

Civile Ord. Sez. U Num. 23540 Anno 2019

Presidente: MANNA FELICE

Relatore: FRASCA RAFFAELE

Data pubblicazione: 20/09/2019

### **ORDINANZA**

sul ricorso 9288-2018 proposto da:

CASA DI CURA MARCO POLO S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, CORSO D'ITALIA 92, presso lo studio dell'avvocato MASSIMILIANO PASSI, che la rappresenta e difende;

**- ricorrente -**

**contro**

AZIENDA SANITARIA LOCALE ROMA 1, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA,

BORGO SANTO SPIRITO 3, presso la sede legale dell'azienda, rappresentata e difesa dall'avvocato GLORIA DI GREGORIO;  
REGIONE LAZIO, in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA MARCANTONIO COLONNA, 27, presso la sede dell'Avvocatura regionale, rappresentata e difesa dall'avvocato ELENA PREZIOSO;

**- controricorrenti -**

per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 50068/2017 del TRIBUNALE di ROMA.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 26/03/2019 dal Consigliere RAFFAELE FRASCA;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale CARMELO SGROI, il quale chiede che la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, dichiari la giurisdizione del giudice amministrativo, con le conseguenze di legge.

**Rilevato che:**

1. Con ricorso ai sensi dell'art. 702-*bis* cod. proc. civ. la Casa di Cura Marco Polo s.r.l. (di seguito Marco Polo) conveniva nel 2017 davanti al Tribunale di Roma la Regione Lazio (di seguito la Regione) e l'Azienda Sanitaria Locale Roma 1 (di seguito ASL) e, premettendo di essere titolare di un'autorizzazione all'esercizio in accreditamento concessa dalla Regione per lo svolgimento di attività sanitarie a carico del Servizio Sanitario Nazionale e di avere stipulato periodicamente con l'ASL gli accordi di cui all'art. 8-*quinquies* del d.lgs. n. 502 del 1992 e successive modifiche, rappresentava di avere ricevuto dall'ASL una nota prot. n. 80011 del 20 luglio 2016, con cui - facendo seguito alle precedenti note prot. n. 55502 del 25 maggio 2016 e prot. n. 247876 dell'11 maggio 2016 e prot. n. 7845 del 29 gennaio 2016, la prima e la terza della stessa ASL e la seconda della Regione - si comunicava l'esito dei controlli esterni per l'anno 2013, espletati sulla base delle previsioni

della norma dell'art. 8-*octies* del citato d.lgs. e dei decreti applicativi n. 58 del 2009 e n. 40 del 2012 emessi dal Commissario *ad acta* della Regione, e si quantificava in € 129.772,00 l'ammontare della penalizzazione ritenuta congrua in relazione all'esito dei detti controlli sull'appropriatezza e sulla qualità dell'assistenza erogata, preannunciando l'intenzione di compensare l'importo ritenuto non dovuto sulla prima fattura emessa dalla ricorrente per le prestazioni in accreditamento.

Sulla base di tali deduzioni, assumendo espressamente l'esistenza della giurisdizione dell'AGO nel presupposto che le somme accertate all'esito dei predetti controlli avessero natura di sanzione amministrativa, la San Marco chiedeva accertarsi in via negativa che: a) nessun provvedimento amministrativo sanzionatorio era stato adottato dalle convenute nei propri confronti a conclusione dei procedimenti avviati sulla base dei detti decreti del Commissario *ad acta*; b) in assenza dei provvedimenti conclusivi dell'iter di detti procedimenti, nessun importo poteva essere recuperato mediante la minacciata compensazione con i crediti maturati e maturandi a proprio favore a fronte delle prestazioni già erogate e da erogare in regime di accreditamento; c) l'inesistenza dell'obbligo di essa ricorrente di emettere alcuna nota di credito ai sensi dell'art. 26 del d.P.R. n. 633 del 1972 o di altra norma fiscale, <<avendo gli importi asseritamente da recuperare natura di sanzione amministrativa>>.

2. Nel costituirsi, le amministrazioni convenute eccepivano il difetto di giurisdizione dell'A.G.O. e la sussistenza della giurisdizione dell'A.G.A.

3. Con ricorso ai sensi dell'art. 41 cod. proc. civ. la San Marco ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione, nel quale ha chiesto dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario.

Al ricorso hanno resistito con separati controricorsi la Regione e l'ASL.

4. Dovendo la trattazione avvenire con il procedimento di cui all'art. 380-ter cod. proc. civ., è stata fatta richiesta al Pubblico Ministero presso la Corte di formulare le sue conclusioni ed all'esito del loro deposito ne è stata fatta notificazione agli avvocati delle parti unitamente al decreto di fissazione dell'adunanza delle Sezioni Unite.

5. La ricorrente ha depositato memoria.

**Considerato che:**

1. Il Pubblico Ministero ha ampiamente argomentato nelle sue conclusioni scritte la sussistenza della giurisdizione dell'AGO con considerazioni che è opportuno riportare.

1.1. Il Pubblico Ministero, dopo avere rilevato che <<la Casa di cura ha proposto ricorso al giudice ordinario, per chiedere una pronuncia di accertamento negativo della pretesa della ASL (e della Regione), svolgendo, in sintesi, alcuni ordini di censure a sostegno della propria domanda tutti imperniati sulla mancanza di un provvedimento sanzionatorio, sul modello della legge n. 689/1981, e, in connessione, sul mancato rispetto degli schemi procedurali inerenti (in particolare, il termine di adozione di un provvedimento espresso)>>, ha osservato quanto segue: <<[...]4. Ad avviso dell'Ufficio, deve essere dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo. 4.1. Cass., S.U., n. 18168/2017 costituisce precedente specifico della presente questione. Vi si faceva questione della domanda proposta da una casa di cura del Lazio contro una ASL, per la richiesta di emissione di note di credito conseguenti a controlli effettuati dall'ente territoriale in base alle disposizioni dei Decreti n. 58/2009 e 40/2012 già citati, controlli il cui esito aveva fatto emergere situazioni di "inappropriatezza" (secondo il lessico delle regole poste dai Decreti) e di non congruità dei servizi resi dalla struttura accreditata, con derivata richiesta di recupero del fatturato secondo gli schemi applicativi dei Decreti in discorso. Nella decisione della S.C., che - conformemente alle conclusioni del rappresentante di questo Ufficio - ha stabilito la giurisdizione del giudice

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

amministrativo, si è rilevato: (a) che in linea generale le Convenzioni e gli accordi tra le ASL e le Case di cura private hanno natura di contratti di diritto pubblico e sono qualificabili come concessioni di pubblico servizio (sulla linea, pacifica, che muove da Cass., S.U. n. 28501/2005); (b) che di conseguenza le relative controversie sono attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo, a norma dell'art. 133, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 104/2010, codice del processo amministrativo (e, prima, dell'art. 5 della legge n. 1034/1971: Cass., S.U., n. 8212/2004); (c) che - con indiretto riferimento alla sola eccezione predicabile in questo ambito, sulla scia di Corte cost. n. 204/2004, ossia alla clausola di riserva attribuita all'A.G.O. delle (sole) controversie in tema di concessione di pubblico servizio che abbiano riguardo a "indennità, canoni o altri corrispettivi" - nella fattispecie non veniva in rilievo la sola contestazione di atti di recupero di posizioni creditorie dell'ASL da determinare facendo applicazione di criteri legali predefiniti, bensì era messo in discussione il profilo valutativo che aveva condotto all'applicazione di quelle "sanzioni" (così impropriamente definite nei Decreti 2009 e 2012 già menzionati) attraverso un apprezzamento sulla adeguatezza e congruità dei servizi resi dalla struttura accreditata; (d) che, in presenza dell'esercizio del potere autoritativo di programmazione sanitaria, espresso sia nel relativo *budget* sia nella definizione del sistema dei controlli a posteriori sull'attività sanitaria e sui criteri operativi, nonché sul correlato potere di applicare le "sanzioni" (penalità patrimoniali), in tanto la struttura sanitaria può contestarne la debenza in quanto, "inevitabilmente", metta in discussione quei controlli e i rispettivi esiti, contestandone la legittimità e il modo di esercizio, giacché la correlazione tra potere di vigilanza e potere sanzionatorio rende il provvedimento adottato ascrivibile alla materia della concessione di pubblico servizio, risultando la determinazione "sanzionatoria" direttamente funzionale alla tutela dell'interesse pubblico al corretto espletamento del servizio-sanità, in un

intreccio di posizioni soggettive di diritto e di interesse che legittima la attribuzione all'A.G.A., in via esclusiva come disposto dalla legge, delle relative controversie (ed è fatto richiamo in tal senso all'applicazione delle penali in materia di servizi pubblici di trasporto, Cass., S.U. n. 12111/2013). Sicché la contestazione della debenza della "sanzione" porta con sé, appunto inevitabilmente, lo scrutinio sulla legittimità dell'attività provvedimentale autoritativa e tecnicamente discrezionale della amministrazione, dal che la affermazione della giurisdizione amministrativa di carattere esclusivo. 4.2. Questi enunciati possono essere qui ribaditi, per pressoché totale sovrapposizione. A ulteriore conferma di questa conclusione sta inoltre la circostanza che, come nel caso deciso dalla citata pronuncia del 2017, l'assunto di base delle censura allora come oggi mossa alle determinazioni dell'amministrazione era rappresentata dalla qualificazione di queste ultime come "sanzioni" amministrative: ieri, per dire che era questa "a tutti gli effetti" la sostanza delle decisioni adottate all'esito dei controlli; oggi per dire che questi esiti non sono stati trasfusi in un provvedimento formale del tipo ordinanza-ingiunzione applicativa di sanzione amministrativa, secondo lo schema della legge n. 689/1981; ma in entrambi i casi per sostenere che si delineaerebbe in capo alla struttura privata accreditata, una posizione di diritto soggettivo, tutelabile solo davanti al giudice ordinario. Questo è infatti il *petitum* sostanziale - da leggere, come sempre, in connessione con la *causa petendi* - del ricorso proposto nel caso in esame davanti al giudice ordinario. Ma è una prospettiva non sostenibile, sotto nessuna delle angolature proposte nel ricorso per regolamento. Il meccanismo dei controlli nel campo del servizio sanitario, erogato dalle strutture private attraverso l'accreditamento e con il meccanismo della cd. tariffazione, è predefinito dalla legge, ossia dall'art. 8-*quinquies* del decreto di riforma del 1992, n. 502: "1. Le regioni, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229, definiscono

l'ambito di applicazione degli accordi contrattuali ed individuano i soggetti interessati, con specifico riferimento ai seguenti aspetti: a) individuazione delle responsabilità riservate alla regione e di quelle attribuite alle unità sanitarie locali nella definizione degli accordi contrattuali e nella verifica del loro rispetto; b) indirizzi per la formulazione dei programmi di attività delle strutture interessate, con l'indicazione delle funzioni e delle attività da potenziare e da depotenziare, secondo le linee della programmazione regionale e nel rispetto delle priorità indicate dal Piano sanitario nazionale; c) determinazione del piano delle attività relative alle alte specialità ed alla rete dei servizi di emergenza; d) criteri per la determinazione della remunerazione delle strutture ove queste abbiano erogato volumi di prestazioni eccedenti il programma preventivo concordato, tenuto conto del volume complessivo di attività e del concorso allo stesso da parte di ciascuna struttura.

2. In attuazione di quanto previsto dal comma 1, la regione e le unità sanitarie locali, anche attraverso valutazioni comparative della qualità e dei costi, definiscono accordi con le strutture pubbliche ed equiparate, comprese le aziende ospedaliere universitarie, e stipulano contratti con quelle private e con i professionisti accreditati, anche mediante intese con le loro organizzazioni rappresentative a livello regionale, che indicano: a) gli obiettivi di salute e i programmi di integrazione dei servizi; b) il volume massimo di prestazioni che le strutture presenti nell'ambito territoriale della medesima unità sanitaria locale, si impegnano ad assicurare, distinto per tipologia e per modalità di assistenza. Le regioni possono individuare prestazioni o gruppi di prestazioni per i quali stabilire la preventiva autorizzazione, da parte dell'azienda sanitaria locale competente, alla fruizione presso le strutture o i professionisti accreditati; c) i requisiti del servizio da rendere, con particolare riguardo ad accessibilità, appropriatezza clinica ed organizzativa, tempi di attesa e continuità assistenziale; (*omissis*). Sulla base di questa norma, nonché dell'art. 79, comma 1-*septies*, del

d.l. n. 112/2008 conv. dalla legge n. 133/2008 (che ha imposto alle Regioni, a fini di economicità e appropriatezza del servizio erogato, un controllo analitico a campione sui dati di ricovero, su base percentuale), i Decreti del 2009 e del 2012 già citati ed in atti (allegati nn. 6 e 7 al ricorso, cui si rinvia) hanno minuziosamente regolato i modi procedurali del controllo di congruità e di appropriatezza, con la previsione di un contraddittorio con le strutture interessate circa i controlli (i cui esiti possono essere "concordati" con la struttura, o no; e in caso di discordanza è previsto un passaggio presso una Commissione di esperti, con compiti di relazione), e con la prefigurazione di aree percentuali diversificate di scostamento dai parametri di congruità/appropriatezza del servizio, cui corrispondono importi crescenti di recupero delle somme già tariffate e fatturate. Una simile conformazione del modello di controllo ne manifesta la totale incompatibilità giuridica con lo schema di principio che regge la materia delle sanzioni amministrative pecuniarie secondo la legge n. 689/1981: certamente proceduralizzato (e dunque compatibile con i canoni della legge n. 241/1990), questo meccanismo non consente di ravvisarvi le regole fondanti della attività applicativa di una sanzione in senso proprio. I provvedimenti di recupero degli importi adottati dagli Uffici regionali, anche attraverso l'avvalimento delle ASL quali enti strumentali, non potrebbero trovare fonte nella *legge* come preteso dalla disciplina della legge n. 689/1981, in particolare e soprattutto, più che per il precetto – in astratto etero-integrabile da parte di fonte secondaria, ma che c'è, a ben vedere: si tratta della cattiva gestione della erogazione del servizio nelle sue molteplici varianti – per la "sanzione", che non è prevista da fonte primaria ma solo, nella complessa articolazione che si è accennata, da provvedimenti generali di amministrazione. La qualificazione, che si è già detto inappropriata in senso tecnico, di "sanzione" (e la virgolettatura presente in Cass., S.U. n. 18168/2017 cit. ne è conferma) è contenuta bensì nei Decreti del

Commissario *ad acta* del 2009 e del 2012 ma la formula lessicale non può certamente vincolare la Corte in questo senso, trattandosi di conseguenza patrimoniale, prevista non da una fonte legislativa ma da un atto amministrativo, quale conseguenza di controlli sulla complessiva gestione del servizio sanitario affidato ai privati, dunque secondo uno schema assimilabile a "penali" nel campo delle concessioni di servizio pubblico, situazioni a fronte delle quali non è ravvisabile una posizione del concessionario che sia tutelabile davanti al giudice ordinario (Cass., S.U., n. 12111/2013 cit.). 4.3. A sostegno della conclusione, inoltre, può osservarsi che, più di recente, Cass., S.U., n. 28053/2018, in controversia avente riguardo a una ingiunzione della struttura accreditata per il pagamento di fatture invase in relazione ai tetti spesa (dunque, con un *petitum* differente da quello ora in discorso, e riferibile al sub-settore dei "corrispettivi" etc. che fondano la giurisdizione ordinaria), ha significativamente ulteriormente sviluppato i connotati della funzione di controllo (che in quel caso erano stati fatti valere, però, dall'ASL solo in via di replica ossia di eccezione; dal che la decisione in concreto nel senso della attribuzione di quel giudizio all'A.G.O, ma appunto solo per ragioni processuali, che impongono, a fini di statuizione sulla giurisdizione di considerare la sola domanda, non la estensione portata dalla eccezione: Cass., S.U., n. 16700/2012). Essa afferma, sempre sulla premessa che si verte in tema di concessioni di servizio pubblico (§ 4.1.), che la negazione della soggezione della struttura alla pretesa creditoria dell'ASL involge la negazione del potere autoritativo espresso con le determinazioni della P.A., giacché le specifiche determinazioni dell'Azienda sono attuative della deliberazione "a monte" (in quel caso, del tetto di spesa nel regime di accreditamento provvisorio; nel nostro caso, dei parametri di congruità e di adeguatezza al cui rispetto sono finalizzati i controlli), ossia di un potere amministrativo riconosciuto dalla legge ed estrinsecato in atti amministrativi a contenuto generale che fissano limiti e condizioni della

gestione del servizio e dei relativi emolumenti: "il potere di attuazione da parte di tali organismi [le ASL, n.d.r.], per il fatto stesso che deve in concreto realizzare quanto disposto dalla regione, non può che avere la stessa natura e dunque anch'esso tendenzialmente carattere autoritativo, ancorché diretto a incidere sul profilo del rapporto di concessione di servizio inerente il corrispettivo che è regolato dall'accordo contrattuale ...il potere dei detti organismi risulta autoritativo per il fatto stesso che deve attuare l'atto regionale espressione di potere autoritativo e tale natura è rafforzata anche dal fatto che per l'attuazione di quanto disposto da detto atto regionale gli organismi debbono compiere a loro volta valutazioni che implicano apprezzamento di interessi di natura pubblicistica inerenti all'organizzazione del servizio sanitario"; così che "il controllo sull'esercizio di tale potere ... non può essere ricondotto nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario inerente alle controversie sulle indennità, sui canoni o altri corrispettivi, ancorché tale provvedimento in concreto incida sulla debenza di tali entità". E' quindi da escludere che nella fattispecie si possa individuare un connotato che sia in qualsiasi senso paritetico/negoziale, tale da assegnare la cognizione del giudizio all'A.G.O., anche perché appare evidente che l'applicazione del recupero degli importi già fatturati è del tutto scollegato da un accertamento sulla misura effettiva dello scostamento, parametrato invece - e così necessariamente accettato dalla struttura privata in sede di concessione di servizio, la cui regolazione è data anche dal contenuto dei Decreti 2009 e 2012 - a soglie percentuali che risultano dalla proiezione figurativa dei controlli effettivi; e appare quindi evidente che nella vicenda *non* si fa questione di "corrispettivi" sinallagmatici in senso proprio. 4.4. Cass., S.U., n. 14428/2017, conferma quanto espresso fin qui: "Le controversie concernenti «indennità, canoni o altri corrispettivi» riservate alla giurisdizione del giudice ordinario dall'art 5 comma 2, della legge n. 1034 del 1971 e, quindi, dall'art. 133, comma 1, lett. c),

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

del d.lgs. n. 104 del 2010, sono essenzialmente quelle contrassegnate da un contenuto meramente patrimoniale, attinente al rapporto interno tra P.A. concedente e concessionario del bene o del servizio pubblico, mentre, laddove la lite esuli da tali limiti, coinvolgendo la verifica dell'azione autoritativa della P.A. sull'intera economia del rapporto concessorio, il conflitto tra P.A. e concessionario viene attratto nella sfera della competenza giurisdizionale del giudice amministrativo. Ne consegue che rientra nella giurisdizione esclusiva di quest'ultima, anche sotto il profilo della lesione dell'affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo, la controversia intrapresa da una casa di cura nei confronti di una AUSL ed inerente il tetto di spesa deliberato per una determinata annualità, la quale, pur formalmente rivolta ad ottenere il pagamento dei corrispettivi spettanti, investe, nella sostanza, la valenza dei "budget" assegnati ed involge un sindacato sull'incidenza dei poteri autoritativi e di controllo che l'Amministrazione regionale conserva *anche nella fase attuativa* dei rapporti di natura concessoria, in coerenza con l'esigenza che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nell'ambito di una pianificazione coerente con i limiti massimi annuali di spesa sostenibile con il Fondo sanitario ed i preventivi annuali delle prestazioni.". 4.5. La giurisdizione amministrativa è altresì coerentemente affermata anche dallo stesso giudice amministrativo: Cons. Stato, Sez. Ili, n. 3189/2015, peraltro citata anche dalla struttura ricorrente, e resa in giudizio per annullamento (negato) dei provvedimenti commissariali in parola, conferma questi tratti, nel dire che l'applicazione delle "sanzioni" si configura come momento di esecuzione della concessione per la gestione del servizio pubblico, che non può essere considerata espressione di una facoltà improntata a un rapporto partitario [*rectius*: partitario], in quanto afferisce all'esercizio di specifici poteri di vigilanza e di controllo sulla correttezza della gestione stessa. Il fatto che la riscossione di detta "sanzione" sia operata mediante detrazione dal

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

corrispettivo costituisce null'altro che una modalità attuativa della pretesa, non una circostanza che colloca il soggetto concedente in posizione paritaria. Che è quanto accade nella specie, in cui la riscossione è attuata attraverso richiesta di emissione di note di credito (possibilità, questa, negata dalla struttura ricorrente, ma con notazioni che non solo non fanno parte del contenuto della domanda giudiziale ma che in ogni caso riguardano il merito, senza interferire sulla determinazione della giurisdizione).>>.

2. Le conclusioni del Pubblico Ministero sono condivisibili nell'approdo alla sussistenza della giurisdizione amministrativa e ciò sulla base delle seguenti ulteriori considerazioni.

2.1. Mette conto in primo luogo di rilevare che la determinazione della giurisdizione sulla controversia, avuto riguardo al fatto che pacificamente essa concerne un rapporto di concessione di servizio pubblico (nel settore sanitario), deve avvenire considerando le previsioni dell'art. 133, comma 1, lett. c), del Codice del processo amministrativo e, dunque, domandandosi se la controversia sia riconducibile oppure no all'ambito della fattispecie di giurisdizione esclusiva dell'A.G.A. individuata da detta norma.

2.1. Quest'ultima reca una formulazione che, dopo un esordio espressamente onnicomprensivo riferito alla <<controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi>>, il quale di per sé sarebbe idoneo ad assoggettare alla giurisdizione esclusiva tutte le controversie in quella materia, cioè che traggano origine da o si ricolleghino ad un rapporto di concessione di pubblico servizio, eventualmente anche con riferimento alla fase della sua insorgenza, in primo luogo stabilisce un'eccezione alla regola generale della soggezione alla giurisdizione esclusiva individuata con il semplice e generico riferimento al detto rapporto.

Essa è relativa alle <<controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi>>.

La norma continua, poi, con una serie di previsioni che vorrebbero essere aggiuntive a quella generale, quando - con la congiunzione "ovvero" (da intendersi non nel senso avversativo, bensì in quello simile a "cioè", "ossia", e dunque esemplificativo della previsione generale) - riferisce la giurisdizione esclusiva alle controversie <<relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità>>.

Si tratta, peraltro, di esemplificazioni che, se non fossero state fatte, non avrebbero comunque - e proprio per il loro carattere esemplificativo - impedito la riconducibilità delle dette controversie alla fattispecie generale di giurisdizione esclusiva. Tale fattispecie, infatti, avrebbe dovuto intendersi secondo la metanorma di cui al comma 1 dell'art. 7 del cod. proc. amm. e, quindi, in modo da comprendere le controversie su <<i>diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posto in essere da pubbliche amministrazioni>>.

In base a tale metanorma, com'è noto fotografante i limiti della giurisdizione esclusiva segnati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004, la giurisdizione esclusiva nella materia delle concessioni di pubblico servizio secondo la previsione generale sarebbe stata ed è idonea - al di là delle esemplificazioni fatte poi dalla stessa lettera c), che comunque vanno lette allo stesso modo - a comprendere tutte le controversie che originino da un rapporto concessorio di pubblico servizio o comunque siano relative alla sua insorgenza, in quanto coinvolgano l'esercizio o il mancato esercizio di un potere

amministrativo, che si esprima in un provvedimento oppure in un atto o un accordo che sia riconducibile a tale esercizio o mancato esercizio oppure in un comportamento che anche mediatamente a detto potere sia riconducibile.

Le esemplificazioni introdotte dalla congiunzione "ovvero" risultano – come s'è già detto – a loro volta da leggersi secondo il disposto della detta metanorma.

Al di fuori della fattispecie di giurisdizione esclusiva così individuata sia sulla base della previsione generale, sia, in modo confermativo ed esemplificativo, da quelle particolari, mette conto di rilevare che si colloca soltanto la giurisdizione sulle <<controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi>>.

2.2. La legge non dice quale sia la giurisdizione su tali controversie, ma, ragionando in negativo e valorizzando l'eccettuazione dalla giurisdizione esclusiva, si potrebbe pensare che essa sia regolata dal criterio normale di riparto della giurisdizione, quello imperniato sulla distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi.

Ne seguirebbe che, quando siffatte controversie riguardino la tutela di una situazione di diritto soggettivo spetterebbero all'A.G.O., mentre spetterebbero all'A.G.A. se riguardino la tutela di una situazione di interesse legittimo.

In realtà, conforme a quanto nella materia doveva ritenersi nella vigenza della l. n. 1034 del 1971, l'eccettuazione implica che le controversie in discorso siano attribuite alla giurisdizione ordinaria se ed in quanto la loro decisione non postuli la cognizione di diritti soggettivi riguardo ai quali, secondo la previsione generale e, se si vuole, le esemplificazioni di cui si è detto, non si configura la giurisdizione esclusiva dell'A.G.A.: tale conclusione è obbligata perché la giurisdizione del giudice amministrativo in via esclusiva sul rapporto concessorio è esclusiva e comprende l'esame di posizioni di diritto soggettivo alle condizioni indicate dall'art. 7, comma 1, del cod. proc. amm.: se, per

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

individuare l'ambito della giurisdizione dell'A.G.O. sulle controversie relative a canoni, indennità e corrispettivi, si applicasse il normale criterio di riparto imperniato sulla distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi, si verificherebbe una palese contraddizione con l'attribuzione all'A.G.A. della giurisdizione esclusiva sul rapporto concessorio, che comprende anche i diritti soggettivi, sebbene alla condizione indicata dall'art. 7, comma 1, citato.

E' sulla base di tale convincimento che le Sezioni Unite hanno già rilevato (nella sentenza n. 28053 del 2018, evocata dal Pubblico Ministero, che, si nota, ha superato Cass., Sez. Un., (ord.) n. 30975 del 2017, evocata nel ricorso):

a) che <<quando la legge [...] allude a dette controversie, usa una formulazione che certamente si presta in prima battuta ad essere intesa come comprensiva anche delle liti nelle quali si discute della pretesa a dette spettanze in quanto dovute sulla base della disciplina del rapporto di concessione e, dunque, anche con riferimento alle varie modalità che esso prevede per la loro determinazione e ciò indipendentemente dal fatto che si tratti di modalità di determinazione espressione di poteri soggetti al diritto comune o di modalità di determinazione espressione di poteri autoritativi della p.a. concedente>>;

b) che, tuttavia, <<in concreto l'ampiezza della formulazione non toglie che il legislatore abbia inteso riferirsi ad esse solo nel primo senso e dunque esclusivamente alla controversia sulla determinazione che dipenda dall'applicazione della disciplina del rapporto concessorio in quanto connotata da una posizione di pariteticità delle parti e pertanto dall'assenza di poteri autoritativi della p.a. concedente e dall'attribuzione ad essa soltanto di poteri *iure privatorum*, cioè dei normali poteri riconosciuti ad una parte di un rapporto di diritto comune, qual è l'accordo contrattuale che la p.a. e il concessionario stipulano per dar corso al regime di erogazione delle prestazioni in c.d. accreditamento;

c) che <<se ed invece la controversia riguardi quella determinazione in quanto dipendente da poteri autoritativi pubblicistici riconosciuti alla p.a., nel senso di abilitarla ad intervenire autoritativamente sulle indennità, sui canoni, sui corrispettivi, la formulazione attributiva della giurisdizione al giudice ordinario non può essere intesa nel senso che ad esso competa di controllare la legittimità dell'esercizio di quel potere>>;

d) che <<questa seconda opzione esegetica è giustificata alla stregua dell'interpretazione costituzionale che si impone in base alla norma dell'art. 113, terzo comma, della Costituzione>>, giacché <<tale norma>>, nel disporre che «la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge, << esige che una legge ordinaria dica espressamente quando la giurisdizione ordinaria in una determinata materia può annullare un atto della pubblica amministrazione e che ne indichi gli effetti>>;

e) che il riferimento all'annullamento, concretandosi l'annullamento nella negazione dell'efficacia provvedimentoale dell'atto, va inteso non solo nel senso che occorre che la legge debba attribuire un potere di annullamento espressamente, ma anche correlativamente nel senso che, in mancanza di tale attribuzione, l'a.g.o., quando le sia attribuita la giurisdizione su un rapporto con una p.a. non può neppure negare quella efficacia sebbene non tramite un formale annullamento, ma disconoscendola>>, atteso che <<tale disconoscimento si risolverebbe in una sorta di annullamento in senso sostanziale>>;

f) che, poiché nel caso di specie la formulazione eccettuativa dall'ambito della giurisdizione esclusiva delle controversie su canoni, etc., non dice espressamente che l'a.g.o. ha il potere di annullare eventuali atti autoritativi incidenti sulla determinazione delle indennità, dei canoni e dei corrispettivi, deve escludersi che la detta giurisdizione possa comprendere la possibilità del giudice ordinario investito di una

controversia al riguardo di deciderla eventualmente annullando formalmente o disconoscendo sostanzialmente l'efficacia (e, dunque, facendo luogo ad una sorta di annullamento sostanziale) il provvedimento della p.a. che abbia inciso in qualche modo sull'obbligazione di corresponsione di indennità, canoni e corrispettivi, con la conseguenza che il giudice ordinario non può essere adito con una domanda che postuli la corresponsione di indennità, canoni o corrispettivi previo annullamento dell'eventuale deliberazione autoritativa della p.a. che abbia inciso in qualche modo sulla loro relativa debenza;

g) che <<poiché la giurisdizione si determina dalla domanda, sebbene secondo il criterio del c.d. *petitum* sostanziale, la stessa soluzione si giustifica nel caso in cui con la domanda si chieda la corresponsione di indennità, canoni o corrispettivi postulando l'accertamento incidentale dell'invalidità della suddetta deliberazione in quanto incidente sulla loro determinazione e ciò per la ragione che, quando si prospetti con la domanda giudiziale un determinato modo di essere di un rapporto pregiudicante, qual è una deliberazione di quel genere, la domanda, pur se il *petitum* formale immediato non concerna tale accertamento, deve ritenersi comprensiva di esso, giacché l'art. 34 cod. proc. civ. concepisce la possibilità di un accertamento incidentale del rapporto pregiudicante (qual è quello concretatosi nella deliberazione incidente) come possibile solo se la contestazione sul suo modo di essere sia prospettata dal convenuto, mentre se esso sia prospettato come contestato dallo stesso attore il relativo accertamento è oggetto della domanda giudiziale>>;

h) che in questo caso il giudice ordinario deve ritenersi investito di una domanda di accertamento della illegittimità della deliberazione e, quindi, secondo il criterio del *petitum* sostanziale, di una domanda di annullamento di essa e deve su tale domanda declinare la giurisdizione, trattenendo la sola domanda di condanna alle indennità, canoni o

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

corrispettivi (salvo poi sospendere il giudizio ex art. 295 cod. proc. civ. su di essa in attesa della definizione di quello rimesso all'A.G.A.;

i) che <<la domanda di annullamento proposta espressamente o impropriamente in via incidentale, una volta considerato che nella materia la giurisdizione del giudice amministrativo è esclusiva, è da ascrivere alla giurisdizione del giudice amministrativo secondo tale qualificazione e non in via di sola legittimità, con la conseguenza che concerne indifferentemente tanto la cognizione degli interessi legittimi quanto quella dei diritti soggettivi>>.

2.3. Dunque, l'ambito della giurisdizione ordinaria quando si discuta di indennità, canoni e corrispettivi risulta escluso allorché la discussione sulla loro determinazione e debenza riguardi l'incidenza di poteri autoritativi riconosciuti alla p.a. ed è possibile solo se riguardi profili paritetici esulanti dall'incidenza di tali poteri oppure se si è ottenuta dinanzi all'A.G.A. tutela contro l'esercizio di quei poteri (si veda già per questa precisazione Cass., Sez. Un., (ord.) n. 21111 del 2017).

La stessa decisione appena evocata ha sottolineato che, quando penda il giudizio amministrativo sull'impugnazione del provvedimento incidente, il giudice ordinario chiamato a decidere sulla debenza di canoni, indennità e corrispettivi deve sospendere il giudizio ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ.

Sulla base di queste considerazioni, venendo alla fattispecie oggetto della controversia viene in rilievo che:

aa) la domanda proposta dalla ricorrente concerne nella sostanza l'accertamento negativo di un preteso "indebito" concernente somme da essa riscosse in ragione delle prestazioni concessorie nel 2013. Credito da "indebito" vantato dall'Amministrazione con la richiesta di emissione di note di credito, accompagnata dalla prospettazione, in mancanza, di una "compensazione" con quanto dovuto per somme fatturande dalla ricorrente quale corrispettivo di prestazioni non ancora pagate;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

bb) la domanda si presenta certamente riconducibile alla nozione delle <<controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi>>, in quanto la pretesa delle Amministrazioni si risolve nella postulazione che una parte dei corrispettivi riscossi non siano dovuti e debbano restituirsi;

cc) la richiesta delle Amministrazioni appare, però, giustificata sulla base dell'esercizio di un'attività riconducibile ad un potere autoritativo riconosciuto dalla legge ed attuato con i decreti del commissario *ad acta* e le domande proposte dalla ricorrente tendono ad accertare – come domande di accertamento negativo di pretesa vantata da esse – l'inesistenza del presupposto per la restituzione o, se si vuole, della non debenza di parte dei corrispettivi pagati.

Il potere il cui esercizio sorregge la pretesa delle Amministrazioni è quello di cui all'art. 8-*octies* del d.lgs. n. 502 del 1992, come inserito dall'art. 8, comma 4, del d.lgs. n. 229 del 1999 e, quindi, ulteriormente integrato dall'art. 8, comma 3, lett. o) del d.lgs. n. 254 del 2000, là dove, sotto la rubrica "controlli", al comma 1 si dispone che <<La regione e le aziende unità sanitarie locali attivano un sistema di monitoraggio e controllo sulla definizione e sul rispetto degli accordi contrattuali da parte di tutti i soggetti interessati nonché sulla qualità della assistenza e sulla appropriatezza delle prestazioni rese>> e, quindi al comma 3, lettera a), per quanto in questa sede interessa, si prevede che: <<con atto di indirizzo e coordinamento, emanato entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del *decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229*, sentita l'Agenzia per i servizi sanitari regionali, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sono stabiliti, sulla base dei criteri di cui all'*articolo 8-quinquies*, i principi in base ai quali la regione assicura la funzione di controllo esterno sulla appropriatezza e sulla qualità della assistenza prestata dalle strutture interessate>>, per poi, sotto la lettera a) stabilire che <<Le regioni, in

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

attuazione dell'atto di indirizzo e coordinamento, entro sessanta giorni determinano [...] le regole per l'esercizio della funzione di controllo esterno e per la risoluzione delle eventuali contestazioni, stabilendo le relative penalizzazioni>>.

L'accertamento dell'esistenza in astratto ed in concreto del detto potere rientra, senza possibilità di una rilevanza della connotazione della situazione giuridica coinvolta sotto le categorie del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo, nella giurisdizione dell'A.G.A.

2.4. La ricorrente ha prospettato nel ricorso ed argomenta ulteriormente nella memoria che il "vanto" così manifestato dalle amministrazioni (con le richieste di note di credito indicate sopra nel "rilevato che") non si sarebbe concretato in un provvedimento di c.d. penalizzazione e su questa base ha sostenuto e sostiene che in difetto di provvedimento, proprio sulla base di Cass., Sez. Un., n. 20853 del 2018, si dovrebbe configurare la giurisdizione del giudice ordinario, in quanto la mancanza di un provvedimento collocherebbe la vicenda su un piano paritetico, cioè quello di un mero inadempimento del rapporto concessorio.

2.5. L'assunto è privo di pregio: è sufficiente rilevare che l'invio delle note di credito integra comportamenti che la p.a. ha giustificato, come del resto è scritto nel punto 7 e nel punto 8 delle premesse del ricorso introduttivo del giudizio dinanzi al tribunale capitolino, sulla base delle risultanze dell'esercizio del potere di controllo previsto dalle disposizioni del citato art. 8-*octies*, come attuate sulla base dei decreti del commissario *ad acta*.

Sotto tale profilo il "vanto" espresso nella richiesta delle note di credito e la stessa minaccia di compensazione in mancanza integrano, alla stregua dell'art. 7, comma 1, cod. proc. amm., "comportamenti" riconducibili all'esercizio del potere di controllo. Il fatto che tali comportamenti non costituiscano un provvedimento non toglie che la discussione su di essi inerisca alla giurisdizione esclusiva dell'A.G.A.,

secondo la previsione del comma 1 dell'art. 7 del cod. proc. amm., atteso che si tratta di comportamenti prodromici all'eventuale emissione di un provvedimento e comunque considerato che sono comportamenti che si collocano successivamente all'esercizio dell'attività di controllo, che, essendo procedimentalizzata si è essa stessa collocata, sotto il profilo della giurisdizione, nella fattispecie esemplificatoria riconducibile, al di là dell'assorbimento della già segnalata previsione generale della giurisdizione sul rapporto concessorio, all'ipotesi esemplificatoria dell'attività procedimentale diretta a sfociare in un provvedimento. Rappresentando lo svolgimento procedimentale ed i suoi atti e comportamenti pur sempre comportamenti riconducibili e finalizzati all'esercizio del potere di controllo secondo il comma 1 del citato art. 7.

E' appena il caso, poi, di rilevare che la questione della possibilità di adire quella giurisdizione sotto il profilo della esperibilità dell'azione di accertamento negativo in mancanza di emissione di un provvedimento è, naturalmente, una questione che inerisce le condizioni di esercizio della tutela giurisdizionale amministrativa e, dunque, inerente al "merito" dello svolgimento della cognizione di quella giurisdizione, non potendo, del resto, l'eventuale inammissibilità secondo il cod. proc. amm. di un'azione di accertamento negativo (come emergerebbe dagli artt. 29, 30 e 31 di quel codice e non senza rilevare che la tecnica di cui all'art. 31 bene potrebbe svolgere una funzione in qualche modo succedanea) non giustificerebbe affatto una sorta di residuale giurisdizione dell'A.G.O.: ciò proprio in quanto l'accertamento negativo è una tecnica di tutela, sicché la mancata previsione dinanzi alla giurisdizione amministrativa resterebbe un limite interno a quella giurisdizione.

2.5. Del tutto priva di rilievo è l'ulteriore prospettazione della ricorrente, su cui ha indugiato il Procuratore Generale, che nella specie si sarebbe in presenza di un'attività sanzionatoria riconducibile alla tutela esperibile davanti al giudice ordinario ai sensi della l. n. 689 del

1981. Al di là e prima delle giuste considerazioni svolte dal Pubblico Ministero ed anche dalla Regione nel suo controricorso, si rileva che, se pure la c.d. penalizzazione si configurasse come una sanzione amministrativa assimilabile a quelle disciplinate dalla l. n. 689 del 1981, l'ampiezza già segnalata della giurisdizione esclusiva di cui alla lettera c) del comma 1 dell'art. 133 in ogni caso e ciò anche a prescindere da una riconduzione della fattispecie alla previsione generale della giurisdizione esclusiva, piuttosto che a quella esemplificativa sui controlli, comporterebbe che la controversia sul potere pur in ipotesi "sanzionatorio" e, quindi, sulla comunicazione delle sue condizioni e sulla minaccia del suo esercizio, come nella specie, rientrerebbe comunque nella giurisdizione esclusiva, non avendola eccettuata il legislatore.

Tanto rende irrilevanti, al di là di ogni valutazione sulla fondatezza del valore che gli attribuisce la ricorrente nella memoria, le considerazioni basate sull'art. 9, commi 2, 3 e 4, della legge Regione Lazio n. 13 del 2018, là dove si usa l'espressione sanzione amministrativa.

Le svolte considerazioni si intendono formulate a precisazione ed integrazione di quelle di cui a Cass., sez. Un., n. 18168 del 2017.

3. Deve, in conclusione dichiararsi la sussistenza sulla controversia della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c) e ciò alla stregua del seguente principio di diritto: <<Rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c) del cod. proc. amm. la domanda con cui una concessionaria di pubblico servizio sanitario in seno al Servizio Sanitario nazionale, a seguito dell'invio da parte dell'amministrazione sanitaria, all'esito dell'esercizio del potere di controllo di cui all'art. 8-*octies* del d.lgs. n. 502 del 1992 e della relativa normativa di attuazione, della richiesta di emissione di note di credito a titolo di c.d. penalizzazione ai sensi del comma 3, lettera a) di detta

norma, e della minaccia, in mancanza di emissione delle stesse, di compensare il preteso su corrispettivi fatturandi dalla concessionaria, chieda in via negativa l'accertamento della mancata adozione di un provvedimento amministrativo sanzionatorio, nonché della inesistenza delle condizioni della minacciata compensazione e di non essere tenuta ad emettere le chieste note di credito.>>.

4. I profili di novità prospettati con il ricorso ed emergenti dalla particolarità della fattispecie anche rispetto al precedente di cui alla sentenza di questa Corte di cui a Cass., Sez. Un., n. 18168 del 2017, nonché l'esistenza del pur superato precedente di cui a Cass., Sez. Un., (ord.) n. 30975 del 2017, giustificano la compensazione delle spese del giudizio di regolamento.

**P. Q. M.**

La Corte dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo. Compensa le spese del giudizio di regolamento.

Così deciso nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili il 26 marzo 2019.