

Pubblicato il 01/08/2025

N. 00650/2025REG.PROV.COLL.
N. 00117/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Società Villa Letizia S.r.l., Società J.F. Kennedy S.r.l., Società Comunità Terapeutica Assistita Cappuccini S.r.l., Società Centro Residenziale di Attività Terapeutiche e Riabilitative Villa Verde S.r.l., Società Villa Chiara S.r.l., Società Major S.r.l., Oasi Regina Pacis S.r.l., Società Belvedere S.r.l., Società Villa Erminia S.r.l., Società Helios S.r.l., Società Centro La Grazia S.a.s. di Carmela Muscarà, Società Centro San Paolo S.r.l., Società Villa S. Antonio S.r.l., La Società Cenacolo Cristo Re S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Andrea Scuderi, Gregorio Panetta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Siciliana Assessorato Regionale della Salute, in persona dell'Assessore *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

nei confronti

Azienda Sanitaria Provinciale di Catania, non costituita in giudizio;

per la riforma

previa sospensione cautelare dell'esecutività

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) n. 2002/2022, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Assessorato Regionale della Salute;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 aprile 2025 il Cons. Maurizio Antonio Pasquale Francola e uditi per le parti gli avvocati;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado le ricorrenti, nella loro qualità di titolari di Comunità Terapeutiche Assistite, autorizzate ai sensi del Capo I del decreto dell'Assessore Regionale alla Sanità del 31 gennaio 1997 a tenere in esercizio due moduli da venti posti letto per l'erogazione in regime di accreditamento col Servizio Sanitario Regionale e sulla base di un rapporto contrattuale con l'Azienda Sanitaria Provinciale di Catania di prestazioni di riabilitazione psichiatrica in favore dei soggetti affetti da gravi patologie psichiche, impugnavano il decreto del 30.6.2021 di approvazione degli aggregati 2021 - 2023 e l'allegato "*schema di contratto*" pubblicato a seguire sulla medesima Gazzetta Ufficiale, oltre agli atti ad essi connessi, lamentandone:

a) l'illegittimità della disposizione che non aggiornava le "*rette*" mantenendole parametrize ancora ai costi di produzione rilevati nel 2014, per violazione del principio del "*full cost recovery*" e per difetto d'istruttoria (non essendo stato disposto alcun aggiornamento dei costi al 2021), nonché per difetto di motivazione e manifesta irragionevolezza, non potendo giustificare la determinazione adottata eventuali vincoli finanziari imposti dal Programma Operativo di Consolidamento e Sviluppo 2019 – 2021 (approvato con il D.A. 18 maggio 2021) specialmente per gli anni 2022 e 2023 (che esulerebbero dal triennio di efficacia di siffatto Programma);

b) la nullità dello “*schema di contratto*” pubblicato in Gazzetta per mancanza di requisiti formali, non essendo stato approvato dall’Amministrazione né essendo alla medesima riconducibile in modo alcuno, e in ogni caso l’illegittimità della clausola di cui all’art. 12 per violazione degli articoli 24 e 113 della Costituzione (non essendo, peraltro, il suo inserimento imposto a livello Ministeriale nell’ambito delle Verifiche sugli adempimenti correlati al Piano di Rientro, né giustificato da effettive esigenze di contenimento della spesa).

L’Assessorato Regionale della Salute si opponeva all’accoglimento del ricorso. Con l’ordinanza n. 111/2022, resa dal giudice di prime cure, veniva accolta l’istanza cautelare limitatamente all’art. 12 dello schema di contratto e veniva richiesta all’Assessorato una dettagliata relazione.

L’Assessorato ottemperava all’ordinanza.

Con sentenza n. 2002/2022, pubblicata il 20 giugno 2022, il T.A.R. per la Sicilia, sede di Palermo, sez. I, rigettava il ricorso compensando fra le parti le spese processuali.

Con l’appello notificato il 20 gennaio 2023 e depositato il 3 febbraio 2023 le ricorrenti domandavano la riforma della predetta pronuncia, censurandone le conclusioni e criticandone le motivazioni in ragione dell’asserita fondatezza dei motivi dedotti con il ricorso di primo grado.

L’Amministrazione si opponeva all’accoglimento dell’appello.

Con decreto presidenziale monocratico 21 marzo 2025, n. 87, veniva parzialmente accolta l’istanza cautelare e, per l’effetto, sospesa l’efficacia della sentenza impugnata e degli atti impugnati in primo grado limitatamente alla c.d. “*Clausola di salvaguardia*”, di cui ai pertinenti allegati dell’impugnato D.A. 30 giugno 2021 (recanti gli schemi-tipo dei contratti per le annualità di riferimento), “*altresì ordinando alle A.S.P. dipendenti o vigilate dall’Assessorato appellato di sottoscrivere incondizionatamente e senza ritardo i contratti con le parti qui appellanti previo depennamento di dette clausole dal testo contrattuale, fatta salva la facoltà di menzionare con una specifica postilla che esse sono depennate in esecuzione del presente*

decreto e condizionatamente all'esito definitivo del presente giudizio"; con lo stesso decreto veniva fissata la camera di consiglio del 8 aprile 2025 per la conferma, modifica o revoca della misura cautelare monocratica.

All'esito della camera di consiglio, come risulta dal relativo verbale, su accordo delle parti, la causa è stata rinviata al merito all'udienza pubblica del 8 aprile 2025, all'esito della quale è stata trattenuta in decisione, dopo avere uditi i difensori delle parti costituite presenti.

DIRITTO

I. – L'ordine dei motivi.

I.1. Le appellanti ripropongono le censure non accolte dal T.A.R. con la sentenza appellata, che si articolano su due distinti profili: a) l'inadeguatezza del *budget* assegnato; b) l'invalidità dello schema di contratto allegato al D.A. impugnato, nella parte in cui all'art. 12 prevede la rinuncia ai contenziosi pendenti o potenziali, ossia già instaurati o non ancora proposti.

Considerato che l'eventuale accoglimento dei motivi dedotti avverso il *budget* assegnato implicherebbe l'annullamento del Decreto Assessoriale impugnato e del relativo schema di contratto allegato, si ritiene di procedere al preliminare esame delle pertinenti censure per poi, in caso di infondatezza delle medesime, trattare quelle attinenti soltanto allo schema di contratto allegato.

II. – Il secondo motivo di appello.

II.1. Con il secondo motivo di appello si contesta la correttezza della decisione assunta dal T.A.R. in relazione al secondo motivo di ricorso, con il quale si lamentava l'illegittimità del D.A. del 30 giugno 2021 per violazione dell'art. 25 co. 1 L.R. n. 5/2009 nella parte in cui prevede che *“l'Assessore regionale per la sanità determina, sentite le organizzazioni di categoria maggiormente rappresentative, le condizioni e le modalità secondo le quali si stabiliscono gli accordi e i contratti con gli erogatori privati...”*.

II.2. Il T.A.R. ha ritenuto il motivo infondato perché:

a) *“parte ricorrente non chiarisce quali siano le organizzazioni di categoria pretermesse da tale “confronto”, né specifica quale ulteriore apporto avrebbero potuto dare alla*

determinazione dei tetti di spesa, tenendo conto peraltro del disposto aumento, per la provincia di Catania, a fronte dell'attuale aggregato (€ 34.089.000,00), per ciascun anno del triennio 2021/2023 fino a € 35.562.880,00 (v. relazione del 10 giugno 2021)”;

b) “non giova alla parte ricorrente il richiamo al comma 3 dell’art. 25 della l.r. n. 5/2009, in quanto la disposizione fa esplicito riferimento alla determinazione del tetto di spesa regionale “per la ospedalità privata e per la specialistica ambulatoriale, nonché per le prestazioni di nefrologia ed emodialisi””;

c) “la Regione Siciliana – a maggior ragione in quanto proveniente dall’adesione al piano di rientro dal disavanzo finanziario – ha l’obbligo di effettuare una rigorosa pianificazione finanziaria, il cui strumento indispensabile è la determinazione dei tetti di spesa compatibili con le risorse finanziarie disponibili.

Ciononostante, come si evince dalla documentazione versata in atti dal resistente Assessorato:

- come già accennato, per la provincia di Catania, a fronte del precedente aggregato pari a € 34.089.000,00, l’aggregato per il triennio 2021/2023 è, per ciascun anno, di € 35.562.880,00 (v. relazione del 10 giugno 2021), come evidenziato anche dalla difesa erariale nella memoria depositata il 4 febbraio 2022, cui parte ricorrente nulla ha controdedotto;

- è stato aumentato l’indice di occupazione a posto letto, dal 95% al 99%, ricalcolando in tal modo il valore della retta per il numero dei posti letto di ciascuna struttura, peraltro previa determinazione degli indici occupazionali registrati negli anni 2018 e 2019 dalle CTA, senza prendere in considerazione l’anno 2020, sul quale aveva inciso per il periodo conclusivo l’effetto dell’ondata epidemiologica da COVID (cfr. relazione del 10 giugno 2021);

- l’Assessorato ha dovuto tenere conto del maggior costo, per l’ASP di Palermo, derivante dalla contrattualizzazione di n. 54 posti per i quali erano in itinere i relativi provvedimenti di accreditamento (v. relazione del 10 giugno 2021).

Deve ulteriormente osservarsi che le relative risorse finanziarie sono state inserite nel “Programma operativo di consolidamento e sviluppo delle misure strutturali e di innalzamento del livello di qualità del Sistema sanitario regionale 2019 – 2021”,

approvato con il D.A. n. 438 del 18 maggio 2021, parimenti impugnato, ma avverso il quale (per vero) non sono state mosse specifiche censure.

In particolare, come si evince dallo stralcio del Programma depositato in esecuzione dell'ordine istruttorio, il paragrafo 3.4 (Rete Territoriale) ha previsto per il 2020 la realizzazione di interventi per 4,3 €/mln nell'area dell'Assistenza Psichiatrica, cui si aggiungeranno, a partire dal 2021, ulteriori interventi per complessivi 34 €/mln, di cui 12,5 €/mln sulla riabilitazione ex art. 26, 13,2 €/mln sulla lungoassistenza e 8,3 €/mln sull'ADI.

Con tale impatto economico, quale programmato e inserito nel programma operativo di consolidamento, l'Amministrazione regionale ha dovuto fare i conti, in una condivisibile ottica di rigorosa pianificazione finanziaria indispensabile ai fini di garantire la sostenibilità economica dell'intero sistema sanitario regionale”.

II.3. Le appellanti ritengono la decisione erronea perché: a) nel ricorso era stata dedotta la violazione del primo comma e non del quarto comma dell'art. 25 L.R. n. 5/2009; b) il C.G.A.R.S., con il parere reso a Sezioni Riunite nell'Adunanza del 10 gennaio 2023, n. 19, avrebbe affermato la necessità del preventivo confronto con le associazioni di categoria maggiormente rappresentative; c) inconducenti sarebbero le ulteriori affermazioni con le quali il T.A.R. ha evidenziato che gli aggregati sarebbero stati comunque determinati in base ai costi effettivamente sostenuti dalle Aziende nel 2019, tenendo conto degli importi delle rette stabilite dal D.A. n. 826/2015 non negoziabili e operando delle scelte pertanto all'interno della programmazione finanziaria effettuata sulla base delle limitate risorse disponibili per l'Amministrazione; d) non sarebbe ammissibile il ricorso all'art. 21 *octies* L. n. 241/1990 poiché, da un lato, le decisioni in tema di *budget* dell'Amministrazione sarebbero discrezionali e, dall'altro, non sarebbe affatto palese che il “*contenuto dispositivo*” del provvedimento impugnato “*non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”; e) nel merito, non sarebbe, peraltro, desumibile né dal Programma Operativo 2019-2021, né da altri atti alcuna prova del presunto obbligo per l'Assessorato di dover necessariamente

mantenere le rette non aggiornate; f) con riguardo all'ulteriore rilievo del T.A.R., secondo cui parte ricorrente non avrebbe chiarito “*quali siano le organizzazioni di categoria pretermesse*” dal confronto imposto dall'articolo 25 della legge regionale n. 5/2009, sarebbe chiaramente desumibile dalla lettura del D.A. impugnato che l'Assessorato non ne abbia coinvolto nemmeno una; g) il contraddittorio con le organizzazioni di categoria sarebbe stato, comunque, indispensabile per l'esatta individuazione dei costi di produzione a carico delle Comunità presenti sull'intero territorio regionale.

II.4. Il motivo è infondato.

II.4.1. Il Collegio, anzitutto, osserva che la motivazione del T.A.R. confuta la fondatezza del motivo di illegittimità dedotto dalle ricorrenti mediante una duplice argomentazione logica: a) l'omessa violazione dell'art. 25 L.R. n. 5/2009; b) e, comunque, l'inidoneità della lamentata violazione di legge a giustificare l'annullamento del provvedimento impugnato in ragione dell'impossibilità per l'Amministrazione di determinarsi nella circostanza in modo diverso, ricorrendo la fattispecie di cui all'art. 21 *octies* co. 2 L. n. 241/1990.

II.4.2. Senza soffermarsi sulle ragioni determinanti il concreto contenuto del controverso D.A. impugnato, il motivo è inammissibile per difetto di legittimazione attiva.

Le appellanti non sono, infatti, legittimate a contestare l'omessa partecipazione “*delle organizzazioni di categoria maggiormente rappresentative*” in generale, potendo la violazione del diritto al contraddittorio essere dedotta soltanto dai titolari della pretesa di partecipazione procedimentale che si assume essere stata pretermessa (o violata).

Diversamente opinando, infatti, si ammetterebbe una non consentita sostituzione processuale, poiché si riterrebbe processualmente ammissibile far valere in giudizio in nome proprio un diritto altrui al di fuori dei casi all'uopo espressamente previsti dalla legge ai sensi dell'art. 81 c.p.c., applicabile al

processo amministrativo in virtù del rinvio esterno contemplato dall'art. 39 co. 1 c.p.a..

Non essendo, dunque, ammissibile che la predetta violazione di legge sia lamentata da società convenzionate, anziché dalle organizzazioni di categoria maggiormente rappresentative pretermesse, ed essendo le appellanti soltanto società operanti in convenzione con il sistema sanitario regionale, deve ritenersi il motivo inammissibile per difetto di legittimazione.

III. – Il terzo motivo di appello.

III.1. Con il terzo motivo di appello si contesta la decisione assunta dal T.A.R. con riguardo al terzo motivo di ricorso, con il quale si lamentava l'illegittimità del Decreto Assessoriale del 30 giugno 2021 impugnato per violazione e falsa applicazione dell'art. 15 L.R. n. 68/1981, dell'art. 3 del Decreto Ministeriale 15 aprile 1994, dell'art. 8 *sexies* D.Lgs. n. 502/1992, dell'art. 1 co. 170 L. n. 311/2004 e per eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

Secondo le ricorrenti, le rette sarebbero determinate in base al criterio del “*full cost recovery*”, ossia dei soli “*costi di produzione*” che le strutture devono sostenere per poter erogare le prestazioni mantenendo gli standard strutturali, organizzativi e professionali previsti dalla normativa, senza computare margini di utile.

In tal senso deporrebbero sia l'art. 3 del Decreto del Ministero della Salute 15 aprile 1994 nella parte in cui stabilisce che “*Le tariffe sono fissate sulla base del costo standard di produzione e dei costi generali, in quota percentuale rispetto ai costi standard di produzione*”, sia l'art. 8 *sexies* co. 6 D.Lgs. n. 502/1992 laddove prevede che “*Con la procedura di cui al comma 5, sono effettuati periodicamente la revisione del sistema di classificazione delle prestazioni e l'aggiornamento delle relative tariffe, tenendo conto della definizione dei livelli essenziali ed uniformi di assistenza e delle relative previsioni di spesa, dell'innovazione tecnologica e organizzativa, nonché dell'andamento del costo dei principali fattori produttivi*”.

Anche a livello regionale sarebbe vigente il medesimo regime disciplinare, essendo, infatti, previsto dall'art. 15 della L.R. Siciliana del 19 aprile 1981 n. 68

che *“Le convenzioni devono prevedere il rimborso dei costi globali sostenuti per le prestazioni date e per il mantenimento dei servizi relativi agli standards fissati "secondo quanto previsto dal piano regionale dei servizi per i soggetti portatori di handicap””* e, poi, dall'art. 22 della medesima legge che *“L'Assessore regionale per la sanità è autorizzato ad apportare, in relazione all'aumentato costo della vita, i necessari adeguamenti alla misura delle rette ed a corrispondere agli enti, associazioni ed istituzioni convenzionati di cui al precedente comma, all'inizio di ciascun trimestre, a titolo di anticipazione, l'85 per cento dell'importo della contabilità del trimestre precedente, vistata dall'ufficio del medico provinciale competente per territorio”*.

Con i decreti del 19 aprile 2001, del 21 luglio 2004, del 22 novembre 2005, del 24 febbraio 2014 e del 5 marzo 2014, l'Assessorato Regionale alla Salute aveva osservato i siffatti precedenti, rideterminando le *“rette in funzione dei costi correlati ai nuovi standard organizzativi e strutturali”*.

Ma dal 2014 in poi nessun adeguamento sarebbe stato disposto, nonostante l'incremento negli anni dei costi di produzione, avendo, infatti, l'impugnato Decreto Assessoriale del 30 giugno 2021 statuito *“di non dovere modificare le rette in atto vigenti perché compatibili con le risorse finanziarie previste nel “Programma Operativo di Consolidamento e Sviluppo delle misure strutturali e di innalzamento del livello di qualità del Sistema Sanitario Regionale 2019 -2021” approvato con DA n. 438 del 18.5.2021”*.

III.2. Il T.A.R. ha ritenuto il motivo infondato perché:

a) l'Assessorato avrebbe effettuato – seppure per grandi linee – una programmazione delle risorse nello specifico settore in esame, come risulterebbe dallo stralcio del *“Programma operativo di consolidamento e sviluppo delle misure strutturali e di innalzamento del livello di qualità del Sistema sanitario regionale 2019 – 2021”*, che avrebbe previsto, a partire dal 2021, ulteriori risorse aggiuntive;

b) *“sebbene il D.A. 30 giugno 2021, con il mantenimento delle rette, copra anche il 2022 e il 2023, fuori dal triennio di efficacia del Piano di Consolidamento – che viene contestato sostanzialmente al buio, in via cautelativa, e solo per l'anno 2021 – è pur vero che la*

determinazione degli aggregati provinciali, effettuato per il triennio, si muove all'interno di un quadro finanziario ben definito, con limiti obiettivamente non superabili?";

c) *si tratterebbe, pertanto, "di una programmazione – dal contenuto altamente discrezionale e, come tale, censurabile solo per macroscopica illogicità – effettuata compatibilmente con le risorse finanziarie esistenti, le quali si pongono quale limite invalicabile anche per le CTA, tenuto conto del necessario rispetto dei vincoli finanziari imposti dalla prosecuzione del piano di rientro";*

d) *e, comunque, il motivo dovrebbe ritenersi "necessariamente recessivo a fronte di una relazione del Dipartimento che dà atto dell'istruttoria sui costi effettivamente sostenuti dalle ASP nell'anno 2019 posti a raffronto con l'aggregato di spesa 2018/2020 (v. relazione del 10 giugno 2021)".*

III.3. Le appellanti contestano la decisione del T.A.R. perché:

1) le determinazioni amministrative sulle rette, anche se inserite negli aggregati triennali, sarebbero sottoposte al rispetto delle disposizioni di legge e, pertanto, era doveroso disporre l'aggiornamento dei costi o, quanto meno, un'istruttoria che rivelasse l'attuale inadeguatezza dei parametri di riferimento aggiornati all'anno 2014;

2) secondo quanto sancito dal C.G.A.R.S., con la sentenza 24 maggio 2021 n. 472, costituirebbe principio generale, desumibile dall'art. 41 Cost., non esigere che alcun privato, ancorché operante in regime di convenzione con la P.A. (o di accreditamento con essa), debba necessariamente operare in condizioni di generare perdite di esercizio, come nella circostanza;

3) la determinazione di mantenere bloccate le rette ai costi computati nel 2014 non potrebbe essere giustificata dalla presunta esigenza di rispettare i limiti economici di cui al Programma Operativo di Consolidamento e Sviluppo per il triennio 2019 – 2021, non essendo evincibili dal medesimo limiti per gli anni 2022 e 2023, al punto da rendere manifestamente illogica la decisione;

4) anche a voler considerare l'esito dell'istruttoria condotta dall'Assessorato Regionale alla Salute, la spesa effettuata nel 2019 applicando le rette

corrispondenti ai costi di produzione del 2014 non costituirebbe un utile parametro di programmazione.

III.4. Il Collegio osserva che per poter lamentare l'inadeguatezza del rapporto economico intercorrente con la Pubblica Amministrazione in un settore particolarmente delicato come quello sanitario bisogna dimostrare di essere titolare di un interesse meritevole di tutela in funzione non soltanto dell'utilità pratica ambita dal ricorrente e implicante un concreto vantaggio per la propria sfera giuridica individuale, ma anche e soprattutto delle preminenti esigenze pubbliche coinvolte dal quel determinato rapporto e che l'attività del privato deve necessariamente soddisfare in quanto costituenti il motivo dell'esistenza stessa del rapporto instaurato con la competente Autorità amministrativa.

Come noto, l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta, sulla falsariga del processo civile, a tre condizioni fondamentali: il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione (cioè la posizione giuridica configurabile in astratto da una norma come di interesse legittimo o diritto soggettivo, ovvero, secondo un altro ordine di idee, la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal *quisque de populo* rispetto all'esercizio del potere amministrativo); l'interesse ad agire (ex art. 100 c.p.c.), ossia il vantaggio attuale e concreto scaturente dall'accoglimento dell'azione; e la *legitimatio ad causam* (o legittimazione attiva/passiva), discendente dall'affermazione di colui che agisce/resiste in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo.

Con riguardo al caso in esame, l'interesse al quale tende l'azione proposta dalle strutture convenzionate è di tipo essenzialmente economico, tendendo al conseguimento di un utile d'impresa.

Trattandosi, infatti, dell'esercizio di un'attività d'impresa, l'operato di chi sceglie di collaborare con la Pubblica Amministrazione nel settore della sanità in regime di convenzionamento deve, comunque, tendere a un profitto, non

essendo esigibile obbligare un operatore del settore a prestare la propria attività in regime di perdita economica.

In tal senso, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha, infatti, chiarito che *“sussiste un principio generale, desumibile dall’art. 41 della Costituzione, in forza del quale nessun privato, ancorché operante in regime di convenzione con la PA (e/o di accreditamento con essa), può essere costretto o indotto ad agire in condizioni da generare perdite di esercizio; in condizioni, cioè, di rischio di dissesto finanziario”* (C.G.A.R.S., sez. giur., sentenza 24 maggio 2021, n. 472).

Tuttavia, l’interesse economico vantato dall’operatore convenzionato in tanto può ritenersi meritevole di tutela e, quindi, legittimante la proposizione di un’azione di annullamento in quanto non comprometta la futura capacità dell’Amministrazione di assicurare l’erogazione del servizio in conformità ai migliori *standard* qualitativi e quantitativi possibili.

Il convenzionamento è, infatti, concepito quale strumento di collaborazione degli operatori privati al miglioramento dell’efficienza del sistema sanitario pubblico, essendo finalizzato a fornire prestazioni sanitarie sempre più adeguate alle esigenze di miglioramento e cura della salute della collettività. Di conseguenza, la ragione pratica che lo contraddistingue deve essere ricercata nella solidarietà di cui all’art. 2 Cost., ossia nello scopo di divenire parte del servizio sanitario pubblico per migliorarne la qualità e quantità delle prestazioni erogate, in ciò cogliendosi una sostanziale differenza con il contratto di appalto in quanto atto propedeutico a fornire alla Pubblica Amministrazione le risorse e gli strumenti occorrenti per assicurare l’erogazione di un certo servizio in favore della popolazione.

Può, dunque, ritenersi che la legittimazione a ricorrere in questo particolare e delicato settore sia dipendente dal contemperamento dei tre beni costituzionali coinvolti da siffatta tipologia di contenzioso, ossia la salute, l’equilibrio di bilancio unitamente al buon andamento della Pubblica Amministrazione e l’attività d’impresa degli operatori in regime di convenzionamento.

Come, infatti, chiarito dall'art. 1 della l. 23 dicembre 1978 n. 833, *“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale. [...] Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio. L'attuazione del servizio sanitario nazionale compete allo Stato, alle regioni e agli enti locali territoriali, garantendo la partecipazione dei cittadini?”*.

Considerata, dunque, la strumentalità del servizio sanitario pubblico alla tutela del fondamentale diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., tutte le azioni delle Autorità amministrative competenti devono essere preordinate a garantire il miglior risultato possibile sul piano qualitativo e quantitativo delle prestazioni rese alla collettività entro i limiti delle risorse economiche disponibili, non essendo legittime, ai sensi degli artt. 81 e 97 Cost. e dei relativi principi di equilibrio di bilancio e di buon andamento della Pubblica Amministrazione, assunzioni di spese economicamente non sostenibili al punto da pregiudicare la capacità di assicurare il medesimo *standard* del servizio anche per l'avvenire.

L'esigenza, invero, di assicurare ogni anno le risorse economiche necessarie per l'erogazione di un servizio essenziale per il benessere dell'intera popolazione, come quello sanitario, impone all'Amministrazione di rispettare determinati limiti di bilancio propedeutici a salvaguardare la propria capacità di continuare a sostenere la spesa sanitaria anche per gli anni a venire.

Dovendo, infatti, essere sempre garantita alla collettività la fruibilità del sistema sanitario, l'Amministrazione deve programmare investimenti economici sostenibili idonei ad assicurare l'erogazione delle prestazioni sanitarie negli anni e non soltanto nell'ambito di un limitato periodo di tempo, essendo contrario al generale e preminente interesse pubblico alla continuità del servizio sanitario e anche al principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione di cui all'art. 97 Cost. l'assunzione sproporzionata di debiti

preordinata ad ampliare la quantità e qualità delle prestazioni erogate in una certa annualità, poi seguita da una drastica riduzione della spesa pubblica e delle prestazioni, financo essenziali, erogate negli anni successivi quale misura necessaria a compensare le perdite subite nelle precedenti annualità.

La determinazione del tetto di spesa è, quindi, preordinata a soddisfare l'esigenza di assicurare alla popolazione la più ampia gamma di prestazioni sanitarie al più alto *standard* qualitativo possibile, anche avvalendosi della collaborazione di operatori privati in regime di convenzione, ma pur sempre entro i limiti delle risorse economiche disponibili, onde salvaguardare l'equilibrio di bilancio e la possibilità di continuare in futuro a garantire il pieno e corretto funzionamento del sistema sanitario.

In quest'ottica le rivendicazioni economiche delle strutture convenzionate non possono ritenersi ammissibili qualora siano propedeutiche ad aumentare i margini di utili ritraibili già in virtù degli atti impugnati provocando un aumento della spesa sanitaria implicante lo sfioramento del limite complessivo previsto e ritenuto dall'Amministrazione economicamente sostenibile.

Come, infatti, chiarito dal Consiglio di Stato, l'osservanza del tetto di spesa in materia sanitaria rappresenta un vincolo ineludibile che costituisce la misura delle prestazioni sanitarie che il Servizio sanitario nazionale può erogare e che può permettersi di negoziare con ciascun erogatore privato, di tal che si è ritenuta persino giustificata (anche) la mancata previsione di criteri di remunerazione delle prestazioni *extra budget*, e ciò in ragione della necessità di dover comunque rispettare i tetti di spesa e, quindi, il vincolo delle risorse disponibili (Cons. Stato, Sez. III, 18/04/2023, n. 3876; Cass. civ, Sez. III, n. 27608/2019; Cons. Stato, Sez. III, n. 566/2016 e n. 1832/2015).

Può, dunque, affermarsi che, nel settore sanitario, l'interesse economico vantato dall'operatore convenzionato in tanto può ritenersi meritevole di tutela – e, quindi, legittimante la proposizione di un'azione di annullamento – in quanto non comprometta la futura capacità dell'Amministrazione di

assicurare l'erogazione del servizio in conformità ai migliori *standard* qualitativi e quantitativi possibili.

La tutela, infatti, della sfera giuridica delle strutture convenzionate deve ritenersi ammissibile in quanto sia compatibile con l'esigenza di salvaguardare la tenuta economico-finanziaria del servizio pubblico sanitario, essendo recessivo il principio di cui all'art. 41 Cost. rispetto ai beni e valori tutelati dal combinato disposto degli artt. 32, 81 e 97 Cost..

Pertanto, una concezione costituzionalmente orientata della legittimazione a ricorrere (o c.d. possibilità giuridica) coerente con l'esigenza di dover garantire il preminente interesse generale di assicurare il rispetto delle capacità economico-finanziarie di sostenimento della spesa pubblica sanitaria negli anni, induce il Collegio a ritenere che l'interesse delle strutture convenzionate che contestino le risorse economiche loro annualmente assegnate debba ritenersi, ai fini della ammissibilità dell'azione di annullamento, meritevole di tutela: a) sempre, ogniqualvolta si alleggi e dimostri l'inadeguatezza e l'insufficienza delle risorse economiche stanziata a garantire qualsivoglia margine di utile, ancorché minimo, per l'erogazione delle prestazioni sanitarie convenzionate; b) qualora, invece, si controverta sulla misura degli utili ritraibili, perché quella desumibile dalle determinazioni della Pubblica Amministrazione sia ritenuta troppo esigua, soltanto laddove si operi nel rispetto del tetto complessivo di spesa, eventualmente individuando i settori del servizio sanitario, anche diversi da quello nell'occasione considerato, in relazione ai quali gli investimenti previsti appaiono manifestamente sproporzionati e dai quali poter, dunque, attingere le somme necessarie per soddisfare le pretese economiche avanzate dalla parte ricorrente.

Se, dunque, si discute dell'attitudine del *budget* assegnato ad assicurare l'*an debeatur*, ossia un utile, per quanto minimo, funzionale a sostenere sul piano economico la futura erogazione della prestazione sanitaria in questione, l'interesse, qualora la circostanza sia ovviamente dimostrata e non soltanto

allegata, deve ritenersi certamente meritevole di tutela, legittimando la proposizione dell'azione di annullamento.

Qualora, invece, il *thema decidendum* sia costituito dal *quantum debeatur*, ossia dall'aspirazione della parte ricorrente a conseguire un utile maggiore rispetto a quello già ritraibile in virtù del *budget* assegnato, l'operatore che agisca all'uopo in giudizio dovrà allegare e dimostrare la compatibilità della propria pretesa con il rispetto del tetto di spesa, eventualmente indicando quali altri settori del servizio sanitario debbano subire le correlative decurtazioni delle risorse assegnate.

L'insuperabilità del limite del tetto di spesa, infatti, impone una considerazione complessiva dell'impatto economico dei singoli contenziosi in relazione non soltanto al determinato settore sanitario interessato dalla causa promossa dai relativi operatori in regime di convenzionamento, ma anche con riguardo a tutte le altre branche del servizio sanitario, onde consentire la parametrizzazione delle molteplici doglianze dedotte in giudizio alla necessità per l'Amministrazione di rispettare l'equilibrio finanziario del proprio bilancio, rischiandosi, altrimenti, la creazione di un aumento esponenziale delle passività potenzialmente idoneo a compromettere la funzionalità dell'intero sistema sanitario, con conseguente grave e irreparabile danno per la tutela della salute dell'intera popolazione.

Al riguardo, è stato opportunamente chiarito che «*le scelte operate in materia di tetti di spesa e ripartizione del budget*» costituiscono «*determinazioni che tengono conto della ponderazione tra i diversi tipi di interessi e prestazioni eterogenee, come tali 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 singolo operatore economico, ma solo considerando tale interesse insieme agli altri, valutando le alternative possibili e realistiche per contemperarle*» (Cons. Stato, Sez. III, 25/03/2024, n. 2838; Consiglio di Stato, Sez. IV, 22 giugno 2018, n. 3859).

Ed invero, sulla natura dei tetti di spesa imposti ai soggetti accreditati con il S.S.N., l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 3 del 12 aprile 2012) ha statuito: *“Il nuovo modello di servizio sanitario nazionale, che si è andato delineando a partire dal d. lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, è ispirato alla coniugazione del principio di libertà dell'utente con il principio di programmazione delle prestazioni a carico del servizio pubblico. Quanto al primo profilo, la legislazione cristallizza il diritto dell'utente alla scelta della struttura di fiducia per la fruizione dell'assistenza sanitaria, riconoscendo la qualità di erogatori delle prestazioni sanitarie a tutti i soggetti, pubblici e privati, titolari di rapporti <<fondati sul criterio dell'accreditamento delle istituzioni, sulla modalità di pagamento a prestazione e sull'adozione del sistema di verifica e revisione della qualità delle attività svolte e delle prestazioni erogate>> (articolo 8, comma 7, del d.lgs. n. 502 del 1992). Il principio della necessaria programmazione sanitaria è, invece, perseguito con l'adozione di un piano annuale preventivo, finalizzato ad un controllo tendenziale sul volume complessivo della domanda quantitativa delle prestazioni mediante la fissazione dei livelli uniformi di assistenza sanitaria e l'elaborazione di protocolli diagnostici e terapeutici, ai quali i medici di base sono tenuti ad attenersi, nella prescrizione delle prestazioni. Il suddetto piano preventivo, previsto inizialmente per le sole aziende ospedaliere (articolo 6, comma 5, legge 23 dicembre 1994, n. 724), è stato esteso dall'articolo 2, comma 8, della legge 28 dicembre 1995, n. 549 a tutti i soggetti, pubblici e privati, accreditati. Il principio della pianificazione preventiva è stato poi confermato, con significative modifiche, dall'articolo 1, comma 32, della legge 23 dicembre 1996, n. 662. L'evoluzione della disciplina della programmazione sanitaria è stata in seguito caratterizzata dal progressivo accentuarsi del carattere autoritativo della pianificazione. In particolare, ai sensi dell'art. 32, comma 8, della legge 27 dicembre 1997, n. 449 le Regioni, in attuazione della programmazione sanitaria ed in coerenza con gli indici di cui all'art. 2 comma 5 della legge 28 dicembre 1995 n. 549 e successive modificazioni, individuano preventivamente, per ciascuna istituzione sanitaria pubblica e privata, 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 ed i preventivi annuali delle prestazioni, nonché gli indirizzi e le modalità per la contrattazione di cui all'art. 1, comma 32, della legge 23 dicembre 1996,*

n. 662. Alle Regioni è stato pertanto affidato il compito di adottare determinazioni di natura autoritativa e vincolante in tema di limiti alla spesa sanitaria, in coerenza con l'esigenza che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nell'ambito di una pianificazione finanziaria. Alla stregua di detta disciplina spetta ad un atto 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 (Consiglio Stato, sez. V, 25 gennaio 2002, n. 418). Il valore autoritativo e vincolante delle determinazioni in tema di limiti delle spese sanitarie di competenza delle regioni ai sensi dell'art. 32, comma 8, legge 27 dicembre 1997, n. 449, esprime la necessità che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nella cornice di una pianificazione finanziaria. Tale funzione programmatica, volta a garantire la corretta gestione delle risorse disponibili, 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”.

Pertanto, occorre precisare che «il comma 5 dell'art. 8 del D.Lgs. n. 502 del 1992, laddove prevede un "corrispettivo predeterminato a fronte della prestazione resa", non consente una necessaria correlazione tra prestazione e remunerazione, in quanto, sotto il profilo sistematico, la prescritta predeterminazione bene può considerare le esigenze di risparmio. In concreto, in materia di sanità pubblica spetta alle Regioni provvedere, con atti autoritativi e vincolanti di programmazione, alla fissazione del tetto massimo annuale di spesa sostenibile con il fondo sanitario regionale e distribuire le risorse disponibili, per singola istituzione o per gruppi di istituzioni, nonché stabilire i preventivi annuali delle prestazioni, assicurando l'equilibrio complessivo del sistema sanitario dal punto di vista organizzativo e finanziario. Il carattere impellente delle esigenze di riequilibrio della spesa sanitaria impone dunque all'Amministrazione, in una situazione di scarsità di risorse pubbliche, interventi immediati, con sacrifici posti a vario titolo su tutti coloro che sono presenti nello specifico settore di attività e quindi anche sulle strutture convenzionate, queste ultime libere di valutare la convenienza a continuare ad operare in regime di accreditamento

accettando il tariffario imposto, o porsi fuori del servizio sanitario nazionale operando privatamente, a favore dei soli utenti solventi» (Cons. Stato, Sez. III, 28/05/2024, n. 4708; cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 7 agosto 2023, n. 7619; Cons. Stato, sez. III, n. 994 del 2017).

Sulla base dei superiori principi, enunciati dall'Adunanza Plenaria, nella giurisprudenza successiva si è consolidato l'orientamento secondo cui gli aggregati di spesa determinati dalla Regione costituiscono limite invalicabile per l'Amministrazione e, conseguentemente, per il privato accreditato; detti aggregati non possono, infatti, essere incrementati con oneri ulteriori, anche se integranti spese obbligatorie perché previste dalla legge o da altre fonti normative (C.G.A.R.S., sez. giur., 27 febbraio 2025, n. 133).

Di conseguenza: a) qualora si lamenti l'insufficienza delle risorse destinate in certo settore sanitario poiché, secondo criteri obiettivi di gestione, nessun operatore economico convenzionato potrebbe erogare determinate prestazioni sanitarie traendo un pur minimo guadagno, sussiste di certo un interesse meritevole di tutela e un'utilità pratica scaturente dall'annullamento del provvedimento impugnato, essendo palese l'errore in cui è incorsa l'Amministrazione nella determinazione o ripartizione nelle varie branche del settore sanitario delle somme previste nell'ambito del tetto massimo di spesa o nella scelta a monte di affidare in convenzione talune prestazioni sanitarie in mancanza dei fondi all'uopo necessari; b) diversamente, laddove l'aspirazione del ricorrente in regime di convenzionamento tenda al conseguimento di un guadagno maggiore rispetto a quello ritraibile secondo le previsioni del provvedimento impugnato, allora l'interesse pretensivo nell'occasione vantato in tanto può ritenersi meritevole di tutela in quanto la relativa pretesa economica sia compatibile con il rispetto del tetto di spesa, in ragione dei limiti alla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. direttamente desumibili dal combinato disposto degli artt. 32, 81 e 97 Cost. nel settore del servizio pubblico sanitario.

III.5. Con riguardo al caso in esame, le appellanti lamentano l'insufficienza delle risorse previste in loro favore a fronte dell'aumento dei costi di produzione che renderebbero, in tesi, insostenibile l'erogazione della prestazione sanitaria oggetto del rapporto di convenzione.

III.5.1. Il Collegio osserva che la mancata produzione dei bilanci delle società appellanti, ovvero altro mezzo di prova sul punto, non consente di ritenere dimostrata la circostanza secondo cui il rapporto economico così come proposto dalla Amministrazione regionale non consentirebbe l'erogazione delle prestazioni sanitarie in convenzione, se non in regime di perdita.

III.5.2. Inoltre, non è esattamente quantificata la misura del preteso aumento delle risorse economiche all'uopo necessario e da destinare in favore delle appellanti, né la compatibilità della pretesa economica vantata con il rispetto del tetto complessivo di spesa.

III.5.3. Sul piano normativo occorre, peraltro, sottolineare che la procedura di aggiornamento delle tariffe prevista dall'art. 8 *sexies* co. 6 D.Lgs. n. 502/1992 espressamente richiama il precedente co. 5 nell'ambito del quale si menziona l'esigenza di dover garantire il “*rispetto del principio del perseguimento dell'efficienza e dei vincoli di bilancio derivanti dalle risorse programmate a livello nazionale e regionale*”. Donde, l'impossibilità di procedere all'aggiornamento ogniqualvolta i limiti di bilancio non lo consentano.

III.5.4. Anche a livello regionale si colgono delle limitazioni, considerato, infatti, che l'art. 15 della L.R. 18 aprile 1981, n. 68, prevede il rimborso dei costi globali sostenuti per le prestazioni date e per il mantenimento dei servizi relativi agli *standard* fissati “*secondo quanto previsto dal piano regionale dei servizi per i soggetti portatori di handicap*” ed il successivo art. 22, che rimette all'Assessore regionale per la sanità la facoltà e non l'obbligo di apportare i necessari adeguamenti delle rette in relazione all'aumentato costo della vita, costituisce una previsione transitoria, essendo, infatti, contemplata nel titolo II dedicato alle norme transitorie e finali.

III.6. Il motivo di appello non può, pertanto, essere accolto.

IV. – Il quarto motivo di appello.

IV.1. Con il quarto motivo di appello si lamenta l'omessa pronuncia sul quarto motivo di ricorso da parte del T.A.R..

A pag. 17 dell'appello si precisa, infatti, che *“Col quarto motivo di ricorso le appellanti hanno impugnato il decreto del 18.05.2021 recante approvazione del Programma Operativo di Consolidamento e Sviluppo 2019 \ 2021 - per l'eventualità venisse in rilievo come l'atto presupposto che avesse imposto il mantenimento delle rette “bloccate” di cui al decreto del 30.06.2021 - rivolgendogli contro gli stessi motivi dedotti contro quest'ultimo (essendo in tal caso evidentemente illegittimo per gli stessi motivi dedotti col precedente motivo di ricorso).*

Si è trattato peraltro di un'impugnativa cautelativa, dal momento che il Programma Operativo 2019 -2021 non contiene, differentemente da quanto ritenuto dal Giudice di prime cure, limiti o vincoli tali da imporre il mantenimento del “blocco” delle rette di cui al decreto del 30.06.2021 (e ciò a maggior ragione per gli anni 2022 e 2023 che restano estranei al suo ambito di applicazione).

Ciò posto, il Giudice di prime cure non solo ha respinto tale impugnativa senza neanche esaminarla - e ciò benché avesse senz'altro il dovere di farlo, avendo desunto proprio dal Programma Operativo l'esistenza di “vincoli” e “limiti” che avrebbero a suo dire imposto il mantenimento delle rette ancora “bloccate” ai costi del 2014 – ma lo ha fatto per di più erroneamente ritenendo che contro il decreto del 18.05.2021 non sarebbero state “mosse specifiche censure”.

IV.2. Il motivo non può essere accolto per le medesime ragioni poc'anzi esplicitate in relazione al precedente motivo di appello.

V. – Il primo motivo di appello.

V.1. Può, infine, procedersi all'esame del primo motivo di appello, con il quale si contesta la decisione assunta dal T.A.R. in relazione alla prima doglianza dedotta avverso la c.d. *“clausola di salvaguardia”*, dichiarandola in parte infondata e in parte improcedibile.

Le appellanti, infatti, hanno sostenuto, in primo luogo, la nullità della predetta clausola, poiché contemplata in uno schema di contratto mai menzionato nel

D.A. 30 giugno 2021 impugnato, sebbene pubblicato in prosecuzione al predetto atto nella G.U.R.S..

V.2. Il Collegio, anzitutto, precisa che sussiste in capo alle appellanti la legittimazione a ricorrere e un interesse concreto all'esame delle doglianze dedotte avverso la predetta "*clausola di salvaguardia*", poiché il *thema decidendum* ha per oggetto la limitazione di un valore fondamentale del nostro ordinamento costituzionale, ossia il diritto di difesa.

Sebbene, infatti, l'insuperabilità del tetto di spesa limiti, senza però precludere, le possibili azioni a tutela della sfera giuridica degli operatori economici in regime di convenzionamento in ragione del bilanciamento degli interessi costituzionali coinvolti, la predetta clausola esclude invece del tutto la *facultas agendi* per proseguire o intraprendere qualsivoglia iniziativa giudiziaria, rispettivamente già proposta o eventualmente anche futura, con conseguente pregiudizio totale del diritto di difesa degli interessati che, sottoscrivendo lo schema di contratto proposto (quale condizione essenziale per poter accedere al convenzionamento con il sistema sanitario), rinunciano alle azioni o impugnazioni già intraprese, come pure ai contenziosi instaurabili avverso il contenuto e gli effetti dei provvedimenti di determinazione del tetto di spesa, di determinazione delle tariffe e ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto.

E poiché l'efficacia di siffatta clausola si riverbera anche sulle eventuali azioni future esperibili – nonché, in via dirimente, sulla stessa procedibilità del presente giudizio al quale la parte appellante ha giuridico interesse indipendentemente dalla fondatezza o meno delle ulteriori censure – sussistono in capo alle appellanti la legittimazione e l'interesse a ricorrere nonostante le doglianze dedotte avverso il D.A. 30 giugno 2021 siano risultate infondate.

V.3. Il motivo è infondato.

La dedotta nullità per carenza dei requisiti essenziali, infatti, non sussiste, non essendo revocabile in dubbio l'imputabilità del proposto schema di contratto

all'Assessorato Regionale della Salute tenuto conto del suo inserimento in un atto ufficiale, come la G.U.R.S., quale allegato del D.A. 30 giugno 2021.

L'allegazione costituisce, invero, un atto materiale indicativo della volontà dell'Amministrazione di assumere il documento quale proprio.

Pertanto, non sussistono indizi che inducano a ritenere erroneo l'inserimento nella G.U.R.S. dello schema di contratto in questione, tanto più che l'Assessorato non risulta avere mai rinnegato il documento quale atto a sé non imputabile.

La doglianza è, pertanto, destituita di fondamento.

VI. – Il quinto motivo di appello.

VI.1. Con il quinto motivo di appello si contesta la decisione del T.A.R. nella parte in cui, richiamando taluni precedenti giurisprudenziali anche del Consiglio di Stato, ha ritenuto legittima la clausola 12 dello schema di contratto allegato al D.A. 30 giugno 2021 impugnato.

Le appellanti, infatti, lamentano l'illegittimità della predetta clausola di salvaguardia per violazione degli artt. 24 e 113 Cost., nonché per eccesso di potere, perché: a) nei verbali dei lavori dei Tavoli ministeriali di verifica degli adempimenti del Piano di rientro del 21 aprile 2016 e del 17 novembre 2016 – richiamati nelle difese di primo grado dell'Assessorato e dallo stesso prodotti in riscontro alla richiesta istruttoria del Tribunale Amministrativo – non v'è alcun riferimento al settore dell'assistenza psichiatrica, ma unicamente a quelli dell'ospedalità privata e della specialistica ambulatoriale e, quindi, la clausola in questione non potrebbe ritenersi prevista *“in esecuzione di una precisa indicazione impartita, per esigenze di programmazione finanziaria, dal Tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti regionali e dal Comitato permanente per la verifica dei LEA”*, come erroneamente affermato dal T.A.R.; b) talune delle massime richiamate in sentenza si riferirebbero all'assegnazione di tetti di spesa o *budget* o al volume massimo delle prestazioni erogabili da parte dell'operatore privato con oneri per il Servizio Sanitario; c) l'Assessorato Regionale alla Salute aveva con decreto del 12 luglio 2018⁹ approvato per le medesime Comunità

Terapeutiche appellanti uno schema tipo di convenzione che non prevedeva la clausola in questione; d) sussisterebbe un concreto interesse delle appellanti alla dichiarazione di illegittimità della predetta clausola, contrariamente a quanto sostenuto dal T.A.R..

VI.2. Il motivo – con il quale si contesta la legittimità della clausola in discorso – è fondato.

VI.3. L'art. 12 dello schema di contratto allegato al D.A. 30 giugno 2021 pubblicato nella G.U.R.S. del 16 luglio 2021 – Parte I n. 30 e rubricato “*Rinuncia*” prevede che: *“Con la sottoscrizione del presente contratto, la Comunità Terapeutica Assistita (CTA), accetta espressamente, completamente ed incondizionatamente il contenuto e gli effetti dei provvedimenti di determinazione del tetto di spesa (2021-2023), di determinazione delle tariffe e ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto, in quanto tali atti determinano il contenuto del contratto. In considerazione dell'accettazione dei suddetti provvedimenti, con la sottoscrizione del presente contratto, la suddetta Comunità Terapeutica Assistita (CTA) rinuncia alle azioni/impugnazioni già intraprese avverso i predetti provvedimenti ovvero ai contenziosi instaurabili avverso gli stessi”*.

VI.3.1. La clausola è contemplata nell'ambito di uno schema di contratto che, dovendo essere utilizzato per la regolamentazione dei rapporti con tutte le strutture convenzionate del settore sanitario in questione, acquista la valenza di un modulo o formulario al quale sembrerebbe applicabile, ai sensi dell'art. 1342 co. 2 c.c., la disciplina delle clausole vessatorie di cui all'art. 1341 co. 2 c.c..

VI.3.2. Imponendo, infatti, una rinuncia alle azioni già intraprese e a quelle ancora esperibili, la clausola prevede delle limitazioni alla sfera giuridica dell'aderente particolarmente significative, al punto da indurre l'Amministrazione a richiederne la specifica sottoscrizione all'operatore chiamato ad accettarla. Non a caso nello schema di contratto in questione è espressamente prevista l'approvazione delle clausole ritenute vessatorie ai sensi dell'art. 1341 co. 2 c.c..

VI.3.3. Sennonché, l'imposizione della clausola di "*salvaguardia*" contemplata dall'art. 12 del predetto schema di contratto come condizione essenziale per l'accesso di ogni operatore al sistema sanitario regionale non può ritenersi legittima, né dunque valida, per le ragioni di seguito in rassegna.

VI.4. In primo luogo, non può ritenersi applicabile la disciplina dell'art. 1341 co. 2 c.c., in quanto non si tratta d'un profilo di invalidità meramente formale, superabile con una mera approvazione specifica e per iscritto.

La richiamata disciplina civilistica deve, infatti, essere conformata alle peculiarità del caso in esame, alla natura pubblica del soggetto convenzionante e ai citati interessi costituzionali coinvolti dal contratto di convenzionamento con il sistema sanitario regionale.

Gli art. 1341 e 1342 c.c., invero, disciplinano i c.d. contratti di massa, cioè i contratti predisposti dall'imprenditore per la vendita dei beni prodotti e dei servizi offerti sul mercato e che secondo un'autorevole opinione dottrinale si contraddistinguerebbero per l'assenza di un vero e proprio accordo, configurando, più precisamente, atti propedeutici a realizzare uno scambio senza accordo.

Com'è noto, l'idea tradizionale e illuministica del contratto era riconducibile nell'ambito dell'ampia categoria del negozio giuridico, ossia di un atto che realizza la signoria della volontà estendendosi sino agli effetti giuridici prodotti mediante la creazione della regola.

Ma la centralità della volontà è stata accantonata già con la "*commercializzazione*" del diritto privato.

Le esigenze del mercato hanno, infatti, determinato la preminenza del principio di affidamento e di (auto-)responsabilità del dichiarante a fini di tutela dello scambio, tanto che già il Codice di commercio del 1882 aveva affermato la prevalenza della dichiarazione resa sulla volontà interna.

Così, nel codice del 1942 tutte le peculiarità dell'obbligazione commerciale sono state accolte nella disciplina generale dell'obbligazione civile, al punto da

determinare la perdita di rilevanza giuridica della volontà effettiva del dichiarante fino a non essere più opponibile al destinatario.

Si parla di commercializzazione del diritto privato e di oggettivazione del diritto dei contratti, il cui culmine si raggiunge proprio con le clausole generali di contratto, ossia con l'oggettivizzazione dello scambio nei contratti di massa. In questi casi chi aderisce non deve neanche esprimere una volontà sull'intero regolamento predeterminato da una sola parte, poiché le condizioni generali di contratto sono efficaci in ragione della loro mera conoscibilità.

La conoscenza, in genere, riguarda l'oggetto del contratto, come per esempio il bene materiale acquistato. Nelle condizioni generali di contratto, invece, è la conoscibilità a divenire rilevante in ordine ai contenuti del regolamento contrattuale, cioè alle clausole del contratto.

Il che costituisce una novità importante perché il contratto non deve essere conoscibile, ma deve essere voluto, ossia deciso insieme, in virtù di un'unanimità di consensi – *in idem placitum* – al punto che, ai sensi dell'art. 1326, co. 5, c.c., l'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta.

L'oggettività dello scambio e, quindi, il superamento della rilevanza della volontà nei contratti seriali si accentua ancor di più, poiché non si afferma soltanto il prevalere della dichiarazione sulla volontà interna del dichiarante, ma si supera la concezione classica tanto della volontà, quanto della dichiarazione, essendo, infatti, rinvenibile il fondamento dello scambio nella mera adesione a clausole unilateralmente predisposte da altri e delle quali è semplicemente possibile la conoscenza.

La volontà espressa con l'atto di adesione, dunque, ha ad oggetto il bene o il servizio acquistato, non anche le clausole contrattuali che l'aderente poteva conoscere (e che non è detto, né è presupposto, abbia effettivamente conosciuto, né tantomeno necessariamente voluto). L'oggetto del volere è, dunque, il bene materiale o il servizio immesso nel mercato, non il contratto in sé quale negozio giuridico fonte di regole concordate dalle parti.

Il profilo problematico dell'atto di adesione è, allora, quello dei limiti della sua validità quando non sia consapevole. Infatti, l'adesione non è una vera e propria dichiarazione di volontà perché postula per voluto anche ciò che non si è conosciuto, cioè le condizioni generali di contratto quando meramente conoscibili. E poiché l'adesione è qualcosa di diverso dalla dichiarazione di volontà, non si pone il problema dell'errore ostativo, non essendo necessario indagare sulla corrispondenza effettiva della volontà dichiarata con quella interiore e reale del dichiarante.

Il profilo critico si coglie, dunque, nella tutela meramente formale, mediante la c.d. doppia sottoscrizione delle clausole vessatorie, apprestata dal codice civile. L'art.1341 co.2 c.c., infatti, appronta un rimedio (solo formale) a tutela dell'aderente dai possibili abusi della controparte, imponendo, a pena di inefficacia, l'apposita sottoscrizione delle clausole vessatorie, per garantirne l'effettiva conoscenza. Pertanto, non tutte le condizioni generali di contratto sono efficaci in ragione della mera conoscibilità, essendo la loro efficacia subordinata alla loro effettiva conoscenza da parte dell'aderente mediante l'apposita approvazione delle stesse con specifica sottoscrizione.

La prassi, tuttavia, ha dimostrato l'inefficacia del rimedio previsto dal codice civile, poiché la parte proponente spesso condiziona la stipula del contratto all'espressa sottoscrizione delle clausole vessatorie contenute nelle condizioni generali di contratto, imponendone, in via di fatto, l'accettazione come condizione necessaria per accedere al rapporto convenzionale con il proponente.

Il che è possibile in quanto le condizioni generali di contratto, pur non contenendo elementi essenziali del contratto (come l'oggetto, il prezzo, ecc ...) ma profili ulteriori e secondari (come, ad esempio, il foro, la clausola arbitrale, la limitazione di responsabilità, il rinnovo tacito, ecc...), contemplano aspetti di dettaglio per l'oblato che, però, assumono particolare rilevanza per il proponente che, stipulando contratti di massa nell'esercizio della sua attività d'impresa, non può prevedere clausole diverse per ogni

acquirente. Le condizioni generali di contratto, dunque, non impongono soltanto un regolamento contrattuale, ma più che altro l'accettazione di un'intera organizzazione d'impresa che l'aderente è tenuto ad accettare per poter acquisire il bene o usufruire di quel determinato servizio.

L'adesione, pertanto, può ritenersi un atto di accettazione non soltanto di un contratto unilateralmente determinato dalla controparte, ma di un'intera organizzazione d'impresa che l'aderente non può mettere in discussione, potendo soltanto accettarla o meno, in quanto settore di competenza esclusiva dell'imprenditore. Se, dunque, l'aderente non può mettere in discussione l'organizzazione d'impresa, non può neanche discutere le condizioni generali di contratto che l'imprenditore impone in quanto proiezione contrattuale della sua politica d'impresa, ossia della sua attività economica organizzata.

Proprio per queste ragioni è stata introdotta – in attuazione del diritto comunitario, in seguito al recepimento nell'ordinamento nazionale della direttiva n. 93/13/CEE, dapprima negli artt. da 1469-*bis* a 1469-*sexies* del codice civile, poi nel Codice del consumo di cui al d. lgs. n. 206 del 2005 – la tutela (sostanziale) del consumatore rispetto a quelle clausole vessatorie che determinano un significativo squilibrio giuridico e non solo economico del contratto, in quanto incidono su aspetti secondari e non essenziali del contratto. Ma, poiché l'imprenditore potrebbe anche avere concordato il contenuto delle stesse con il consumatore, il Codice del consumo valorizza il momento eventuale delle trattative, prevedendo la nullità di talune clausole vessatorie a condizione che non siano state oggetto di trattativa individuale (artt. 33 e 34 cod. cons.) e la nullità di altre clausole vessatorie quand'anche siano state singolarmente negoziate (art. 36 co. 2 cod. cons.).

Nei contratti seriali o di massa, dunque, il consumatore accetta una politica d'impresa che impone un regolamento contrattuale predefinito, al pari di un bene immesso sul mercato che può essere acquistato o meno così come si presenta ed è nella realtà. La conoscibilità delle condizioni generali di contratto rievoca, infatti, la conoscibilità dei vizi del bene che si intende

acquistare e la relativa disciplina della garanzia. Se, infatti, i vizi, come le clausole generali di contratto, non erano occulti e, dunque, erano conoscibili, il compratore non può lamentare di non averne avuto cognizione.

In pratica, l'oggettivizzazione dello scambio assimila la regola, cioè il regolamento contrattuale, all'oggetto del contratto in senso materiale, ossia al bene da acquistare. Sebbene, infatti, sul piano dogmatico, il regolamento contrattuale e l'oggetto materiale del contratto non siano coincidenti, in quanto concetti descrittivi di due distinte entità giuridicamente rilevanti, nei contratti seriali l'organizzazione d'impresa ne determina un'assimilazione pratica che giustifica il trattamento della regola negoziale alla stregua dell'oggetto, in quanto elemento dell'affare unilateralmente precostituito in tutti i suoi aspetti al pari del bene o del servizio immesso sul mercato. E, così come non può discutersi il bene o il servizio, potendo soltanto il consumatore decidere di acquistarlo o meno, lo stesso avviene per le condizioni generali di contratto.

Se, dunque, nei contratti individuali, ossia non costituenti proiezione applicativa sul mercato dell'esercizio di un'attività d'impresa, le regole si formano, all'esito di trattative, in relazione a un'oggetto, nei contratti seriali, invece, l'oggetto e il regolamento contrattuali sono entrambi determinati unilateralmente dall'imprenditore e sottoposti ad accettazione congiunta, non essendo consentita un'adesione parziale alle condizioni generali di contratto (salvo casi di negoziazione individuale). Il consumatore, infatti, con l'adesione accetta tanto l'oggetto, quanto il regolamento contrattuale.

VI.5. Tanto premesso e richiamato, deve ritenersi che la disciplina di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c. non sia nella fattispecie integralmente applicabile, né comunque sufficiente a giustificare l'efficacia delle clausole vessatorie, in ragione delle peculiarità che contraddistinguono il rapporto di convenzionamento intercorrente tra l'operatore economico in convenzione e l'Amministrazione pubblica e che non consentono di oggettivarne il contenuto al pari di quanto avviene nell'ambito dei contratti di massa.

VI.5.1. Il convenzionamento, infatti, non realizza un semplice scambio tra prestazioni suscettibili di valutazione economica, coinvolgendo anche interessi pubblici di primaria e assoluta rilevanza costituzionale e non soltanto interessi di carattere patrimoniale.

E, invero, i principi di cui agli artt. 2, 32, 41, 81 e 97 Cost. contraddistinguono la causa del contratto di convenzionamento, rinvenendo in esso l'atto con il quale si realizza il loro bilanciamento mediante la regolamentazione del rapporto intercorrente tra l'operatore in convenzione e l'Amministrazione sanitaria.

La logica dello scambio, dunque, non esaurisce la ragione pratica del negozio giuridico in esame, costituendone soltanto una componente da sola non sufficiente in ragione di quanto detto.

VI.5.2. All'adesione dell'operatore economico del settore sanitario al regolamento contrattuale unilateralmente predisposto dall'amministrazione sanitaria non può, quindi, ascriversi la medesima valenza propria di quella dei contratti di massa, essendo l'oggetto del contratto molto più complesso di quello caratterizzante i contratti di scambio tra imprenditori e acquirenti sul mercato; né essendo l'aderente colui che acquista un bene o un servizio, ma colui che rende una prestazione di fare con la propria organizzazione d'impresa nell'interesse dell'amministrazione e, mediamente, della collettività.

La prospettiva è, infatti, del tutto differente rispetto a quella contemplata dalla disciplina civilistica.

Ed invero, gli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c., pur non menzionando espressamente l'imprenditore, si riferiscono chiaramente ai contratti d'impresa poiché presuppongono la predisposizione unilaterale di clausole preordinate alla disciplina di una molteplicità indeterminata di rapporti contrattuali.

La valorizzazione dell'interesse dell'impresa si spinge, invero, fino al punto da indebolire il nesso classico intercorrente tra contratto e accordo, favorendo l'evoluzione del contratto secondo il paradigma dello scambio piuttosto che

dell'accordo e sacrificando la libertà contrattuale dell'aderente in ordine alla codeterminazione del contenuto del contratto.

Al riguardo occorre, peraltro, sottolineare che gli scopi perseguiti dagli artt. 1341 e 1342 c.c. sono due, e cioè: 1) anzitutto, sancire la meritevolezza di una pratica contrattuale da taluni ritenuta talmente discutibile da destare dubbi sulla natura contrattuale o meno dell'atto standardizzato; 2) in secondo luogo, prevenire possibili abusi contrattuali in danno dell'aderente. È, infatti, evidente che in un sistema incentrato sulla vincolatività delle condizioni generali purché conoscibili dall'aderente e, se vessatorie, purché specificamente sottoscritte, la tutela del cliente assume una valenza secondaria, essendo il bisogno di tutela di quest'ultimo dagli abusi recessivo rispetto all'esigenza di garantire la razionalità operativa standardizzata dell'impresa.

Viceversa, nell'ambito del rapporto di convenzionamento il profilo volontaristico dell'atto di adesione è molto più accentuato e significativo, poiché è reso da un operatore economico chiamato a rendere una prestazione complessa (rispetto a quella meramente pecuniaria dell'Amministrazione proponente) – il cui adempimento concorre a riempire di contenuti sostanziali la garanzia apprestata dall'art. 32 della Costituzione al fondamentale diritto alla salute – e costituisce, quindi, interesse generale che costui, pur nella sua qualità di aderente allo schema di convenzionamento predisposto dall'Autorità sanitaria, sia posto nelle condizioni di poter consapevolmente convenzionarsi con il sistema pubblico sanitario senza rinunciare alle tutele fondamentali propedeutiche ad assicurare l'esatto adempimento della propria prestazione.

Se, infatti, l'utilizzo di moduli o formulari nella circostanza predisposti dall'Amministrazione può ritenersi giustificata dall'esigenza di conformare le prestazioni sanitarie che dovranno essere rese dalle strutture convenzionate a determinati *standard* quantitativi e qualitativi, non può, tuttavia, concepirsi l'adesione degli operatori economici quale mero atto di accettazione di tutte le condizioni contrattuali unilateralmente predisposte dall'Amministrazione alla medesima stregua dell'adesione prestata da colui il quale acquista un bene di

consumo, dovendo nell'occasione l'aderente verificare, conoscere ed eventualmente rimettere in discussione i profili caratterizzanti il rapporto, ivi incluso l'aspetto economico, onde poterne valutare la compatibilità con la propria organizzazione imprenditoriale.

La sostenibilità economica di una prestazione sanitaria è, invero, contraddistinta da molteplici aspetti critici che l'operatore è tenuto a conoscere e valutare, onde poter assicurare, con la propria azienda, l'erogazione del servizio sanitario alla collettività, senza interruzioni o disservizi.

Pertanto, l'adesione dell'operatore economico allo schema di contratto di convenzionamento non può privare il medesimo delle tutele essenziali ad assicurare la propria capacità di garantire l'esatto adempimento della prestazione oggetto dell'obbligazione assunta nei confronti dell'Amministrazione sanitaria e della collettività, tenuto conto che: a) l'aderente è gravato da una prestazione ben più caratterizzante e impegnativa di quella meramente pecuniaria dell'Amministrazione proponente e, di conseguenza, il suo consenso deve essere propedeutico a garantire l'esatto adempimento dell'obbligazione assunta anche mediante l'esperimento delle tutele all'uopo propedeutiche; b) non si discute di un mero negozio di scambio di prestazioni suscettibili di valutazione economica, ma di una collaborazione preordinata a soddisfare interessi di rango costituzionale di fondamentale rilevanza per il benessere dell'intera collettività; c) la c.d. clausola di salvaguardia non disciplina un profilo accessorio, ma un elemento essenziale del contratto, ossia il prezzo della prestazione che, come noto, ha una valenza determinante del consenso delle parti; d) la rinuncia a far valere ogni proprio diritto, vero o asserito che sia, implica uno stato di assoluta soggezione alla controparte.

Relegare pertanto la c.d. clausola di salvaguardia a una mera clausola passibile di validità ed efficacia mediante apposita sottoscrizione, come concepito dall'Amministrazione, è errato, poiché altera l'equilibrio giuridico contrattuale

tra le parti a discapito dei diritti dell'aderente che nella specie sono, peraltro, di rango costituzionale e, in gran parte, non validamente rinunciabili (ex artt. 24 e 113 Cost.).

VI.5.3. Inoltre, quand'anche si ritenesse plausibile (ma in realtà non lo sarebbe, in base a quanto si è affermato) l'applicabilità, in linea di principio, dell'art. 1341, co. 2, c.c., alla fattispecie in esame, la specifica sottoscrizione prevista nello schema di contratto non potrebbe salvaguardare l'efficacia della clausola in questione, in ragione della sua intrinseca nullità sostanziale.

Al riguardo, occorre, anzitutto, muovere dalla sua possibile qualificazione come vessatoria, considerato che, secondo quanto chiarito dalla Corte Suprema di Cassazione (Cass. civ., Sez. III, Sentenza, 04/06/2013, n. 14038), l'art. 1341, comma 2, c.c., che elenca i casi in cui le clausole contrattuali non hanno effetto se non sono specificamente approvate per iscritto dalla parte che vi manifesta adesione, non è suscettibile di interpretazione analogica, ma solo d'interpretazione estensiva.

Senonché, la citata disposizione codicistica non contempla la totale rinuncia alla tutela giurisdizionale su un aspetto centrale del contenuto contrattuale.

Occorre, allora, verificare se sia riconducibile, in via di interpretazione estensiva, a una delle ipotesi contemplate dall'art. 1341, co. 2, c.c..

Non può, di certo, esserlo nell'ambito della casistica delle clausole contenenti “*limitazioni di responsabilità*” per il predisponente, poiché non viene in discussione un esonero dalle conseguenze del non adempimento o dell'inesatto adempimento dell'obbligazione gravante sull'Amministrazione in virtù di quanto pattuito e accettato nel contratto di convenzionamento anche dall'aderente, essendo, invece, il tema costituito dalla determinazione a monte di un elemento essenziale del contenuto contrattuale. La clausola di salvaguardia, infatti, incide sulla determinazione dell'oggetto del contratto e non sulla responsabilità configurabile nella fase esecutiva del contratto a carico del predisponente (in tal senso, Cass. civ., Sez. III, Ordinanza,

04/11/2020, n. 24468; Cass. civ., Sez. III, Ord., 23/11/2017, n. 27881; Cass. civ. Sez. 1, 22/05/1992, n. 6157).

Pertanto, occorre indagare su altre fattispecie contemplate dall'art. 1341, co. 2, c.c. e, più precisamente, sulla casistica delle clausole contenenti “*limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni*” per l'aderente, poiché la rinuncia a impugnare gli atti amministrativi determinanti il c.d. prezzo della prestazione sanitaria in regime di convenzione incide, sebbene indirettamente, sulla possibilità per l'operatore convenzionato di sollevare eccezioni all'Amministrazione predisponente.

Come è agevole evincere dalla lettura dello schema di contratto allegato al D.A. 30 giugno 2021, di cui qui trattasi, il profilo economico è determinato dall'Amministrazione con atti amministrativi richiamati dal contratto e che, di conseguenza, divengono parte integrante dell'oggetto a tutti gli effetti.

Ne consegue che l'impugnazione dei predetti atti e il loro eventuale annullamento giurisdizionale con efficacia *ex tunc* implicherebbe la nullità parziale del contratto di convenzionamento in relazione alla parte in cui si richiamano gli stessi per la determinazione del contenuto del rapporto.

E, poiché la parte affetta da nullità attiene a un elemento essenziale del consenso, non potendosi in assenza addivenire ad alcuna stipulazione, il contratto di convenzionamento diverrebbe integralmente nullo ai sensi dell'art. 1419 c.c., con eventuale necessità di stipulare un nuovo contratto una volta emanati, in sede di riedizione del potere, i provvedimenti amministrativi che determinano il prezzo della prestazione sanitaria oggetto della convenzione.

Di conseguenza la rinuncia al contenzioso pendente o (*a fortiori*) futuro pretesa dall'Amministrazione sanitaria con la c.d. clausola di salvaguardia in esame implicherebbe per l'aderente l'impossibilità di far valere l'eventuale nullità del contratto di convenzionamento dipendente dall'annullamento dei predetti atti amministrativi presupposti.

Il che rende la predetta clausola di salvaguardia nulla per contrasto con l'art. 1462 c.c., secondo cui “*La clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può*

opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non ha effetto per le eccezioni di nullità, di annullabilità e di rescissione del contratto”.

La possibilità, infatti, per le parti di prevedere il c.d. *solve et repete*, posticipando la facoltà di opporre eccezioni soltanto dopo l'avvenuta esecuzione della prestazione dovuta, incontra il limite delle eccezioni incidenti sull'esistenza del titolo dell'obbligazione e, dunque, sulla validità del contratto, come, nel caso in esame, l'eccezione di nullità.

La clausola di salvaguardia, quindi, precludendo all'aderente, con la rinuncia al contenzioso sugli atti amministrativi a monte, di eccepire la nullità del contratto all'Amministrazione che pretenda l'esecuzione della prestazione sanitaria oggetto della convenzione, viola l'art. 1462 c.c. e, pertanto, deve ritenersi nulla, quand'anche non esplicitamente espressa nella formula *solve et repete*.

La rinuncia al contenzioso, pendente o futuro, è, infatti, propedeutica a impedire eccezioni di nullità nei confronti dell'Amministrazione.

VI.5.4. Peraltro, siffatta eccezione, così come la relativa azione, non è nemmeno rinunciabile da parte dell'operatore sanitario aderente al contratto di convenzionamento, poiché, oltre al tenore perentorio dell'art. 1462 c.c., in tal senso depongono anche interessi generali ed in particolare quelli di rango costituzionale nella fattispecie coinvolti.

Come noto, il negozio giuridico nullo non è convalidabile e in una pur risalente pronuncia della Corte di Cassazione è stato chiarito che la rinuncia all'azione di nullità (nella specie, di una disposizione testamentaria contenente una sostituzione fedecommissaria vietata), è praticamente inoperativa, sia perché, anche precludendo l'esercizio dell'azione diretta ad accertarla, non pregiudica la permanenza della nullità con tutte le sue caratteristiche, compresa la rilevabilità d'ufficio, sia perché l'azione di nullità è un'azione di accertamento, sicché la sua denegazione non potrebbe modificare la situazione preesistente di assoluta carenza di effetti (Cass., Sez. 2, 20/01/1964, n. 129).

La questione della rinunciabilità dell'azione di nullità è oggetto di una concorde elaborazione dottrinale, secondo cui non può ammettersi una rinuncia a far valere la nullità negoziale in quanto l'effetto invalidante assoluto deriva direttamente dalla legge e non è rimessa alla disponibilità dei privati. L'inammissibilità della convalida del contratto nullo, sancita dall'art. 1423 c.c., impedisce di dare rilievo negoziale alla rinuncia unilaterale di un contrante, nel senso di rendere valido ciò che è nato come nullo, rimanendo eccezionale in ambito contrattuale, per la *ratio* sottesa, la previsione della conferma ed esecuzione volontaria delle donazioni nulle ex art. 799 c.c.. Si osserva che, essendo la nullità negoziale rimedio posto a tutela anche di interessi pubblici, se l'atto processuale dispositivo di una parte dovesse intendersi in grado non soltanto di rinunciare all'azione, ma anche ai diritti conseguenti alla declaratoria di nullità, nel senso di precludere definitivamente anche ogni futuro intervento giudiziale, rimarrebbe travolta anche la *ratio* che è sottesa alla rilevabilità d'ufficio della nullità stessa, come in generale di tutte le eccezioni improprie, rilevabilità funzionale ad una concezione del processo che «*trae linfa applicativa proprio nel valore di giustizia della decisione*» (così, d'altro canto, Cass. Sez. Un., 12/12/2014, n. 26242) ed è attenta all'essenza della categoria della nullità, che «*risiede nella tutela di interessi generali, di valori fondamentali o che comunque trascendono quelli del singolo*» (così Cass. Sez. U, 04/09/2012, n. 14828).

Il Collegio osserva che la clausola di rinuncia al contenzioso sugli atti amministrativi determinanti il prezzo della prestazione sanitaria in convenzione, implicando una rinuncia all'eccezione e anche all'azione di nullità del contratto di convenzionamento, viola non soltanto gli interessi generali giustificanti la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto, ma anche e soprattutto gli interessi costituzionali coinvolti dal rapporto in questione.

Precludere, infatti, qualsivoglia iniziativa processuale all'operatore economico interessato a convenzionarsi con il settore sanitario a fronte di valutazioni dell'Amministrazione anche errate potrebbe, invero, compromettere la collaborazione di strutture particolarmente valide sul piano professionale che

rinunciano a interagire col servizio sanitario pubblico per l'impossibilità di mettere in discussione la legittimità degli atti amministrativi, anche futuri, direttamente incidenti sul prezzo delle prestazioni sanitarie.

Il che è contrario all'interesse generale della collettività ad avvalersi di siffatte strutture, al punto che imporre agli operatori interessati l'accettazione della clausola di rinuncia a qualsiasi contenzioso pendente o futuro in ordine a siffatti atti costituisce – sotto un ulteriore e concorrente profilo – una condotta amministrativa illegittima per eccesso di potere.

Per quanto, infatti, l'operatore economico che non aderisce alla convenzione sia sempre libero di esercitare la propria attività quale operatore privato del settore sanitario, è anche vero che l'interesse primario nella circostanza perseguito è quello della cura della salute della collettività e siffatto *modus operandi* è potenzialmente idoneo a pregiudicare la collaborazione con il servizio sanitario pubblico di strutture molto valide e, di conseguenza, la possibilità per i cittadini di avvalersene a condizioni economiche più basse per il contributo dell'Amministrazione pubblica.

VI.5.5. Peraltro, la nullità della clausola di salvaguardia è configurabile sotto due ulteriori profili: l'indeterminatezza dell'oggetto e la contrarietà a norme imperative.

VI.5.5.1. Con riguardo al primo profilo di nullità (di tipo strutturale), l'indeterminatezza della rinuncia si coglie soprattutto in relazione ai contenziosi futuri.

Com'è noto, la rinuncia ad un contenzioso già pendente è possibile, sul piano giusprivatistico, ogniqualvolta l'oggetto del contendere sia costituito da una situazione giuridica soggettiva disponibile, come lo sono, in linea di principio, i diritti patrimoniali, ben potendo l'operatore economico scegliere di rinunciare di sua spontanea volontà agli atti del giudizio intentato o all'azione proposta.

Giova tuttavia rilevare come, anche con riguardo alla rinuncia al contenzioso pendente, la vicenda giuspubblicistica in trattazione si connota in termini ben

diversi da quelli che rendono lecita la rinuncia alle azioni proposte, in sede civile, tra parti tendenzialmente in posizione paritaria, non potendo ritenersi parimenti legittima, sul piano del diritto amministrativo, la pretesa dell'Amministrazione di imporre, con la sottoscrizione di una specifica clausola, la rinuncia a tutti i contenziosi pendenti quale condizione per la stipula del contratto di convenzionamento.

Diversamente, con riguardo a una lite futura ed eventuale, la rinuncia è ammissibile – anche in termini privatistici – soltanto a determinate condizioni, come ad esempio, nell'ambito di una transazione, essendo, infatti, quest'ultima, per espressa definizione di cui all'art. 1965 c.c., *“il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro”*.

Dottrina e giurisprudenza prevalenti hanno fornito una lettura riduttiva di siffatta evenienza, circoscrivendola a liti comunque già sussistenti al livello stragiudiziale o, quanto meno, già emerse, ancorché a livello di mera contestazione, con esclusione della possibilità di transigere liti puramente ipotetiche e del tutto indeterminate nei contenuti, pena la stessa determinabilità dell'oggetto della transazione.

In tal senso la Cassazione (Cass. civile, Sez. I, 17 ottobre 2019, n. 26528) ha in più occasioni chiarito che *«in tema di transazione, le reciproche concessioni alle quali fa riferimento l'art. 1965 c.c., comma 1, possono riguardare anche liti future non ancora instaurate ed eventuali danni non ancora manifestatisi, purché questi ultimi siano ragionevolmente prevedibili; (Cass. S.U. 8053/2014, Cass. 12320/2005, 2633/1982)»*, e che *«è pacifico che il presupposto della res dubia, che caratterizza la transazione, «è integrato non dalla incertezza obiettiva circa lo stato di fatto o di diritto, ma dalla sussistenza di discordanti valutazioni in ordine alle correlative situazioni giudiziali ed ai rispettivi diritti ed obblighi delle parti» (Cass. 4448/1996, 6861/2003); e ciò proprio perché «la prevenzione della lite, o il suo superamento – e non quindi un astratto accertamento del contenuto esatto ed effettivo della res dubia – costituiscono quel che è causa/ scopo funzionale che muove le parti a transigere» (Cass. 2784/2019).*

La transazione è, infatti, ricostruita in dottrina come negozio a efficacia tipicamente preclusiva, che incide direttamente sui rapporti giuridici sostanziali, precludendo l'azione mercé la *exceptio litis per transactionem finitae*, analoga all'eccezione di giudicato.

Viceversa, nel caso in esame non ricorre tra le parti in causa alcuna transazione, non essendo state concordate reciproche concessioni.

Di conseguenza, il tema s'incentra sull'ammissibilità della rinuncia a un diritto futuro, quello ad agire.

La Corte di Cassazione ritiene possibile la rinuncia soltanto in riferimento a diritti già maturati e dal contenuto determinato (cfr. Cass., Sez. 1, 8 febbraio 2013, n. 3064; Cass., Sez. lav., 26 maggio 2006, n. 12561; Cass., Sez. 3, 10 maggio 2005, n. 9747), desumendo, a contrario, la nullità per mancanza dell'oggetto ai sensi dell'art. 1418 c.c., comma 2, e art. 1325 c.c. della rinuncia preventiva a diritti non ancora sorti e non determinabili nel contenuto (Cass. n. 23087 del 2015; conf. Cass. n. 4822 del 2005).

Più precisamente, la rinuncia a un diritto futuro ed eventuale è stata ritenuta ammissibile, in quanto espressione tipica dell'*autonomia negoziale privata*, alla sola condizione che il suo oggetto risulti determinato o determinabile nel suo contenuto e nella sua estensione (cfr. Cass., Sez. 3, 18 febbraio 1977, n. 745; Cass. 1 giugno 1974, n. 1573; Cass., Sez. 2, 5 aprile 1975, n. 1222).

Con riguardo al caso in esame – a prescindere dal rilievo, già svolto, che l'imposizione della c.d. *clausola di salvaguardia* quale condizione di accesso al convenzionamento costituisce esercizio di una potestà pubblica e non di autonomia negoziale – l'ampiezza e la genericità caratterizzante l'ambito di operatività della clausola di salvaguardia (nella parte in cui menziona anche gli atti collegati a quelli implicanti la determinazione del tetto di spesa e delle tariffe, ecc ...) è tale da non soddisfare i criteri restrittivi di determinatezza necessari per identificare nel suo esatto contenuto e nella sua esatta estensione il diritto futuro ad agire dell'operatore economico aderente, non potendo, infatti, preventivarsi con sufficiente certezza il nocumento alla sua sfera

giuridica determinato dagli atti amministrativi dei quali la clausola di salvaguardia tende a precludere l'impugnazione.

VI.5.5.2. La predetta clausola deve, inoltre, ritenersi nulla per contrasto con le norme imperative di cui agli artt. 24 e 113 Cost..

Nel nostro ordinamento, infatti, tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi e soprattutto, ai sensi dell'art. 113 Cost., *“Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.*

Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”.

La perentorietà dei richiamati principi di diritto è chiaramente esplicativa della primaria rilevanza degli stessi nel nostro sistema giuridico, dovendo gli atti della pubblica amministrazione sempre poter essere sottoposti al sindacato del giudice amministrativo, senza eccezioni o limitazioni.

Secondo quanto, infatti, chiarito dalla Corte Costituzionale, *«Il precetto contenuto nell'art. 113 della Costituzione, per cui contro gli atti della pubblica amministrazione è ammessa sempre la tutela giurisdizionale, proclama, sul riflesso evidente del principio dell'art. 24, primo comma, Cost. l'inviolabilità del diritto a questa tutela»* (Corte Cost., 21/12/1972, n. 186).

Più precisamente, *«la possibilità di attivare il sindacato del giudice su atti immediatamente lesivi appartiene al diritto, inviolabile e quindi fondamentale, di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24 Cost.), senza che contro gli atti della pubblica amministrazione la tutela giurisdizionale possa essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti (art. 113 Cost.)»* (Corte Costituzionale, 31/05/2018, n.114).

L'art. 113 Cost. non è, dunque, una semplice norma programmatica, ma un precetto giuridico cogente che sancisce il diritto dei cittadini di ottenere tutela giurisdizionale contro tutti gli atti amministrativi.

Tale diritto, se non può essere escluso nemmeno per legge (a pena di incostituzionalità), *a fortiori* non può essere derogato né aggirato in forza di una clausola che sia imposta a tutti gli operatori dalla parte pubblica con l'uso distorto di uno strumento di natura formalmente privatistica, ma sostanzialmente autoritativa: uno strumento che, con palese sviamento della funzione amministrativa esercitata, mira a condizionare in radice la possibilità stessa di accedere al settore della fornitura di prestazioni sanitarie (*rectius*: alla c.d. contrattualizzazione) alla totale acquiescenza, preventiva e successiva, ai *desiderata* dell'Amministrazione "*contrattualizzante*", mercé l'imposizione della rinuncia a far valere nei confronti della stessa qualsivoglia diritto o interesse legittimo che la parte abbia o avrà (ovvero che pensi o penserà di vantare).

In proposito, è rilievo del tutto pleonastico che il diritto ad agire in giudizio non può considerarsi limitato alla sola pretesa a far valere ragioni effettivamente sussistenti, ma si estende necessariamente alla possibilità di proporre anche azioni infondate (col solo limite, eventualmente, della temerarietà), giacché il diritto della parte che agisce non coincide con quello al buon esito della controversia, bensì con quello a far accertare dal giudice se e per quali ragioni il diritto vantato sia in effetti sussistente.

Non coglierebbe, conseguentemente, nel segno l'eventuale obiezione che i diritti il cui esercizio sia precluso dalla clausola in discorso si rivelino frequentemente insussistenti.

VI.6. Ne consegue che la clausola di salvaguardia in esame deve ritenersi nulla per contrasto con norme imperative, ossia con gli artt. 24 e 113 Cost., e che la condotta dell'Amministrazione volta a imporre (mediante l'inserimento nello schema di un atto generale) la rinuncia ai contenziosi pendenti e futuri sugli atti amministrativi determinanti (anche) i prezzi delle prestazioni sanitarie in convenzione è illegittima per palese eccesso di potere; ossia, in termini più tradizionali, l'imposizione *erga omnes* della c.d. clausola di salvaguardia costituisce chiaro sintomo di sviamento del potere amministrativo, il quale – anziché essere correttamente esercitato per far accedere al settore tutti gli

operatori accreditati o, tra essi, quelli che diano le maggiori garanzie di miglior espletamento del servizio – viene utilizzato per il diverso e illegittimo fine di far accedere al rapporto amministrativo di cui trattasi soltanto quei soggetti che rinuncino al proprio diritto di sottoporre ad un giudice le loro controversie, presenti e future, con l'Amministrazione contrattualizzante.

In quest'ottica, come si è già detto, se l'illegittimità risulta più evidente per quanto attiene alla rinuncia ai futuri diritti di agire, nondimeno essa sussiste altresì con riferimento all'imposizione coattiva della rinuncia al contenzioso già pendente, di cui sottrae l'esito alla cognizione giudiziale.

Il Collegio, inoltre, osserva che lo schema convenzionale utilizzato è quello previsto dall'art. 11 della legge n. 241 del 1990 (si tratta infatti di “*Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*”), con il corollario che, ai sensi del relativo comma 4-bis, il contenuto della convenzione deve rendere la piena “*garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa*”, come all'evidenza non è per la c.d. clausola di salvaguardia, che – anche per la pretesa rinuncia ai contenziosi già pendenti – si rivela illegittima in quanto, come già detto, frutto di esercizio sviato del potere amministrativo discrezionale di selezione degli operatori privati ammessi al convenzionamento, escludendo aprioristicamente quelli che non accettino di abdicare *de praeterito vel de futuro* al loro diritto di agire in giudizio.

D'altra parte, neppure può ritenersi che le esigenze di rispetto della sostenibilità economica della spesa sanitaria siano (legittimamente) perseguite dall'Amministrazione con la predetta clausola.

Altro sono, infatti, l'indiscussa intangibilità del tetto di spesa e la necessaria compatibilità con essa dell'azione intentata dall'operatore economico interessato a convenzionarsi con il Sistema sanitario pubblico – che rileva sul piano della valutazione di meritevolezza dell'interesse ad agire del ricorrente da parte del giudice adito – altro è, invece, il radicale diniego (surrettiziamente introdotto in forme negoziali, anziché apertamente provvedimentali) di agire in giudizio imposto agli operatori interessati a convenzionarsi.

Il contrasto, infatti, con gli artt. 24 e 113 Cost. si rinviene allorché, come nella specie, l'azione giudiziaria sia *a priori* esclusa o limitata in relazione a “*determinate categorie di atti*”, come previsto dall'art. 12 dello schema di convenzione in questione, ma non anche qualora l'interesse che dovrebbe essere soddisfatto dal giudizio intrapreso non sia ritenuto dall'ordinamento meritevole di tutela, essendo la selezione degli interessi legittimanti le iniziative giudiziarie riservata dalla Costituzione alla valutazione del giudice e non a quella della Pubblica Amministrazione.

Spetta, dunque, soltanto all'organo giudiziario valutare l'ammissibilità e fondatezza di una certa azione dopo la sua proposizione.

La clausola di salvaguardia, pertanto, viola il riparto di attribuzione dei poteri, non potendo la pubblica amministrazione arrogarsi – neppure per via formalmente convenzionale – il potere (che è di esclusiva competenza giurisdizionale) di selezionare gli interessi meritevoli di tutela in virtù di una valutazione né *ex ante* (ossia antecedente alla proposizione dell'azione), né *ex post* (per le ragioni di sviamento *supra* evidenziate), in quanto l'ordinamento riserva detta valutazione al solo controllo *ex post* del giudice munito di giurisdizione.

VI.7. Nella fattispecie, conclusivamente, le appellanti, pur non avendo provato di essere legittimate a contestare per gli ulteriori profili la legittimità del D.A. 30 giugno 2021 impugnato, sono comunque titolari di un interesse, di certo meritevole di tutela, all'annullamento della clausola di salvaguardia contestata per la sua attitudine a disciplinare in modo sviato il rapporto di convenzionamento, pregiudicando, financo, l'instaurazione di contenziosi futuri e imponendo la rinuncia a quelli in corso.

VI.8. L'appello deve, dunque, essere *in parte qua* accolto, con conseguente annullamento dello “*schema di contratto*” allegato al D.A. 30 giugno 2021, pubblicato nella G.U.R.S. del 16 luglio 2021 – Parte I n. 30, limitatamente alla clausola (c.d. *di salvaguardia*) di cui all'art. 12, rubricata “*Rinuncia*”.

V.9. Secondo i principi generali, l'annullamento, nei predetti sensi e limiti, di un atto generale – qual è l'impugnato allegato al decreto assessoriale – è qui pronunciato con effetto *erga omnes*.

Al relativo annullamento, *in parte qua*, il Collegio ritiene debbano seguire gli incombenti di cui all'art. 14, commi 2 e 3, del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 – previsti in materia di ricorso straordinario e per *analogia legis* applicabili, qualunque sia la sede in cui l'annullamento viene pronunciato, alla fattispecie in esame – a cura dell'Assessorato soccombente o, in difetto, della parte più diligente, ma in danno di esso.

Il predetto art. 14 dispone, infatti, che “[q]ualora il decreto di decisione del ricorso straordinario pronunci l'annullamento di atti amministrativi generali a contenuto normativo, del decreto stesso deve essere data, a cura dell'Amministrazione interessata, nel termine di trenta giorni dalla emanazione, pubblicità nelle medesime forme di pubblicazione degli atti annullati. Nel caso di omissione da parte dell'amministrazione, può provvedervi la parte interessata, ma le spese sono a carico dell'amministrazione stessa” (in argomento, cfr. C.G.A.R.S. 23 aprile 2025, n.338; 27 febbraio 2025, n. 133; nonché 16 dicembre 2024, n. 980, n. 981, n. 982, n. 983, n. 984, n. 985, n. 986 e n. 987).

VII. – Le spese processuali.

VII.1. La peculiarità delle questioni di diritto esaminate e la novità dell'orientamento giurisprudenziale espresso dalla presente pronuncia giustifica l'integrale compensazione delle spese processuali del doppio grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, in riforma della sentenza gravata, accoglie in parte il ricorso di primo grado e annulla lo schema di contratto allegato al D.A. 30 giugno 2021, pubblicato nella G.U.R.S. del 16 luglio 2021 – Parte I n. 30, limitatamente alla clausola (c.d. *di salvaguardia*) di cui all'art. 12, rubricata “*Rinuncia*”.

Ordina che del suddetto parziale annullamento sia data pubblicità, a cura dell'Assessorato della salute della Regione siciliana e nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione della presente sentenza, nelle medesime forme di pubblicazione dell'impugnato Decreto Assessoriale; con facoltà della parte interessata di provvedervi in danno dell'Amministrazione in caso di sua inerzia.

Compensa per intero le spese processuali del doppio grado di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2025 con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Giuseppe Chinè, Consigliere

Maurizio Antonio Pasquale Francola, Consigliere, Estensore

Giovanni Ardizzone, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

L'ESTENSORE

Maurizio Antonio Pasquale Francola

IL PRESIDENTE

Ermanno de Francisco

IL SEGRETARIO