Consiglio di Stato, Sezione Quinta - 19/03/2007, n. 1300. Pres. Iannotta. Est. Millemaggi Cogliani.

FATTO

I - Gli istanti premettono di essere strutture e professionisti che operano nell'ambito territoriale di competenza della AUSL LE/1, nel settore della specialistica ambulatoriale, in regime di accreditamento provvisorio con il Sistema Sanitario Nazionale, a norma dell'art. 6, comma 6, della legge n. 724 del 1994 e di avere impugnato davanti alla Sezione di Lecce del Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia la deliberazione del Direttore generale dell'AUSL LE/1 n. 7341 del 29 dicembre 2000, recante "Determinazione del piano annuale preventivo delle prestazioni e correlati limiti di spesa sostenibili per l'anno 2001 per l'erogazione di prestazioni specialistiche ambulatoriali da parte di professionisti e strutture private in accreditamento provvisorio" e, con essa, ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale, compresa la nota 8 .1.1 n. 17/P e l'allegato contratto individuale recante i tetti di spesa individuali fissati dalla richiamata deliberazione, le deliberazioni di G.R.. n. 1003 e 1832/99 per quanto di ragione, avanzando anche domanda di risarcimento del danno; la Sezione Seconda dell'adita Sezione di Lecce del TAR Puglia ha respinto il ricorso con la sentenza n. 5260/01, riformata, in appello, da questa Sezione, con decisione n. 499/03 del19 novembre 2003, che ha accolto il ricorso, quanto alla domanda costitutiva di annullamento della deliberazione AUSL impugnata, ma ha del tutto omesso di pronunciarsi sulla domanda di risarcimento del danno proposta in primo grado e riproposta in appello.

Così facendo il giudice di appello sarebbe incorso in errore su un elemento di sostrato materiale attinente al processo in quanto, pronunciando soltanto l'annullamento e non dando neppure atto della domanda risarcitoria in narrativa, ne avrebbe semplicemente ignorato l'esistenza.

Sussisterebbero dunque i presupposti della revocazione a norma dall'art. 395, comma 1, n. 4 c.p.c., in quanto non potrebbe ragionevolmente presumersi né l'implicita reiezione della domanda risarcitoria né il suo assorbimento, in quanto, al contrario, il risarcimento del danno ingiusto sarebbe consequenziale all'accoglimento della domanda di annullamento.

In via rescissoria, poi, la domanda di risarcimento sarebbe meritevole di accoglimento in quanto le determinazioni annullate avrebbero prodotto effetti pregiudizievoli nella sfera giuridico-patrimoniali degli istanti, che hanno visto contrarsi i propri affari ed i correlativi guadagni per effetto dei limiti unilateralmente imposti al convenzionamento; la misura del danno sarebbe quantificabile, con riferimento alla differenza di fatturato tra le media dei mesi trascorsi fino al settembre del 2001 ed i mesi successivi; l'elemento soggettivo della colpa sarebbe fuori discussione, derivando *ex se* dalla illegittimità del comportamento dell'Azienda, a fronte del quale, lo stesso debitore (ossia l'Amministrazione sanitaria) sarebbe tenuta a provare la non imputabilità dell'evento dannoso al suo comportamento.

II - La Regione e l'Azienda intimate si sono costituite in giudizio contestando il fondamento sia della pretesa rescindente sia di quella rescissoria.

Successivamente la causa, chiamata una prima volta alla pubblica udienza del 31 maggio 2005 e rinviata a data da destinare, è stata nuovamente chiamata alla pubblica udienza del 17 ottobre 2006 e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In tema di azione revocatoria ex art. 395 n. 4 c.p.c., la controversa questione, se l'omessa pronuncia possa essere addotta a presupposto della domanda rescindente è stata risolta, da una parte della giurisprudenza amministrativa, nel senso che, sebbene l'omissione di pronuncia su domande o eccezioni delle parti costituisca, di per sé, violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, di cui all'art.

112, c.p.c., essa non fa venir meno la rilevanza del processo causale che ha determinato l'evento omissivo e non esclude che l'omissione di pronuncia possa essere fatta valere non di per sé ma come effetto di un vizio della formazione di giudizio, che si concreti in un errore di fatto revocatorio (in questo senso, Cons. Stato, Sez. IV, 26 aprile 2006 n. 2282; 26 luglio 2004 n. 5292; 4 febbraio 2004 n. 388).

Nel medesimo senso è orientata anche la Corte Suprema di Cassazione (Cass. civ, Sez. II, 9 settembre 2003 n. 13147; sez. I, 20 dicembre 2002 n. 18152).

La Sezione ritiene di doversi uniformare a tale indirizzo, nella soluzione del caso in esame, sulla considerazione che, nella ipotesi in cui (come nel caso in esame), il giudice di appello ha accolto la domanda di annullamento proposta in primo grado, in riforma della sentenza impugnata, omettendo del tutto di pronunciarsi sulla domanda di risarcimento del danno, deve ritenersi che è incorso in errore di fatto, sulla portata dell'appello, ove abbia anche omesso di esporre, in narrativa, che la domanda era stata riproposta in appello.

Il suddetto errore, determinante della omessa pronuncia sulla domanda, non può, logicamente ritenersi insussistente per effetto della adozione, nel contesto della sentenza, di formule quali "*l'appello in epigrafe merita accoglimento nei sensi e nei limiti di seguito indicati*" ed "*accoglie il gravame di prime cure, nei sensi indicati in parte motiva*", ove - correlate all'intero contesto - appaiano chiaramente rivolte a specificare e contenere i vincoli derivanti dalla pronuncia di annullamento, per il futuro agire dell'Amministrazione.

Nel caso in esame, infatti, sono state fatte salve dal giudice di appello sia le determinazioni regionali, sia la possibilità di darvi attuazione attraverso moduli di tipo paritetico con le strutture private convenzionate, ed è stato ritenuto manifestamente infondato anche il dubbio di costituzionalità della normativa regionale di riferimento; ed è dunque evidente che con le espressioni sopra evidenziate (su cui parte resistente incentra le proprie argomentazioni oppositive) nient'altro si è inteso dire, che definire i

limiti dell'accoglimento della sola azione costitutiva, lasciando invece del tutto fuori dalla pronuncia la differente azione di risarcimento del danno, semplicemente ignorata, sull'erroneo presupposto che non fosse stata riproposta in appello.

La fase rescindente del giudizio di revocazione, dunque, deve avere esito positivo.

2. Esito negativo, invece, deve essere riservata alla fase rescissoria.

Come ricordata in narrativa, il ricorso di primo grado aveva ad oggetto dell'azione costitutiva di annullamento la deliberazione del Direttore generale dell'AUSL LE/1 n. 7341 del 29 dicembre 2000, recante ad oggetto la "*Determinazione del piano annuale preventivo delle prestazioni e correlati limiti di spesa sostenibili per l'anno 2001 per l'erogazione di prestazioni specialistiche ambulatoriali da parte di professionisti e strutture private in accreditamento provvisorio*"; ed ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale, compresa la nota 8 .1.1 n. 17/P e l'allegato contratto individuale recante i tetti di spesa individuali fissati dalla richiamata deliberazione, le deliberazioni di G.R.P. n. 1003 e 1832/99 per quanto di ragione.

La Sezione, nel riformare la sentenza di primo grado che aveva respinto il ricorso, pur muovendo da un'esposizione critica di carattere generale anche sull'operato della Regione, ha cura di precisare, al punto 12 (pagg. 20/21), nel definire il senso conclusivo dell'impianto motivazionale, che le complessive e complesse considerazioni svolte "*non riguardano però direttamente le delibere di Giunta nn. 1003 e 1832 del 1999...né la normativa regionale di cui alla legge 28 del 2000...*", bensì la sola "*deliberazione aziendale impugnata*", su cui soltanto, dunque, ricade la pronuncia di annullamento, e ciò in quanto contenente "*una illegittima determinazione unilaterale dei tetti di spesa per ciascuna struttura*", mentre al contrario "*la pianificazione autoritativa della Regione, e la necessità di adottare misure finanziarie contenitive, non possono precludere del tutto un'effettiva azione concordata tra strutture sanitarie territoriali e soggetti privati operatori, nell'interesse generale al raggiungimento di elevati standard qualitativi del servizio reso*".

È questo dunque il senso della pronuncia di annullamento, in cui ragionevolmente sono anche contenuti i limiti entro i quali può assumere rilievo la domanda risarcitoria degli interessati, in quanto rivolta alla riparazione della lesione che, dall'atto annullato, è derivata alla loro sfera soggettiva.

Chiarito tale aspetto, osserva la Sezione che:

- non vi è stata dimostrazione da parte degli originari appellanti, nella sede in cui tale dimostrazione doveva essere resa (la fase ordinaria del giudizio di appello), che la contrazione del fatturato dagli stessi lamentato sia addebitabile alla illegittima determinazione unilaterale dei tetti di spesa;

- manca, altresì, la sussistenza di elementi che possano indurre a ritenere la colpevolezza dell'Azienda, che, nel caso in esame, non soltanto è del tutto apoditticamente affermata (o meglio ancora, presunta) dalla parte appellante, ma deve ritenersi insussistente, alla stregua delle stesse affermazioni del giudice di appello che, espressamente ha rilevato la "*particolare complessità della materia*" in uno con "*il dispiegarsi non particolarmente lineare delle fonti normative di riferimento*", e l'esistenza, nel complesso, di aree di criticità tali da determinare una "*tensione discorsiva*" che è andata a scaricarsi "*sull'atto applicativo della ASL LE/1*" ossia sul segmento applicativo annullato.

In altri termini, l'impianto motivazionale della sentenza di appello, dal quale, nella fase rescissoria non si può prescindere (dovendosi necessariamente correlare, la domanda risarcitoria, all'annullamento dell'atto ed alle ragioni che l'hanno determinato) è tale da negare in radice - secondo la stessa valutazione del giudice che ha pronunciato l'annullamento - l'elemento soggettivo, in assenza del quale l'Amministrazione non può essere chiamata a rispondere del danno lamentato dagli appellanti.

È del resto anche oggettivamente assodato che la materia nella quale si inserisce la controversia principale non ha trovato univoca soluzione nell'orientamento giurisprudenziale.

Basterà fare riferimento alla serie di precedenti enumerati dalle resistenti, ed in particolare alle decisioni di appello n. 6322/2002 e n. 2253/2003 (quest'ultima successiva a quella di cui in questa sede si discute), alla decisione 6854/2004 con cui è stato dichiarato inammissibile il ricorso per revocazione avverso la citata n. 2253/2003, alla pronuncia della Corte costituzionale n. 111/2005 ed alla ordinanza di rimessione n. 8967 del 19 dicembre 2003 della II sezione del T.A.R. Puglia - Sez - di Lecce, per rendere evidente che l'atto annullato con la decisione di appello n. 499/2003 è scaturito da indicazioni ed interpretazioni che la stessa decisione ha ritenuto fuorvianti, con ciò giustificando in radice il comportamento dell'Azienda.

Non è certo questo il luogo per ripercorrere il quadro normativo, già sufficientemente esposto nella sentenza di appello, dalle cui conclusione, del resto, non è dato in questa sede discostarsi.

Ciò che occorre ribadire è che, comunque la si voglia configurare, la responsabilità dell'Amministrazione conseguente al provvedimento illegittimo non può essere ritenuta sussistente, ai fini del risarcimento del danno prodottosi nella sfera dell'amministrato, ove resti accertato (come nella specie) che i vizi che inficiano l'atto inducono ad un giudizio di scusabilità dell'errore per la sussistenza di contrasti giurisprudenziali, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto.

Su punto è univoco l'orientamento del giudice di appello (Cons. Stato IV Sez. 10 agosto 2004 n. 5500; Sez. V, 22 maggio 2006 n. 2960), corrispondente, del resto, alla linea indicata dalla Corte di giustizia C.E. nella decisione 5 marzo 1996.

3. In conclusione, la decisione n. 499/2003 deve essere revocata in parte qua e deve essere respinta la domanda di risarcimento del danno.

Le spese del giudizio, che si liquidano in dispositivo, devono essere poste a carico dei ricorrenti, in solido ed in favore dei resistenti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, revoca la sentenza impugnata, in parte qua, e, decidendo sulla domanda di risarcimento del danno, la respinge;

Condanna i ricorrenti in solido, in favore della ASL e della Regione appellate, al pagamento delle spese del giudizio, che si liquidano in complessive € 5.000,00, da ripartirsi in parte uguali in favore dell'Azienda USL LE/1 e della Regione Puglia, oltre IVA e CPA come per legge;

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 17 ottobre 2006, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Raffaele IANNOTTA PRESIDENTE

Chiarenza MILLEMAGGI COGLIANI est. CONSIGLIERE

Cesare LAMBERTI CONSIGLIERE

Marco LIPARI CONSIGLIERE

Marzio BRANCA CONSIGLIERE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 19 MAR. 2007.