Ufficio Studi, massimario e formazione

della Giustizia amministrativa

Il diritto della sanità: problematiche attuali

Le questioni connesse ai cc.dd. 'tetti di spesa'.
La programmazione della spesa e i fabbisogni territoriali
Budget contrattuale e sforamenti

di Francesco Tallaro

Napoli, 9-10 maggio 2019

SOMMARIO: 1. La natura politica delle scelte di allocazione delle risorse – 2. Il ruolo degli operatori privati e spesa sanitaria – 3. Insegnamenti giurisprudenziali in tema di contenimento della spesa sanitaria – 4. Contenzioso in materia di autorizzaizone e accreditamento – 5. Contenzioso in materia di tetti di spesa – 6. Le prestazioni extra budget.

* * * * *

1. La natura politica delle scelte di allocazione delle risorse

In materia sanitaria, le decisioni di allocazione delle risorse economiche si pongono al crocevia tra molteplici interessi, i quali trovano tutela nella Costituzione e tuttavia possono essere, anzi spesso lo sono, confliggenti tra di loro.

È innanzitutto evidente, infatti, che l'impiego delle risorse economiche disponibili deve essere finalizzato ad assicurare ai consociati la più ampia tutela della salute, che è diritto dell'individuo e interesse della collettività (art. 32 Cost.).

Peraltro, premesso che per salute non si intende la semplice assenza di malattie, bensì uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale ([1]), l'estensione del diritto alla salute è naturalmente destinato a mutare nel tempo in ragione del progresso scientifico e tecnologico, che disvela sempre meglio il funzionamento dell'organismo umano e rende via via disponibili nuove terapie; e si evolve insieme ai costumi sociali, che evidentemente incidono sulla definizione del benessere.

Dall'altro versante, poiché non vi è il monopolio pubblico dell'esercizio delle attività sanitaria, ma al contrario il servizio sanitario nazionale è integrato anche dagli operatori privati, dai quali l'amministrazione pubblica acquista le prestazioni da erogare all'utenza, le scelte di allocazione delle risorse finanziarie vanno ad incidere sulla libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) e possono avere effetti perturbanti sul corretto espletamento della concorrenza.

[1] Nell'adottare, il 22 luglio 1946, la Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, la Conferenza Internazionale sulla Salute proclamò esattamente il seguente principio, ritenuto fondamentale per la felicità di tutti i popoli, le loro relazioni armoniose e la sicurezza: *«Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity»*.

In mezzo vi sono le esigenze di equilibrio della finanza pubblica (art. 81 Cost), che impongono il contenimento dei costi del sistema sanitario, che invece naturalmente tendono all'aumento.

In effetti, l'attuale scenario demografico, che vede un aumento dell'età media e delle aspettative di vita, il progresso scientifico e tecnologico, che rende disponibili sempre nuove cure, e il già citato allargamento della nozione di salute, che determina un incremento dei bisogni sanitari percepiti ed espressi, sono fattori che comportano una costante dilatazione della richiesta di prestazioni sanitarie.

Inoltre, il fatto che l'onere delle prestazioni sanitarie gravi in gran parte sull'Erario può determinare condotte che incidono in aumento sulla spesa sanitaria. Da un lato, infatti, l'utente, chiamato di regola a concorrere solo parzialmente alla spesa, rischia di essere indotto a un sovrautilizzo delle prestazioni sanitarie. Sul versante dell'offerta, laddove la prestazione sanitaria venga erogata da un operatore privato e il carico economico gravi sulla mano pubblica, vi è il rischio che le scelte cliniche siano orientate al fine di ottenere un aumento delle prestazioni erogate agli utenti ([2]).

Alla luce di tali considerazioni, risulta già evidente come le scelte di spesa non abbiano natura squisitamente tecnica.

Piuttosto, esse costituiscono decisioni politiche, attraverso le quali si perseguono sì obiettivi economici e finanziari, ma anche si va a incidere sul mercato delle prestazioni sanitarie e perfino si orienta il comportamento dei consociati rispetto alla propria salute.

È chiaro, infatti, come la variazione in aumento o in diminuzione dell'offerta di determinate prestazioni sanitarie determini una conseguente variazione in aumento o in diminuzione della richiesta di quelle prestazioni, cosicché, agendo opportunamente al momento dell'allocazione delle risorse, si potrà indirizzare l'utenza verso determinati obiettivi.

A titolo di esempio, la scelta di favorire l'accesso alla medicina preventiva in un determinato campo (si pensi alla mammografia) può determinare, nel medio periodo, una diminuzione delle esigenze di cura.

2. Il ruolo degli operatori privati e spesa sanitaria

All'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, con l. 23 dicembre 1978, n. 833, si ritenne di ricomprendervi anche gli operatori sanitari privati, i quali, ai

[2] Per un esame sintetico ma completo, si rinvia a V. SCARDIGLI, La domanda dei servizi sanitari: quale *management* e quale organizzazione, Guerini e Associati, Milano, 2009, Cap. 1.

sensi dell'art. 41, avrebbero operato in regime di convenzionamento con le competenti unità sanitarie locali. Ad essi l'utente si sarebbe potuto rivolgere dietro autorizzazione, che l'unità sanitaria di rifermento era tenuta a rilasciare nel caso in cui le strutture pubbliche non fossero state in grado di soddisfare il bisogno di prestazione clinica entro un tempo legislativamente predeterminato.

Con il d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, vi fu un radicale cambio di paradigma, teso da un lato a consentire ai consociati la più ampia libertà di scelta della struttura presso la quale ricevere le prestazioni mediche; dall'altro a incentivare la concorrenza tra le strutture sanitarie, pubbliche e private.

In sintesi, all'utente veniva riconosciuto il diritto a rivolgersi a qualunque struttura pubblica o privata, purché accreditata, per ricevere a carico del servizio sanitario nazionale le prestazioni mediche che gli fossero state debitamente prescritte.

Per essere inserite in questo meccanismo, le strutture sanitarie private dovevano: *a)* ottenere l'accreditamento, che era descritto come provvedimento autorizzatorio a contenuto vincolato e ad oggetto certativo ([3]), in quanto dovuto allorché la struttura possedesse quei requisiti di qualificazione e quegli *standard* qualitativi richiesti per erogare prestazioni a carico del servizio sanitario nazionale; *b)* accettare che le prestazioni venissero remunerate in base a tariffe predeterminate.

L'intento era di incentivare la concorrenza che, non essendoci alcun margine di manovra sul versante del prezzo, avrebbe dovuto tradursi in un aumento della qualità delle prestazioni.

I limiti di tale sistema furono presto evidenti. Non vi era alcuna possibilità di controllare la spesa sanitaria né si era in grado di programmare l'erogazione delle prestazioni, soggette solo alla domanda dell'utenza, eventualmente stimolata dalle stesse strutture private interessate a conseguire un aumento degli introiti ([4]). Inoltre, il complesso delle strutture pubbliche richiedeva, indipendentemente dall'utenza raccolta, considerevoli somme, non comprimibili, per il suo funzionamento ([5]).

---

[3] G. BARCELLONA, *L'evoluzione dell'assetto organizzativo per l'erogazione delle prestazioni assistenziali sanitarie; dal sistema delle convenzioni a quello dell'accreditamento*, in *Sanità pubblica*, 1998, 118-119. In giurisprudenza si parlava addirittura di diritto all'accreditamento: cfr. Corte costituzionale 28 luglio 1995, n. 416.

[4] Per una illustrazione più ampia, si veda 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 ss.

[5] 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 ss.

Di qui la quasi immediata virata verso un sistema in cui l'amministrazione detiene un controllo più saldo, quanto meno in via teorica, sulla spesa per l'acquisto di prestazioni sanitarie erogate da operatori privati.

Il controllo, però, non avviene agendo sul lato della domanda. Ad oggi, infatti, gli utenti che abbiano bisogno di una prestazione sanitaria regolarmente prescritta non sono tenuti a rivolgersi alle strutture pubbliche ([6]); la prestazione sarà a carico del sistema sanitario nazionale, che la pagherà secondo tariffe predeterminate e nei limiti che presto si diranno, anche se questi si rivolgano a strutture private accreditate che abbiano stipulato apposite convenzioni con le aziende sanitarie.

Di contro, il vigente quadro normativo determina una limitazione dell'offerta di prestazioni sanitarie (e non solo di quelle a carico del servizio sanitario nazionale) da parte degli operatori privati.

Innanzitutto, ai sensi dell'art. 8-*ter*, comma 3 d.lgs. n. 502 del 1992, la costruzione di nuove strutture sanitarie o sociosanitarie, l'adattamento di strutture già esistenti e la loro diversa utilizzazione, il loro ampliamento o trasformazione nonché il trasferimento in altra sede debbono essere autorizzate dal Comune competente per territorio. A tal fine, l'Ente non deve limitarsi a verificare la compatibilità urbanistica ed edilizia della struttura, ma deve acquisire dalla Regione la verifica di compatibilità del progetto rispetto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di meglio garantire l'accessibilità ai servizi e valorizzare le aree di insediamento prioritario di nuove strutture ([7]).

In sostanza, l'offerta di prestazioni sanitarie, pur costituendo esercizio della libertà di iniziativa economica, viene funzionalizzata al perseguimento di determinati obiettivi di programmazione sanitaria, indipendentemente dal fatto che tali prestazioni siano poste o meno a carico dell'Erario.

Ovviamente, il successivo esercizio dell'attività è subordinato ad autorizzazione ancorata al possesso dei requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi minimi richiesti per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private, come stabiliti con l'atto d'indirizzo di cui all'art. 8, comma 4 d.lgs. n. 502 del 1992.

---

[6] Si veda comunque la previsione dell'art. 8-*quinquies*, comma 2, lett. *b)*. d.lgs. n. 502 del 1992, che attribuisce alle regioni il potere di individuare prestazioni o gruppi di prestazioni per i quali stabilire la preventiva autorizzazione, da parte dell'azienda sanitaria competente, alla fruizione presso le strutture o i professionisti accreditati.

[7] Sulla necessità della verifica si sono recentemente espresse Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2019 n. 1589; Id. 4 settembre 2017, n. 4187; Id. 11 ottobre 2016, n. 4190.

Per poter ambire a rendere prestazioni a carico del servizio sanitario nazionale, poi, le strutture private hanno bisogno quindi di essere accreditate ([8]) ai sensi dell'art. 8-*quater* d.lgs. n. 502 del 1992, a seguito dell'accertamento della loro rispondenza a requisiti ulteriori di qualificazione, ma soprattutto alla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale e alla verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti.

A tale scopo, le Regioni sono tenute a definire il fabbisogno necessario per assicurare i livelli essenziali di assistenza e i livelli ulteriori stabiliti in sede locale, nonché le esigenze connesse all'assistenza integrativa.

L'accreditamento, che ha natura concessoria ([9]), rappresenta una nuova occasione di delimitazione dell'offerta sanitaria, in quanto il suo ottenimento non dipende dal solo soddisfacimento degli *standard* qualitativi ulteriori rispetto a quelli acclarati dall'autorizzazione, ma implica che le prestazioni sanitarie offerte siano strettamente funzionali all'erogazione di quei livelli di assistenza che il servizio sanitario si prefigge di assicurare, di modo che il volume delle prestazioni offerte da strutture accreditate non sia eccessivo rispetto al fabbisogno.

Inoltre, l'accreditamento non consente in via immediata di erogare prestazioni a carico del servizio sanitario nazionale; esso, piuttosto, attribuisce lo *status* di potenziale erogatore a carico delle casse pubbliche ([10]), per attualizzare il quale occorre la stipula dei contratti di cui all'art. 8-*quinques* d.lgs. n. 502 del 1992.

Essi disciplinano gli obiettivi di salute e i programmi di integrazione dei servizi, i requisiti del servizio da rendere, le informazioni che le strutture private devono fornire alle aziende sanitarie.

Soprattutto, ai fini che qui interessano, i contratti definiscono il volume massimo di prestazioni che le strutture si impegnano ad assicurare, distinto per tipologia e per modalità di assistenza, il corrispettivo preventivato a fronte delle attività concordate, risultante dall'applicazione di tariffe predeterminate

---

[8] T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sez. II, 1 marzo 2018, n. 537, ha precisato che l'accreditamento riguarda le stesse prestazioni sanitarie per le quali sussiste l'autorizzazione..

[9] Cass. Civ., Sez. Un., 14 gennaio 2015, n. 473; Cass. Civ., Sez. III, 10 gennaio 2019, n.453. La giurisprudenza della Suprema Corte ha chiarito che il passaggio dal regime di convenzionamento esterno al nuovo regime dell'accreditamento non ha modificato la natura del rapporto esistente tra la amministrazione pubblica e le strutture private, che rimane sostanzialmente concessoria, con la conseguenza che non può essere posto a carico delle Regioni alcun onere di erogazione di prestazioni sanitarie in assenza di un provvedimento amministrativo regionale che riconosca alla struttura la qualità di soggetto accreditato e al di fuori di singoli e specifici rapporti contrattuali.

[10] G. CERESETTI, cit.

alle prestazioni effettivamente erogate, la modalità con cui viene assicurato il rispetto del limite di remunerazione stabilito.

Va poi notato che il volume massimo di prestazioni, pur indicato nel contratto, viene previamente stabilito in via autoritativa e vincolante in sede di programmazione ai sensi dell'art. 32, comma 8 l. 27 dicembre 1997, n. 449 ([11]). La Regione, infatti, è tenuta a individuare annualmente (o comunque periodicamente) il volume massimo di prestazioni per le singole strutture sanitarie (pubbliche o private) o per gruppi di strutture. A tali determinazioni devono conformarsi i contratti successivamente stipulati.

È però evidente, alla luce di tale disciplina, che il margine di autonomia contrattuale ([12]) nella determinazione dei c.d. tetti di spesa è assai limitato, e si erode completamente quando la regione lo fissi autoritativamente per ogni singola struttura sanitaria.

In sintesi, il regime normativo delineato sottopone a un triplice limite (autorizzazione all'edificazione e all'esercizio/accreditamento/contratto sulla base della programmazione regionale) l'erogazione di prestazioni a carico del servizio sanitario nazionale, limite che è finalizzato, come già evidenziato, non solo ad assicurare un'elevata qualità delle prestazioni, ma anche a limitare in via generale l'offerta di prestazioni sanitarie, e più nello specifico di quelle che vanno a gravare sulle casse pubbliche.

In ognuno dei passaggi delineati si può annidare, e in affetti si annidano, ragioni di contenzioso.

3. Insegnamenti giurisprudenziali in tema di contenimento della spesa sanitaria

In via generale, la Corte costituzionale ha più volte ribadito la necessità che la spesa sanitaria sia resa compatibile con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una

[11] Stabilisce la norma che le regioni, in attuazione della programmazione sanitaria ed in coerenza con gli indici di cui all'articolo 2, comma 5, della legge 28 dicembre 1995, n. 549, e successive modificazioni, individuano preventivamente per ciascuna istituzione sanitaria pubblica e privata, ivi compresi i presidi ospedalieri di cui al comma 7, o per gruppi di istituzioni sanitarie, i limiti massimi annuali di spesa sostenibile con il Fondo sanitario e i preventivi annuali delle prestazioni, nonché gli indirizzi e le modalità per la contrattazione di cui all'articolo 1, comma 32, della legge 23 dicembre 1996, n. 662.

[12] Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2002, n. 418, ha precisato che spetta ad un atto autoritativo e vincolante 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.

programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario ([13]).

In particolare, la Corte ha osservato che non è pensabile di 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 ([14]).

Le risorse disponibili per la copertura della spesa sanitaria costituiscono quindi un limite invalicabile non solo per l'amministrazione, ma anche per gli operatori privati, il cui superamento giustifica l'adozione delle necessarie misure di riequilibrio finanziario ([15]).

Tali misure, anche se vadano a incidere sull'attività imprenditoriale degli operatori sanitari privati, e dunque indirettamente sul loro patrimonio, trovano giustificazione anche nel contesto della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo, che, come noto, assicura ai cittadini al rispetto dei beni e del patrimonio, nel senso lato inteso dalla Corte EDU ([16]). Infatti, l'art. 1 del primo protocollo addizionale giustifica l'ingerenza da parte di un'autorità pubblica nel pacifico godimento dei beni in caso di legittimo interesse pubblico, il quale può consistere anche nella necessità di ridurre la spesa pubblica in ragione della particolarità della situazione economica ([17])

Alla luce di tali coordinale, in concreto è stato ritenuto costituzionalmente legittimo l'intervento del legislatore volto alla riduzione dei contratti vigenti di acquisto di prestazioni sanitarie dai soggetti privati accreditati ([18]). In particolare, non vi sarebbe alcuna illegittima lesione dell'affidamento privato, il quale, pur essendo un elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto, non comporta che sia assolutamente interdetto al legislatore di emanare disposizioni che modifichino sfavorevolmente la disciplina dei

---

[13] Corte cost. 13 giugno 2008, n. 203, e 18 marzo 2005, n. 111.
[14] Corte cost. 23 luglio 1992, n. 356.
[15] In tale senso Cons. Stato, Ad. Plen., 12 aprile 2012, nn. 3 e 4.
[16] Cfr. Corte cost. 21 luglio 2016, n. 203.
[17] CEDU, sentenza 19 giugno 2012, Khoniakina contro Georgia, paragrafo 76; Id. sentenza 20 marzo 2012, Panfile contro Romania, paragrafi 11 e 21; Id. sentenza 6 dicembre 2011, Šulcs contro Latvia, paragrafi 25 e 29; Id. sentenza 7 giugno 2001, Leinonen contro Finlandia.
[18] Corte cost. 21 luglio 2016, n. 203.

rapporti di durata, quando la modifica sia giustificata da un legittimo interesse pubblico e sia contenuta entro limiti di proporzionalità e ragionevolezza ([19]).

Nella stessa ottica, ha superato i dubbi di compatibilità costituzionale anche l'intervento con cui il legislatore ha disposto che le strutture private accreditate, ai fini della remunerazione delle prestazioni rese per conto del servizio sanitario nazionale, fossero tenute ad applicare uno sconto pari al 2 per cento degli importi già fissati per le prestazioni specialistiche e pari al 20 per cento degli importi indicati per le prestazioni di diagnostica di laboratorio ([20]).

4. Contenzioso in materia di autorizzazione e accreditamento

Come già rilevato, l'autorizzazione alla realizzazione di strutture sanitarie e socio sanitarie, è subordinata non solo al possesso dei requisiti prescritti dalla legge, ma anche la compatibilità con gli atti di programmazione regionale. Si è evidentemente posto il problema di conformità di tale meccanismo sia con i principi costituzionali ([21]) che con quelli dettati dall'Unione europea.

Quanto al primo profilo, si è da un lato affermato ([22]) che il sistema trova una giustificazione sul piano costituzionale in ragione dei poteri conformativi che l'art. 41, comma 3 Cost. attribuisce alla legge *"perché l'attività economica pubblica e privata sia indirizzata e coordinata a fini sociali"*.

È stato però altrimenti ritenuto ([23]) che un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8-*ter*, comma 3, d.lgs. n. 502 del 1992, alla luce degli artt. 32 della Costituzione — che eleva la tutela della salute a diritto fondamentale dell'individuo — e 41 della Costituzione — teso a garantire la

---

[19] Nella fattispecie, si trattava dell'art. 15, comma 14, d.l. n. 95 del 2012, che aveva imposto una riduzione dei volumi d'affari. Secondo la corte, la misura di riduzione che i privati erano chiamati a sopportare non poteva essere ritenuta un onere individuale eccessivo, sia per i tempi con i quali è stata imposta, sia perché non incideva sulle prestazioni già rese, sia ancora perché contenuta in limiti quantitativi modesti e calibrati in considerazione delle aspettative di credito degli operatori sanitari.

[20] Corte cost. 2 aprile 2009, n. 94, ha quindi fatto salvo l'art. 1, comma 796, lettera o), l. 27 dicembre 2006 n. 296 , ponendo in evidenza la particolarità del servizio sanitario nazionale, che richiede al legislatore ordinario di bilanciare, da un lato, l'esigenza di garantire egualmente a tutti i cittadini, e salvaguardare, sull'intero territorio nazionale, il diritto fondamentale alla salute, nella misura più ampia possibile; dall'altro, quella di rendere compatibile la spesa sanitaria con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che è possibile ad essa destinare; bilanciamento, questo, che, tenuto anche conto della natura transitoria dell'intervento, costituisce il frutto di una scelta discrezionale compiuta, di regola, con la legge annuale finanziaria, e che, in considerazione della ristrettezza delle risorse finanziarie da destinare al settore, non può ritenersi viziata da intrinseca irragionevolezza per la sola circostanza di fare riferimento a dati pregressi

[21] Si è parlato di contingentamento che pone dubbi di compatibilità del sistema con l'art. 42 Cost. in R.RUSSO VALENTINI, *Commento agli artt. 8 bis, 8 ter, 8 quater, 8 quinquies, 8 sexies, 8 septies, 8 octies*, in (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000, 305 ss.

[22] T.A.R. Campania – Napoli, Sez. I, 7 novembre 2016, n. 5117.

[23] T.A.R. Abruzzo 7 giugno 2018, n. 233.

libertà di iniziativa di impresa —, impone di ritenere che il preventivo parere regionale di compatibilità vada inteso solo quale accorgimento mirato a garantire una ottimale distribuzione territoriale di strutture sanitarie e socio-sanitarie, evitando discontinuità ed asimmetrie localizzative, capaci di determinare *deficit* di capacità produttiva, penalizzando una parte della popolazione di riferimento nell'accesso ai servizi.

La diversa interpretazione, che intende l'atto di verifica regionale sul fabbisogno quale condizione per il rilascio dell'autorizzazione alle nuove strutture sanitarie, si porrebbe in contrasto con i principi del Trattato UE, in materia di concorrenza e libera prestazione dei servizi. Il parere negativo della Regione fondato sulla saturazione del fabbisogno nel territorio d'interesse del privato, può determinare, difatti, un'alterazione della concorrenza in favore degli operatori già autorizzati e operanti sul mercato di quei territori, i quali sarebbero indotti ad incrementare la loro offerta nell'intento di saturare la domanda, diminuire il fabbisogno ed impedire così l'ingresso di nuove strutture private sul mercato.

La preclusione di accesso al mercato da parte di nuovi operatori, magari più efficienti e dotati di apparecchiature di alta tecnologia e all'avanguardia, contravverrebbe, peraltro, al principio di libera scelta del presidio di cura, potendo gli utenti decidere di curarsi a proprie spese senza aggravio sull'erario pubblico, scegliendo strutture dotate di autorizzazione, che non erogano prestazioni a carico del servizio sanitario nazionale.

D'altra parte, l'incremento delle strutture sanitarie private autorizzate - che non operano in regime di accordi e quindi a carico del servizio sanitario regionale - non mina il diritto alla salute degli utenti, che è garantito dal rilascio del provvedimento autorizzatorio, il quale "certifica" e garantisce all'utente che la struttura è dotata dei requisiti minimi di capacità professionale, dotazione tecnica e organizzazione per erogare determinate tipologie di prestazioni sanitarie.

Né l'incremento delle strutture sanitarie autorizzate incide sulla politica di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica, posto che il rilascio dell'autorizzazione non abilita all'erogazione di prestazioni sanitarie a carico della finanza pubblica. La determinazione del fabbisogno al fine della razionalizzazione e del contenimento della spesa pubblica, ha infatti la sede

propria nei procedimenti di accreditamento, di fissazione dei "tetti di spesa" e di stipulazione dei contratti con i soggetti accreditati ([24]).

Diverso è l'insegnamento, anche recente ([25]), del Consiglio di Stato, secondo cui la disciplina del d.lgs. n. 502 del 1992 non contrasta con principi e regole costituzionali ed europee, in quanto lo strumento di pianificazione assolve alla funzione di garantire la corretta distribuzione, sul territorio, delle strutture sanitarie in modo che siano adeguatamente servite tutte le zone, anche quelle a bassa redditività, che in mancanza di tale strumento non sarebbero coperte.

Il sistema, per essere in equilibrio, presuppone la garanzia di una certa redditività che discende dal contingentamento delle strutture sanitarie: ove vi fosse la liberalizzazione vi sarebbe una distorsione del mercato, in quanto gli operatori economici che operano privatamente sarebbero indotti a moltiplicare gli impianti nelle zone a maggiore redditività, lasciando di conseguenza scoperte le zone meno remunerative, con pregiudizio per la popolazione ivi residente» ([26]).

Quindi, l'autorizzazione per la realizzazione delle strutture sanitarie e socio sanitarie deve necessariamente restare inserita nell'ambito della programmazione regionale, in quanto la verifica di compatibilità, effettuata

---

[24] Ancora più radicale, in passato, Cons. Stato, Sez. III, 29 gennaio 2013, n. 550, secondo la quale l'art. 8-*ter* non trova applicazione circoscritta ai soli casi di strutture accreditate, ma introduce regole generali valide in tutti i casi di offerta di prestazioni assistenziali e di cura, in un quadro pianificatorio qualitativo e quantitativo e di distribuzione territoriale dei soggetti privati operanti nel settore, in relazione alle esigenze dell'utenza di agevole accesso ai servizi diagnostici, di cura e di assistenza. Tuttavia la regola di principio ivi stabilita non può risolversi alla luce degli artt. 32 della Costituzione - che eleva la tutela della salute a diritto fondamentale dell'individuo - e 41, teso a garantire la libertà di iniziativa di impresa, in uno strumento ablatorio delle prerogative dei soggetti che intendano offrire, in regime privatistico (vale a dire senza rimborsi o sovvenzioni a carico della spesa pubblica, e con corrispettivi a carico unicamente degli utenti), mezzi e strumenti di diagnosi, di cura e di assistenza sul territorio.
Al riguardo, occorre fare richiamo alle segnalazioni in materia dell'Autorità garante delle concorrenza e del mercato, da ultimo con nota del 18 luglio 2011, volte a porre in rilievo come una politica di contenimento dell'offerta sanitaria possa tradursi in una posizione di privilegio degli operatori del settore già presenti nel mercato, che possono incrementare la loro offerta a discapito dei nuovi entranti, assorbendo la potenzialità della domanda, sottolineando, inoltre, l'irrilevanza di criteri di contenimento della spesa sanitaria, non versandosi a fronte di soggetti che operino in accreditamento. D'altra parte, le valutazioni inerenti all'indispensabile contenimento della spesa pubblica ed alla sua razionalizzazione hanno la loro sede propria nei procedimenti di accreditamento, di fissazione dei "tetti di spesa" e di stipulazione dei contratti con i soggetti accreditati; procedimenti distinti e susseguenti (sia logicamente che cronologicamente) rispetto a quello relativo al rilascio della pura e semplice autorizzazione, che è quella di cui si discute.
L'art. 8-*ter* del d.lgs. n. 502 del 1992 e successive modificazioni, pur ponendo il rilascio dell'autorizzazione di cui è controversia in *"rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di meglio garantire l'accessibilità ai servizi e valorizzare le aree di insediamento prioritario di nuove strutture"* non condiziona l'espansione del diritto del privato che vuole fornire le prestazioni sanitarie all'esistenza a monte di un apposito strumento pianificatorio che verifichi le anzidette esigenze,

[25] Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2019, n. 1589

[26] *Ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. III, 21 febbraio 2017, n. 792.

dalla Regione, ha proprio il fine di accertare l'armonico inserimento della struttura in un contesto di offerta sanitaria rispondente al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di garantire meglio l'accessibilità ai servizi e di valorizzare le aree di insediamento prioritario delle nuove strutture ([27]).

Peraltro, anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha chiarito che una programmazione che richieda una previa autorizzazione per l'installazione di nuovi prestatori di cure può rendersi indispensabile per colmare eventuali lacune nell'accesso alle cure ambulatoriali e per evitare una duplicazione nell'apertura delle strutture, in modo che sia garantita un'assistenza medica che si adatti alle necessità della popolazione, ricomprenda tutto il territorio e tenga conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate. Secondo il giudice dell'Unione europea, pertanto, è legittimo che uno Stato membro organizzi i servizi di assistenza medica in modo da dare priorità ad un sistema di prestazioni in natura affinché ogni paziente acceda facilmente, sull'intero territorio nazionale, ai servizi dei medici convenzionati ([28]).

Così, non solo un rischio di grave pregiudizio per l'equilibrio economico del sistema previdenziale può costituire, di per sé, una ragione imperativa di pubblico interesse in grado di giustificare un ostacolo alla libera prestazione dei servizi, ma, inoltre, l'obiettivo di mantenere, per ragioni di sanità pubblica, un servizio medico ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti può rientrare parimenti in una delle deroghe giustificate da motivi di sanità pubblica, se un siffatto obiettivo contribuisce al conseguimento di un livello elevato di tutela della salute ([29]).

Ovviamente, il regime di previa autorizzazione amministrativa, perché sia giustificato anche quando deroghi ad una di tali libertà fondamentali, deve essere fondato su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, che garantiscono la sua idoneità a circoscrivere sufficientemente l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali ([30]).

Il legislatore nazionale, dal canto suo, nel sottoporre anche il rilascio della mera autorizzazione sanitaria alla previa valutazione di compatibilità con la programmazione regionale, ha certamente privilegiato la tutela dei profili pubblici, ontologicamente connessi alla attività sanitaria, quali il diritto alla salute ed alla accessibilità a cure di standard qualitativo adeguato, e, quindi, ha

---

[27] Cons. Stato, Sez. III, 4 settembre 2017, n. 4187; Cons. Stato, Sez. III, 11 ottobre 2016, n. 4190.
[28] CGUE, Grande Sezione, 10 marzo 2009, in causa C-169/07, §§ 52-53.
[29] CGUE sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13.
[30] CGUE, Grande Sezione, 10 marzo 2019, in causa C-169/07, § 64.

ritenuto che il vincolo della programmazione di tale attività fosse il mezzo più idoneo, da un lato, a garantire la equa distribuzione sul territorio di varie tipologie di centri di cura e, dall'altro, ad evitare il fenomeno deteriore di un'offerta di prestazioni sanitarie con alta remunerazione, che risulti sovradimensionata rispetto al fabbisogno effettivo della collettività e, quindi, dia luogo anche a processi di eccessiva concorrenza, che potrebbero portare ad un inaccettabile caduta del livello della prestazione sanitaria o, comunque, alla utilizzazione di tecniche non virtuose di orientamento della scelta dell'assistito, parimenti non compatibili con la tutela del diritto alla salute del cittadino ([31]).

Tanto precisato sul tema generale del regime autorizzatorio, nella pratica vi è che ove l'atto di programmazione sanitaria non sia stato concluso dalla Regione, non può essere rilasciata alcuna autorizzazione ([32]). E infatti, in assenza del presupposto giuridico–fattuale costituito dalla programmazione sanitaria, non è possibile rendere il parere di compatibilità rispetto ad essa (per l'appunto assente) e, conseguentemente, per le ragioni esposte, non è possibile il rilascio dell'autorizzazione sanitaria.

Stesso principio vale per l'accreditamento: difettando il presupposto necessario della programmazione di vertice, inerente la stima del fabbisogno e l'organizzazione delle prestazioni da erogarsi in regime di accreditamento sanitario, la struttura sanitaria privata che intende ottenere l'accreditamento può soltanto pretendere l'adempimento da parte della Regione dell'obbligo di pianificare (entro limiti e presupposti che sono quelli propri di un interesse legittimo alla pianificazione di settore), può altresì dolersi del ritardo, se dimostra la non ragionevolezza del tempo che la Regione sta impiegando per mandare a regime l'accreditamento sanitario, ma non può attualmente ottenere una pronuncia di condanna della pubblica amministrazione all'adozione di un provvedimento di accreditamento, né ottenere l'annullamento del diniego fondato sulla mancata programmazione. È la stessa legge che riserva alla Regione la determinazione del fabbisogno, non potendo ovviarsi alla mancanza del provvedimento regionale con altre tipologie di atti ([33]).

In ogni caso, l'avvenuto rilascio delle autorizzazioni alla realizzazione e all'esercizio – che già presuppongono la preventiva verifica, con esito positivo, di compatibilità delle prestazioni autorizzate col fabbisogno sanitario

---

[31] *Ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. III, 10 settembre 2018, n. 5310.
[32] T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sez. II, 20 ottobre 2017, n. 1584.
[33] T.A.R. Calabria – Reggio Calabria, Sez. I, 2 luglio 2018, n. 399.

territoriale e con la programmazione regionale di settore – non comporta, di per sé, la fondatezza della pretesa a vedersi riconosciuto l'accreditamento, rimanendo, a tal ultimo fine, la struttura soggetta ad un autonomo giudizio discrezionale dell'amministrazione in ordine all'idoneità/funzionalità della stessa in relazione alla programmazione e al fabbisogno, oltreché alla rispondenza ai requisiti ulteriori di qualificazione e alla verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti ([34]).

5. Contenzioso in materia di tetti di spesa

Si è già anticipato che la determinazione dei tetti di spesa per ogni singola struttura sanitaria o per gruppi omogenei di strutture spetta a un atto autoritativo, che vincola i successivi contratti da stipulare tra le aziende sanitarie e le strutture.

Tale atto costituisce esplicazione della funzione programmatoria, volta a garantire la corretta gestione delle risorse disponibili e rappresenta, quindi, un dato inabdicabile 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 ([35]).

Nell'esercitare detta potestà programmatoria, le regioni godono di un ampio potere discrezionale, chiamato 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'assicurazione dell'efficienza delle strutture pubbliche che costituiscono un pilastro del sistema sanitario universalistico ([36]).

Data la complessità di tali valutazione, da operare di regola annualmente, fisiologico che la determinazione dei tetti di spesa sopravvengano 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 vale ad impedire agli interessati di disporre di un qualunque punto di riferimento regolatore per lo svolgimento della loro attività. È evidente, infatti che in un sistema nel quale è fisiologica la sopravvenienza dell'atto determinativo della spesa solo in epoca successiva

[34] T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sez. II, 1 marzo 2018, n. 537.
[35] Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2002, n. 418.
[36] Cons. Stato, Ad. Plen., 12 aprile 2012, nn. 3 e 4.

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 ([37]).

Tuttavia, l'amministrazione dovrà adottare una serie di accorgimenti volti alla tutela dell'affidamento.

Innanzitutto, le decurtazioni imposte al tetto dell'anno precedente, ove retroattive, debbono essere 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.

In secondo luogo, la latitudine della discrezionalità deve ritenersi ridimensionata tanto maggiore quanto maggiore sia il ritardo nella fissazione dei tetti. Occorre infatti 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.

Infine, risulta opportuna l'indicazione, all'inizio dell'esercizio, almeno 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 ([38]).

Le scelte operate in materia di tetti di spesa e ripartizione del budget sono, evidentemente, ampiamente discrezionali, trattandosi di determinazioni che tengono conto della ponderazione tra i diversi tipi di interessi e prestazioni eterogenee, come tale riservate ad una sfera di discrezionalità politico-amministrativa particolarmente ampia, in cui il vero oggetto della scelta - e conseguentemente, del sindacato in sede giudiziale - non emerge guardando al singolo interesse e al concreto effetto lesivo che la stessa comporta per il

---

[37] Cons. Stato, Ad. Plen. 2 maggio 2006, n. 8. Successivamente Cons. Stato, Ad. Plen. 12 aprile 2012, nn. 3 e 4.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 procedimentali previste dalla legge in relazione alla definizione dei fondi all'uopo utilizzabili.

[38] Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1252.

singolo operatore economico, ma solo considerando tale interesse insieme agli altri, valutando le alternative possibili e realistiche per contemperarle. Il sindacato giudiziale risulta limitato ai soli profili di evidente illogicità, di contraddittorietà, di ingiustizia manifesta, di arbitrarietà o di irragionevolezza ([39]).

Nell'esercizio di tale sindacato, strutturalmente limitato, il giudice amministrativo ha comunque la possibilità di fornire incisive coordinate interpretative all'amministrazione.

Così, si è affermato che, alla luce dell'art. 32 Cost., che eleva la tutela della salute a diritto fondamentale dell'individuo, e dell'art. 41 Cost., teso a garantire la libertà di iniziativa di impresa, e sebbene il sistema sanitario nazionale legittimamente risulti ispirato alla necessità di coniugare il diritto alla salute degli utenti con l'interesse pubblico al contenimento della spesa, esso non può prescindere dal contemplare anche la tutela della concorrenza, irrimediabilmente lesa dall'automatica preclusione alla messa a contratto di nuovi soggetti accreditati ([40]).

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. E' 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 ([41]).

Recentemente, è stato 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

---

[39] Il concetto è da ultimo ribadito da Cons. Stato, Sez. III, 22 giugno 2018, n.3859, e da Cons. Stato, Sez. III, 26 novembre 2018, n.6685.

[40] T.A.R. Lombardia – Brescia, Sez. II, 19 giugno 2012, n. 1083, condivisa sul punto da Cons. Stato, Sez. III, 16 settembre 2013, n. 4574.

[41] T.A.R. 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.

ogni Regione, di soddisfare innanzitutto le esigenze sanitarie dei propri residenti ([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 statura processuale di controinteressati.

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 al 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]).

6. Le prestazioni extra budget

Una volta che la struttura sanitaria abbia prodotto il volume di prestazioni individuato dalla programmazione regionale, si pone il problema della possibile remunerazione delle prestazioni extra budget.

L'art. 8-*quinquies* d.lgs. n. 502 del 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.

La giurisprudenza ([45]) ha 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

[42] Cons. Stato, Sez. III, 10 agosto 2018, n. 4903.
[43] Cons. Stato, Ad. Plen. 2 maggio 2006, n. 8.
[44] Cons. Stato, Sez. III, 24 dicembre 2013, n. 6226.
[45] Cons. Stato, Sez. V, 17 settembre 2010, n. 6967.

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 fruiscano 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.

È stata nondimeno ritenuta giustificata ([46]), soprattutto nelle regioni sottoposte al piano di rientro ([47]), anche la previsione 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 disposizione che prevede l'individuazione di criteri per le remunerazione di tali prestazioni, infatti, deve essere interpretata in modo coerente con le successive e sempre più rigorose disposizioni emanate per il contenimento dei costi del settore sanitario e per il conseguente doveroso rispetto delle quantità di prestazioni concordate con gli operatori e dei connessi tetti di spesa che, si ripete, hanno il fine di evitare che le strutture sanitarie interessate possano erogare prestazioni maggiori di quelle che l'amministrazione pubblica può pagare. 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.

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

[46] Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 8 gennaio 2019, n.184; in precedenza Cons. Stato, Sez. III, 10 aprile 2015, n.1832.
[47] T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III-*quater*, 2 marzo 2018, n. 2395.

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'esplicazione di poteri pubblicistici ([48]).

Ovviamente, nella varietà del contenzioso la questione della giurisdizione può ingenerare dei dubbi e incertezze.

Infatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno riaffermato ([49]) che spettano al giudice ordinario ai sensi dell'art. 133, comma 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. Ne consegue che rientra nella giurisdizione esclusiva di quest'ultimo, 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 e 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.

Tuttavia, il medesimo giudice della giurisdizione ha contraddittoriamente statuito ([50]) che appartengono 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

[48] Cfr. T.A.R. Campania - Napoli, Sez. I, 11 marzo 2015, n.1508.
[49] Cass. Civ., Sez. Un., 9 giugno 2017, n. 14428.
[50] Cass. Civ., Sez. Un., 2 novembre 2018, n. 28053.

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'; 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.

Dubbia appare inoltre la soluzione adottata dalle Sezioni Unite ([51]) nel caso 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 contrattualizzata. Tali controversie, secondo le Sezioni Unite, sono devolute alla cognizione del giudice ordinario, investendo 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.

In realtà, pare piuttosto che la sussistenza della posizione giuridica soggettiva dell'erogatore privato di prestazioni sanitarie passi necessariamente attraverso la verifica dell'esercizio del potere amministrativo, verifica che non può essere sottratta, in questi termini, alla cognizione del giudice amministrativo.

[51] Cass. Civ., Sez. Un., 3 novembre 2016, n. 22233.