori degli aeroporti non rientrano nella categoria delle concessioni rilevanti ai fini del Codice, giacché non hanno ad oggetto l’acquisizione da parte dello Stato di lavori o servizi pubblici specifici, bensì il diritto di gestire in via esclusiva beni del demanio pubblico (ancorché per finalità non meramente economiche).

Detta conclusione deriva infatti dal considerando 15 della dir 2014/23/UE, secondo cui *“il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d’uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non*

dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva". In altri termini ancora, il discrimine tra concessioni di beni e concessioni di servizi e lavori riposerebbe pertanto nella circostanza che il soggetto concedente "fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici".

Significativamente, all'atto del recepimento delle riferite previsioni, l'art 164 D.lgs. n 50/2016, nell'aprire il capo dedicato ai "principi generali" della Parte III dedicata alle concessioni, sottolinea che "le disposizioni della presente Parte non si applicano ai provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio dell'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici" (art. 164, comma 2, D.lgs. n. 50/2016).

Successivamente all'emanazione delle Linee Guida i gestori aeroportuali decisero però di non procedere con l'impugnazione in quanto le stesse risultavano chiare nel prevedere che l'art. 177 d.lgs. 50/2016 non si applica *"per effetto dell'art 7 del codice dei contratti pubblici: - alle concessioni nei settori speciali aggiudicate a un'impresa collegata o a una joint-venture, alle condizioni previste al comma 2 del medesimo articolo; - agli appalti nei settori speciali che l'ente aggiudicatore titolare di una concessione assoggettata all'articolo 177 del codice dei contratti pubblici affida a un'impresa collegata o a una joint-venture per l'esecuzione della concessione medesima, alle condizioni previste all'articolo 7, comma 2 del codice dei contratti pubblici" (art. 1.4, lett f)*". Sicché, dall'interpretazione delle stesse, i gestori aeroportuali non risultavano obbligati a tener conto dei limiti percentuali imposti dall'art. 177 laddove procedano ad affidare contratti di appalto ad imprese "collegate" (ovviamente, al ricorrere dei presupposti previsti dal comma 2 del cit. art. 7, ossia laddove almeno l'80% del fatturato realizzato dall'impresa collegata provenga da prestazioni rese allo stesso gestore, ovvero alle altre imprese facenti parte del medesimo gruppo).

Il Centro Studi seguirà la vicenda, riservandosi di approfondire la questione nelle prossime informative.

Di seguito il testo del provvedimento:

[Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 5097/2019.pdf](#)

- 4) Con ordinanza del 18 settembre u.s. le Sezioni Unite della Cassazione hanno rimesso alla Corte di giustizia UE la questione dei limiti di ammissibilità del ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione, sospendendo il giudizio sino alla definizione delle predette questioni pregiudiziali.**

In particolare, la Corte di Cassazione ha richiesto chiarimenti in punto di giurisdizione circa i limiti al ricorso per Cassazione derivanti da prassi nazionali posteriori alla sentenza della C. Cost. n. 6/2018 e la loro compatibilità con il diritto dell'Unione Europea.

L'art. 111, ottavo comma, della Costituzione, secondo cui *“Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”*, è stato interpretato dalla Corte costituzionale italiana (con sentenza n. 6 del 2018), determinando la prassi giurisprudenziale che è oggetto della questione pregiudiziale in esame.

Ed infatti, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, si è ritenuto che il rimedio del ricorso per Cassazione sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non potesse essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facessero applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) e nei quali -conseguentemente- gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto.

Di conseguenza, la violazione del diritto dell'Unione europea da parte dei giudici amministrativi diviene irrimediabile nell'ordinamento nazionale, se non in via indiretta e succedanea mediante il risarcimento del danno per responsabilità dello Stato, con la conseguenza che non vi sono rimedi idonei ad evitare il consolidarsi degli effetti della violazione e a dare attuazione diretta agli interessi giuridici tutelati dal diritto dell'Unione. Tale situazione ha di fatto prodotto il consolidamento di violazioni del diritto comunitario, pregiudicando l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria. Ritengono dunque le Sezioni Unite che simili violazioni, evidentemente in contrasto con l'esigenza che il diritto dell'Unione Europea riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, potrebbero essere

corrette tramite il rimedio del ricorso per Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato configgenti con l'interpretazione del Diritto UE fornite dalla Corte di Giustizia, limitatamente ai settori di rilevanza comunitaria come il settore degli appalti pubblici.

La pronuncia della Corte di Giustizia Europea diviene di particolare rilevanza atteso che deciderà se affidare allo strumento del ricorso per Cassazione il compito – che spetta al giudice nazionale di ogni Stato membro - di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, attraverso la disapplicazione, all'occorrenza, delle disposizioni nazionali contrastanti con sentenze della Corte di giustizia.

Il Centro Studi seguirà costantemente la vicenda e darà aggiornamenti nelle prossime informative.

Di seguito il testo del provvedimento:

[Cass. civ., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19598.pdf](#)

Centro Studi Demetra