

I TETTI DI SPESA SANITARIA TRA TUTELA DEL CITTADINO, PROGRAMMAZIONE FINANZIARIA E RISPETTO DELLA CONCORRENZA

di Barbara Sciascia (*)

Abstract: L'insufficienza cronica delle risorse pubbliche ha reso indispensabile il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica attraverso la fissazione annuale di tetti di spesa basata su scelte discrezionali regionali a carattere autoritativo e vincolante. Appare però fisiologico che la determinazione dei tetti di spesa sopravvenga nel corso dell'anno ed abbia un legittimo effetto retroattivo, rendendo necessaria l'adozione di tetti provvisori. In caso di superamento dei limiti si applica generalmente una regressione tariffaria, remunerando le prestazioni extra budget a una tariffa via via decrescente. Quanto alla ripartizione della giurisdizione, trovano applicazione i criteri generali, per cui spettano al giudice ordinario solo le controversie contrassegnate da un contenuto meramente patrimoniale, mentre, quando si tratta di una verifica dell'azione autoritativa della pubblica amministrazione, il conflitto tra pubblica amministrazione e concessionario viene attratto nella sfera della giurisdizione amministrativa. Evidentemente, i comportamenti degli esponenti l'azienda sanitaria, in ordine al riconoscimento di indebite competenze economiche al di là dei limiti *de quibus*, soggiacciono alle ordinarie regole sulla responsabilità amministrativa, se connotate da dolo o anche da colpa grave; ma in tale ambito non sono estranei i comportamenti delle strutture accreditate, le quali assumono un ruolo attivo quali concessionarie di un pubblico servizio, venendo così ad essere coinvolte nella responsabilità erariale.

The chronic insufficiency of public resources has made it essential to contain and rationalize public spending through the annual setting of spending ceilings based on regional discretionary choices of an authoritative and binding nature. However, it appears physiological that the determination of the expenditure ceilings occurs during the year and has a legitimate retroactive effect, making it necessary to adopt provisional ceilings. If the limits are exceeded, a tariff regression is generally applied, remunerating the extra-budget services at a gradually decreasing tariff. As for the division of jurisdiction, the general criteria apply, for which the ordinary judge is only responsible for disputes marked by a purely patrimonial content, while, when it comes to a verification of the authoritative action of the public administration, the conflict between the public administration and the concessionaire is drawn into the sphere of administrative jurisdiction. Evidently, the conduct of the representatives of the healthcare company, with regard to the recognition of undue economic competence beyond the limits de quibus, is subject to the ordinary rules on administrative liability, if characterized by willful misconduct or even gross negligence; but in this area the behavior of the accredited structures is not extraneous, as they take on an active role as concessionaires of a public service, thus becoming involved in tax liability.

Sommario: 1. *I tetti di spesa sanitaria nell'attuale situazione finanziaria.* – 2. *La discrezionalità delle regioni nella programmazione dei tetti per l'erogazione delle prestazioni sanitarie.* – 3. *La retroattività dei tetti di spesa e il principio di parificazione e di concorrenzialità tra strutture pubbliche e private. La tutela della salute quale diritto finanziariamente condizionato.* – 4. *Libertà di scelta e concorrenzialità imperfetta nell'ambito sanitario.* – 5. *Le regressioni tariffarie per le prestazioni extra budget come meccanismo pre-concorrenziale.* – 6. *Rilevazione del superamento dei tetti di spesa. Inconfigurabilità di un obbligo di avvertimento e di un arricchimento sine causa.* – 7. *Ripartizione della giurisdizione in materia di tetti di spesa. Esame della casistica.* – 8. *La responsabilità erariale in materia di superamento dei tetti alla spesa sanitaria. In particolare, il coinvolgimento delle strutture accreditate per indebite percezioni extra-budget.*

1. *I tetti di spesa sanitaria nell'attuale situazione finanziaria*

Il Servizio sanitario nazionale, istituito proprio per garantire il diritto alla salute di cui all'art. 32 della Costituzione, almeno nei suoi aspetti essenziali, è tenuto a garantire la fruizione dei livelli essenziali di assistenza, meglio conosciuti con l'acronimo Lea, coordinando il principio della libertà del cittadino nella scelta della struttura di fiducia con il principio di programmazione delle prestazioni a carico dei bilanci pubblici (1).

Il sistema trova, però, il suo limite nelle effettive disponibilità finanziarie che obbligano il sistema sanitario a dotarsi di una rigida pianificazione finanziaria, condizionando sia la quantità che il livello delle prestazioni sanitarie offerte.

(*) B. Sciascia è avvocato e dottore di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Napoli "Federico II".

(1) V. Scardigli, *La domanda dei servizi sanitari: quale management e quale organizzazione*, cap. 1, Milano, Guerini e associati, 2009.

Invero, la tutela della salute, quale diritto dell'individuo riconosciuto dalla nostra Costituzione e confermata dall'art. 1, c. 1, del d.lgs. n. 502/1992, non può essere disgiunto dal principio della economicità nell'impiego delle risorse finanziarie pubbliche destinate ad assicurarla, stabilito dallo stesso art. 1, c. 2, del decreto legislativo sopra citato (2).

Tale funzione programmatrice, volta a garantire la corretta gestione delle risorse disponibili, rappresenta, quindi, un elemento ineludibile nella misura in cui la fissazione dei limiti di spesa si atteggia ad adempimento di un obbligo che influisce in modo pregnante sulla possibilità stessa di attingere le risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate (3).

La giurisprudenza amministrativa (4) ha costantemente affermato che i tetti di spesa sono in via di principio legittimi date le insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica e che il diritto alla salute, di cui all'art. 32 della Costituzione, può essere sottoposto a condizioni che ne armonizzino la protezione con i vincoli finanziari a patto di non scalfirne il nucleo essenziale irriducibile.

L'insufficienza cronica delle risorse pubbliche, aggravata dalla crisi economica, ha reso assolutamente indispensabile il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica portando l'amministrazione sanitaria a operare al ribasso, mediante l'utilizzo del sistema dei tetti massimi alla spesa, che può essere sostenuta dal sistema sanitario pubblico per l'erogazione di prestazioni sanitarie, con la conseguente fissazione, nei contratti stipulati con i singoli erogatori privati, di limiti alle prestazioni rimborsabili.

I tetti di spesa consistono, infatti, nella capacità massima di prestazioni a carico del bilancio pubblico, oltre i quali i servizi sovrabbondanti non sono remunerati, in tutto o in parte, dal servizio sanitario regionale di appartenenza (5).

Il provvedimento con cui sono fissati i tetti di spesa deve pertanto salvaguardare il giusto equilibrio tra le diverse articolazioni, pubbliche e private, di quella sorta di amministrazione c.d. trasversale del sistema di erogazione del servizio sanitario (6); talché è necessaria la concreta individuazione dei fondi messi a disposizione della regione a tali fini, effettuata dalla delibera Cipe di ripartizione tra le regioni del Fondo sanitario nazionale, componente prioritaria del Fondo sanitario regionale.

Le fonti legislative fondamentali nella materia sono le disposizioni di cui agli artt. 32, c. 8, della l. 27 dicembre 1997, n. 449; all'art. 12, c. 3, del d.lgs. n. 502/1992; all'art. 39, c. 1, del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446; all'art. 115 del d.lgs. n. 112/1998 e all'art. 2, c. 8, della l. n. 549/1995.

“Il Fondo sanitario nazionale [...] è ripartito con riferimento al triennio successivo entro il 15 ottobre di ciascun anno, in coerenza con le previsioni del disegno di legge finanziaria per l'anno successivo, dal Cipe, su proposta del Ministro della sanità, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome” (art. 12, c. 3, d.lgs. n. 502/1992).

“Il Cipe, su proposta del Ministro della sanità (oggi Ministero della salute), d'intesa con la Conferenza Stato-regioni, delibera annualmente l'assegnazione in favore delle regioni, a titolo di acconto, delle quote del Fondo sanitario nazionale di parte corrente [...]. Il Cipe con le predette modalità provvede entro il mese di febbraio dell'anno successivo all'assegnazione definitiva in favore delle regioni delle quote del Fondo sanitario nazionale, parte corrente, ad esse effettivamente spettanti” (art. 39, c. 1, d.lgs. n. 446/1997, da leggersi in combinazione con l'art. 115 del d.lgs. n. 112/1998).

Nell'esercizio della propria funzione programmatrice, le regioni individuano preventivamente per ciascuna istituzione pubblica e privata i limiti massimi annuali di spesa sostenibile con il fondo sanitario e i preventivi annuali delle prestazioni da erogare.

Sulla base dei suddetti atti regionali, i quali forniscono direttive dettagliate sulla loro applicazione, intervengono successivamente gli atti delle aziende sanitarie locali, cioè prima il piano preventivo annuale previsto dall'art. 2, c. 8, l. n. 549/1995 – con cui vengono contrattate con gli erogatori pubblici e privati le quantità presunte e tipologie di prestazioni di assistenza ospedaliera da acquistare –, e quindi gli specifici accordi contrattuali con le strutture interessate, di cui all'art. 8-*quinquies* del d.lgs. n. 502/1992.

Inoltre, la presenza di un sistema di quasi mercato o meglio di concorrenza imperfetta – nel quale l'azienda sanitaria pubblica è contemporaneamente prestatore di servizi e soggetto finanziatore delle strutture private in concorrenza con i suoi presidi ospedalieri – determina delle distorsioni e delle disfunzioni, con una disparità di trattamento tra strutture sanitarie pubbliche e private; in effetti le strutture pubbliche sono remunerate a piè di lista, ossia ricevono un

(2) In tal senso, v. Cons. Stato, Sez. III, 4 luglio 2011, n. 4002.

(3) Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2002, n. 418.

(4) Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 1 marzo 2011 n. 3102; n. 418/2002, cit.; 19 novembre 2002, n. 499; 25 febbraio 2003, n. 2253; 12 maggio 2009, n. 8839; Sez. III, 25 febbraio 2011, n. 2290; 18 febbraio 2011, n. 2131.

(5) F. Tallaro, *Le questioni connesse ai cc.dd. “tetti di spesa”. La programmazione della spesa e i fabbisogni territoriali. Budget contrattuale e sforamenti*, relazione al corso di formazione organizzato dall'Ufficio studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa “Il diritto della sanità: problematiche attuali”, Napoli, 9-20 maggio 2019.

(6) Così Cons. Stato, Sez. III, 1 febbraio 2012, n. 518.

finanziamento pari alle spese complessivamente sostenute, mentre le strutture private, raggiunto il tetto delle prestazioni erogabili, non hanno diritto ad alcun rimborso da parte del servizio sanitario regionale di appartenenza (7).

Pur se è opportuno agire nella determinazione dei tetti di spesa sulla base del calcolo del fabbisogno presuntivo, tuttavia esistono alcune variabili rappresentate dalla non stretta interdipendenza tra fabbisogno e tetti di spesa; al di là infatti del fabbisogno determinato, le risorse assegnate alla regione restano limitate e i tetti di spesa hanno proprio la funzione di fissare un limite all'erogazione di prestazione rimborsabili (8).

2. La discrezionalità delle regioni nella programmazione dei tetti per l'erogazione delle prestazioni sanitarie

Il sintetico esame della disciplina della materia della programmazione dell'offerta sanitaria e dei relativi tetti di spesa evidenzia come il nuovo modello di servizio sanitario nazionale, che si è andato delineando a partire dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, sia ispirato alla coniugazione del principio di libertà dell'utente con il principio di programmazione delle prestazioni a carico del servizio pubblico.

Quanto al primo aspetto, la legislazione cristallizza il diritto dell'utente alla scelta della struttura di fiducia per la fruizione dell'assistenza sanitaria, riconoscendo la qualità di erogatori delle prestazioni sanitarie a tutti i soggetti, pubblici e privati, titolari di rapporti “fondati sul criterio dell'accreditamento delle istituzioni, sulla modalità di pagamento a prestazione e sull'adozione del sistema di verifica e revisione della qualità delle attività svolte e delle prestazioni erogate” (art. 8, c. 7, d.lgs. n. 502/1992).

Il principio della necessaria programmazione sanitaria si concreta, invece, nell'adozione di un piano annuale preventivo, finalizzato ad un controllo tendenziale sul volume complessivo della domanda quantitativa delle prestazioni mediante la fissazione dei livelli uniformi di assistenza sanitaria e l'elaborazione di protocolli diagnostici e terapeutici, ai quali i medici di base sono tenuti ad attenersi nella prescrizione delle prestazioni; il suddetto piano preventivo, previsto inizialmente per le sole aziende ospedaliere (art. 6, c. 5, l. 23 dicembre 1994, n. 724), è stato esteso dall'art. 2, c. 8, della l. 28 dicembre 1995, n. 549, a tutti i soggetti, pubblici e privati, accreditati.

Il principio della pianificazione preventiva è stato poi confermato, con rilevanti modifiche, dall'art. 1, c. 32, della l. 23 dicembre 1996, n. 662.

Va osservato che l'evoluzione della disciplina della programmazione sanitaria si è in seguito caratterizzata dal progressivo accentuarsi del carattere autoritativo della pianificazione.

In particolare, ai sensi dell'art. 32, c. 8, della l. 27 dicembre 1997, n. 449, le regioni, in attuazione della programmazione sanitaria ed in coerenza con gli indici di cui all'art. 2, c. 5, della l. 28 dicembre 1995, n. 549, e successive modificazioni, individuano preventivamente, per ciascuna istituzione sanitaria pubblica e privata, compresi i presidi ospedalieri di cui al c. 7, o per gruppi di istituzioni sanitarie, i limiti massimi annuali di spesa sostenibile con il fondo sanitario ed i preventivi annuali delle prestazioni, nonché gli indirizzi e le modalità per la contrattazione di cui all'art. 1, c. 32, della l. 23 dicembre 1996, n. 662.

Come su evidenziato, l'indispensabilità dei tetti *de quibus*, in ragione delle insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica, determina che la loro fissazione sia riservata a scelte discrezionali regionali a carattere autoritativo e vincolante, quale meccanismo indispensabile per mantenere l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario nell'alveo di una seria ed effettiva pianificazione finanziaria.

Ne discende che tale attività di programmazione, tesa a garantire la corretta gestione delle risorse disponibili, assume una natura imperativa, in quanto correlata alla stessa possibilità di attingere le risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate.

Su tale linea la stessa Corte costituzionale ha da tempo evidenziato la rilevanza del rapporto tra responsabilità e spesa, evidenziando come l'autonomia dei vari soggetti ed organi operanti nel settore debba essere correlata alle disponibilità finanziarie e non possa prescindere dalla scarsità delle risorse e dalle esigenze di risanamento del bilancio nazionale (9). In particolare, è stato ribadito che “non è pensabile poter spendere senza limite avendo riguardo soltanto ai bisogni quale ne sia la gravità e l'urgenza; è viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e delle compatibilità e tenuto ovviamente conto delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute, certamente non compromesse con le misure ora in esame” (10).

La predetta autorevole impostazione è diretta a garantire il c.d. “nucleo irriducibile” del diritto alla salute (11), che invero non può essere giammai disgiunto dal completo controllo della spesa, programmata e suddivisa tra i diversi soggetti erogatori, grazie alla fissazione di volumi massimi delle prestazioni erogabili (12).

(7) Cfr. V. Sotte, *Il servizio sanitario regionale tra le esigenze di contenimento della spesa sanitaria e il rispetto dei principi di concorrenza nella stipula degli accordi contrattuali*, in *Jus et Salus*, 2020, 1, 190.

(8) Tar Campania, Sez. I, 14 febbraio 2023, n. 1011.

(9) Cfr. Corte cost. 28 luglio 1995, n. 416.

(10) Cfr. anche Corte cost. 23 luglio 1992, n. 356; conf. Cons. Stato, Ad. plen., 2 maggio 2006, n. 8.

(11) Corte cost. 20 novembre 2000, n. 509.

(12) Corte cost. n. 94/2009.

Alle regioni è stato pertanto affidato il compito di adottare determinazioni di natura autoritativa e vincolante in tema di limiti alla spesa sanitaria, in coerenza con l'esigenza che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nell'ambito di una pianificazione finanziaria.

Alla stregua di detta disciplina spetta ad un atto unilaterale di programmazione regionale, e non già ad una fase concordata e convenzionale, la fissazione del tetto massimo annuale di spesa sostenibile con il fondo sanitario per singola istituzione o per gruppi di istituzioni, nonché la determinazione dei preventivi annuali delle prestazioni (13).

Il valore autoritativo e vincolante delle determinazioni in tema di limiti delle spese sanitarie di competenza delle regioni, ai sensi dell'art. 32, c. 8, l. 27 dicembre 1997, n. 449, è, infatti, funzionale allo svolgimento dell'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario nel quadro di una pianificazione finanziaria.

Dalla natura autoritativa del provvedimento di determinazione dei tetti di spesa per ogni singola struttura sanitaria o per gruppi omogenei di strutture consegue un vincolo insuperabile per i successivi contratti da stipulare tra le aziende sanitarie e le strutture.

Tale atto, esplicazione della funzione programmatica rivolta a garantire la corretta gestione delle risorse disponibili, rappresenta, quindi, un dato irrinunciabile nella misura in cui la fissazione dei limiti di spesa si attegga ad adempimento di un obbligo che influisce in modo pregnante sulla possibilità stessa di attingere le risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate (14).

Nell'esercitare detta potestà programmatica, le regioni godono, come su accennato, di un ampio potere discrezionale, diretto a bilanciare interessi diversi, ossia l'interesse pubblico al contenimento della spesa, il diritto degli assistiti alla fruizione di prestazioni sanitarie adeguate, le legittime aspettative degli operatori privati che ispirano le loro condotte ad una logica imprenditoriale, e l'efficienza delle strutture pubbliche che costituiscono un pilastro del sistema sanitario universalistico (15).

L'oggetto dell'ampia discrezionalità in materia di tetti di spesa e di ripartizione del budget, rientrando nella sfera politico-amministrativa regionale e concernente la ponderazione tra i diversi tipi di interessi e prestazioni eterogenee, è costituito da una valutazione non del singolo interesse e del concreto effetto lesivo per il singolo operatore economico, ma da un confronto tra tale interesse con gli altri compresenti nella fattispecie in tutte le alternative possibili e realistiche di temperamento; talché lo stesso sindacato giudiziale risulta limitato ai soli profili di evidente illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, arbitrarietà o irragionevolezza (16).

Va soggiunto che il sistema di programmazione è articolato su due livelli, in quanto alla fase autoritativa regionale segue un momento di negoziazione su base territoriale.

In forza di tale articolazione abbozzata dalla citata l. n. 449/1997, la regione non solo definisce unilateralmente il tetto massimo annuale di spesa sostenibile con il fondo sanitario per singola istituzione o per gruppi di istituzioni ed i preventivi annuali delle prestazioni, ma vincola la successiva contrattazione dei piani, determinandone modalità ed indirizzi.

In particolare, con tale atto l'amministrazione regionale è chiamata a fissare, in forza di un'adeguata istruttoria, le direttive da seguire nella successiva negoziazione dei piani annuali e, quindi, in sede di determinazione consensuale delle quantità e tipologie di prestazioni erogabili dal singolo operatore.

L'atto programmatico regionale rappresenta, in definitiva, un primo e fondamentale strumento di orientamento per le strutture sanitarie pubbliche e private.

Nella fase di negoziazione particolare importanza riveste l'art. 8-bis del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, aggiunto dall'art. 8 del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229 (17).

Il provvedimento che stabilisce i tetti di spesa e il riparto del fondo sanitario è quindi qualificabile come atto di programmazione della spesa sanitaria, e pertanto non è soggetto a comunicazione di avvio del procedimento (18).

Invero l'art. 8-quinquies del d.lgs. n. 502/1992 non consente la remunerazione delle prestazioni che eccedono il tetto di spesa, in quanto la funzionalità del sistema di programmazione della spesa sanitaria presuppone il rispetto dei limiti di spesa stabiliti (19).

Poi l'art. 8-sexies, c. 1, del d.lgs. n. 502/1992 dispone che le "strutture che erogano assistenza ospedaliera e ambulatoriale a carico del Servizio sanitario nazionale sono finanziate secondo un ammontare globale predefinito indicato negli accordi contrattuali di cui all'art. 8-quinquies e determinato in base alle funzioni assistenziali e alle attività svolte nell'ambito e per conto della rete dei servizi di riferimento", mentre il precedente articolo, al c. 1, lett. d), prevede che le regioni stabiliscano i "criteri per la determinazione della remunerazione delle strutture ove queste abbiano erogato

(13) Cons. Stato, Sez. V, n. 418/2002, cit.

(14) *Ibidem*.

(15) Cons. Stato, Ad. plen., 12 aprile 2012, nn. 3 e 4.

(16) Il concetto è da ultimo ribadito da Cons. Stato, Sez. III, 22 giugno 2018, n. 3859; 26 novembre 2018, n. 6685.

(17) R. Russo Valentini, *Commento agli artt. 8 bis, 8 ter, 8 quater, 8 quinquies, 8 sexies, 8 septies, 8 octies*, in F. Roversi-Monaco (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, Maggioli, 2000, 305 ss.

(18) Cons. Stato, Sez. V, n. 8839/2009, cit.; Sez. III, 7 dicembre 2011, n. 6454.

(19) Cons. Stato, Sez. III, 24 dicembre 2013, n. 6226.

volumi di prestazioni eccedenti il programma preventivo concordato, tenuto conto del volume complessivo di attività e del concorso allo stesso da parte di ciascuna struttura” (20).

Nell’ambito di tale indirizzo, “la fissazione del tetto massimo annuale di spesa sostenibile con il fondo sanitario, per singola istituzione o per gruppi di istituzioni”, così come “la determinazione dei preventivi annuali delle prestazioni”, risulta “rimessa ad un atto autoritativo e vincolante di programmazione regionale, e non già ad una fase concordata e convenzionale”, visto che “tale attività di programmazione, tesa a garantire la corretta gestione delle risorse disponibili, assume valenza imprescindibile in quanto la fissazione dei limiti di spesa rappresenta l’adempimento di un preciso ed ineludibile obbligo che influisce sulla possibilità stessa di attingere le risorse necessarie per la remunerazione delle prestazioni erogate” (21).

In altri termini, “l’osservanza del tetto di spesa in materia sanitaria rappresenta un vincolo ineludibile che costituisce la misura delle prestazioni sanitarie che il Servizio sanitario nazionale può erogare e che può permettersi di acquistare da ciascun erogatore privato”, di talché si è ritenuta persino “giustificata (anche) la mancata previsione di criteri di remunerazione delle prestazioni extra budget”, e ciò in ragione della “necessità di dover comunque rispettare i tetti di spesa e, quindi, il vincolo delle risorse disponibili” (22).

Una conclusione, questa, che si è ritenuto essere confermata dalle stesse norme vigenti in materia (art. 32, c. 8, l. 27 dicembre 1997, n. 449; art. 12, c. 3, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502; art. 39 d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446), le quali “hanno disposto che, in condizioni di scarsità di risorse e di necessario risanamento del bilancio, anche il sistema sanitario non può prescindere dall’esigenza di perseguire obiettivi di razionalizzazione finalizzati al raggiungimento di una situazione di equilibrio finanziario attraverso la programmazione e pianificazione autoritativa e vincolante dei limiti di spesa dei vari soggetti operanti nel sistema” (23).

Quello, infatti, che viene in rilievo in tale ambito è “un potere connotato da ampi margini di discrezionalità, posto che deve bilanciare interessi diversi e per certi versi contrapposti, ovvero l’interesse pubblico al contenimento della spesa, il diritto degli assistiti alla fruizione di adeguate prestazioni sanitarie, le aspettative degli operatori privati che si muovono secondo una legittima logica imprenditoriale e l’assicurazione della massima efficienza delle strutture pubbliche che garantiscono l’assistenza sanitaria a tutta la popolazione secondo i caratteri tipici di un sistema universalistico”.

Il tutto, però, sempre nella prospettiva “che il perseguimento degli interessi collettivi e pubblici compresenti nella materia” non resti “subordinato e condizionato agli interessi privati i quali, per quanto meritevoli di tutela, risultano cedevoli e recessivi rispetto a quelli pubblici” (24), giacché, in definitiva, gli “operatori privati restano liberi di valutare la convenienza a continuare ad operare in regime di accreditamento accettando le limitazioni imposte, oppure di collocarsi al di fuori del servizio sanitario nazionale e continuare ad operare privatamente” (25).

Recentemente, è stato finanche ritenuto ragionevole che la regione stabilisca un tetto alle prestazioni extraregionali, non potendosi ritenere irrilevante che le prestazioni sanitarie siano erogate in favore dei residenti nella stessa regione ovvero in favore dei residenti altrove, tenuto conto dell’interesse, proprio di ogni regione, di soddisfare innanzitutto le esigenze sanitarie dei propri residenti (26).

3. La retroattività dei tetti di spesa e il principio di parificazione e di concorrenzialità tra strutture pubbliche e private. La tutela della salute quale diritto finanziariamente condizionato

La dottrina ha posto efficacemente in luce che “una importante causa di contenzioso è data dal ritardo con cui le determinazioni di spesa col relativo tetto vengono assunte. Il ritardo finisce col conferire alla delibera una efficacia retroattiva (essendo interamente trascorso l’esercizio annuale di riferimento): ne risultano violate le aspettative dei singoli operatori che, rimasti privi della necessaria guida programmatica, abbiano fatto affidamento sulla situazione in atto” (27).

Però, data la complessità di tali valutazioni, da operare di regola annualmente, appare fisiologico che la determinazione dei tetti di spesa sopravvenga nel corso dell’anno, quando le strutture sanitarie hanno già avviato l’erogazione del servizio.

Ciò comporta che gli atti di programmazione abbiano un legittimo effetto retroattivo, il quale non impedisce agli interessati di disporre di un qualunque punto di riferimento regolatore per lo svolgimento della loro attività.

(20) Cass., Sez. III, 6 luglio 2020, n. 13884.

(21) Cass., Sez. III, n. 27997/2019; Cons. Stato, Ad. plen., n. 3/2012, cit.

(22) Cass., Sez. III, 29 ottobre 2019, n. 27608; Cons. Stato, Sez. III, 10 febbraio 2016, n. 566; 10 aprile 2015, n. 1832.

(23) Cass., Sez. III, n. 27608/2019, cit.

(24) Cass., Sez. III, n. 27608/2019, cit.

(25) Corte cost. 26 maggio 2005, n. 200, in *Giur. cost.*, 2005, 1761, con nota di L. Cuocolo, *Lo strano caso della “costituzionalità sopravvenuta” e lo pseudo-principio di libera scelta del medico.*

(26) Cons. Stato, Sez. III, 10 agosto 2018, n. 4903.

(27) G. Corso, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, in G. Corso, P. Magistrelli (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, Torino, Giappichelli, 2009, 29.

È evidente, infatti che in un sistema nel quale è fisiologica la sopravvenienza dell'atto determinativo della spesa solo in epoca successiva all'inizio di erogazione del servizio, gli interessati potranno aver riguardo – fino a quando non risulti adottato un provvedimento – all'entità delle somme contemplate per le prestazioni dei professionisti o delle strutture sanitarie dell'anno precedente, diminuite, ovviamente, della riduzione della spesa sanitaria eventualmente effettuata dalle norme finanziarie dell'anno in corso (28).

Tuttavia, l'amministrazione è certamente tenuta ad adottare una serie di accorgimenti volti alla tutela dell'affidamento.

Innanzitutto, le diminuzioni imposte al tetto dell'anno precedente, ove retroattive, debbono essere limitate, salvo congrua istruttoria e adeguata motivazione all'esito di una valutazione comparativa, nei limiti imposti dai tagli stabiliti dalle disposizioni finanziarie conoscibili dalle strutture private all'inizio e nel corso dell'anno.

In secondo luogo, la latitudine della discrezionalità deve ritenersi ridimensionata in proporzione inversa con il ritardo nella fissazione dei tetti; occorre infatti evitare che la riduzione effettuata in corso di gestione possa ripercuotersi sulle prestazioni già erogate dalle strutture nella ragionevole aspettativa dell'ultrattività della disciplina fissata per l'anno precedente, con le decurtazioni imposte dalle norme finanziarie.

Infine, risulta opportuna l'indicazione, all'inizio dell'esercizio, almeno di tetti provvisori sulla base dei dati disponibili relativi alle norme finanziarie già in vigore ed alla composizione del tetto di spesa, rinviando alla statuizione finale la quantificazione definitiva (29).

La limitatezza delle risorse rende la tutela della salute come un diritto finanziariamente condizionato (30), in quanto del costo delle prestazioni è onerato il bilancio pubblico a fronte della limitatezza delle risorse destinate a far fronte alla domanda di cure da parte degli assistiti dal Servizio sanitario nazionale (Ssn), tendendo il sistema a coniugare il principio di libertà dell'utente nella scelta dell'operatore di fiducia con il principio della necessaria programmazione di settore.

In tale cornice la programmazione viene a perseguire il compito di razionalizzare la spesa con il rischio di un problematico sacrificio dei principi fondanti lo Stato di diritto.

Il tema dell'efficacia retroattiva dei tetti di spesa si inserisce, infatti, nell'ambito del quasi-mercato delle prestazioni sanitarie, in una situazione caratterizzata da pressanti esigenze di contenimento dei costi e di riequilibrio del bilancio.

Come si è già osservato, la difficoltà per le regioni di individuare tempestivamente le risorse disponibili per la sanità e la complessità delle relative procedure determinano spesso l'adozione dei suddetti atti in corso dell'anno di riferimento.

Si presenta, quindi, di grande rilievo la questione della legittimità delle determinazioni regionali che fissano nel corso dell'anno tetti massimi di spesa operanti, in via retroattiva, anche con riguardo alle prestazioni sanitarie già rese dalle strutture private accreditate provvisoriamente (31).

Sul punto si riscontrano in giurisprudenza due tesi antitetiche, ambedue ben supportate da motivazioni senz'altro parimenti valide.

Secondo un primo orientamento interpretativo (32), la fissazione di tetti in via retroattiva, specie quando intervenga in un periodo avanzato dell'anno, sarebbe illegittima, in quanto impedirebbe agli operatori del Servizio sanitario nazionale la possibilità di programmare, con ragionevole anticipo e congrua ponderazione, l'attività in corso d'anno; talché un'accentuata retroattività della delibera che fissa i limiti dei rimborsi, specie allorché venga a modificare *in peius* il regime dell'anno precedente, finisce per ledere l'autonomia e l'integrità delle scelte d'impresa, con grave alterazione del sistema concorrenziale tra erogatori pubblici e privati delle prestazioni sanitarie che informa il sistema plasmato dal d.lgs. n. 502/1992. In tal senso, si è ritenuto che la delibera regionale volta alla fissazione dei tetti di spesa sia legittima solo a condizione che intervenga nel più breve tempo consentito dalle esigenze di un'adeguata istruttoria, nel quadro di un sollecito e leale espletamento dei relativi adempimenti. In sintesi, non risulterebbe legittimo il provvedimento con cui la regione stabilisca i limiti di rimborso annuali, con riduzione rispetto a quelli dell'anno precedente, a distanza notevole dall'entrata in vigore della disciplina di riferimento.

(28) Cons. Stato, Ad. plen., n. 8/2006, cit., e successivamente nn. 3 e 4/2012, cit., hanno messo in evidenza la stretta correlazione che avvince la fissazione dei tetti di spesa alla conoscenza delle risorse disponibili. L'esercizio consapevole del potere di programmazione non può che implicare una cognizione puntuale, da parte della regione, delle risorse alle quali poter attingere onde garantire la remunerazione delle prestazioni sanitarie. In questa cornice la fissazione dei tetti in corso di anno, pur se apparentemente in distonia con la finalità di programmazione che ne implicherebbe la caratterizzazione preventiva, risulta la conseguenza fisiologica dei tempi non comprimibili che permeano le varie fasi procedurali previste dalla legge in relazione alla definizione dei fondi all'uopo utilizzabili.

(29) Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1252.

(30) Così, *ex plurimis*, Corte cost. 16 ottobre 1990, n. 455; n. 509/2000, cit. In dottrina, F. Merusi, *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Quaderni reg.*, 1985, 39; L. Palatucci, *La concezione dei diritti finanziariamente condizionati nel periodo del suo consolidamento: un'inaspettata estensione del welfare State costituzionale nel settore sanitario*, in R. Bin *et al.* (a cura di), *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, Esi, 2006, 665; R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Torino, Giappichelli, 2007, 188 ss.

(31) In tali termini Cons. Stato, Ad. plen., 12 aprile 2006, n. 3.

(32) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 marzo 2004, n. 2663; 29 marzo 2004, n. 1667; 31 gennaio 2003, n. 499.

Secondo altro, più recente, indirizzo interpretativo (33), la fissazione, in corso d'anno, di tetti che dispieghino i propri effetti anche sulle prestazioni già erogate non può considerarsi, in quanto tale, affetta da illegittimità (34), in quanto “la retroattività dell'atto di determinazione della spesa non vale ad impedire agli interessati di disporre di un qualunque punto di riferimento regolatore per lo svolgimento della loro attività”.

Infatti, secondo tale orientamento, “in un sistema nel quale è fisiologica la sopravvenienza dell'atto determinativo della spesa solo in epoca successiva all'inizio di erogazione del servizio, gli interessati potranno aver riguardo – fino a quando non risulti adottato un provvedimento – all'entità delle somme contemplate per le prestazioni dei professionisti o delle strutture sanitarie dell'anno precedente, diminuite, ovviamente, della riduzione della spesa sanitaria effettuata dalle norme finanziarie dell'anno in corso” (35).

È stato altresì autorevolmente chiarito (36) che, anche nel regime dell'accreditamento introdotto dall'art. 8, c. 5, del d.lgs. n. 502/1992, improntato alla logica della parificazione e della concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private e connotato dalla facoltà di libera scelta della struttura privata, viene in rilievo il limite della fissazione del tetto massimo di spesa sostenibile regolato, nel suo esercizio, dall'art. 32 della l. n. 449/1997.

Il principio di parificazione e di concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private deve, quindi, coniugarsi con il principio di programmazione, che ha il fine di assicurare la razionalizzazione del sistema sanitario per il contenimento della spesa pubblica (37).

Si evidenzia così la stretta correlazione tra la fissazione dei tetti di spesa e la conoscenza delle risorse disponibili.

L'esercizio consapevole del potere di programmazione non può che implicare, infatti, una cognizione puntuale, da parte della regione, delle risorse alle quali poter attingere onde garantire la remunerazione delle prestazioni sanitarie.

In questo quadro la fissazione dei tetti in corso di anno, pur se apparentemente in contrasto con la finalità programmatica che ne implicherebbe la caratterizzazione preventiva, risulta la conseguenza fisiologica dei tempi non comprimibili che permeano le varie fasi procedurali previste dalla legge in relazione alla definizione dei fondi all'uopo utilizzabili.

Sulla base del combinato disposto di cui all'art. 32, c. 8, alla l. 27 dicembre 1997, n. 449, all'art. 12, c. 3, del citato d.lgs. n. 502/1992 e all'art. 39 del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, si ricava che il presupposto necessario per l'esercizio consapevole del potere di fissazione dei tetti di spesa è la concreta individuazione dei fondi che la regione avrà a disposizione per la spesa sanitaria e, quindi, l'intervento della delibera Cipe volta a ripartire tra le regioni il Fondo sanitario nazionale, componente prioritaria del fondo sanitario regionale (cfr., al riguardo, l'art. 9, c. 1, della l. reg. Calabria 19 marzo 2004, n. 11).

La determinazione regionale, in quanto atto terminale di una procedura che si colloca a valle, sul piano logico e cronologico, dei rammentati procedimenti presupposti, non può, in definitiva, essere letta in modo avulso dal sistema in cui si inserisce. Posto, allora, che la fissazione dei tetti di spesa non può prescindere dalla conoscenza del dato finanziario di riferimento e che tale dato risulta definito in modo concreto in corso d'anno alla stregua della tempistica prima riepilogata, si appalesa fisiologica la fissazione retroattiva del tetto regionale di spesa anche in una fase avanzata dell'anno.

Orbene le strutture private, che erogano prestazioni per il Servizio sanitario nazionale nell'esercizio di una libera scelta, possono aver riguardo – fino a quando non risulti adottato un provvedimento definitivo – all'entità delle somme contemplate per le prestazioni dei professionisti o delle strutture sanitarie dell'anno precedente, diminuite della riduzione della spesa sanitaria effettuata dalle norme finanziarie relative all'anno in corso.

Quindi risulta pienamente legittima la deliberazione regionale che stabilisce i tetti di spesa in corso d'anno a seguito della necessaria definizione del procedimento collegato e pregiudiziale diretto alla definizione dell'ambito delle risorse utilizzabili.

Comprendibilmente, tale facoltà non può essere assoluta e incontrollata, dovendo sottostare necessariamente ad alcune regole da seguire per bilanciare l'esigenza del contenimento della spesa con la pretesa degli assistiti a prestazioni sanitarie adeguate e, soprattutto, con l'interesse degli operatori privati ad agire con una logica imprenditoriale sulla base di un quadro, nei limiti del possibile, certo e chiaro circa le prestazioni remunerabili e le regole applicabili (38).

La tutela dell'affidamento degli operatori economici (39) al riguardo dell'ultrattività dei tetti già fissati per l'anno precedente, salve le decurtazioni imposte dalle successive norme finanziarie, richiede, pertanto, nel rispetto del

(33) Cons. Stato, Ad. plen., n. 8/2006, cit.

(34) *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2012, n. 1289; 23 dicembre 2011, n. 6811; n. 6454/2011, cit.; 17 ottobre 2011, n. 5550; 29 luglio 2011, n. 4529; Sez. V, 8 marzo 2011, n. 1431; n. 1252/2011, cit.

(35) Cons. Stato, Ad. plen., n. 8/2006, cit.

(36) Corte cost. n. 200/2005, cit.

(37) V. Molaschi, *Tutela della concorrenza, vincoli di spesa e rapporti tra Servizio sanitario nazionale e soggetti privati: una riflessione alla luce della riforma del titolo V della Costituzione* (nota a Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 29 ottobre 2003, n. 4899), in *Foro amm.-Tar.*, 2004, 1271.

(38) Cons. Stato, Sez. V, 11 agosto 2010, n. 5632.

(39) Cons. Stato, Ad. plen., n. 8/2006, cit.

fondamentale principio di certezza dei rapporti giuridici, che le decurtazioni imposte al tetto dell'anno precedente, ove retroattive, siano contenute, salvo congrua istruttoria e adeguata esplicitazione all'esito di una valutazione comparativa, nei limiti imposti dai tagli stabiliti dalle disposizioni finanziarie conoscibili dalle strutture private all'inizio e nel corso dell'anno. Più in generale, la fissazione di tetti retroagenti impone l'osservanza di un percorso istruttorio ispirato al principio della partecipazione, che assicuri l'equilibrato contemperamento degli interessi in rilievo, nonché esige una motivazione tanto più approfondita quanto maggiore è il distacco dalla prevista percentuale di tagli.

Ma per rendere tollerabile il sacrificio dell'operatore sanitario, che non può essere costretto a sopportare oltre misura la lesione della propria sfera economica anche con riguardo alle prestazioni già erogate, la discrezionalità riservata alla regione in sede di programmazione non può non subire un ridimensionamento, invero, direttamente proporzionale al ritardo nella fissazione dei tetti; ciò al fine di evitare che il taglio tardivamente effettuato possa ripercuotersi sulle prestazioni già erogate dalle strutture nella ragionevole aspettativa dell'ultrattività della disciplina fissata per l'anno precedente, con le decurtazioni imposte dalle norme finanziarie (40).

Conformemente ai principi di buona amministrazione, di cui all'art. 97 della Costituzione, appare scriminante l'adozione di scelte programmatiche a carattere temporaneo e transitorio, all'inizio dell'anno, nel senso di fissare tetti provvisori sulla base dei dati disponibili relativi alle norme finanziarie già in vigore ed alla composizione del tetto di spesa, rinviando alla statuizione finale la quantificazione definitiva (41).

L'adozione di tali atti di programmazione provvisoria – conseguente all'esigenza di far fronte ad un sistema che richiede tempi tecnici non comprimibili in relazione alle varie fasi procedurali previste dalla legge che fisiologicamente si svolgono solo in epoca successiva all'inizio dell'erogazione del servizio – consente, infatti, all'operatore di porre in essere scelte consapevoli sulla base di previsioni attendibili, ancorché suscettibili di limitate correzioni.

Viene, in tal modo, soddisfatta l'esigenza degli operatori di programmare la loro attività, ancor prima dell'approvazione dell'atto definitivo, sulla base di tutti gli elementi conoscibili già nella fase iniziale dell'esercizio di riferimento (42).

Va poi ricordato che l'atto di programmazione regionale non ha natura di atto normativo; si tratta, piuttosto, di un atto plurimo, sicché l'eventuale giudicato di annullamento investe quella sola parte dell'atto plurimo concernente ciascun ricorrente, delimitata dall'interesse di quest'ultimo (43).

Sul piano processuale, la ricordata natura di atto plurimo dell'atto di programmazione regionale esclude che gli altri operatori sanitari operanti nel territorio abbiano veste di controinteressati in giudizio, con le necessarie conseguenze d'ordine processuale.

Tuttavia, la pretesa dell'eventuale ricorrente ad un aumento del budget annuale non può che refluire in maniera del tutto consequenziale e immediata sulla posizione dell'azienda sanitaria competente per territorio, assegnataria di un budget predeterminato e anelastico, nel quale sarebbe destinato a confluire in senso riduttivo il richiesto aumento del budget assegnato ad un operatore sanitario; l'azienda sanitaria è quindi portatrice di un interesse qualificato alla conservazione del provvedimento in posizione antitetica a quella della ricorrente, sicché essa riveste il ruolo di controinteressato e deve essere destinataria della notifica del ricorso (44).

4. Libertà di scelta e concorrenzialità imperfetta nell'ambito sanitario

Si è già osservato come il diritto alla salute si presenti come “un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento” (45).

Secondo tale autorevole orientamento, «dopo l'enunciazione da parte della legislazione sanitaria del principio della parificazione e concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private, con la conseguente facoltà di libera scelta da parte dell'assistito, si è progressivamente imposto nella legislazione sanitaria il principio della programmazione, allo scopo di realizzare un contenimento della spesa pubblica ed una razionalizzazione del sistema sanitario. In questo modo si è temperato il predetto regime concorrenziale attraverso i poteri di programmazione propri delle regioni e la stipula di appositi “accordi contrattuali” tra le Usl competenti e le strutture interessate per la definizione di obiettivi, volume massimo e corrispettivo delle prestazioni erogabili (cfr. art. 8-*quinquies* del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229)».

La giurisprudenza amministrativa, nel suo insieme e salvo talune eccezioni (46), esclude di conseguenza che il principio della libera scelta possa considerarsi allo stato vigente a copertura costituzionale, perlomeno se si guarda alle

(40) Cons. Stato, Sez. III, n. 1289/2012, cit.

(41) Cons. Stato, Sez. V, n. 1252/2011, cit.; Sez. III, nn. 4551 e 6811/2011, cit.

(42) In tali termini Cons. Stato, Ad. plen., n. 3/2006, cit.

(43) Cons. Stato, Ad. plen., n. 8/2006, cit.

(44) Cons. Stato, Sez. III, n. 6226/2012, cit.

(45) In tal senso, fra le tante, Corte cost. n. 200/2005, cit.

(46) Cons. Stato, Sez. V, n. 1667/2004 n. 499/2003, cit.

fonti di finanziamento complessivo delle strutture sanitarie, e ne circoscrive la portata al solo campo delle prestazioni rese sulla base degli accordi contrattuali e remunerate a tariffa.

Ciò determina evidenti disfunzioni, posto che “in assenza di opportuni meccanismi concorrenziali tra gli erogatori delle prestazioni sanitarie, vengono meno anche gli incentivi a rivelare i costi effettivi delle prestazioni e a trasferire questa informazione sul prezzo. Risulta, quindi, alquanto difficile valutare con certezza se la decisione da parte della Asl di erogare direttamente le prestazioni sanitarie, non ricorrendo, quindi, al mercato, sia effettivamente giustificata dai minori costi sostenuti dalle stesse Asl rispetto a quelli sostenuti dalle altre strutture sanitarie operanti sul mercato, a parità di standard di qualità” (47).

In presenza di un sistema di quasi mercato o concorrenza imperfetta, in cui l’azienda sanitaria pubblica è al contempo prestatore di servizi per il tramite dei propri presidi ospedalieri e soggetto finanziatore delle strutture private in competizione con i suoi presidi, il diritto di libera scelta dell’utente, che attiene al luogo di cura e non ai livelli quantitativi e qualitativi delle prestazioni (48), naturalmente presenta evidenti difficoltà di affermazione.

Così, non si è mancato di osservare che, alla luce dell’art. 32 Cost., secondo cui la tutela della salute è diritto fondamentale dell’individuo, e dell’art. 41 Cost., teso a garantire la libertà di iniziativa di impresa, il Sistema sanitario nazionale, legittimamente ispirato alla necessità di coniugare il diritto alla salute degli utenti con l’interesse pubblico al contenimento della spesa, non possa non contemplare anche la tutela della concorrenza, irrimediabilmente lesa dall’automatica preclusione alla messa a contratto di nuovi soggetti accreditati (49).

Di conseguenza, la determinazione dei tetti di spesa per le prestazioni di assistenza specialistica da privato in ragione del “costo storico”, riproponendo cioè ogni anno il medesimo tetto di spesa dell’anno precedente indipendentemente dai risultati raggiunti e dal merito di ogni operatore sanitario, si pone in contrasto con i principi di tutela della concorrenza ed è quindi illegittima, se non siano adottati i necessari correttivi o se, quanto meno, non vi siano specifiche ragioni di tutela della sanità che la giustifichino. È di palese evidenza, infatti, che l’utilizzo di tale criterio cristallizza le posizioni in passato acquisite sul mercato dai singoli operatori sanitari privati, disincentivando il perseguimento dell’efficienza nell’erogazione dei servizi sanitari e vanificando la concorrenza tra le varie strutture (50).

5. *Le regressioni tariffarie per le prestazioni extra budget come meccanismo pre-concorrenziale*

Allorché la struttura sanitaria superi il volume di prestazioni individuato dalla programmazione regionale, si pone il problema della possibile remunerazione delle prestazioni extra budget.

L’art. 8-*quinquies* del d.lgs. n. 502/1992, infatti, assegna alle regioni in compito di determinare i criteri per la remunerazione delle strutture ove queste abbiano erogato volumi di prestazioni eccedenti il programma preventivo concordato, per cui la giurisprudenza prevalente sostiene l’illegittimità di una previsione secondo la quale le prestazioni extra-budget non siano in alcun modo remunerate (51), anche se non mancano pronunce contrarie, secondo cui “la mancata previsione di compensabilità di prestazioni extra budget non vizia necessariamente l’atto di programmazione regionale” (52).

La giurisprudenza (53) ha però ritenuto legittimo che a tali casi si applichi una regressione tariffaria, remunerando le prestazioni extra budget a una tariffa via via decrescente. Infatti, la regressione progressiva del rimborso tariffario per le prestazioni che eccedono il tetto massimo, pur se non contemplata in modo espresso da alcuna norma, si atteggia a corretta attuazione del potere autoritativo che alle regioni stesse è affidato.

Si tratta, infatti, di un criterio strumentale all’obiettivo del contenimento della spesa, che trova una sua giustificazione concorrente nella possibilità che le imprese fruiscono di economie di scala e che attuino opportune programmazioni della rispettiva attività.

Infatti, specie nei casi in cui la regressione è applicata in modo costante nel tempo, l’istituto privato opera una libera scelta quando accetta di operare nell’ambito del Servizio sanitario nazionale e sconta, con essa, anche questa eventuale successiva contrazione dell’attività.

(47) Agcm, parere 26 giugno 1998, n. AS145.

(48) Corte cost. 23 novembre 2007, n. 387.

(49) Tar Lombardia, Brescia, Sez. II, 19 giugno 2012 n. 1083, condivisa sul punto da Cons. Stato, Sez. III, 16 settembre 2013, n. 4574.

(50) Tar Calabria, Catanzaro, Sez. I, 29 giugno 2016, n. 1373, in un ricorso promosso dall’Autorità garante per la concorrenza e il mercato ai sensi dell’art. 21-*bis* l. 10 ottobre 1990, n. 267.

(51) Cons. Stato, Sez. V, ord. 26 settembre 2006, n. 4699; Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II, 8 marzo 2011 n. 338. Per Tar Lazio, Latina, Sez. I, 2 maggio 2008, n. 500, le scelte operate in punto di limiti alla remunerabilità delle prestazioni rese in eccedenza sono scelte di merito censurabili in sede di legittimità solo sotto il profilo della manifesta illogicità o irragionevolezza. Nel senso che la struttura privata non è tenuta ad erogare al di fuori del contratto prestazioni agli assistiti, tanto meno a titolo gratuito, Cons. Stato, Sez. V, n. 2253/2003, cit.; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 2 marzo 2006, n. 1599.

(52) Tar Calabria, Catanzaro, Sez. I, 19 settembre 2011, n. 1245.

(53) Cons. Stato, Sez. V, 17 settembre 2010, n. 6967.

È stata nondimeno ritenuta giustificata (54), soprattutto nelle regioni sottoposte al piano di rientro (55), anche la previsione di nessuna remunerazione per le accedenti i volumi fissati, in considerazione della necessità di dover comunque rispettare i tetti di spesa e quindi il vincolo delle risorse disponibili.

La norma concernente i criteri per la remunerazione di tali prestazioni, infatti, si inserisce organicamente in un corpo legislativo teso al contenimento dei costi del settore sanitario nel rispetto del livello quantitativo delle prestazioni condivise con gli operatori e dei connessi tetti di spesa, al fine di evitare che le strutture sanitarie interessate possano erogare prestazioni superiori a quelle che l'amministrazione pubblica è in condizione di pagare (56).

Ben può quindi escludersi la possibile remunerazione di prestazioni extra budget che potrebbero vanificare gli obiettivi di controllo della spesa attuati (anche) attraverso la fissazione dei tetti di spesa (57).

L'esercizio del potere di fissare la regressione tariffaria e la stessa determinazione del budget non sono subordinati né condizionati all'esecuzione del monitoraggio delle prestazioni erogate, né al ritardo o imprecisione nell'adempimento all'obbligo di eseguire i controlli per il tramite del tavolo tecnico, avendo lo scopo fondamentale di contenere la remunerazione complessiva delle prestazioni nei limiti di spesa fissati e con l'impiego delle risorse disponibili e programmate (58).

Tale meccanismo delle c.d. regressioni tariffarie, volto a quantificare la percentuale variabile di abbattimento della remunerazione da applicare alle singole strutture o ai settori (branche, macroaree) che abbiano superato il limite massimo consentito di spesa, rende evidente la diversità di trattamento fra strutture pubbliche e private.

Come precisato in più occasioni dal giudice amministrativo, il sistema di progressiva riduzione delle tariffe destinate a remunerare le prestazioni che eccedono il tetto massimo prefissato è espressione del potere autoritativo di fissazione dei tetti di spesa e di controllo pubblicistico della spesa sanitaria in funzione di tutela della finanza pubblica affidato alle regioni e trova giustificazione concorrente nella possibilità che le imprese fruiscono di economie di scala nonché effettuino opportune programmazioni della rispettiva attività (59).

Invero "l'abbattimento delle tariffe rappresenta un importante meccanismo pre-concorrenziale, in quanto, da un lato, induce le singole strutture a rivelare il prezzo delle prestazioni erogate, dall'altro comporta che le strutture che sopportano i maggiori costi di erogazione siano indotte a limitare, o addirittura annullare, l'offerta delle stesse, alimentando quindi la domanda diretta verso le strutture sanitarie più efficienti e permettendo anche il conseguimento di obiettivi di contenimento della spesa" (60).

In effetti, il tema della conoscibilità dei costi di produzione ha una valenza plurima e fondamentale nel settore sanitario.

Per altro verso, si pone il problema delle modalità di parametrizzazione del sistema delle regressioni negli atti di programmazione (delibera regionale) ed attuativi (accordi); fissando un limite di spesa complessivo per tutta la macroarea, senza disaggregarlo in tanti tetti finanziari per ogni singola branca o centro, la regressione può riguardare tutto il complesso delle prestazioni appartenenti alla macroarea, a prescindere dalla loro peculiare connotazione specialistica, sicché sul singolo centro accreditato finiscono con il ricadere gli effetti negativi di uno sfioramento cagionato con il concorso di centri anche ubicati al di fuori dell'ambito territoriale della Asl di appartenenza.

Quindi, al fine di evitare una simile eccessiva dilatazione, è risultato utile il riferimento alle attività erogate da ogni singola struttura, che consente un elevato grado di prevedibilità circa l'andamento del tetto e il conseguente aumento del tasso di concorrenzialità ed omogeneità fra le strutture, assicurando con degli opportuni raccordi informativi ed adempimenti procedurali (es. previsione di tavoli tecnici) le basilari esigenze di conoscenza in ordine al grado di saturazione del tetto.

6. Rilevazione del superamento dei tetti di spesa. Inconfigurabilità di un obbligo di avvertimento e di un arricchimento sine causa

Occorre a questo punto evidenziare che gran parte del contenzioso in materia di tetti di spesa attiene alla pretesa remunerazione delle prestazioni rese oltre la soglia prestabilita, con riferimento alla ricorrente insufficienza di dati accertati in sede di tavolo tecnico per la specifica quantificazione dell'eccedenza e, dunque, della regressione tariffaria a carico del centro accreditato.

(54) Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 8 gennaio 2019, n. 184; già Cons. Stato, Sez. III, n. 1832/2015, cit.

(55) Tar Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, 2 marzo 2018, n. 2395.

(56) F. Tallaro, *op. cit.*

(57) V. Sotte, *op. cit.*

(58) Tar Campania, Sez. I, 13 febbraio 2023, n. 976.

(59) Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 939, ove inoltre si specifica che se venisse consentito lo sfioramento dei tetti complessivi di spesa fissati dalla regione il potere di programmazione regionale ne risulterebbe vanificato. Analogamente, Tar Campania, Napoli, Sez. I, 3 febbraio 2010, n. 537, in *Giur. merito*, 2010, 2578, con nota di G. Mancini Palamoni, *Note sulla disciplina dei tetti di spesa in materia sanitaria*.

(60) Agcm, parere n. AS145/1998, cit.

Le previsioni contrattuali che prevedono un monitoraggio congiunto in sede di tavolo tecnico, in mancanza di una specifica previsione legislativa e/o regolamentare, non sono però parificabili ad un di obbligo di avvertimento, a fronte di un limite assoluto di non superare il tetto massimo.

Tali clausole, ordinariamente inserite nei contratti con le strutture private, in mancanza di apposita disposizione di legge, non possono assolutamente essere interpretate come un obbligo giuridico o un onere comportamentale gravante sull'azienda sanitaria, contrastando tra l'altro con una disposizione di ordine pubblico sulla insuperabilità del limite *de quo*.

A volte in giurisprudenza, seguendo le strumentali argomentazioni di controparte, si finisce per sovrapporre la suddivisione dell'onere probatorio tra le parti, nel senso che il fatto impeditivo della pretesa azionata spetta all'azienda sanitaria convenuta in primo grado (superamento del tetto) (61), con l'obbligo di comunicazione dello sfioramento, che non è previsto contrattualmente se non come compito di tavolo tecnico condiviso; talché appare inconferente ricavare la conseguenza che nello svolgimento del rapporto sostanziale sottostante l'azienda sanitaria sia tenuta ad avvertire la struttura accreditata del superamento del tetto.

Da tale ineludibile principio d'ordine processuale sulla ripartizione dell'onere probatorio tra le parti in causa, si ricava, con un salto logico, la sussistenza di un necessario obbligo informativo a favore della struttura accreditata, che si assume impossibilitata ad accertare l'andamento delle prestazioni senza il supporto dell'azienda sanitaria.

Tale aspetto è stato approfondito in giurisprudenza, laddove si è ritenuto correttamente che la misura delle spettanze richieste incomba su chi agisce, costituendo fatto costitutivo della sua pretesa (62).

Eppure, si ritrovano pronunce in cui si afferma che è "sull'Asl competente che deve ritenersi imposto l'obbligo di far osservare il relativo limite massimo di impegno finanziario programmato dalle singole regioni alle strutture che operano in regime di convenzionamento e, perciò, di portare tempestivamente a conoscenza di queste ultime il raggiungimento di tale tetto. Solo una volta che si è venuta a verificare questa condizione e l'Asl abbia perciò sospeso, con ufficiale determinazione provvedimento dell'organo a ciò legittimato, il sistema di convenzionamento non essendovi l'obbligo di erogare la prestazione, la struttura privata è tenuta ad avvertire l'utente richiedente ulteriori prestazioni eccedenti il tetto il cui superamento deve essere stato già attestato e formalmente comunicato dall'Asl, della non rimborsabilità a carico del servizio sanitario regionale, (che agisce per conto del Ssn), delle medesime, e, in caso di indisponibilità a sopportare il relativo costo, rifiutare la prestazione o erogarla supportandone i costi" (63).

Invero appare indiscutibile anche alla giurisprudenza seguace di tale orientamento come "la necessità di raccordo tra limiti di spesa e diritto alla salute può attuarsi anche tramite meccanismi di riequilibrio che operano a consuntivo – ed anche in via eventuale – rispetto alla programmazione a monte, come è il caso della regressione tariffaria unica, con la conseguenza della retroattività dell'atto di determinazione della spesa" (64).

Si sostiene così "che la mancata o ritardata informazione alla parte privata delle determinazioni raggiunte dal tavolo tecnico predisposto dall'azienda sanitaria, per monitorare le prestazioni eseguite e valutare i tetti massimi di spesa, e, quindi, il raggiungimento e superamento delle dette soglie, non fa venir meno la potestà amministrativa di contenere la remunerazione delle dette parti private nel rispetto dei limiti fissati".

Né, tanto meno, ciò potrebbe indurre le strutture private accreditate ad un erroneo affidamento in ordine al conseguimento dell'intera remunerazione, dal momento che esse non sono semplici fornitrici di servizi – in un ambito puramente contrattualistico, sorretto da principi di massimo profitto e di totale deresponsabilizzazione circa il governo del settore –, bensì sono elementi di un complesso sistema pubblico-privato rivolto al raggiungimento di fini di pubblico interesse di particolare rilevanza costituzionale, quale il diritto alla salute, su cui gravano obblighi di partecipazione e cooperazione nella definizione della stessa pianificazione e programmazione della spesa sanitaria. In altri termini, ne deriva che le strutture private accreditate si sottopongono contrattualmente al ben noto ed accettato regime della regressione tariffaria, quale meccanismo atto a garantire il rispetto dei limiti di spesa fissati secondo la logica di un sistema "a consuntivo", che comporta necessariamente la retroattività delle riduzioni della remunerazione, la cui misura non può che essere determinata quantomeno nell'anno successivo, ossia quando siano noti i dati contabili relativi ai valori delle prestazioni effettuate ed è possibile confrontarli con le risorse finanziarie disponibili (65).

Ed infatti il contratto di accreditamento per l'anno di riferimento stipulato con un centro accreditato fa espresso riferimento al meccanismo della regressione tariffaria, e pertanto l'imprenditore del settore è ben consapevole della possibile applicazione della stessa (66).

Orbene, l'effettivo superamento specifico del tetto di spesa costituisce una circostanza impeditiva dell'accoglimento della pretesa creditoria del centro accreditato, e a seguito di ciò, secondo i principi statuiti dall'art. 2697 c.c., esso va

(61) Cass. n. 17437/2016.

(62) App. Napoli 8 aprile 2014, n. 1747.

(63) Cass., Sez. VI, 16 ottobre 2019, n. 26234.

(64) App. Napoli 23 maggio 2022, n. 2251, che richiama Cons. Stato n. 2290/2011, n. 2857/2012 e n. 4863/2014.

(65) Cons. Stato n. 207/2016.

(66) G. Ceresetti, *Spending review, accreditamento sanitario e proposta di legge n. 4269 del 2011: una riforma possibile per la remunerazione delle prestazioni?*, in *Foro amm.-Tar*, 2012, 2987.

eccepito, nonché provato dall'azienda sanitaria, al fine di paralizzare – in tutto o in parte – il titolo vantato dalla controparte, e rientra pacificamente nell'onere della prova della parte eccipiente, ovvero l'azienda sanitaria (67).

Se tali affermazioni sono indiscutibili e condivisibili, appare contraddittorio e infondato un recente orientamento giurisprudenziale, il quale insiste sulla sussistenza di un obbligo di avvertimento da parte dell'azienda sanitaria; si sostiene, infatti: “nel caso in esame tale onere non può ritenersi assolto, non avendo provato l'opponente l'effettivo superamento del tetto di spesa dal momento che è sull'Asl competente che deve ritenersi imposto l'obbligo di far osservare il relativo limite massimo di impegno finanziario programmato dalle singole regioni alle strutture che operano in regime di convenzionamento e, perciò, di portare tempestivamente a conoscenza di queste ultime il raggiungimento di tale tetto.

Nella specie, l'omessa prova di espletamento del corretto iter preclude di per sé ogni efficacia del così accertato sfioramento con conseguente inopponibilità dell'eccepito superamento del tetto di spesa e della conseguente azionata regressione tariffaria, dal momento che solo l'Asl, per i compiti ad essa demandati e dovendo necessariamente svolgere un'attività di coordinamento e raccordo in relazione alla gestione dei tetti di spesa interloquendo e rapportandosi con le diverse strutture sanitarie, ha possibilità di verificare se, quando ed in che misura vi è stato superamento del tetto di spesa da parte della singola struttura sanitaria, circostanza che, al contrario, non può essere verificata unilateralmente dalla singola struttura sanitaria privata, che non è a conoscenza dei dati generali e, in particolare, del numero di prestazione erogate da tutte le strutture sanitarie del comparto in ambito regionale, sulla cui base viene calcolato il tetto di spesa” (68).

Tale orientamento emergente nella giurisprudenza di prima istanza si richiama invero ad un indirizzo della Corte suprema di cassazione che presenta margini di ambiguità, laddove sostiene, nel cassare una sentenza di corte di appello che aveva deciso sullo stesso *thema decidendum* in favore dell'azienda sanitaria locale, che è “sull'Asl competente che deve ritenersi imposto l'obbligo di far osservare il relativo limite massimo di impegno finanziario programmato dalle singole regioni alle strutture che operano in regime di convenzionamento e, perciò, di portare tempestivamente a conoscenza di queste ultime il raggiungimento di tale tetto. Solo una volta che si è venuta a verificare questa condizione e l'Asl abbia perciò sospeso, con ufficiale determinazione provvedimento dell'organo a ciò legittimato, il sistema di convenzionamento non essendovi l'obbligo di erogare la prestazione, la struttura privata è tenuta ad avvertire l'utente richiedente ulteriori prestazioni eccedenti il tetto il cui superamento deve essere stato già attestato e formalmente comunicato dall'Asl, della non rimborsabilità a carico del servizio sanitario regionale, (che agisce per conto del Ssn), delle medesime, e, in caso di indisponibilità a sopportare il relativo costo, rifiutare la prestazione o erogarla supportandone i costi).

Da ciò deriva che, con riferimento alla fattispecie dedotta con il ricorso, incombeva alla contro ricorrente Asl provare che, per effetto delle prestazioni rese in regime di convenzionamento dalla [...] s.r.l., da quest'ultima riscontrate come effettivamente erogate, si era venuta a concretizzare la condizione, impeditiva impegnativa del riconoscimento del diritto al rimborso da parte dell'odierna ricorrente, riconducibile al superamento del tetto della spesa sanitaria fissato con provvedimento regionale, o, comunque, adottato dall'autorità pubblica a ciò preposta, e che sarebbe stato necessario osservare con riferimento all'indicato intervallo temporale” (69).

Ancor più, in altra pronuncia si afferma: “Il mancato superamento del tetto di spesa, fissato secondo le norme di legge e nei modi da esse previsti, non integra un fatto costitutivo la cui prova deve essere posta a carico della parte creditrice (struttura sanitaria accreditata), mentre rileva come fatto impeditivo il suo avvenuto superamento, con conseguente onere della prova, *ex art. 2697 c.c.*, a carico della parte debitrice” (70).

Orbene, l'ambiguità si ritrova nella palese contraddizione tra l'affermazione dell'insuperabilità dei tetti di spesa – peraltro rafforzata dalla piena consapevolezza della struttura accreditata sulla regressione di cui sopra e dal sistema di definizione delle spettanze a consuntivo – e l'asserita necessità di un intervento dell'azienda sanitaria per accertare il superamento, come se la struttura accreditata non sia in condizione di rendersi conti, in corso d'opera, del raggiungimento del limite massimo, attraverso la semplice somma degli erogati raggruppamenti omogenei di diagnosi, cioè dei *diagnosis related groups* (DRG).

Sul punto si auspica un approfondimento da parte della giurisprudenza civile, che chiarisca i rapporti tra azienda sanitaria e strutture accreditate al riguardo dell'accertamento del raggiungimento e superamento dei tetti di spesa assegnati.

Infine, va affrontato il tema della esperibilità di un'azione di arricchimento in ragione di prestazioni rese extra budget.

Il correlato interesse alla remunerazione di queste ultime “non costituisce titolo legittimante ad un'azione di arricchimento senza causa, sia perché la disciplina dei tetti di spesa inderogabili sancita dal d.lgs. n. 502/1992 è norma speciale e derogatoria, per definizione incompatibile con questo istituto, sia perché, in presenza di un tetto di spesa alla

(67) Cass. 13 febbraio 2018, n. 3403.

(68) Così Trib. S. Maria Capua Vetere 18 luglio 2022, n. 2858.

(69) Cass., Sez. VI, n. 26234/2019, cit.

(70) Cass., Sez. I, 2 marzo 2021, n. 5661.

singola struttura contenuto nella convenzione, che costituisce rifiuto implicito di prestazioni ulteriori da parte della azienda sanitaria e determina l'inoperatività dell'art. 2041 c.c. ovvero la impossibilità di esperire azione di arricchimento.

I livelli essenziali di assistenza (Lea) costituiscono prestazioni direttamente afferenti al diritto alla salute (che il Ssn deve obbligatoriamente fornire), ma la loro prestazione extra budget da parte del privato non costituisce arricchimento o vantaggio per l'amministrazione o la comunità, in quanto, da un lato, non può ipotizzarsi un arricchimento per prestazioni che per accordo tra le parti devono rimanere a carico del privato, come nel caso della previsione in convenzione di tetti di spesa e di prestazioni extra budget (semmai costituirebbe un indebito arricchimento del privato riconoscergli somme di denaro non dovutegli, per prestazioni che il privato doveva comunque rendere); dall'altro, stante che le risorse sono limitate e la scelta sulle prestazioni sanitarie da fornire e sulle relative priorità spetta all'amministrazione, non può ritenersi che la fornitura di prestazioni in eccesso (oltre i limiti fissati in sede di programmazione e consacrati in convenzione) da parte di un privato (ma con oneri a carico dell'amministrazione sanitaria) corrisponda agli interessi della amministrazione e della collettività che essa esprime (distraendo le risorse dalle prestazioni e quindi dai soggetti previsti nella programmazione ad altre prestazioni ed altri soggetti), e quindi non costituisce un vantaggio detraibile dal danno" (71).

Stesso principio deve intendersi valere nell'ipotesi in cui la struttura accreditata eroga prestazioni di fatto in assenza di regolamentazione, per cui le strutture accreditate nei confronti dell'azienda sanitaria devono rispettare non solo i tetti di spesa previsti, ma anche il vincolo delle risorse pubbliche disponibili (72).

Inoltre, deve ritenersi che la struttura privata accreditata, come non ha l'obbligo di rendere prestazioni eccedenti quelle concordate (73), non ha nemmeno l'obbligo di rendere prestazioni in assenza di accordo.

7. Ripartizione della giurisdizione in materia di tetti di spesa. Esame della casistica

Altro aspetto problematico è rappresentato dalla ripartizione della giurisdizione relativamente alla varietà delle controversie potenzialmente insorgenti nella materia dei tetti di spesa sanitaria.

In applicazione ai criteri generali, spettano al giudice ordinario, ai sensi dell'art. 133, c. 1, lett. c), c.p.a., solo le controversie contrassegnate da un contenuto meramente patrimoniale, attinente al rapporto interno tra pubblica amministrazione concedente e concessionario del servizio pubblico, mentre, laddove la lite esuli da tali limiti, coinvolgendo la verifica dell'azione autoritativa della pubblica amministrazione sull'intera economia del rapporto concessorio, il conflitto tra pubblica amministrazione e concessionario viene attratto nella sfera della giurisdizione amministrativa (74).

La valutazione sulla legittimità del tetto di spesa esula, in tal modo, dalla giurisdizione del giudice ordinario, vertendosi in ipotesi di discrezionalità amministrativa (75).

Ne consegue che rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, anche sotto il profilo della lesione dell'affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo, la controversia intrapresa da un operatore sanitario privato e un'azienda sanitaria inerente il tetto di spesa deliberato per una determinata annualità, la quale, pur formalmente rivolta ad ottenere il pagamento dei corrispettivi spettanti, investe, nella sostanza, la valenza dei budget assegnati ed involge un sindacato sull'incidenza dei poteri autoritativi e di controllo che l'amministrazione regionale conserva anche nella fase attuativa dei rapporti di natura concessoria.

Appartengono poi alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie sul corrispettivo dovuto in applicazione della disciplina del rapporto concessorio, anche laddove l'azienda sanitaria opponga alla domanda di pagamento l'esistenza di una propria deliberazione che, in attuazione di quella regionale a contenuto generale, determini in concreto il tetto di spesa e la creditrice replichi, negando la soggezione della propria pretesa creditoria a tali atti o sostenendone l'illegittimità. Infatti, il *petitum* sostanziale della domanda non è automaticamente inciso da siffatte *replicationes*, le quali devono essere considerate irrilevanti ai fini della individuazione della giurisdizione, a meno che non si sostanzino in una richiesta di accertamento con efficacia di giudicato dell'illegittimità del provvedimento posto a fondamento dell'eccezione sollevata dall'azienda sanitaria; in quest'ultimo caso, infatti, poiché il *petitum* sostanziale investe anche l'esercizio di un potere autoritativo, il giudice ordinario deve declinare la giurisdizione sulla domanda di annullamento della deliberazione, trattenendo la sola domanda di condanna alle indennità, canoni o corrispettivi, salvo poi sospendere il giudizio *ex art. 295 c.p.c.* in attesa della definizione del giudizio sul provvedimento rimesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (76).

(71) Cass., Sez. I, 31 marzo 2021, n. 9003. Nello stesso senso, v. Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, 5 ottobre 2022, n. 183.

(72) Trib. S. Maria Capua Vetere 11 aprile 2023, n. 1409.

(73) Cass., Sez. III, n. 27608/2019, cit., secondo cui "in tale prospettiva il diritto fondamentale di azione del depauperato può adeguatamente coniugarsi con l'esigenza, altrettanto fondamentale, del buon andamento dell'attività amministrativa, affidando alla stessa pubblica amministrazione l'onere di eccepire e provare il rifiuto dell'arricchimento o l'impossibilità del rifiuto per la sua inconsapevolezza (c.d. arricchimento imposto)".

(74) Cass., S.U., 9 giugno 2017, n. 14428.

(75) Cass., S.U., n. 26200/2019; Sez. I, n. 2403/2021.

(76) Cass., S.U., 2 novembre 2018, n. 28053.

Sono inoltre devolute alla cognizione del giudice ordinario le controversie in cui un soggetto accreditato proponga un giudizio volto a ottenere, previa declaratoria di nullità dei contratti stipulati, la remunerazione, *ex art. 2041 c.c.*, di tutte le prestazioni dal primo *medio tempore* erogate in luogo del Servizio sanitario nazionale, nonché il recupero dello sconto obbligatoriamente praticato sul tetto di spesa contrattualizzato. Ciò in quanto la questione investe una situazione di diritto soggettivo perfetto che non coinvolge provvedimenti autoritativi con profili di discrezionalità, né essendo ravvisabili nel procedimento di accertamento del *quantum* elementi di discrezionalità amministrativa implicanti valutazione comparativa degli interessi pubblici e di quelli privati, ma, esclusivamente, parametri normativi predeterminati di cui si contesta la corretta applicazione.

Si potrebbe però a tale proposito ipotizzare che in realtà la sussistenza della posizione giuridica soggettiva dell'erogatore privato di prestazioni sanitarie non possa non passare necessariamente attraverso la verifica dell'esercizio del potere amministrativo, verifica che non può essere sottratta, in questi termini, alla cognizione del giudice amministrativo (77).

Il potere di programmazione della spesa pubblica con conseguente razionalizzazione del sistema sanitario è caratterizzato da ampia discrezionalità, in considerazione delle insopprimibili esigenze di riequilibrio finanziario, a fronte del quale si pone, come già puntualizzato, la natura di diritto finanziariamente condizionato del diritto alla salute (78).

La determinazione dei tetti di spesa, in particolare, rientra indubbiamente nel potere di programmazione della regione, caratterizzato da ampia discrezionalità nella previsione del dimensionamento e dei meccanismi di attribuzione delle risorse disponibili, con l'obiettivo di bilanciare molteplici e spesso contrapposti interessi di rilevanza anche costituzionale, come il contenimento della spesa in base alle risorse concretamente disponibili, l'esigenza di assicurare prestazioni sanitarie quantitativamente e qualitativamente adeguate agli assistiti, quelli delle strutture private operanti secondo logiche imprenditoriali, quelli delle strutture pubbliche vincolate all'erogazione del servizio nell'osservanza dei principi di efficienza e buon andamento (79).

A fronte di tale ampia discrezionalità, il sindacato del giudice amministrativo è circoscritto agli aspetti del provvedimento che possano rivelarsi quali indici sintomatici di una evidente illogicità, irragionevolezza, erroneità, poste in essere dall'autorità amministrativa (80).

Sotto il profilo della giurisdizione, le controversie circa la determinazione dei criteri di remunerazione delle prestazioni extra budget e il sistema di regressione progressiva del rimborso tariffario appartengono alla cognizione del giudice amministrativo.

Le scelte sulla questione, invero, sono espressione del potere autoritativo di fissazione dei tetti di spesa e di controllo della spesa sanitaria in funzione di tutela della finanza pubblica, affidato alle stesse regioni.

Ne consegue che le relative controversie, riguardanti l'impugnativa di atti autoritativi, implicano un sindacato di legittimità di fronte al quale la posizione giuridica soggettiva dell'operatore sanitario assume la consistenza di un interesse legittimo rispetto all'esercizio della potestà amministrativa. Pertanto, tali giudizi, essendo devoluti alla cognizione del giudice amministrativo già in base all'ordinario riparto di giurisdizione, a maggior ragione rientrano nella sua giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici, con la conseguenza che devono ritenersi attratte da tale tipo di giurisdizione anche tutte le questioni di diritto soggettivo che, come quelle in esame, si presentano intrecciate con l'esplorazione di poteri pubblicistici (81).

Sul tetto di spesa per le strutture sanitarie decide il giudice amministrativo sulla base di due argomenti a suffragio della tesi (82):

1) la determinazione da parte dell'amministrazione del tetto di spesa e la suddivisione di essa tra le attività assistenziali costituisce esercizio del potere di programmazione sanitaria, a fronte del quale la situazione del privato è di interesse legittimo;

2) la determinazione *de qua* risulta anche riconducibile *ratione materiae* alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di servizi pubblici (83).

(77) Cons. Stato, Sez. III, 7 dicembre 2021, n. 8161, secondo cui “La fissazione dei criteri di commisurazione dei tetti di spesa e la determinazione dei budget rientrano nell'ambito della discrezionalità amministrativa, ma tale esercizio del potere non è sottratto al sindacato del giudice amministrativo. In sede di fissazione dei criteri di commisurazione dei tetti di spesa la regione non può utilizzare il criterio della media della produzione nel triennio precedente, se tale produzione è stata condizionata da precedenti delibere di definizione dei criteri di ripartizione del tetto, successivamente annullati dal giudice di primo grado. È illegittima la delibera della regione che fissa i criteri di commisurazione dei tetti di spesa prevedendo un premio alle strutture che hanno fatto registrare un incremento di fatturato (nel limite del 20%), di fatto premiando le sole strutture grandi che erano in grado di sostenere l'extra budget, con il conseguente rischio della mancata remunerazione delle prestazioni rese al di sopra del tetto di spesa”.

(78) Corte cost. 28 luglio 1993, n. 355; 17 luglio 1998, n. 267; n. 509/2000, cit.; 27 luglio 2011, n. 248.

(79) Cons. Stato, Sez. III, 14 novembre 2018, n. 6427; 4 luglio 2017, n. 3274.

(80) Tar Campania, Napoli, Sez. I, 5 giugno 2019, n. 3054.

(81) Tar Campania, Napoli, Sez. I, 11 marzo 2015, n. 1508.

(82) Cons. Stato, Ad. plen., n. 8/2006, cit.

(83) In tal senso Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204, e anche Cass., S.U., 24 marzo 2005, n. 6330; 8 agosto 2005, n. 16605.

8. *La responsabilità erariale in materia di superamento dei tetti alla spesa sanitaria. In particolare, il coinvolgimento delle strutture accreditate per indebite percezioni extra-budget*

Come si è ampiamente rappresentato, i tetti di spesa nell'erogazione di prestazioni sanitarie da parte delle strutture accreditate costituiscono limiti invalicabili, attenuati dai meccanismi della regressione tariffaria eventualmente prevista.

Il loro superamento non fa sorgere diritti di credito a favore di tali strutture, che se ne assumono il conseguente onere nei rapporti con i loro pazienti.

L'azienda sanitaria non è infatti tenuta a farsi carico del pagamento di prestazioni effettuate dopo il superamento *de quo* e deve anzi vigilare costantemente sull'evoluzione del sistema, sia in corso di gestione che a consuntivo.

Se poi tale vigilanza si connota come un obbligo giuridico di comunicare alle strutture private lo sfioramento del limite convenzionalmente fissato è materia di discussione anche in giurisprudenza, come già ampiamente osservato nell'apposito paragrafo.

Evidentemente, i comportamenti degli esponenti l'azienda sanitaria in ordine al riconoscimento di competenze economiche al di là dei limiti *de quibus* – tra cui rientrano anche le inopportune transazioni e la mancata resistenza in giudizio, oltre alla mancata vigilanza, alla cattiva organizzazione del servizio, ecc. – soggiacciono alle ordinarie regole sulla responsabilità amministrativa, se connotate da dolo o anche da colpa grave, laddove si concretino in indebite erogazioni.

Ma in tale ambito non sono estranei i comportamenti delle strutture accreditate, le quali assumono un ruolo attivo quali concessionarie di un pubblico servizio, venendo così ad essere coinvolte nella responsabilità erariale, ove si configuri una violazione dei doveri di servizio.

Sui tali aspetti della complessa problematica della gestione dei tetti di spesa, la Corte dei conti ha avuto modo di affermare interessanti principi rilevanti per la configurazione di ipotesi di responsabilità erariale (84).

In linea di massima, si è giustamente sostenuto che non solo il pubblico funzionario erogante pubbliche risorse, ma anche il privato percipiente può avere obblighi legali o convenzionali nei confronti dell'amministrazione, che trovano la propria *ratio* non nella privatistica autonomia contrattuale, ma in inderogabili esigenze pubblicistiche, e quindi concretano un rapporto di servizio di tipo funzionale (il privato si inserisce nell'attività dell'ente e diventa partecipante dell'attività di quest'ultimo), che radica la giurisdizione contabile e fonda l'azione di responsabilità amministrativa, nei casi in cui la violazione di tali obblighi abbia cagionato un danno alle pubbliche finanze.

D'altronde i soggetti privati "accreditati", diversamente da quelli semplicemente "autorizzati", dal Servizio sanitario nazionale sono veri e propri uffici dell'amministrazione sanitaria (incaricati di pubblico servizio), come del resto si desume dall'art. 8-bis del d.lgs. n. 502/1992; infatti, essi non sono meri fornitori di servizi, in un ambito puramente contrattualistico, sorretto da principi di massimo profitto e di totale deresponsabilizzazione circa il governo del settore, bensì sono soggetti di un complesso sistema pubblico-privato qualificato dal raggiungimento di finalità di pubblico interesse e di particolare rilevanza costituzionale, quale il diritto alla salute, sui quali gravano obblighi di partecipazione e cooperazione nella definizione della stessa pianificazione e programmazione della spesa (85).

La compartecipazione all'attuazione dei fini dell'amministrazione si esplica nella stipula e nell'esecuzione delle convenzioni con le aziende sanitarie, nelle quali – sulla base di una valutazione di convenienza delle parti (che possono anche rifiutare il convenzionamento) – si stabiliscono le prestazioni che ogni struttura deve rendere ed il tetto massimo di risorse ad esse destinato, e quindi il contributo complessivo che ogni struttura fornisce al sistema sanitario, attuando a livello locale la programmazione regionale: in particolare, le parti concordano il tetto massimo che la struttura accreditata si impegna a rispettare, valevole anche per le prestazioni che potrebbero non essere integralmente previste dalla convenzione per la loro discontinuità, come le prestazioni rese a favore di soggetti di altre regioni o le prestazioni di urgenza-emergenza e di dialisi, ma che comunque debbono rientrare nel budget approvato, vanificandosi altrimenti ogni programmazione.

Il dovere di rispettare le convenzioni, ed in particolare la quantità e qualità della prestazione, e quindi i tetti di spesa, non ha una mera valenza di obbligazione civilistica, ma assume rilievo in funzione della tenuta complessiva del sistema sanitario e della concreta attuazione del diritto alla salute, in quanto ogni prestazione non in linea con la programmazione ed ogni "sfioramento" del budget determina la distrazione delle (cospicue ma comunque) limitate risorse del Ssn dalle finalità e prestazioni programmate, mettendo a rischio il sistema complessivo e – in ultima analisi – il diritto alla salute di una parte della collettività a danno di un'altra: ad esempio, la sovrapprestazione (rispetto al tetto di spesa) delle prestazioni ospedaliere per interventi da parte di una struttura accreditata determina minori risorse a disposizione per la medicina di urgenza, o di altre strutture presenti sul territorio.

Pertanto, il rispetto del tetto di spesa rappresenta un dovere di servizio, che deve ritenersi violato qualora si effettuino sovrapprestazioni non previamente autorizzate e se ne ottenga il pagamento al di fuori delle ordinarie procedure amministrative o contenziose (in modo da consentire all'amministrazione di verificarne la debenza e di inserire nella propria

(84) Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, n. 183/2022, cit.

(85) G. Barcellona, *L'evoluzione dell'assetto organizzativo per l'erogazione delle prestazioni assistenziali sanitarie; dal sistema delle convenzioni a quello dell'accreditamento*, in *San. pubbl.*, 1998, 118-119.

programmazione le maggiori esigenze manifestate dalla struttura accreditata), specie con l'utilizzo doloso di strumenti che determinano un pagamento non programmato ed estemporaneo; e tale violazione può determinare (nella concorrenza degli altri requisiti di legge) una responsabilità amministrativa.

Ciò premesso sotto il profilo dell'individuazione dei soggetti potenzialmente responsabili, si rileva che costituisce danno ingiusto il pagamento di somme in assenza di prova della certezza, liquidità ed esigibilità dal punto di vista civilistico (e quindi della debenza) di crediti in denaro nei confronti dell'amministrazione.

L'accreditamento e la relativa individuazione della capacità produttiva della struttura non implicano né la facoltà indiscriminata dei privati di rendere prestazioni a carico del servizio sanitario regionale fino al limite della capacità operativa massima, né il diritto alla remunerazione delle prestazioni comunque rese anche oltre i tetti di spesa programmati, ai sensi dell'espressa previsione in tal senso dell'art. 8-*quater*, c. 2, del d.lgs. n. 502/1992.

Il rispetto del tetto di spesa per l'erogazione delle prestazioni sanitarie rappresenta un dovere di servizio, che deve ritenersi violato qualora si effettuino prestazioni in eccesso non previamente autorizzate e se ne ottenga il pagamento al di fuori delle ordinarie procedure amministrative o contenziose (in modo da consentire all'amministrazione di verificarne la debenza e di inserire nella propria programmazione le maggiori pretese della struttura accreditata), specie con l'utilizzo doloso di strumenti che determinano un pagamento non programmato ed estemporaneo; e tale violazione può determinare (nella concorrenza degli altri requisiti di legge) una responsabilità amministrativa.

Il diritto alla remunerazione delle prestazioni extra budget è condizionato al rispetto delle pattuizioni (in specie il tetto di spesa) stabilite in convenzione.

In caso di superamento del tetto di spesa di struttura, il diritto alla remunerazione delle prestazioni extra budget è un diritto esistente "solo in astratto", che presuppone la prova (di cui è onerato il creditore) non solo della previsione in contratto della possibilità di prestazioni extra budget e del relativo limite, ma altresì della sussistenza di risorse disponibili, che sono condizioni di esigibilità del credito; gli operatori sanitari, partecipando alla programmazione con l'adesione alla convenzione, liberamente accettano i limiti da essa derivanti (potendo scegliere di continuare ad operare nel settore come privati accreditati, anziché in convenzione con il Ssn), e si accollano anche il rischio di impresa della mancata remunerazione delle prestazioni extra budget, dovendo comunque rispettare il tetto di struttura loro fissato.

L'astratta previsione – nell'art. 8-*quinquies* del d.lgs. n. 502/1992 – della fissazione dei "criteri generali" per il meccanismo di "regressione tariffaria" non implica di per sé (a prescindere dalla convenzione e dai limiti prefissati) il diritto alla remunerazione di prestazioni extra budget, tanto è vero che la regione può anche stabilire di escludere ogni compenso per tali prestazioni;

Sotto il profilo del rapporto etiologico, si osserva che "costituisce causa immediata e diretta del danno la condotta della struttura convenzionata che ha preteso il pagamento di presunti crediti per prestazioni molto eccedenti il tetto di spesa prefissato convenzionalmente, in mancanza delle condizioni per il loro pagamento (crediti in realtà non certi, liquidi ed esigibili, anche perché riferiti a prestazioni extra budget allo stato incerte nell'*an* e nel *quantum*, in mancanza di "validazione").

Costituisce condotta antigiusurica per violazione dei doveri di servizio derivanti dal convenzionamento con il Servizio sanitario nazionale – ovvero gli obblighi generali correttezza e diligenza delle parti contrattuali (artt. 1175 e 1176 c.c.) e in particolare l'obbligo di rispettare il tetto di spesa – la condotta della struttura sanitaria che richieda remunerazioni certamente non dovute in quanto eccedenti il tetto di spesa fissato per le prestazioni, in mancanza di ogni condizione di legge (nella fattispecie, non risulta nemmeno quali e quante prestazioni extra budget siano state rese dalla struttura), e che successivamente – dopo il rifiuto di pagamento dell'azienda sanitaria – consenta un'azione esecutiva contro la presunta debitrice, cedendo i suoi presunti crediti ad una società di cartolarizzazione (che ha come fine proprio la riscossione dei crediti) cagionando il pagamento di somme eccedenti il tetto di spesa prefissato (nella fattispecie, il collegio ha precisato che la cessione rileva in quanto comportamento antidoveroso – per violazione dei tetti di spesa – e dannoso, a prescindere dall'efficacia dell'atto di cessione del credito, in quanto non è l'efficacia dell'atto ad essere stata contestata dalla procura contabile, bensì l'esistenza ed esigibilità del credito che si veniva a cedere, sia sotto il profilo delle prestazioni, sia sotto il profilo dell'importo richiesto).

Risulta connotata da dolo o comunque da colpa grave la condotta della struttura accreditata che ha preteso il pagamento di presunti crediti da "maggiori remunerazioni" nella consapevolezza della mancanza delle condizioni per il loro pagamento, in quanto esisteva un provvedimento autoritativo che riduceva le tariffe, non impugnato; provvedimento il cui annullamento, inefficace per la convenuta, comunque non determinava un diritto azionabile.

* * *