

## **Rassegna monotematica della giurisprudenza della III sezione del Consiglio di Stato**

### **La tutela condizionata dei diritti fondamentali: il caso della sanità'**

**A cura di Paolo Cirillo**

La giurisprudenza, sia costituzionale (per tutte Corte cost. nn. 356/1992 e 416/1995) che amministrativa (*ex plurimis*, Ad. Plen. n. 4/2012), ha indiscutibilmente affermato negli ultimi anni il principio per cui la tutela dei diritti fondamentali e, segnatamente, di quello alla salute, tutelato dall'art. 32 Cost, non può essere incondizionata, ma va ragionevolmente modulata in relazione alle ineludibili esigenze di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica, il cui rispetto è indispensabile al fine di garantire alle amministrazioni la disponibilità delle risorse necessarie per garantire la continuità stessa dei servizi erogati all'utenza, ferma restando, comunque, la necessità di non scalfire il nucleo essenziale del diritto tutelato.

L'esigenza di garantire l'interesse pubblico al contenimento della spesa sanitaria deve, perciò, essere adeguatamente bilanciata con l'interesse degli utenti del servizio sanitario nazionale alla regolarità e continuità del servizio su tutto il territorio nazionale ed alla fruizione di prestazioni sanitarie adeguate. Nell'esercizio del proprio potere discrezionale in materia di adozione delle decisioni rilevanti per l'organizzazione del servizio sanitario, la programmazione e razionalizzazione della spesa sanitaria e l'erogazione delle prestazioni, le autorità competenti, oltre a realizzare un equo bilanciamento tra le esigenze dianzi richiamate, sono chiamate, inoltre, a tutelare anche le legittime aspettative degli operatori privati nel campo della sanità che ispirano la propria condotta ad una logica imprenditoriale ed a garantire l'efficienza delle strutture pubbliche che costituiscono un pilastro del sistema sanitario nel suo complesso.

Il complesso coacervo delle istanze appena menzionate e la particolare sensibilità e delicatezza dei profili relativi alla tutela della salute hanno determinato, negli ultimi anni, un proliferare del contenzioso in materia sanitaria che ha attraversato trasversalmente i diversi ambiti che spaziano dall'organizzazione del servizio sanitario alla programmazione ed erogazione della spesa.

Ecco, quindi, una disamina delle più importanti pronunce della Sezione in materia sanitaria, raggruppate in tre macroaree (razionalizzazione della spesa sanitaria; autorizzazione sanitaria e accreditamento; riorganizzazione delle ASL e piani di rientro dal disavanzo del settore sanitario) all'interno delle quali sono evidenziate le più importanti questioni problematiche affrontate e risolte.

## **1) RAZIONALIZZAZIONE DELLA SPESA SANITARIA:**

**Sulla competenza ad adottare le determinazioni che fissano autoritativamente un tetto di spesa sanitaria per ciascun esercizio finanziario e sull'attuazione di tali determinazioni a livello di ciascuna azienda**

La III sezione del Consiglio di Stato (*ex plurimis*, **12 giugno 2013, n. 3247**) ha statuito sul punto che spetta alle Regioni 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 si svolga nell'ambito di una pianificazione finanziaria. Nell'esercizio di detta potestà programmatica le Regioni godono di un ampio potere discrezionale, dovendo bilanciare elementi 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, l'interesse pubblico a garantire l'efficienza delle strutture pubbliche che costituiscono un pilastro del sistema sanitario nazionale.

In tale quadro, secondo quanto previsto dall'art. 8-quinquies del d. lgs. n. 502 del 1992, spetta alle diverse Aziende sanitarie locali, nei limiti delle risorse assegnate e nel rispetto dei criteri stabiliti, il compito di procedere alla determinazione dei tetti di spesa aziendali e alla sottoscrizione dei contratti con le strutture private accreditate.

Secondo tale orientamento, quindi, spetta alle Aziende sanitarie locali, nell'ambito di quanto definito dalla programmazione regionale, il compito di definire le attività da potenziare e depotenziare, nonché il volume massimo di prestazioni, distinto per tipologia e per modalità di assistenza, che le strutture presenti nell'ambito territoriale della medesima unità sanitaria locale si impegnano ad assicurare.

La ripartizione di compiti disegnata dalla normativa nazionale e da quella regionale conferisce, quindi, alla Regione la funzione programmatica e di indirizzo generale ed alle AUSL la concreta gestione del sistema sanitario sul territorio. E non si pone in contrasto con tale sistema il cumulo, in capo allo stesso soggetto, dell'esercizio di funzioni amministrative in materia di programmazione della spesa e dell'erogazione diretta di prestazioni sanitarie.

## **Sulla legittimità della fissazione dei tetti di spesa sanitaria in corso d'anno e a prestazioni già rese e sulla tutela del legittimo affidamento degli operatori del settore sanitario**

La III sezione del Consiglio di Stato, poi, collocandosi nel solco della giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria citata in precedenza ( si veda, in particolare, la già richiamata decisione n. 3/2012), ha affrontato in una serie di pronunce conformi (si vedano, in particolare le sentenze del **26 ottobre 2012 nn. 6090 e 6091** e del **9 maggio 2013, n. 2522**) il nodo problematico relativo ai i limiti entro i quali il legittimo affidamento può essere tutelato nel caso di fissazione retroattiva dei tetti di spesa sanitaria ad esercizio finanziario già iniziato.

In questi casi, secondo il Consiglio di Stato, l'operatore sanitario è tenuto a programmare la propria attività facendo affidamento sull'ultrattività dei tetti già fissati per l'anno precedente, salve le decurtazioni imposte dalle successive norme finanziarie, le quali dovranno 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.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, infatti, la fissazione di tetti di spesa da parte delle Regioni nel corso dell'esercizio finanziario e che dispieghi i propri effetti anche sulle prestazioni già erogate, non può considerarsi, *ex se*, affetta da illegittimità, in quanto, 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 operatori privati erogatori, che erogano prestazioni per il SSN, possono aver riguardo - fino a quando non risulti adottato un provvedimento - all'entità delle somme contemplate per le prestazioni dell'anno precedente, diminuite, ovviamente, della riduzione della spesa sanitaria effettuata dalle norme finanziarie dell'anno in corso.

In quest'ottica, quindi, la tutela del legittimo affidamento è garantita nella misura in cui la riduzione dell'ammontare delle prestazioni erogabili risulti corrispondente alle minori risorse derivanti dall'applicazione delle norme finanziarie relative all'anno in corso, conoscibili dalle strutture sanitarie sin dall'inizio dell'anno.

Ove, invece, i tagli effettuati alla spesa sanitaria vadano al di là dei limiti derivanti dall'applicazione delle norme finanziarie appena citate, la tutela del legittimo affidamento impone un *quid pluris* consistente nello svolgimento di una congrua istruttoria ed in una chiara motivazione delle ragioni che hanno determinato la misura del taglio alla spesa sanitaria, anche alla luce di una attenta valutazione comparativa degli interessi contrapposti.

## **Sui limiti alla remunerazione delle prestazioni sanitarie erogate *extra budget***

La giurisprudenza della III sezione (sentenze **ottobre 2012 nn. 6090 e 6091**) ha evidenziato come la mancata previsione, ad opera dell'ente regionale, dei criteri di remunerazione delle prestazioni *extra budget* non possa comportare la illegittimità della determinazione con la quale il medesimo ente ha statuito di non remunerare le prestazioni sanitarie rese in eccedenza rispetto ai tetti di spesa sanitaria autoritativamente stabiliti.

Secondo tale orientamento, infatti, la non remunerabilità di tali prestazioni deriva infatti dal vincolo superiore ed ineludibile costituito dalla necessità di osservare il tetto di spesa generale.

Tanto più ciò vale laddove vengano in questione Regioni che versano in stato di dissesto ovvero che siano state sottoposte a piani di rientro o commissariamenti. Né può inferirsi la illegittimità del provvedimento che nega il rimborso delle prestazioni eccedenti, argomentando sulla base di quanto disposto dall'art. 8 *quinquies*, lettera d), d.lgs. n. 502/1992, a mente del quale le regioni definiscono l'ambito di applicazione degli accordi contrattuali con gli operatori del settore ed individuano i soggetti interessati, con specifico riferimento criteri per la determinazione della remunerazione delle strutture ove queste abbiano erogato 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.

Secondo la giurisprudenza della III sezione, infatti, la disposizione da ultima richiamata è destinata, infatti, a cedere dinanzi ai successivi e sempre più stringenti interventi normativi volti a contenere il costo del settore sanitario, in armonia con la tendenza ad una tutela del diritto alla salute condizionata al rispetto dei vincoli di bilancio pubblico.

### **Sui limiti al potere discrezionale del Regioni in materia di programmazione della spesa sanitaria**

La III sezione (si veda, per tutte, la sentenza **13 settembre 2012, n. 4880** e, più di recente, la sentenza **15 gennaio 2014, n. 113**), collocandosi nel solco della consolidata giurisprudenza amministrativa ha ribadito il principio per cui in materia di fissazione dei tetti annuali di spesa sanitaria l'Amministrazione regionale deve valorizzare in misura precipua le esigenze di contenimento della spesa, il cui rilievo, rappresenta un dato 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 da erogarsi.

Perciò, nell'esercizio del potere discrezionale di cui dispone ai fini della programmazione dei tetti di spesa sanitaria, la regione, titolare del potere autoritativo in materia, deve realizzare un equo

bilanciamento tra interessi antagonisti, quali 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.

Ai fini di realizzare un giusto equilibrio tra le diverse esigenze l'ente programmatore è titolare di un ampio potere discrezionale. In relazione a tale potere il sindacato del g.a. non può impingere nel merito delle scelte effettuate dalla p.a. e può riguardare solo vizi che *ictu oculi* appaiano di eccesso di potere in alcune figure sintomatiche, quali l'illogicità, la contraddittorietà, l'ingiustizia manifesta, l'arbitrarietà o l'irragionevolezza della determinazione; ciò in quanto si tratta di provvedimenti assunti all'esito di complesse procedure, nel corso delle quali sono di norma acquisite, discusse e definite tutte le valutazioni connesse con il perseguimento dell'interesse pubblico.

Ebbene, applicando queste coordinate, la III sezione ha statuito che le misure di contenimento della spesa sanitaria non sono *ictu oculi* illogiche, in quanto mirano a commisurare la spesa 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.

Ed ancora la sentenza ha accertato come tali misure non abbiano violato il principio di parificazione e di concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private, che gli atti di programmazione devono in ogni caso conciliare con lo scopo di assicurare la razionalizzazione del sistema sanitario nell'interesse del contenimento della spesa pubblica.

Infatti, non essendo contestata l'istruttoria svolta dalla Regione e diretta ad analizzare l'entità dei costi sostenuti in ambito privato, nessun riguardo preferenziale è stato riconosciuto alle strutture pubbliche, mirando le misure delineate semplicemente ad un parziale riequilibrio dell'offerta, accompagnato, peraltro, da interventi di contenimento della domanda.

In una situazione, quindi, di verosimile eccesso di capacità produttiva, infatti, esigenze insopprimibili di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica hanno giustificato congruamente l'obiettivo della predeterminazione al ribasso, mediante l'utilizzo della leva dei tetti massimi di spesa, delle prestazioni sanitarie da acquistare dalle singole strutture private, a fronte della quale, come già affermato da Cons St., n. 518/2012, cit., "il rilievo attribuito alle prestazioni svolte in ambito pubblico non risulta affatto sovradimensionato, ma si inserisce in una logica opzione di contenimento della spesa sanitaria, adeguatamente spiegata dall'amministrazione e sorretta da un corretto percorso istruttorio", trattandosi peraltro "di determinazioni che non vulnerano i contenuti essenziali del principio della libera scelta dell'assistito tra strutture pubbliche

e private, poiché esso deve ragionevolmente contemperarsi con le disponibilità finanziarie”, in un’ottica, insomma, di integrazione sì, ma non di completa assimilazione tra strutture pubbliche e private.

### **Sul regime giuridico applicabile alle strutture sanitarie equiparate a quelle pubbliche**

La III sezione si è più volte soffermata ad esaminare la natura giuridica delle strutture sanitarie equiparate a quelle pubbliche allo scopo di delineare il regime giuridico ad esse applicabile, nell’ottica di garantire la razionalizzazione della spesa sanitaria ed evitare, altresì, possibili disparità di trattamento a danno degli operatori del settore.

In particolare, al fine di valutare se ed in che limiti potessero essere remunerate le prestazioni erogate da tali strutture al di là dei tetti di spesa autoritativamente determinati, la III sezione (si veda, in proposito, la sentenza dell’ **8 febbraio 2013, n. 735**) ha ripercorso analiticamente la disciplina relativa alle strutture sanitarie equiparate a quelle pubbliche, statuendo che solo a partire dall’entrata in vigore del d.l. 112 del 2008 i tetti di spesa sanitaria fissati in sede di programmazione da parte delle Regioni possono dirsi invalicabili.

Infatti, fino alla citata novella, gli ospedali privati classificati beneficiavano di un trattamento peculiare ed analogo a quello delle strutture pubbliche.

Tale situazione ha avuto origine con l’entrata in vigore della legge 132 del 1968 che ha sancito l’equiparazione degli ospedali “classificati” gestiti dagli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti alle strutture ospedaliere pubbliche.

Per effetto di tale innovazione è sorto in capo agli ospedali equiparati il diritto alla parità di trattamento rispetto agli omologhi enti pubblicistici in materia di determinazione ed efficacia dei tetti di spesa, con conseguente diritto all’integrale rimborso di tutte le prestazioni erogate a favore degli utenti del SSR, ancorché esuberanti i tetti preventivamente assegnati.

A tale disciplina, l’articolo 129 del d.P.R. 130/1969 (sullo stato giuridico del personale degli enti ospedalieri), aggiungeva, per gli ospedali classificati la possibilità di ottenere, previa valutazione di equipollenza dei rispettivi ordinamenti del personale a quanto disposto dalla nuova normativa, *«l’equiparazione dei servizi e dei titoli acquisiti dal proprio personale ai servizi e ai titoli acquisiti dal personale in servizio presso ospedali di uguale classifica, amministrati da enti ospedalieri»*.

La stipula di convenzioni tra ospedali classificati gestiti da enti ecclesiastici e le Regioni è stata poi prevista dall’articolo 18 del d.l. 264/1974, convertito in legge 386/1974 (laddove, per le case di cura private, ciò era consentito *«qualora ... necessario per esigenze del servizio ospedaliero»*).

La posizione degli ospedali classificati non risulta essere stata modificata in modo espresso e diretto dalle disposizioni successive.

Ed ancora, secondo l'articolo 41, comma 1, della legge 833/1978, *«nulla è innovato alle disposizioni vigenti per quanto concerne il regime giuridico-amministrativo degli istituti ed enti ecclesiastici che esercitano l'attività ospedaliera»*, i cui rapporti con le unità sanitarie locali erano regolati da apposite convenzioni, dalle quali derivava per gli enti privati la possibilità di erogare prestazioni a carico del servizio sanitario pubblico (e delle quali pertanto le regioni dovevano tener conto nell'assicurare la dotazione finanziaria alle unità sanitarie locali). Lo schema tipo di convenzione, approvato con il d.P.C.M. 18 luglio 1985, prevedeva l'assimilazione al sistema pubblico relativamente al regime delle ammissioni e dimissioni dei pazienti, agli obblighi in caso di interruzione per qualsiasi causa dei servizi essenziali, alla disciplina degli organici e della struttura operativa.

Anche secondo l'articolo 4, comma 12, del d.lgs. 502/1992, *«nulla è innovato alla vigente disciplina per quanto concerne ... gli istituti ed enti che esercitano l'assistenza ospedaliera di cui agli artt. 40, 41 e 43, comma 2 [della legge 833/1978] ...»*.

A ciò va aggiunto, con riferimento al sistema di remunerazione delle prestazioni introdotto, in attuazione dell'articolo 8 del d.lgs. 502/1992, con il D.M. 15 aprile 1994, che l'equiparazione degli ospedali privati classificati comportava il riconoscimento, per le prestazioni da essi erogate, delle medesime tariffe applicate alle aziende ospedaliere pubbliche.

Tale posizione è stata peraltro condivisa dalla giurisprudenza amministrativa prevalente, secondo la quale gli ospedali privati classificati hanno l'obbligo di rendere le prestazioni richieste dagli assistiti, nei limiti consentiti dalla loro capacità operativa determinata dall'assetto strutturale ed organizzativo.

In particolare, si è consolidato l'orientamento secondo il quale ai fini dell'operatività del meccanismo dei cd. tetti di spesa, da un lato stanno le strutture pubbliche e quelle ad esse equiparate, dall'altro quelle private accreditate.

Solo per le seconde, invero, ha senso parlare di imposizione di un limite alle prestazioni erogabili; mentre per le strutture che risultano consustanziali al sistema sanitario nazionale non era neppure teorizzabile l'interruzione delle prestazioni agli assistiti al raggiungimento di un ipotetico limite eteronomamente fissato; infatti, secondo tale orientamento, la struttura ospedaliera non poteva sottrarsi al dovere, non negoziabile, di erogare il servizio pubblico a tutti gli utenti, dovendo, dunque, ricondursi il tetto delle prestazioni erogabili al limite strutturale dell'ospedale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2008, n. 1858; 28 maggio 2009, n. 3263; 16 marzo 2010, n. 1514, tutte relative a controversie concernenti tetti di spesa antecedenti al 2009).

Successivamente, per effetto della novella apportata al d.lgs. 502/1992 ad opera del d.lgs. 229/1999, è stata prevista la stipulazione accordi contrattuali tra le Regioni con tutte le strutture sanitarie di cui esse si avvalgono quale condizione necessaria per l'erogazione di prestazioni per conto del Servizio sanitario nazionale.

Detti accordi erano volti ad individuare dei limiti di operatività delle strutture (un determinato volume per ogni tipologia di prestazioni, ed il relativo budget); ma, tuttavia, detto limite non era invalicabile, posto che il corrispettivo indicato negli accordi contrattuali costituiva una sorta di "preventivo", soggetto a verifica concreta in sede di consuntivo, in base ai risultati raggiunti ed alla attività effettivamente svolta (che poteva risultare superiore a quella massima individuata dagli accordi).

Vi era dunque, prima del decreto legge 112/2008, la possibilità che le prestazioni rese oltre i volumi predeterminati in sede di programmazione nazionale e regionale nonché negli accordi contrattuali potessero essere, in qualche misura, remunerate; anche se, sotto tale profilo, la posizione degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti e classificati non risultava formalmente privilegiata rispetto a quella degli altri enti erogatori privati.

E' solo con la riforma attuata dal decreto legge/2008, che la diversità di trattamento tra le strutture pubbliche e le strutture private diviene incompatibile con gli effetti che si facevano discendere dall'equiparazione.

Nell'articolo 8-quinquies del d.lgs. 502/92, vengono introdotti i commi 2-quater e 2-quinquies, per effetto dei quali viene meno la disposizione che consentiva di rivedere l'importo del corrispettivo preventivato in funzione del volume delle attività erogate e dei risultati raggiunti. Conseguentemente, il corrispettivo preventivato in sede di programmazione regionale e negli accordi contrattuali diventa, di fatto, un tetto di spesa invalicabile.

Dette nuove disposizioni riguardano tutti gli enti erogatori, ad eccezione delle aziende ospedaliere e dei presidi delle unità sanitarie locali (viceversa, chiamate a stipulare accordi contrattuali alla luce di tutti i contenuti indicati dall'articolo 8-quinquies, comma 2, compresa la lettera d), che consente la rideterminazione, a consuntivo, del corrispettivo preventivato); quindi, anche gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti.

Di conseguenza, il Consiglio di Stato ha riconosciuto all'ente ricorrente il diritto alla corresponsione delle prestazioni sanitarie extra tetto, limitatamente alla fase antecedente l'entrata in vigore della novella del 2008.

Altro nodo problematico di particolare rilevanza per garantire un giusto temperamento tra la tutela dell'erario e la garanzia del diritto alla salute è quello relativo possibilità di configurare a



carico della sanità pubblica un obbligo di intervento in materia di ripiano del disavanzo delle strutture sanitarie equiparate a quelle pubbliche.

Sul punto la III sezione (con sentenza **6 febbraio 2013, n. 697**), dopo aver operato una ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale sugli effetti dell'equiparazione, ha precisato che, se è vero che l'equiparazione mantiene tuttora una valenza ai fini dell'inserimento degli ospedali degli enti ecclesiastici (e delle strutture equiparate) nell'ambito della programmazione sanitaria regionale - definito da provvedimenti di assegnazione di risorse per gli investimenti, di determinazione dei tetti per le prestazioni e delle tariffe di remunerazione, rispetto ai quali l'operatore può tutelarsi mediante azioni impugnatrici, oltre che nel riconoscimento delle medesime tariffe - ciò non può implicare anche l'esistenza di un diritto ripianamento dei disavanzi come tali.

Alla luce del quadro normativo vigente, infatti, non è configurabile a carico della sanità pubblica un siffatto obbligo neppure nei confronti delle aziende ospedaliere pubbliche, posto che nei confronti di queste ultime la decisione della Regione di procedere al ripiano delle perdite non si atteggia come riconoscimento di maggiori oneri rispetto a quelli programmati, bensì come ristoro del capitale netto, a seguito di perdite d'esercizio (rifiinanziamento del capitale sociale).

Tali conclusioni, peraltro, sono ulteriormente avvalorate dalla considerazione che l'imposizione di vincoli finanziari alla spesa pubblica nel settore sanitario non solo è conforme alla Carta costituzionale ma, anzi, rappresenta la premessa indispensabile per la stessa sopravvivenza di un servizio sanitario in grado di assicurare a tutti i livelli essenziali delle prestazioni assistenziali.

In quest'ottica, quindi, il Collegio ha ritenuto l'impossibilità di configurare in capo all'ente titolare di una struttura sanitaria equiparata una pretesa al ripiano del disavanzo da parte della Regione.

Ciò in quanto la decisione di ripianare, in tutto o in parte i disavanzi nei confronti di soggetti diversi da quelli pubblici, costituisce oggetto di una scelta della Regione che ha un'evidente valenza politico-amministrativa poiché incide direttamente sulle possibili destinazioni alternative delle insufficienti risorse disponibili e si riverbera sull'assetto complessivo del sistema sanitario.

### **Sulla natura giuridica degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, ai fini dell'assoggettamento alle determinazioni autoritative dei tetti di spesa sanitaria da parte delle Regioni**

La III sezione, con sentenza in data **17 settembre 2012, n. 4934**, ha rilevato come, in base ad una valutazione sinergica della normativa e della giurisprudenza amministrativa relativa alla natura giuridica degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, non vi siano significativi indici rivelatori in base ai quali possa riconoscersi loro la natura di persona giuridica pubblica.

Siffatta natura non può, invero, ricondursi agli scopi perseguiti nel settore della ricerca ed in quello dell'assistenza, che l'ordinamento non riserva in via esclusiva allo Stato e/o ad altri enti di diritto pubblico.

Difetta inoltre ogni ingerenza della Regione per ciò che riguarda il controllo contabile e finanziario dell'Istituto ed l'approvazione dei bilanci, peculiare invece alle Aziende sanitarie pubbliche.

Non esistono poteri esterni di nomina dei vertici dell'Istituto e del *management*.

La gestione del personale è libera da regole pubblicistiche e di accesso concorsuale, *oltreché* dai limiti del *turn over*. L'approvvigionamento dei mezzi e delle risorse non soggiace alle regole dell'evidenza pubblica.

Pertanto, secondo la Sezione, la posizione dell'I.R.C.C.S. è omologa a quella degli altri soggetti privati che operano nel servizio sanitario regionale in regime di accreditamento, con ogni effetto in ordine alle prestazioni erogabili, che ricevono limite quantitativo e di spesa negli atti di programmazione e di autorizzazione della Regione.

### **Sulla legittimità del provvedimento che nega la rimborsabilità di taluni farmaci per esigenze di razionalizzazione della spesa farmaceutica**

Sul punto la III sezione (si veda, in particolare, la sentenza del **15 gennaio 2013, n. 197**) ha rilevato che l'art. 6, del d.l. n. 347 del 2001, convertito nella legge n. 405 del 2001, prevede che la regione "con provvedimento amministrativo ... tenuto conto dell'andamento delle propria spesa farmaceutica rispetto al tetto di spesa programmato" può stabilire la totale o parziale esclusione della rimborsabilità dei farmaci "in relazione al loro ruolo non essenziale, alla presenza fra i medicinali concedibili di prodotti aventi attività terapeutica sovrapponibile secondo il criterio delle categorie terapeutiche omogenee".

Sussiste, quindi, in capo alla regione una sfera di competenza, esercitabile a mezzo di provvedimento amministrativo, in punto di esclusione della rimborsabilità del farmaco essenziale, ma terapeuticamente equipollente ad altro più economico, che consente di adeguare il regime vigente di rimborsabilità alla particolare condizione finanziaria di ciascuna regione.

Viene, quindi, sancita la legittimità delle misure sui limiti di spesa nel rimborso dei farmaci per uso terapeutico adottate dalla Regione, alla quale, nell'ambito della razionalizzazione, contenimento e governo del disavanzo nel settore sanitario, spetta un'autonoma sfera di discrezionalità in punto di esclusione della rimborsabilità del farmaco essenziale, ma terapeuticamente equipollente ad altro più economico, che consente di adeguare il regime vigente di rimborsabilità alla particolare condizione finanziaria di ciascuna regione.

Tale potere, peraltro, è pienamente coerente con il quadro costituzionale in materia, come delineato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 271/2008.

Pertanto, in considerazione del dato normativo vigente e della costante interpretazione giurisprudenziale, le misure regionali di contenimento della spesa farmaceutica non solo non debordano dai limiti della sfera di attribuzione regionale, ma non introducono nemmeno, in ambito territoriale, un abbattimento dei livelli essenziali di assistenza, da assicurarsi in modo uniforme su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, comma 2, della Costituzione.

### **Sull'applicazione degli sconti tariffari ex art. 1, comma 796, lett. o), legge n.296 del 2006**

La III sezione (con le **sentenze 26 ottobre 2012, nn. 6090 e 6091**) ha precisato che l'obbligo di praticare lo sconto percentuale sulle prestazioni specialistiche e di diagnostica previsto dall'art.1, comma 796, lettera o), della legge n. 296/2006 a carico delle strutture private accreditate non può venir meno per effetto dell'annullamento giurisdizionale del Decreto Ministeriale reso in data 12.09.2006, con il quale si indicavano i criteri di calcolo degli sconti.

Invero, da un lato, non sussistendo una riserva esclusiva di amministrazione intestata alla PA, è ben possibile che il legislatore emani una legge-provvedimento per disciplinare una determinata materia, purché ciò avvenga nei limiti della ragionevolezza e non arbitrarietà; dall'altro, la legge in questione ha efficacia non retroattiva, non incide su situazioni già consolidate per effetto di previ giudicati e non interferisce in alcun modo con funzioni giurisdizionali in corso. Da ciò consegue che, pur essendo venuta la base di calcolo della percentuale di sconto, originariamente prevista dal D.M. del 22.07.1996 (cd. decreto-Bindi) e poi reiterata dal D.M. del 12 settembre 2006 (decreto-Turco), l'applicazione degli sconti tariffari resta comunque doverosa, essendo stata recepita normativamente dalla legge in precedenza richiamata e derivando, quindi, la propria obbligatorietà direttamente dalla forza precettiva della citata fonte primaria.

### **Sul diniego di cure all'estero**

Con le **sentenze nn. 19, 1282 e 1320 del 2014** la III sezione si è occupata della delicata questione del diniego di cure all'estero.

Sul punto, dopo aver chiarito che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie in materie di diniego dell'autorizzazione a fruire di cure all'estero, ha rilevato che è ormai consolidato, anche a livello costituzionale, il principio che il diritto alla salute, tutelato

dall'articolo 32 Cost., deve temperarsi con le pressanti e insopprimibili esigenze di carattere economico-finanziario e di bilancio delle Regioni e delle AA.SS.LL., quindi del contenimento e della razionalizzazione delle spese, a tutela anche dell'erario e della collettività stessa nonché della parità di trattamento dei cittadini-utenti.

In tale contesto, fermo restando il principio di libertà dell'utente nella scelta della struttura sanitaria di fiducia, è indubitabile che le AA.SS.LL. non possano non individuare e privilegiare centri regionali che offrano quantomeno gli stessi livelli, qualitativi e quantitativi, di assistenza sanitaria, evitando altresì il ricorso a un "turismo" sanitario, non consentito sul piano generale.

Ne consegue che l'A.S.L. è tenuta doverosamente, pur nel rispetto e nell'apprezzamento di tali situazioni connotate da peculiari caratteristiche non solo mediche ma anche psicologiche, a individuare primariamente nella Regione e nell'ambito di appartenenza strutture che forniscono le massime garanzie di effettuare l'intervento richiesto alla pari di quelle, altrettanto idonee, collocate extraregione o all'estero.

## **2) AUTORIZZAZIONE E ACCREDITAMENTO:**

### **Sui presupposti per il rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione di strutture per l'esercizio di attività sanitarie e socio sanitarie**

Sul punto la giurisprudenza della III sezione (in particolare, si veda la sentenza **29 gennaio 2013, n. 550**) si è focalizzata sull'esigenza di verificare che l'autorità amministrativa abbia realizzato nell'ambito del procedimento autorizzatorio un corretto bilanciamento tra la tutela del diritto alla salute, la libertà di iniziativa privata e la tutela dell'erario.

In quest'ottica, l'orientamento in esame ha rilevato che l'art. 8 *ter* del d.lgs. n. 502 del 1992, nel testo introdotto dal d.lgs. n. 229 del 1999, dispone che la realizzazione di strutture per l'esercizio di attività sanitarie e socio sanitarie resta condizionata alla verifica di compatibilità da parte della Regione. Tale verifica è effettuata in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di meglio garantire l'accessibilità dell'utenza ai servizi e di valorizzare le aree di insediamento prioritario delle nuove strutture.

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 ablativo 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.

Secondo la III sezione, quindi, le politiche di contenimento della spesa sanitaria non possono risolversi in una posizione di privilegio per gli operatori del settore già presenti sul mercato, che possono incrementare la loro offerta a discapito dei nuovi entranti, a maggior ragione quando questi intendano operare non in regime di accreditamento e, quindi, senza gravare sull'erario.

Ne deriva, quindi, che per effetto dell'acquisita autorizzazione, l'interessato non vanta, comunque, alcun titolo o aspettativa a partecipare alla ripartizione del budget del servizio sanitario pubblico, restando, quindi, impregiudicata la discrezionalità amministrativa inerente alla programmazione della spesa pubblica sanitaria, incluse le valutazioni riferite al fabbisogno del territorio.

### **Sul rapporto di accreditamento e sui connessi profili in punto di giurisdizione**

La giurisprudenza della III sezione (per tutte, **18 aprile 2012, n. 2269**) ha riconosciuto la natura sostanzialmente concessoria del rapporto tra amministrazione e strutture private in regime di accreditamento, con conseguente riconduzione delle relative controversie nell'alveo della giurisdizione amministrativa. Tale assunto risulta ulteriormente corroborato a seguito del passaggio dal regime convenzionale a quello basato sull'accreditamento istituzionale, che ha rafforzato la natura sostanzialmente concessoria del rapporto tra l'amministrazione e le strutture private, che si svolge entro la cornice rappresentata dal potere di programmazione delle Regioni, nonché di vigilanza e di controllo delle stesse sull'espletamento delle attività oggetto di concessione.

Secondo la Sezione, in particolare, le vicende degli ultimi anni hanno accentuato i profili autoritativi del nuovo modello, come dimostrato dalla circostanza che la remunerabilità delle prestazioni a carico del S.S.N. è condizionata in misura crescente dalla determinazione autoritativa di tetti massimi di spesa da parte dell'amministrazione sanitaria, prassi, quest'ultima, ritenuta, da ultimo, legittima dall'Adunanza Plenaria (**si veda Ad. Plen 3/12, cit.**) anche se intervenuta a

distanza di un lasso di tempo notevole dall'entrata in vigore della normativa finanziaria di riferimento.

La III sezione ha chiarito anche il rapporto sussistente tra il possesso dell'autorizzazione sanitaria ed il successivo accreditamento, evidenziando l'assenza di ogni automatismo tra la prima ed il secondo (in questo senso la sentenza **10 dicembre 2013, n. 5900**). Secondo tale orientamento, infatti, se l'accreditamento non può essere esteso a prestazioni non in convenzione, a maggior ragione deve essere escluso che l'autorizzazione all'esercizio dell'attività sanitaria di una struttura privata ne comporti l'automatico accreditamento, in quanto questo presuppone l'effettuazione preventiva delle verifiche da parte della Regione. Non è possibile neppure configurare una sorta di autorizzazione "implicita" all'esercizio delle prestazioni non ricomprese nel titolo autorizzatorio.

L'ambito oggettivo dell'accreditamento provvisorio e delle prestazioni erogabili deve essere inteso in senso rigido e statico, con la conseguenza, da un lato, che non è possibile estendere automaticamente alla convenzione quelle prestazioni introdotte successivamente nel nomenclatore e tariffario regionale e, dall'altro, che per includere nell'accreditamento nuove prestazioni è necessaria la valutazione della Regione del fabbisogno assistenziale, del volume dell'attività erogabile, della programmazione di settore, del possesso dei requisiti, degli oneri finanziari sostenibili e del conseguimento del relativo titolo. Ai fini dell'accreditamento istituzionale è, pertanto, necessario sia che la struttura sanitaria risponda a determinati requisiti, sia che sia funzionale rispetto agli indirizzi regionali.

Le caratteristiche essenziali della fase dell'autorizzazione e dell'accreditamento sono state anche precisate dalla Corte Costituzionale nella sentenza del 19 dicembre 2012, n. 292.

### **Sulla natura giuridica dell'accreditamento provvisorio; sui limiti alle prestazioni erogabili nell'ambito di tale regime; sui contratti per l'erogazione di prestazioni in regime di accreditamento**

La giurisprudenza della III sezione (si veda, in particolare, **15 gennaio 2013, n. 192**) ha delineato la fisionomia dell'accreditamento provvisorio, determinando, nell'ottica della razionalizzazione della spesa sanitaria, i limiti delle prestazioni rimborsabili agli operatori che versano in tale situazione.

In particolare, la sezione ha rilevato che il regime dell'accreditamento provvisorio è finalizzato alla prosecuzione dei rapporti fra il servizio sanitario ed i soggetti già convenzionati ai sensi della legge n. 833 del 1978 fino alla concessione dell'accreditamento istituzionale definitivo ed alla stipula dei relativi accordi contrattuali, mediante il riconoscimento al titolo originario (e cioè alla originaria convenzione) di valenza costitutiva e fonte genetica del nuovo rapporto di accreditamento.

L'accreditamento provvisorio assolve, quindi, una funzione strettamente conservativa delle attività precedentemente svolta da cui deriva, l'assenza di ogni automatismo nell'estensione delle prestazioni erogabili a tutte quelle progressivamente introdotte nel nomenclatore e nel tariffario regionale, a prescindere da qualsiasi controllo regionale.

Infatti, posto il carattere meramente ricognitivo dell'accreditamento provvisorio, ai fini dell'ampliamento della capacità operativa dei soggetti accreditati, è necessaria una determinazione provvedimento favorevole della Regione in relazione alla programmazione dei servizi ed alle risorse finanziarie disponibili.

Osserva, infatti, la sezione che il concorso del soggetto accreditato con le strutture pubbliche nell'erogazione delle prestazioni di assistenza sanitaria non avviene in un contesto di assoluta libertà di iniziativa e di concorrenzialità ma - nella misura in cui comporta una ricaduta sulle risorse pubbliche - soggiace alla potestà di verifica sia tecnica che finanziaria della Regione ed a criteri di sostenibilità, nei limiti di spesa annuali.

In tale regime il rinvio contenuto nell'art. 6, comma 6, della legge 23 dicembre 1994 n. 724 "ai limiti ed alle condizioni previste nelle convenzioni preesistenti", al fine della definizione dell'ambito oggettivo dell'accreditamento provvisorio e delle prestazioni erogabili, va inteso nel senso letterale, come richiamo rigido e statico ai contenuti del titolo originario, con la conseguente esclusione dell'estensione automatica delle prestazioni erogabili previste nella convenzione originaria a tutte quelle successivamente introdotte nel nomenclatore e nel tariffario regionale, indipendentemente dal filtro del controllo della Regione.

Ogni accreditamento ulteriore deve essere, quindi, preceduto dalla valutazione da parte della Regione degli elementi relativi al fabbisogno assistenziale, al volume dell'attività erogabile, alla programmazione di settore, al possesso dei requisiti da parte delle strutture private ed agli oneri finanziari sostenibili.

Successivamente la III sezione, (con sentenza **16 settembre 2013, n. 4574**), nel valutare la legittimità del diniego alla stipulazione per l'anno 2012 di un contratto per l'erogazione di prestazioni specialistiche in regime di accreditamento, ha precisato che, pur non essendovi un automatismo tra l'accreditamento e la stipulazione del contratto con l'azienda sanitaria, ragioni di tutela della concorrenza impongono di non bloccare in maniera automatica ed indiscriminata l'accesso al mercato delle prestazioni specialistiche a carico del SSN ad operatori privati in possesso dei requisiti necessari accampano quale unica ragione la saturazione dell'offerta e le esigenze di contenimento della spesa sanitaria.

Sebbene il sistema sanitario nazionale risulti legittimamente 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 stipulazione di contratti con nuovi soggetti privati accreditati. Infatti, come rilevato anche dall'Antitrust, una politica di contenimento dell'offerta sanitaria non può tradursi in una posizione di ingiustificato privilegio a favore degli operatori già presenti sul mercato.

Ne consegue che, ferma l'autonomia delle Regioni, nella determinazione dei criteri per l'accesso degli operatori privati alle prestazioni sanitarie in regime di accreditamento, questi ultimi devono consentire l'inserimento (anche graduale) nel mercato di nuovi operatori in possesso di tutti i requisiti richiesti per erogare prestazioni sanitarie in favore del servizio pubblico.

### **Sui criteri cui le Regioni devono attenersi ai fini dell'adeguamento delle tariffe dei compensi spettanti ai soggetti accreditati**

La giurisprudenza della III sezione (si veda in particolare la sentenza del **5 febbraio 2013, n. 677**) ha precisato i contorni dell'obbligo, gravante su ciascuna Regione, di adeguare con periodicità almeno triennale le tariffe relative ai compensi da corrispondere per le prestazioni sanitarie rese dai soggetti accreditati.

In particolare, la sezione ha precisato che, affinché tale obbligo possa dirsi effettivamente assolto, le Regioni sono tenute a compiere una effettiva attività istruttoria, volta a garantire una congrua remunerazione del servizio e non possono limitarsi semplicemente a confermare la vigenza delle tariffe precedentemente applicate senza che tale decisione sia preceduta dall'opportuna attività informativa e valutativa.

All'esito delle doverose indagini le nuove tariffe non devono necessariamente essere più elevate delle precedenti; potrebbero anche essere uguali o addirittura inferiori, se sarà questo il risultato delle analisi dei costi.

Ma non è accettabile, secondo il Collegio, la decisione aprioristica ed immotivata di mantenere le tariffe inalterate oltre la naturale scadenza triennale.

### **Sulla rilevanza degli accordi ai sensi sottoscritti ai sensi dell'art. 8 *quinquies* del d.lgs. n. 502 del 1992 quale presupposto per il pagamento delle prestazioni erogate da strutture private accreditate e sui limiti da osservare in assenza di tali accordi**



Sul punto la III sezione (si veda in proposito la sentenza in data **11 aprile 2012, n. 2077**), collocandosi nell'alveo della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa prevalente e richiamata in premessa, ha preliminarmente ribadito che è legittima la fissazione di tetti massimi di spesa sanitaria, date le insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica e tenuto conto che il diritto alla salute, costituzionalmente garantito, non può essere tutelato incondizionatamente.

Per quanto concerne la specifica materia del contendere, la sentenza ha puntualizzato che, anche se nel sistema di accreditamento delle strutture sanitarie private, il pagamento delle prestazioni effettuate presuppone sempre la sottoscrizione degli accordi in precedenza richiamati, va considerato che, secondo consolidata giurisprudenza, in assenza di questi, è ragionevole fare riferimento, quale parametro residuale sostitutivo, all'entità delle somme contemplate per le prestazioni dell'anno precedente (Cons. St., ad. plen., n. 8 del 2006).

Tra l'altro la III sezione ha sottolineato che, a differenza delle strutture sanitarie pubbliche, quelle private accreditate non hanno neppure l'obbligo di erogare prestazioni oltre il tetto massimo rimborsabile, attesa l'importanza dell'obiettivo della riduzione della spesa sanitaria richiamata più volte dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato.

### **3) RIORGANIZZAZIONE DELLE ASL E PIANI DI RIENTRO DAL DISAVANZO DEL SETTORE SANITARIO:**

#### **Sulla natura giuridica e gli effetti dell'accorpamento di più Aziende sanitarie locali**

La III sezione ha affrontato il nodo problematico relativo alle conseguenze derivanti da quei fenomeni di accorpamento di più Aziende sanitarie locali determinati da esigenze di razionalizzazione e contenimento della spesa sanitaria.

In particolare, con la sentenza **12 settembre 2013, n. 4518** ha stabilito il principio per cui nel caso in cui aziende sanitarie preesistenti siano accorpate per legge in altre aziende sanitarie che subentrano nelle funzioni e nei rapporti attivi e passivi relativi alle Aziende preesistenti, in ragione dell'ambito provinciale di riferimento, non si verifica un trasferimento di funzioni o la mera soppressione di un ente pubblico, bensì un fenomeno simile alla fusione per incorporazione tra società di diritto privato. Tale fenomeno, alla stregua di quanto dispone il novellato articolo 2504-bis, comma 1, del codice civile, non determina l'interruzione della vicenda processuale di cui la società sia parte. Ciò in quanto si tratta di un evento dal quale consegue non già l'estinzione della

società incorporata, bensì l'integrazione reciproca delle società partecipanti all'operazione, ossia di una vicenda meramente evolutiva del medesimo soggetto, che conserva la propria identità, pur in nuovo assetto organizzativo.

### **Sui piani di rientro dai disavanzi del settore sanitario e sulla figura del Commissario *ad acta***

Uno dei profili di maggiore interesse ai fini della presente ricerca riguarda la giurisprudenza della III sezione in materia di piani di rientro dal disavanzo sanitario nelle Regioni soggette a commissariamento *ad acta*.

La sezione ha avuto modo di affrontare sul punto sia il nodo problematico relativo alla natura giuridica dei piani di rientro (si veda in proposito la sentenza in data **11 dicembre 2012, n. 6327**), sia quello relativo alla figura del commissario e al suo rapporto con la Regione, nel caso in cui tale figura sia ricoperta dal Presidente della Giunta regionale (si veda su quest'aspetto **10 gennaio 2014, n. 61**).

Con riferimento al primo aspetto ha chiarito che i piani adottati dai commissari *ad acta*, ai sensi dell'art. 11, comma 2, del d.l. n. 78 del 2010, convertito con legge n. 122 del 2010, sulle modalità e tempi di pagamento di debiti pregressi nelle regioni già sottoposte ai piani di rientro dei disavanzi sanitari sono qualificabili come procedure assimilabili alle procedure concorsuali aperte a carico del debitore.

Sull'altra questione, invece, la III sezione ha delineato i contorni del rapporto intercorrente tra le Regioni sottoposte a piani di rientro del disavanzo del settore sanitario ed il Commissario *ad acta* nominato per il compimento degli atti necessari per l'attuazione del piano.

In particolare, la pronuncia appena citata ha ricondotto tale relazione nell'ambito di quelle intersoggettive e non interorganiche. Ciò, quindi, implica che la Regione conservi intatti i propri poteri, ad eccezione di quelli che le sono stati espressamente sottratti per essere affidati al Commissario ai fini dell'attuazione del piano di rientro.

In relazione a questi ultimi, infatti, ogni potere, compresa la legittimazione processuale attiva e passiva, va attribuita al Commissario e tutti gli atti processuali vanno notificati a quest'ultimo e non alla Regione.