

**Il Consiglio di Stato si pronuncia sulla compatibilità eurounitaria degli effetti retroattivi delle sentenze della Corte costituzionale e sul risarcimento del danno da affidamento
(Consiglio di Stato, sez. III, 6 settembre 2023, n. 8188)**

Il Consiglio di Stato ha chiarito che, sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia UE, i) è possibile distinguere tra retroattività “propria”, che si ha quando una nuova normativa pretende di disciplinare fattispecie sorte ed anche esauritesi anteriormente alla sua entrata in vigore, e retroattività “impropria”, che si ha quando la modifica incide su situazioni giuridiche iniziate nel passato e tuttora pendenti; ii) ferma restando la maggiore tutela dell’affidamento nel caso di retroattività “propria”, in entrambi i casi la Corte ammette che l’incisione sulle situazioni di vantaggio dei privati possa essere giustificata da “uno scopo diverso di interesse generale”, con la sola differenza che nel primo caso va in ogni caso assicurata un’adeguata tutela dell’affidamento dei privati mentre nel secondo caso è anche possibile operare in assenza di uno scopo di interesse generale, ma in tal caso la lacuna può essere colmata dalla predisposizione di una normativa transitoria preordinata a conferire ai destinatari il tempo necessario per adattarsi al mutamento normativo di segno sfavorevole; iii) inoltre, la soccombenza del legittimo affidamento del privato rispetto alla retroattività è ancorata al requisito della prevedibilità, oggetto di valutazione attraverso il canone prospettico dell’“operatore economico prudente e accorto”, e dunque la lesione del principio del legittimo affidamento è invocabile solo ove l’operatore economico prudente e accorto non sia in grado di prevedere il mutamento della situazione giuridica da cui origina l’affidamento.

**Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5406 del 2021, proposto da ARS Radiologica S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’avvocato Gianluigi Pellegrino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

Istituto Santa Chiara S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gabriella De Giorgi Cezzi e Vincenzo Di Gioia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

- della Regione Puglia, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Isabella Fornelli, con domicilio eletto presso la Delegazione della Regione Puglia in Roma, via Barberini, n. 36;
- del Comune di Ruffano e del Comune di Castrignano de' Greci, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 784/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto Santa Chiara S.r.l. e della Regione Puglia;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista la sentenza non definitiva della Sezione Terza n. 8467 del 21 dicembre 2021;

Vista l'ordinanza collegiale della Sezione Terza n. 8610 del 24 dicembre 2021 di rimessione degli atti alla Corte costituzionale;

Vista la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 25 gennaio - 28 febbraio 2023;

Relatrice, nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2023, il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con sentenza non definitiva n. 8467/2023 la Sezione ha deciso, in parte, l'appello principale proposto da ARS Radiologica S.r.l. e gli appelli incidentali proposti dalla Regione Puglia e dall'Istituto Santa Chiara S.r.l.; con l'ordinanza n. 8610 del 24 dicembre 2021 questa Sezione ha sospeso il giudizio ed ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 117, comma 3, della Costituzione, dell'art. 19, comma 3, della legge regionale della Puglia n. 9/2017, nella versione antecedente alle modifiche introdotte dagli artt. 49, comma 1, della L.R. 30 novembre 2019, n. 52, e 9, comma 1, della L.R. 7 luglio 2020, n. 18.

Con sentenza n. 32 del 25 gennaio - 28 febbraio 2023 la corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 3, della L.R. della Puglia n. 9/2017.

1.1 - Una volta concluso l'incidente di costituzionalità, la causa è stata fissata - per la completa definizione - all'udienza pubblica del 22 giugno 2023.

Le parti hanno depositato memorie e memorie di replica nelle quali hanno insistito nelle rispettive tesi difensive.

2. - Dopo ampia discussione orale, nella suddetta udienza pubblica, la causa è stata trattenuta in decisione.

3. - Relativamente alla parte residuale esaminata in questa sede, l'appello principale va respinto e, dunque, va confermata la statuizione di annullamento della determinazione della Regione Puglia n. 103 del 2019 oggetto di impugnazione in primo grado; per le stesse ragioni va altresì respinto l'appello incidentale della Regione Puglia; l'appello incidentale dell'Istituto Santa Chiara, relativo alla domanda risarcitoria, va respinto, mentre vanno dichiarate improcedibili tutte le ulteriori domande relative alla motivazione della decisione di primo grado.

4. - Prima di procedere alla disamina delle questioni residuali, non affrontate dalla Sezione nella sentenza non definitiva sopra richiamata, che costituiscono l'oggetto della presente decisione, il Collegio ritiene di doversi pronunciare preventivamente sulla richiesta di rinvio della presente causa, avanzata dalla appellante principale, in attesa della pronuncia del TAR di Lecce sul ricorso da essa proposto (RG n. 506/2023), fissato alla c.c. del 20 settembre 2023, relativo al silenzio della Regione Puglia sulla propria richiesta di accreditamento in base al nuovo regolamento regionale n. 9/2022.

Secondo l'appellante principale, infatti, ricorrerebbe una situazione di "pregiudizialità" tra la causa proposta dinanzi al TAR e la presente controversia, in quanto l'eventuale rilascio di un nuovo accreditamento in suo favore, determinerebbe l'improcedibilità dell'azione esercitata dalla ricorrente in primo grado e odierna appellata.

4.1 - La richiesta non può trovare accoglimento, in quanto – a prescindere dell'assoluta incertezza dell'*an*, del *quando* e del *quomodo* di tale nuovo accreditamento (come sottolineato dall'appellata) - qualsiasi nuovo provvedimento non potrebbe che operare *de futuro*, lasciando fermo e impregiudicato l'interesse dell'originaria ricorrente a vedere accertata l'illegittimità del pregresso operato della Regione.

Occorre considerare, infatti, che l'atto impugnato, che ha disposto l'accredimento della ARS Radiologica, risale all'anno 2019, e che dunque l'appellata ha interesse ad ottenere la caducazione di tale atto con decorrenza retroattiva alla data della sua adozione, con la conseguenza che l'eventuale accreditamento emesso in base al nuovo regolamento regionale n. 9/2022, non avrebbe alcuna concreta incidenza sul presente contenzioso quanto al periodo precedente.

Ne consegue che non ricorrono i presupposti, neppure sotto il profilo della mera opportunità, per disporre il rinvio della presente causa.

5. - L'appellante principale ha proposto anche altre eccezioni di inammissibilità/improcedibilità che devono essere esaminate prima di affrontare gli aspetti di merito.

In particolare, ha dedotto che il ricorso di primo grado sarebbe improcedibile a causa della mancata impugnazione, da parte della ricorrente, della determinazione dei tetti di spesa operata dalla Regione per l'anno 2022, nella quale evidentemente si è tenuto conto dell'accredimento posseduto dalla stessa appellante.

A questo proposito, l'appellata ha precisato in memoria le ragioni della mancata impugnazione (involgenti anche l'andamento, a suo dire anomalo, di un precedente giudizio avente a oggetto l'impugnazione dei tetti di spesa per il 2021) e richiamando, inoltre, la giurisprudenza relativa alla c.d. "clausola di salvaguardia", secondo cui i ricorsi avverso i tetti di spesa sarebbero inammissibili per intervenuta acquiescenza.

5.1 - Ritiene il Collegio che, a prescindere dai rilievi svolti dall'appellata su questo specifico punto, come pure osservato da quest'ultima nella memoria di replica, un'eventuale intangibilità delle determinazioni regionali per il 2022 non farebbe comunque venire meno l'interesse della appellata alla declaratoria di annullamento della determinazione impugnata, tenuto conto degli effetti consequenziali che tale atto comporterebbe sulla propria posizione a partire dall'anno 2019 non solo ai fini risarcitori, ma anche in via conformativa.

Come ha correttamente rilevato l'appellata nella propria memoria, in caso di annullamento del provvedimento impugnato in primo grado, opera il principio della retroattività esecutiva del

giudicato: l'Amministrazione è tenuta a conformare la situazione di fatto alla dichiarata situazione di diritto; la retroattività esecutiva del giudicato assolve, infatti, alla funzione di rimuovere gli ostacoli che si frappongono alla effettiva realizzazione dell'interesse meritevole di tutela del ricorrente vittorioso, ricostruendo la pienezza della posizione giuridica lesa dall'atto annullato dal giudice, con il solo limite delle sopravvenienze di fatto e di diritto che possono aver reso impossibile travolgere gli effetti *medio tempore* prodotti (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. Seconda, 12 maggio 2023, n. 4800). In tal caso, peraltro, l'art. 112, comma 3, c.p.a. prevede il rimedio risarcitorio per i danni subiti in caso di impossibilità o di mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione.

Pertanto, persiste l'interesse della appellata alla decisione relativa alla richiesta di annullamento del provvedimento impugnato in primo grado.

Peraltro, le vicende relative alla fase esecutiva, che si pone a valle dell'annullamento dell'atto oggetto di impugnazione, in caso di contenzioso sulla corretta esecuzione, devono essere esaminate nell'ambito di un eventuale giudizio di ottemperanza.

È opportuno ricordare, infatti, che spetta alla P.A. dare esecuzione alla pronuncia del giudice amministrativo; solo in caso di contenzioso interviene il giudice, formalmente investito della relativa controversia.

Pertanto, la pretesa dell'appellata, ricorrente in primo grado, di chiedere a questo Collegio di non limitarsi a disporre l'annullamento, ma di regolare anche la fase esecutiva, non può trovare accoglimento: spetta alla Regione Puglia adottare gli atti conseguenti, tenuto conto del principio relativo alla retroattività degli effetti del giudicato, in precedenza esposto.

6. – Deve essere quindi esaminata l'eccezione di inammissibilità della documentazione prodotta in appello dall'appellata, in relazione al divieto di nuove prove, di cui all'articolo 104, comma 2, c.p.a.: al riguardo, è sufficiente rilevare che buona parte della documentazione in questione è costituita da documenti già presenti nel fascicolo di primo grado, o da estratti di questi, sicché il divieto di cui sopra non opera. L'eccezione potrebbe essere accolta solo limitatamente agli atti adottati dalla A.S.L. di Lecce in esecuzione della sentenza n. 5390/2014 di questa Sezione, che secondo l'appellata sono funzionali unicamente a spiegare come, a suo dire, dovrebbe darsi esecuzione al giudicato di annullamento, ma che proprio per questo possono ritenersi non decisivi, in quanto afferenti alla futura ed eventuale attività conformativa di un eventuale giudicato di annullamento.

7. - Prima di procedere alla disamina del nucleo centrale della controversia, che ha comportato l'adozione dell'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale, deve essere esaminato uno specifico punto sollevato dalla Regione Puglia e dall'appellante principale, diretto a sostenere che la determinazione impugnata non si fonderebbe solo sull'art. 19, comma 3, della L.R. n. 9/2017 (nel testo vigente *ratione temporis*), in quanto il regolamento regionale n. 3 del 2006 della Regione Puglia prevedeva un unico ed indistinto fabbisogno, sia per l'autorizzazione all'esercizio, che per l'accreditamento istituzionale, in relazione alle strutture e studi che erogano prestazioni di assistenza specialistica in regime ambulatoriale di diagnostica per immagini, con utilizzo delle grandi macchine.

7.1 - Secondo la Regione Puglia, non ricorrerebbe l'automatismo censurato dall'Istituto Santa Chiara, ma semmai vi sarebbe stata la mera coincidenza dei due diversi fabbisogni (di esercizio e

di accreditamento), che sarebbe stata frutto di una precisa scelta programmatica esplicita dalla Regione nel regolamento n. 3 del 2006; tale automatismo, quindi, non sarebbe riconducibile alla disposizione di cui all'art. 19, comma 3, della L.R. Puglia n. 9 del 2017, censurata dinanzi alla Corte costituzionale.

Tale prospettazione è stata avanzata dalla Regione Puglia anche nel giudizio di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale; nel presente contenzioso, il punto è stato dedotto non solo nella memoria depositata dopo la pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 32/2023, ma anche prima della rimessione degli atti alla Consulta; tale questione, infatti, è stata esaminata e respinta da questa Sezione nella sentenza non definitiva n. 8467/21.

Di fatto la questione risulta coperta da giudicato.

7.2 - Ad ogni buon conto, il Collegio ritiene di esaminarla per maggiore chiarezza.

Tale argomentazione non può essere condivisa, per le seguenti ragioni, ben evidenziate dalla difesa della appellata:

a) innanzitutto, non risponde al vero che la Corte abbia lasciato impregiudicata la questione del fabbisogno unico: questa le era stata sottoposta al fine di escludere la rilevanza della questione di legittimità costituzionale, e al riguardo in sentenza si è statuito che essa poteva al più attenere "*al merito della questione*", con ciò volendo chiaramente intendere non già che il tema del fabbisogno unico era rimesso all'apprezzamento del giudice *a quo*, ma che esso non afferiva alla rilevanza dell'incidente di costituzionalità, ma al merito dello stesso;

b) e, difatti, in sede di merito la Corte ha approfondito la questione, esprimendosi in ordine al "*fabbisogno complessivo*" (anche ai sensi del Reg. reg. n. 3/2006) nel senso di ribadire la necessità che l'autorizzazione e l'accredimento presuppongano "*indici di fabbisogno diversi e non sovrapponibili*";

c) inoltre, come già anticipato, tale questione è coperta da giudicato sulla scorta di quanto al riguardo affermato nella sentenza parziale n. 8476/2021, laddove la Sezione, prendendo atto che nel provvedimento impugnato in prime cure non vi era traccia alcuna di riferimento alla coincidenza dei fabbisogni, e tanto meno alla relativa verifica degli stessi (venendo in rilievo semmai proprio l'automatismo di cui all'articolo 19, comma 3, l.r. n. 9/2017), ha chiarito di non potersi in alcun modo occupare di tale tema, ostandovi il divieto di cui all'articolo 34, comma 2, c.p.a. e/o di integrazione postuma della motivazione del provvedimento impugnato.

7.3 - Peraltro, ove mai le disposizioni del Regolamento n. 3/2006 dovessero essere interpretate nel senso di escludere la necessità di un'autonoma verifica di compatibilità per l'accredimento, essendo questa già ricompresa nella verifica compiuta ai fini dell'autorizzazione, le stesse incorrerebbero nella stessa illegittimità già stigmatizzata dalla Corte nella sentenza n. 32/2023, potendo essere, in base alla giurisprudenza, disapplicate anche d'ufficio ancorché non specificamente impuginate (cfr. Cons. Stato Sez. IV, 8 gennaio 2016, n. 30; id. 28 maggio 2013, n. 2916; id., sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4859).

Ne consegue l'infondatezza, oltre che l'inammissibilità, di tale prospettazione.

8. - Infine, prima di procedere all'esame della questione di merito (legittimità o meno del provvedimento impugnato in primo grado) alla luce della pronuncia della Corte costituzionale n. 32/2023, deve essere valutata la richiesta di rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, formulata dall'appellante principale nella propria memoria del 22 maggio 2023, con la quale è stata dedotta, in sintesi, la tesi dell'intangibilità dei vantaggi conseguiti sulla base di norme incostituzionali,

ancorché dichiarate tali e cancellate dall'ordinamento, sulla base del richiamo al principio comunitario del legittimo affidamento.

8.1 - Tale richiesta va disattesa.

Ritiene il Collegio che – a prescindere dagli aspetti sollevati dall'Istituto Santa Chiara che attengono propriamente al quadro normativo nazionale in materia di c.d. “grandi macchine”-, la questione sollevata dall'appellante attiene all'efficacia *ex tunc* delle sentenze con cui la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge, che è scolpita nel nostro ordinamento a garanzia della rigidità della Costituzione (la si ricava dal combinato disposto degli articoli 136 Cost. e 30, comma 3, della legge 11 marzo 1953, n. 87), e cui non può non conseguire la caducazione per illegittimità derivata del provvedimento amministrativo che si sia basato su una norma incostituzionale (con il solo limite, come è noto, dei cc.dd. “rapporti esauriti”).

8.2 - Pertanto, nel caso di specie viene in rilievo la giurisprudenza della Corte di giustizia UE in tema di rapporti tra tutela del legittimo affidamento e principio di irretroattività della legge, sulla base della quale:

i) è possibile distinguere tra retroattività “propria”, che si ha quando una nuova normativa pretende di disciplinare fattispecie sorte ed anche esauritesi anteriormente alla sua entrata in vigore, e retroattività “impropria”, che si ha quando la modifica incide su situazioni giuridiche iniziate nel passato e tuttora pendenti (cfr. Corte giust. UE, Grande sezione, 25 gennaio 2022, causa C-181/20; id., 30 aprile 2020, causa C-184/19; id., 14 ottobre 2010, causa C-67/09);

ii) ferma restando la maggiore tutela dell'affidamento nel caso di retroattività “propria”, in entrambi i casi la Corte ammette che l'incisione sulle situazioni di vantaggio dei privati possa essere giustificata da “*uno scopo diverso di interesse generale*”, con la sola differenza che nel primo caso va in ogni caso assicurata un'adeguata tutela dell'affidamento dei privati (cfr. sent. C-181/20, cit., ma anche Corte giust. UE, 30 settembre 1982, causa C-108/81; id., 26 aprile 2005, causa C-376/02; id., 28 novembre 2006, causa C-413/04; id., 13 febbraio 2019, causa C-434/17) mentre nel secondo caso è anche possibile operare in assenza di uno scopo di interesse generale, ma in tal caso la lacuna può essere colmata dalla predisposizione di una normativa transitoria preordinata a conferire ai destinatari il tempo necessario per adattarsi al mutamento normativo di segno sfavorevole (cfr. C-184/19, cit.; C-67/09, cit.);

iii) inoltre, la soccombenza del legittimo affidamento del privato rispetto alla retroattività è ancorata al requisito della prevedibilità, oggetto di valutazione attraverso il canone prospettico dell’“*operatore economico prudente e accorto*”, e dunque la lesione del principio del legittimo affidamento è invocabile solo ove l'operatore economico prudente e accorto non sia in grado di prevedere il mutamento della situazione giuridica da cui origina l'affidamento (cfr. C-184/19, cit.; Corte giust. UE, 16 ottobre 2019, causa C-490/18).

8.3 - Nel caso che qui occupa, ferma restando l'equiparazione *quoad effectum* della declaratoria di incostituzionalità di una norma di legge al sopravvenire di una nuova norma di legge a effetto abrogativo, innanzitutto è evidente che ci troviamo in presenza di retroattività “impropria”, dal momento che sono le stesse disposizioni sul funzionamento della Corte costituzionale – come già osservato – a far salvi i cc.dd. “rapporti esauriti” rispetto all'ordinario effetto *ex tunc* della declaratoria di illegittimità costituzionale; inoltre, è evidente che l'odierna appellante continua a

tutt'oggi a esercitare la propria attività in virtù dell'accreditamento rilasciato sulla base della norma poi dichiarata incostituzionale, sicché non si è in presenza di "rapporti esauriti".

8.4 - Pertanto, tenuto conto dei criteri e parametri ai quali la Corte di giustizia riconnette la possibilità di sacrificio della posizione di vantaggio del privato, ne deriva che:

a) risponde all'"*interesse generale*" la necessità di evitare che, una volta che una norma di legge sia stata cancellata con effetto retroattivo dall'ordinamento, perché incostituzionale, chi abbia ottenuto vantaggi economici, sulla base di quella norma, continui a goderne *sine die*;

b) peraltro, l'ordinamento predispone due tipi di strumenti a tutela dell'affidamento di chi abbia ottenuto un titolo poi annullato perché illegittimo:

b1) ferma restando l'impossibilità che il provvedimento illegittimo continui a produrre effetti *de futuro*, è rimesso al giudice, nell'esercizio del proprio potere conformativo, determinare e modulare gli effetti anche ripristinatori del proprio *decisum* con riguardo alle situazioni anteriori (articolo 34, comma 1, lettera e), c.p.a.);

b2) il beneficiario del titolo annullato può far valere il proprio legittimo affidamento con l'azione risarcitoria proponibile dinanzi al g.o., proprio al fine di vedere indennizzato l'affidamento incolpevolmente riposto in un provvedimento di cui sia poi emersa la illegittimità;

c) infine, quanto al tema della prevedibilità, nella specie l'immediata impugnazione giudiziale del provvedimento di autorizzazione e contestuale accreditamento rilasciato all'odierna appellante, unitamente alle vicende connesse (ivi compresa la precedente declaratoria di incostituzionalità di due norme di legge sostanzialmente sovrapponibili a quella poi cassata con la sentenza n. 32/2023), consentono di escludere che il venir meno del titolo *de quo* fosse realmente imprevisto o imprevedibile per la stessa appellata, il che priverebbe anche di rilevanza la questione comunitaria.

8.5 - Ne consegue l'insussistenza dei presupposti per disporre il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*.

9. - Va ora affrontato il nucleo centrale del presente contenzioso che riguarda la richiesta di annullamento della determinazione della Regione Puglia n. 109/2019.

Occorre quindi partire dalla sentenza non definitiva n. 8467/21: con questa decisione la Sezione si è pronunciata su tutti i motivi di appello principale e di appello incidentale della Regione Puglia, eccetto quelli che hanno costituito oggetto dell'incidente di costituzionalità (poi definito con la sentenza della Corte costituzionale n. 32/2023), e di appello incidentale proposto dall'Istituto Santa Chiara che afferiscono alla domanda risarcitoria.

Occorre fin d'ora precisare – al fine di evitare qualunque fraintendimento - che la sentenza non definitiva n. 8467/2021 ha accolto l'appello principale e quello incidentale della Regione Puglia "*nei sensi e nei limiti indicati in parte motiva*" e per l'effetto, "*nei limiti suddetti riforma la sentenza appellata*".

Dalla disamina della motivazione emerge, in modo chiaro, che la statuizione di "*riforma in parte qua*" riguarda il capo di sentenza con il quale il TAR aveva fatto ricorso ad una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 19, comma 3, della L.R. n. 9/2017, tesi non condivisa da questa Sezione per le ragioni esposte nella motivazione della sentenza parziale (e nell'ordinanza n. 8610/2021 di rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale della suddetta disposizione), sicché l'accoglimento, *in parte qua*, degli appelli principale ed incidentale della Regione si riferisce alla sola motivazione dell'annullamento (fondata sull'interpretazione costituzionalmente orientata dalla suddetta disposizione) e non implica l'accertamento della

legittimità del provvedimento, che presupponeva la previa pronuncia della Corte costituzionale successivamente intervenuta.

Ciò comporta che, nella prosecuzione del giudizio dinanzi a questo Collegio, il nucleo centrale della controversia – relativo alla legittimità o meno della determinazione della Regione Puglia n. 103/2019 – deve ritenersi impregiudicato dalla precedente decisione parziale della Sezione, che reca il dispositivo di accoglimento parziale degli appelli principale ed incidentale della Regione Puglia.

9.1 - Come già anticipato, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 32 del 2023, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma dell'art. 19, comma 3, della L.R. n. 9/2007 nella sua formulazione originaria, precedente alle modifiche introdotte dall'art. 49, comma 1, della legge reg. Puglia n. 52 del 2019 e dall'art. 9, comma 1, della legge reg. Puglia n. 18 del 2020, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, secondo cui, con riferimento alle strutture sanitarie, «[l]’autorizzazione alla realizzazione e all’esercizio non produce effetti vincolanti ai fini della procedura di accreditamento istituzionale, che si fonda sul criterio di funzionalità rispetto alla programmazione regionale, salvo che non si tratti di modifiche, ampliamento e trasformazione di cui all’articolo 5, comma 2, inerenti strutture già accreditate».

Questa Sezione ha rimesso la questione alla Corte costituzionale dubitando della legittimità costituzionale della suddetta norma in quanto questa, nella sua parte finale, laddove richiama le ipotesi indicate dall'art. 5, comma 2, della stessa legge reg. Puglia n. 9 del 2017, deroga al principio fondamentale della legislazione statale nella materia «*tutela della salute*», desumibile dagli artt. 8, 8-bis, 8-ter e 8-quater del d.lgs. n. 502 del 1992, che stabilisce l'autonomia, individuandone le rispettive differenze, tra il procedimento di autorizzazione e quello di accreditamento istituzionale delle strutture sanitarie, violando così l'art. 117, terzo comma, Cost.

9.2 - La Corte costituzionale, ha ritenuto che: *“La norma censurata applica il medesimo principio informatore che è alla base delle disposizioni già dichiarate costituzionalmente illegittime dalle sentenze n. 195 e n. 36 del 2021, consistente nella non consentita assimilazione, attesa la diversità dei relativi presupposti di legittimazione, tra l’autorizzazione e l’accreditamento di una struttura sanitaria, ponendosi così in contrasto con il principio generale della legislazione statale ricavabile da una lettura sistemica degli artt. 8, 8-bis, 8-ter e 8-quater del d.lgs. n. 502 del 1992. La questione in esame appare invero del tutto analoga a quella già oggetto della sentenza n. 36 del 2021 in quanto, anche in questo caso, verrebbe «nuovamente in rilievo una deroga incentrata su un’autorizzazione già rilasciata che vincola, secondo la legge regionale, il successivo accreditamento»”*.

La Corte costituzionale ha quindi aggiunto che: *“La norma censurata prefigura, pertanto, nel suo inciso finale, una sostanziale coincidenza tra il provvedimento di autorizzazione di una struttura sanitaria e quello di accreditamento istituzionale, in palese contrasto con il principio fondamentale della legislazione statale, ricavabile, come si è detto, da una lettura sistemica degli artt. 8, 8-bis, 8-ter e 8-quater del d.lgs. n. 502 del 1992, che ne stabilisce invece l’autonomia e le differenze. E invero, come rilevato anche dal giudice a quo, la disposizione censurata trasforma i provvedimenti di accreditamento, che la disciplina statale configura come discrezionali e fondati su presupposti diversi da quelli stabiliti per l’autorizzazione, in atti dovuti e a contenuto vincolato nelle dette ipotesi di modifiche, ampliamento e trasformazione di cui all’art. 5, comma 2, della legge reg. Puglia n. 9 del 2017, se inerenti strutture già accreditate”*.

“Va, infatti, ribadito quanto già evidenziato da questa Corte nella sentenza n. 36 del 2021, secondo cui i «due procedimenti - di autorizzazione e di accreditamento - sono, in base ai richiamati principi fondamentali della legge statale, tra di loro autonomi, essendo ciascuno finalizzato alla valutazione di indici di fabbisogno diversi e non sovrapponibili». Conseguentemente, deve ritenersi preclusa al legislatore regionale la previsione di effetti vincolanti (id est automatici) da attribuire all'autorizzazione ai fini dell'accredimento istituzionale”.

9.3 - Dalla declaratoria di incostituzionalità della norma posta a fondamento del provvedimento impugnato in primo grado (determinazione della Regione Puglia n. 103/2019), deriva l'illegittimità di tale atto che va, di conseguenza, annullato.

10. - Ciò comporta il rigetto dell'appello principale e di quello incidentale della Regione Puglia e la conferma, con diversa motivazione, della sentenza del TAR di Lecce che aveva annullato l'atto impugnato, ricorrendo ad una interpretazione costituzionalmente orientata della stessa norma, già ritenuta non sostenibile da questa Sezione nella sentenza non definitiva n. 8467/21 e nell'ordinanza di rimessione della questione alla Corte costituzionale n. 8610/21.

11. - Va ora esaminato l'appello incidentale proposto dall'Istituto Santa Chiara.

L'appello incidentale è articolato sulla base di tre motivi di impugnazione.

Il primo ed il secondo motivo riguardano la motivazione della sentenza appellata che ha accolto il ricorso di primo grado proposto dall'Istituto Santa Chiara: ritiene il Collegio che tali doglianze vadano dichiarate improcedibili alla stregua del costante orientamento della giurisprudenza, secondo cui la parte vittoriosa non ha interesse a censurare singoli passaggi della motivazione della sentenza, al fine di ottenere in tesi effetti più favorevoli in fase esecutiva (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13 gennaio 2017, n. 70; Cons. Stato, Sez. III, 16 dicembre 2013, n. 6014).

12. - Deve essere invece esaminato il terzo motivo dell'appello incidentale dell'Istituto Santa Chiara relativo al capo di sentenza che ha respinto la domanda risarcitoria rilevando *“la mancanza del nesso causale tra la determinazione n. 103 del 29 aprile 2019 e i dedotti minori guadagni di ISC”* e la mancanza di colpa della P.A. ritenendo che *“la questione interpretativa dell'art. 19, comma 3, può ritenersi definitivamente chiarita solo alla luce della recente sentenza della Corte Costituzionale n. 36/2021”*. Con tale doglianza l'appellante incidentale ha dedotto che ricorrerebbero tutti i presupposti per riconoscere il risarcimento del danno:

- quanto al nesso causale sarebbe provato dall'attrazione di *budget* da parte della ARS Radiologica in suo danno; il danno economico risarcibile sarebbe pari alla decurtazione del *budget* per prestazioni TAC e RMN in ragione di accreditamento che l'Istituto Santa Chiara avrebbe subito dall'anno 2019 in poi;

- quanto alla colpa dell'Amministrazione, deriverebbe dalla colpevole violazione, da parte della Regione Puglia, del d.lgs. n. 502/1992 nell'adozione dell'art. 19, comma 3, della L.R. n. 7/2019, e dalla colpevole inerzia dell'Amministrazione sulla diffida di revoca del provvedimento impugnato proposta dall'Istituto Santa Chiara a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 36/2021.

12.1 - Nella successiva memoria, in replica alle argomentazioni difensive della Regione Puglia, l'appellante incidentale ha rilevato che non sussisterebbe il concorso di colpa rilevante ai sensi dell'art. 1227 c.c. e dell'art. 30, comma 3, c.p.a. per non aver impugnato la delibera sui tetti di spesa della ASL di Lecce per l'anno 2019.

A questo specifico proposito, l'Istituto Santa Chiara ha rilevato di aver impugnato tale deliberazione precisando che il ricorso risultava pendente (al momento della redazione della memoria) dinanzi al TAR di Bari (RG n.124/2020); ha quindi aggiunto che l'obbligo di diligenza gravante sul danneggiato non può arrivare fino al sacrificio dei propri interessi personali e patrimoniali attraverso il compimento di attività complesse, impegnative e rischiose, non potendo richiedersi al danneggiato il ricorso ad un rimedio che, secondo il paradigma della causalità ipotetica basata sul giudizio probabilistico, non sarebbe stata in grado di evitare, in tutto o in parte, il pregiudizio (cfr. Cons. Stato, n. 4820 del 12 maggio 2023). Pertanto, tenuto conto dell'orientamento costante della giurisprudenza di primo grado in merito alla clausola di salvaguardia, l'impugnazione avrebbe dovuto ritenersi, con ogni probabilità, non idonea ai fini dell'art. 1227 c.c. e dell'art. 30, comma 3, c.p.a.

Infine, in replica alle tesi difensive della Regione, secondo cui non sarebbe sussistente la colpa dell'Amministrazione, in quanto l'atto sarebbe stato adottato sulla base di una norma di legge non ancora attinta dalla dichiarazione di incostituzionalità, l'appellante incidentale ha dedotto che la colpa sussisterebbe quantomeno a decorrere dalla pronuncia di incostituzionalità, in quanto la Regione avrebbe consentito alla ARS Radiologica di continuare a svolgere il servizio pur essendo stata annullata la norma sulla base della quale era stato disposto l'accreditamento. Ha anche aggiunto che la previsione normativa, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 36/2021 non sarebbe stata già applicabile, come ritenuto dalla stessa Regione Puglia in relazione ad un'analogia istanza di accreditamento relativa ad una diversa struttura.

13. - La domanda dell'appellante incidentale non può essere accolta.

Dirimente si appalesa l'insussistenza del requisito della colpa della P.A.

Innanzitutto le parti hanno sollevato la questione relativa all'elemento soggettivo sotto due diversi profili:

- come colpa dell'apparato amministrativo per aver applicato una norma (l'art. 19, comma 3, della L.R. n. 7/2019) rivelatasi incostituzionale per violazione dell'art. 117 Cost.;

- come colpa del legislatore regionale per aver disatteso, ripetutamente, la normativa nazionale desumibile dagli artt. 8, 8-bis, 8-ter, 8-quater del d.lgs. n. 502/1992, incorrendo in ben tre sentenze di incostituzionalità delle disposizioni in materia di accreditamento istituzionale senza previa verifica sul fabbisogno, che hanno riguardato le diverse versioni della disciplina applicabile (sent. n. 36/2021; n. 195/2021 ed infine, n. 32/2023).

13.1 - Per quanto concerne il primo aspetto, il Collegio condivide la tesi della Regione Puglia secondo cui non sussiste la colpa dell'apparato amministrativo della Regione per aver rilasciato l'accreditamento istituzionale facendo applicazione dell'art. 19, comma 3, della L.R. n. 9/2017, trattandosi di una norma regionale pienamente vigente.

Occorre considerare, infatti, che la determinazione impugnata in primo grado risale al 2019: a quella data non erano stati neanche paventati profili di possibile incostituzionalità dell'art. 19, comma 3, della L.R. n. 9/2017.

Peraltro, neanche dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 36/21 n. 195/21 la Regione avrebbe potuto ritenere inapplicabile tale disposizione, tenuto conto del suo chiaro tenore che non consentiva di addivenire ad una interpretazione costituzionalmente orientata della norma.

Ciò risulta chiaro dalla circostanza che la sentenza del TAR che ha fatto ricorso a tale strumento è stata riformata da questa Sezione, sostenendo che la norma nella sua chiarezza, non consentiva una interpretazione difforme da quella letterale.

La stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 32/2023 ha condiviso la tesi del giudice *a quo*, provvedendo ad esaminare la questione di costituzionalità, ritenendola fondata.

13.2 - Risulta quindi evidente che, fino alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale, non sussiste alcuna colpa in capo all'apparato amministrativo regionale, ricorrendo palesemente un'ipotesi di "*errore scusabile*", ai sensi della costante giurisprudenza in materia, secondo cui non sussiste la colpa della P.A. in caso di applicazione di una norma successivamente dichiarata incostituzionale (cfr. Cons. Stato Sez. IV, 18 gennaio 2017, n. 190; Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2014, n. 524; Cons. Stato, Sez. III, 10 luglio 2014, n. 3526).

13.3 - Quanto al secondo aspetto, correttamente la Regione ha richiamato i principi che la giurisprudenza ha evidenziato in relazione all'insussistenza della responsabilità derivante dall'attività legislativa, ricordando che la Corte di Cassazione (cfr., *ex multis*, sent. n. 23730/2016) ha costantemente ribadito che "*a fronte della libertà della funzione politica legislativa (art. 68 Cost., comma 1, art. 122 Cost., comma 4), non è ravvisabile un'ingiustizia che possa qualificare il danno allegato in termini di illecito, e arrivare a fondare il diritto al suo risarcimento*".

Invero, sin dalla pronuncia n. 9147 del 2009, le SS.UU. hanno stabilito che debba escludersi radicalmente qualsiasi diritto soggettivo dei cittadini al corretto esercizio del potere legislativo, poiché questo si caratterizza per essere assolutamente libero nei fini e, dunque, sottratto a qualsiasi sindacato giurisdizionale, e come tale inidoneo ad integrare alcuna responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c. D'altro canto, l'efficacia retroattiva delle sentenze dichiarative dell'illegittimità costituzionale di una norma non vale a far ritenere illecito il comportamento realizzato, in epoca antecedente alla sentenza di incostituzionalità, conformemente alla norma poi dichiarata illegittima, non potendo detto comportamento ritenersi caratterizzato da dolo o colpa, "*con la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno può essere fatto valere non dalla cessazione del rapporto bensì per il solo periodo successivo alla pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale...*" (vedi, in tal senso, Cassazione civile sez. lav. – 13 novembre 2018, n. 29169).

La Suprema Corte di Cassazione Civile (Sez. lav., sent. n. 34465/2019) ha ribadito che "*la funzione legislativa è espressione di potere politico, incoercibile e sottratto al sindacato giurisdizionale, e pertanto rispetto all'esercizio del potere non si possono configurare situazioni giuridiche soggettive dei singoli protette dall'ordinamento*" (cfr. pure Cass. n. 23730/2016 che richiama Cass. S.U. n. 10319/2016 e Cass. S.U. n. 10416/2014 quanto all'insindacabilità degli atti politici), per cui "*non è ipotizzabile che dalla promulgazione della legge possa derivare un danno risarcibile, perché l'eventuale pregiudizio subito dal singolo non può essere ritenuto ingiusto, neppure nei casi in cui la norma venga poi espunta dall'ordinamento, perché in contrasto con la Carta Costituzionale; (...) sicché il comportamento che l'autorità governativa abbia nella specie adottato al riguardo, è inidoneo a provocare la lesione di situazioni giuridiche soggettive (sia di diritto soggettivo che di interesse legittimo), ed è pertanto sottratto ad ogni sindacato giurisdizionale*" (Cass. S.U. n. 124/1993; cfr. anche Cass. Sez. III, 22 novembre 2016, n. 23730).

In quest'ultima sentenza, in particolare, la Corte di Cassazione si è pronunciata con riferimento ad una fattispecie nella quale la Regione aveva adottato norme successivamente dichiarate

incostituzionali dalla Corte costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. s), e comma 3, della Carta, perché invasive della competenza legislativa statale.

La Corte di Cassazione, ha respinto la prospettazione di parte, secondo cui la descritta fattispecie sarebbe sussumibile nel medesimo schema ricostruttivo della violazione, da parte del legislatore statale, dei vincoli derivanti dall'ordinamento sovranazionale comunitario, con ripetibilità dei presupposti di responsabilità quali individuati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenze 10 novembre 1991 "Francovich", cause riunite C-6/90 e C-9/90, e soprattutto 5 marzo 1996 "Brasserie du pecheur" e "Factortame" cause riunite C-46/93 e V-48/93). In entrambe le ipotesi, infatti, vi sarebbe violazione della fonte sovraordinata, ferma la verifica, a valle, degli altri presupposti risarcitori.

La Suprema Corte ha quindi ritenuto che ricorre, in quel caso, *"lo schema della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione ex lege dello Stato, di natura indennitaria per attività non anti-giuridica, dovendosi ritenere che la condotta dello Stato inadempiente sia suscettibile di essere qualificata come anti-giuridica nell'ordinamento comunitario, connotato da primazia rispetto a quello del singolo Stato membro, ma non anche alla stregua dell'ordinamento interno (Sez. U., n. 9147 del 2009, Rv. 607428, e succ. conf. quale Sez. 6-3, n. 307 del 2014, Rv.629469)"*

Di fatto, la Corte di Cassazione ha precisato l'esclusione di una responsabilità per atti legislativi, e ne è stata individuata altra diversamente fondata sulla *"sovraordinazione gerarchica tra ordinamenti prima che tra fonti"*; ha quindi aggiunto che *"la fattispecie qui in esame, al contrario, non permette di individuare la suddetta distinzione tra ordinamenti, tali non potendo considerarsi, dal punto di vista dell'unitario ordinamento nazionale, quello derivante dalle leggi statali e quello enucleabile dalla legislazione regionale"*.

Dal che consegue che, a fronte della libertà della funzione politica legislativa (art. 68 Cost., comma 1, art. 122 Cost., comma 4), non è ravvisabile un'ingiustizia che possa qualificare il danno allegato in termini di illecito, e arrivare a fondare il diritto al suo risarcimento quale esercitato nel presente giudizio.

L'impostazione della Suprema Corte è condivisa da questo Consiglio di Stato (vedi tra tante, Cons. St., sez. V, n.1862/2015).

Ne consegue che la prospettazione dell'appellante incidentale, diretta a denunciare la colpa della Regione per aver introdotto una norma incostituzionale, ipotizzando la sua responsabilità aquiliana, non può trovare accoglimento.

13.4 - A questo punto occorre esaminare se sussiste la colpa della Regione per non aver ritirato in autotutela il provvedimento di accreditamento della ARS Radiologica dopo la pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 32/2023.

13.5 - Ritene il Collegio che la scelta della Regione di attendere l'esito del giudizio, anziché procedere in autotutela, non possa ritenersi colpevole: occorre considerare che la stessa Regione ha sostenuto che la determinazione n. 103/2019 fosse supportata non solo dalla norma dichiarata incostituzionale dalla Corte, ma anche dal regolamento regionale che prevedeva il medesimo fabbisogno, nel caso di autorizzazione all'esercizio e accreditamento istituzionale; la Regione sia dinanzi alla Corte costituzionale, sia dinanzi a questa Sezione ha insistito nel ritenere che l'atto fosse comunque legittimo, a prescindere dalla previsione recata dall'art. 19, comma 3, della L.R. n.

9/2017; l'Amministrazione, quindi, non era affatto certa dell'illegittimità del provvedimento impugnato in primo grado anche dopo la pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale. Inoltre, sussistevano esigenze di continuità nell'erogazione del servizio agli utenti (ragione per la quale anche questo Consiglio di Stato aveva accolto l'istanza di sospensione della sentenza di primo grado); infine era stato approvato un nuovo regolamento in materia che prevedeva un diverso sistema per la determinazione del fabbisogno, che avrebbe potuto comportare la conferma dell'accreditamento di ARS Radiologica.

13.6 - Ritene dunque il Collegio che, pur dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 3, della L.R. n. 9/2017 ricorrevano i presupposti della complessità della situazione di fatto e di diritto e del quadro normativo di riferimento che, secondo la giurisprudenza consolidata, costituiscono ipotesi di errore scusabile idonei ad escludere la colpa della P.A. (cfr. *ex plurimis*, Cons. Stato Sez. III, 12 aprile 2023, n. 3664; Cons. Stato Sez. VII, 6 marzo 2023, n. 2316).

13.7 - Ne consegue che l'insussistenza dell'elemento soggettivo costituisce di per sé elemento idoneo e sufficiente per respingere la domanda risarcitoria, con assorbimento di qualunque altro profilo.

14. - In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello principale e l'appello incidentale della Regione Puglia vanno respinti; va in parte dichiarato improcedibile ed in parte va respinto l'appello incidentale dell'Istituto Santa Chiara, con conseguente integrale conferma della sentenza appellata, ancorché con diversa motivazione come sopra evidenziato.

15. - Le spese possono compensarsi tra le parti per il 50%; per il resto vanno condannate in solido la Regione Puglia e l'appellante principale ARS Radiologica S.r.l. al pagamento delle spese sostenute dall'Istituto Santa Chiara S.r.l. che vengono liquidate nella misura di € 5.000,00 oltre accessori di legge.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così dispone:

- respinge l'appello principale proposto da Ars Radiologica S.r.l.;
- respinge l'appello incidentale proposto dalla Regione Puglia;
- in parte respinge ed in parte dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto dall'Istituto Santa Chiara S.r.l.;
- per l'effetto, conferma con diversa motivazione la sentenza appellata;
- compensa al 50% le spese del giudizio; condanna per la rimanente parte, in solido, ARS Radiologica S.r.l. e la Regione Puglia a rifondere all'Istituto Santa Chiara le spese e gli onorari di giudizio nella misura di € 5.000,00 oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Paolo Carpentieri, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere