

LA RESPONSABILITÀ ERARIALE NELLA GESTIONE DELLA SPESA SANITARIA: RICOGNIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA¹

Di Laura d'Ambrosio
Consigliere Corte dei conti

Sommario

1. La dimensione finanziaria del settore sanitario
2. Cenni di inquadramento costituzionale e legislativo
 - 2.1 La struttura organizzativa del Sistema Sanitario Nazionale
 - 2.2 Il sistema di finanziamento
3. Illustrazione della successiva trattazione
4. Spesa farmaceutica e compartecipazione
 - 4.1 Iper-prescrizione
 - 4.2 Responsabilità nella riscossione dei ticket
5. Rimborsi non dovuti a strutture accreditate
6. Irregolarità nell'erogazione del servizio
7. Violazione dell'esclusiva
8. Lo spreco in sanità è realmente oggetto di responsabilità erariale?

Abstract

Responsibility in the management of health expenditure: recognition of the jurisdictional cases of the Court of Auditors

Health expenditure accounts for a substantial part of public expenditure and about 75% of regional expenditure. The overall legislation is complex and largely subject to interventions by the Constitutional Court, added to which there are regulation differences at a regional level. The author analyses whether and in what terms health expenditure is subject to accounting responsibility. There are 3 main strands concerning: pharmaceutical expenditure, expenditure for the provision of services, and expenditure for the exclusive provision of medical services. The article concludes that most of the irregular, useless or wasteful expenditure is not adequately recovered on account of fiscal responsibility.

1. La dimensione finanziaria del settore sanitario

La spesa sanitaria italiana è circa 1/3 della spesa pubblica ed intorno al 75% della spesa regionale.

Nel 2017, complessivamente, ammontava a 204.034 milioni di euro, di questi 113.131 milioni di spesa pubblica e 41.789 milioni di spesa privata; per la quota privata 35.989 milioni erano a carico delle famiglie (compresi i *ticket*) e 5.800 milioni costituivano spesa effettuata da soggetti assicurativi o mutualistici².

Nel complesso il settore rappresenta il 6,6% del PIL³. Nell'ultimo decennio la spesa *pro-capite* sanitaria è variata poco, mantenendosi tra i 1800 e i 1900 euro all'anno⁴.

¹ L'articolo è stato sottoposto a procedura di referaggio

² Dati Ragioneria Generale dello Stato elaborazione fondazione GIMBA, il dato viene indicato solo per dare un ordine di grandezza del settore, con la consapevolezza che aggregati diversi di calcolo possono dare risultati parzialmente diversi.

³ Sezione Autonomie della Corte dei Conti, *Referto al Parlamento sulla gestione economico-finanziaria degli enti del Servizio Sanitario*, anno 2019 delibera 13/2019/FRG.

⁴ Referto Sezione Autonomie citato, p. 32. Anche rispetto ai dati OCSE la spesa procapite in sanità per l'Italia è leggermente al di sopra della media EU. Questi pochi dati contribuiscono a sfatare la *vulgata* che vedrebbe la spesa

L'andamento pluriennale del totale della spesa ha visto una maggior crescita nel decennio 2000-2009 ed una crescita più moderata nel periodo 2010-2018. Il contenimento della dinamica della spesa è avvenuto, con riferimento alla parte corrente, e soprattutto a carico della spesa del personale e della farmaceutica, mentre la riduzione più significativa è stata a carico della spesa per investimento, come avvenuto in quasi tutti i settori della PA⁵.

Il controllo esterno della spesa sanitaria viene effettuato dalle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti attraverso le attività di verifica dei rendiconti regionali, con referti specifici sulla spesa sanitaria, nonché con pronunce di accertamento su singoli enti del sistema sanitario nazionale⁶.

Il settore è ovviamente strategico ed estremamente complesso sia da un punto di vista legislativo sia come organizzazione amministrativa, ragione per cui si ritiene utile, ai fini della successiva ricognizione, effettuare un sintetico *excursus* di inquadramento normativo.

2. Cenni di inquadramento costituzionale e legislativo

L'art. 32 della Costituzione indica la "salute" tra i diritti fondamentali dell'individuo⁷. Si tratta di una disposizione davvero dal contenuto sintetico a cui gli interventi legislativi e della Corte Costituzionale hanno dato progressivamente spessore⁸.

Per garantire prestazioni su tutto il territorio nazionale in maniera quanto più possibile uniforme lo Stato ha la competenza esclusiva per la definizione dei "livelli essenziali delle prestazioni" (art. 117, comma 2, lett.m)⁹ che, nel caso della sanità, diventano Livelli Essenziali di Assistenza¹⁰.

sanitaria in notevole contrazione nell'ultimo decennio. Come accade anche in altri contesti, si tende a confondere il contenimento della crescita della dinamica della spesa con una effettiva riduzione della stessa.

⁵ Dati ricavati da *Il monitoraggio della spesa sanitaria, Rapporto n. 5*, Mef, (edizione anno 2018).

⁶ Per un approfondimento si veda SUCAMELI, F. "La competenza statale nella definizione dei LEA" in TENORE, V. "Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei Conti", Milano, 2019, p.297 e seg; nonché D.CENTRONE *Il controllo sui conti del Servizio Sanitario Nazionale*, in A. GRIBAUDO, R. PATUMI, *I controlli della Corte dei Conti* Rimini, 2020, p. 351 e seg.

⁷ Come si può leggere negli Atti dell'Assemblea Costituente l'aggettivo "fondamentale" è stato aggiunto in sede di discussione del testo che originariamente non lo prevedeva, B. PEZZINI, *Diritto alla salute: profili costituzionali* in *Diritto e società* 1983, p. 25; Cfr. anche, senza alcuna pretesa di esaustività, C. E. GALLO, B. PEZZINI, *Profili attuali del diritto alla salute* Milano, 1998; M., LUCIANI, *Salute*, voce in *Enciclopedia Giuridica XXVII*, Roma, 1991; P. VINCENTI AMATO, *Articolo 32*, in *Commentario alla Costituzione* diretto da G. BRANCA, Bologna – Roma 1976; M. SANTILLI, M. GIUSTI, *Tutela della salute* in *Enciclopedia Giuridica*, XXVII, Roma 1991; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998; N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003; C DE VINCENTI, R. FINOCCHI GHERSI, A. TARDIOLA *La sanità in Italia: organizzazione, governo, regolazione e mercato*, Bologna 2010 E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli 2013.

⁸ E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2013, p. 27. Quanto segue in termini di analisi degli interventi della Corte Costituzionale, oltre ad essere necessariamente sintetico, si indirizza agli aspetti riguardanti le modalità di spesa perché sono quelli funzionali alla comprensione dell'indagine che segue.

⁹ A. CAROSI *La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*, in *Rivista AIC*, 4/2017; si veda anche Corte costituzionale 438 del 2008 e 200 del 2005. M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2 lett. m)* in *Politica e diritto* 2002, p. 354. Inoltre, "la determinazione degli standard strutturali e qualitativi di prestazioni che, concernendo il soddisfacimento di diritti civili e sociali, devono essere garantiti, con carattere di generalità, a tutti gli aventi diritto." (Corte Costituzionale 121/2014, 322/2009, 168 e 50/2008). Infine, con la sentenza 192/2017 la Corte descrive un sistema legislativo pluri-livello dove convergono competenze statali e regionali eterogenee. Si veda anche ANTONINI, L. "Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria" in *Federalismi.it* n.22 del 2017, dove si parla di "crocevia" di competenze tra Stato e Regioni.

¹⁰ CARPANI, G. "La cooperazione tra Stato e regioni nella definizione dei LEA" in *Sanità pubblica e privata* n.5, 2008, p.5. L'autore nel descrivere il concetto di "essenzialità" distingue i LEA dai livelli di assistenza "minima" che caratterizzano altri sistemi sanitari di carattere sociale. Si veda anche BOTTARI, C. "Profili innovativi del sistema sanitario", Torino, 2018, p. 70. I LEA sono periodicamente sottoposti a monitoraggio da parte del Tavolo

Perciò, lo Stato è titolare di poteri di garanzia della spesa erogata in termini di prestazione offerta¹¹ mentre l'ente erogatore, la Regione, è responsabile sul piano organizzativo della gestione del servizio sanitario¹². E' necessaria, quindi, una collaborazione tra Stato e Regioni, affinché la garanzia di erogazione dei LEA venga riempita di contenuto concreto e reale; le Regioni devono, tra l'altro, "*collaborare all'individuazione di metodologie parametriche in grado di separare il fabbisogno finanziario destinato a spese incompressibili da quello afferente ad altri servizi sanitari suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità finanziaria*"¹³. Tale separazione è necessaria perché, già da tempo, la Corte Costituzionale ha salvaguardato il diritto ad ottenere determinate prestazioni rispetto all'obbligo di controllare la sostenibilità della spesa, sancendo una sorta di primazia del diritto alla salute rispetto al, comunque necessario, mantenimento dell'equilibrio di bilancio¹⁴. Affinchè ciò sia concretamente applicabile è necessario che sia correttamente individuata la spesa da destinare alle prestazioni garantite, separandola dalla spesa che invece è genericamente finalizzata all'erogazione dei servizi¹⁵. D'altra parte, è inconfidente l'utilizzo dei LEA, da parte dello Stato, per sottrarre alla potestà legislativa regionale interi settori di normativa¹⁶.

Come accennato, negli ultimi anni vi sono state numerose sentenze della Corte Costituzionale che hanno riguardato, appunto, l'erogazione della spesa sanitaria e la necessità di rispettare i LEA in raffronto con il rispetto della regola dell'equilibrio di bilancio, posto che "*è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*"¹⁷.

Tecnico ministeriale, ai fini di distribuzione delle risorse, e anche dal sistema di monitoraggio (NSG). Nuove griglie dovrebbero entrare in vigore dal 2020.

¹¹ C. BUZZACCHI, *Chi garantisce i LEA nelle Regioni commissariate? Nota a Corte Costituzionale n.247 del 27 dicembre 2018* in *Le Regioni*, 1/2017, p. 307; A. CAROSI, *Interessi finanziari e prestazioni sociali nella dimensione nazionale ed in quella Europea*, in *Atti del Convegno di contabilità pubblica Pisa 2018, La dimensione globale della finanza e della contabilità pubblica*, p. 181.

¹² Necessariamente ci si limita a brevi cenni su argomenti molto vasti. Per un approfondimento F. PETRONIO, *Spesa sanitaria e livelli essenziali delle prestazioni* in *AziendaItalia* 5/2020, n.5, p.784; E. CAVASINO, E. "*La flessibilità nel diritto alla salute*", Napoli, 2012; SUCAMELI, F. "*La giurisdizione sul bilancio sanitario*" in TENORE, V. "*Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei Conti*", Milano, 2019, p. 291.

¹³ Corte Costituzionale sentenza 167/2017; C. BUZZACCHI, *Il ruolo del servizio sanitario ospedaliero in ambito locale alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA* in *Forumcostituzionale.it*, giugno 2020.

¹⁴ Il punto era già stato in parte anticipato da E. CAVASINO, *op cit*, nell'analisi dei limiti finanziari rispetto al diritto alla salute qualificato come diritto alla prestazione, con nota critica rispetto a questa ricostruzione (cfr. p.108). Interessante *ibidem* anche la ricostruzione prospettica dei limiti finanziari nel quadro dell'integrazione europea, p. 125 e seg.

¹⁵ C. SALAZAR, "*Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*", Torino, 2000; E. BOSCOLO, M. CAFAGNO, *Lo Stato dispensatore: le prestazioni del servizio pubblico tra universalismo e selettività*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, p.85. Si noti che il tema del costo dei diritti sociali è stato ampiamente trattato in dottrina, tra gli altri, per la specifica attinenza alla materia qui esposta O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi ed implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. Cost.* 1998, p. 1172. E. BALBONI *Il concetto di livelli essenziali ed uniformi come garanzia dei diritti sociali*, in L. CHIEFFI, *Evoluzione dello Stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, Padova, 2001, p.234. Si veda anche I, CACCIAVILLANI, "*Il diritto del malato alle cure*" in *Giust. Civ.* 1997, II, p. 420 con un'ampia ricostruzione della giurisprudenza civilistica sulla materia. Nonché R. FERRARA, PM VIPIANA, "*Principi di diritto sanitario*", Torino, 1999; F. PALLANTE, *I diritti sociali tra federalismo e principio di eguaglianza sostanziale*, in *Diritto Pubblico*, n.2, 2011, p. 251.

¹⁶ Sentenza Corte Costituzionale n. 181/2006. Da ricordare, a questo proposito, rinviando poi al successivo paragrafo sul finanziamento, che la gratuità della prestazione sanitaria è garantita agli "indigenti" anche se in sostanza una notevole parte del servizio sanitario è gratuito. Cfr. M. SICLARI, *L'articolo 2 primo comma* in *Monitor*, n.29, 2012

¹⁷ Sentenza Corte Costituzionale n. 275/2016. A partire dal 2016 il cambio di paradigma della Corte Costituzionale rispetto alla spesa per la salute è stato evidente. Precedentemente, pur con interventi che garantivano il rispetto

Da ultimo, con alcune sentenze del 2020¹⁸, la Corte ha ribadito che, se la determinazione dei LEA rientra nelle competenze dello Stato, la sua proiezione in termini di fabbisogno deve essere garantita a livello regionale; in linea di massima, anche lo spostamento di risorse dagli investimenti alla spesa corrente è giustificato dall'esigenza di garantire sufficienti risorse ai LEA (da ultimo sentenza 157/2020)¹⁹.

In sintesi quindi, da un punto di vista di inquadramento generale, il diritto alla salute è alla base di un complesso intreccio di competenze regionali e statali e vede la tutela della persona tendenzialmente prevalente, pur nel rispetto dell'equilibrio di bilancio.

2.1 La struttura organizzativa del Servizio Sanitario Nazionale

Il Servizio Sanitario Nazionale è stato istituito, superando il sistema delle casse mutue, dalla L. n.833/1978 che si poneva l'intento di rendere le prestazioni sanitarie nazionali accentrate nella garanzia del Servizio, anche se erogate poi su base territoriale attraverso, originariamente, le Unità Sanitarie Locali, poi trasformate in aziende dal d.lgs. 502/1992²⁰. La legge del 1978 voleva essere soprattutto una regolamentazione di principio e nazionale che si poneva come scopo l'orientamento ed il coordinamento delle prestazioni sanitarie sul territorio²¹.

L'organizzazione dell'apparato pubblico è rimessa alle Regioni nella cornice delle previsioni nazionali ed in base alle singole leggi regionali.

In linea di massima, la Regione distribuisce presso gli enti territoriali²² una quota significativa delle risorse, trattenendone come spesa diretta una parte, nella cosiddetta Gestione Sanitaria Accentrata.

dell'autonomia territoriale, la Corte aveva più volte ammesso la possibilità di introdurre limite di spesa a garanzia del necessario coordinamento con i vincoli di finanza pubblica: il vincolo finanziario costituiva un vincolo alla discrezionalità del legislatore, quanto meno in termini di rispetto della stabilità del bilancio. Si vedano in particolare Corte Costituzionale 372/2003 e Corte Costituzionale 40/2011. Cfr. A. DE SIANO, *L'autonomia finanziaria di entrata e di spesa degli enti territoriali*, Bologna 2006, p. 295, La questione della prevalenza del diritto rispetto alle risorse disponibili si estrinseca con la sentenza n. 275/2016 che trattava della compressione della spesa per la frequenza scolastica di alunni disabili. Da allora molteplici volte la Corte è intervenuta per chiarire il punto del rapporto tra risorse disponibili e spesa per i LEA. Tra i commenti alla sentenza 275/2016 si vedano in particolare, L. ARDIZZONE, E. DI MARIA, *La tutela dei diritti fondamentali ed il "totem" della programmazione: il bilanciamento (possibile) fra equilibrio economico-finanziario e prestazioni sociali (brevi riflessioni a margine di Corte cost., sent. 275/2016)*, in *Diritti regionali*, fascicolo 2, 2017; F. BLANDO, *Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto*, in *Federalismi*, 10, 2017; R. CABAZZI, *Diritti incompressibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275/2016*, in *Forumcostituzionale.it*, 3, 2017; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Consulta Online*, 1, 2017; L. MADAU, *"È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione"*. Nota a Corte cost. n. 275/2016, in *Osservatorio AIC*, 1, 2017.

¹⁸ Ci si riferisce in particolare alle sentenze 62, 72, 91 e 157/2020 tutte in materia di prestazioni sanitarie. Cfr i relativi commenti C. BUZZACCHI *op. cit. in nota 11*; F. CANCELLA, *Nota alle sentenze 62 e 157 del 2020*, in pubblicazione in *Giur. Cost* 4/2020; K. NIKIFARAVA *Il diritto alla salute e la contabilità negli enti del SSSN* in *Riv. Corte Conti*, 4/2020 p. 282

¹⁹ Sul punto di veda M. BEVILACQUA, *La Corte Costituzionale delinea l'intrecci in materia di LEA nei rapporti Stato Regioni e nell'intermediazione economica con i fornitori*, pubblicato in www.dirittoconti.it 28 maggio 2020; F. SUCAMELI, *La tutela multilivello del diritto alla salute: guida alla lettura della sentenza 62/2020* in www.dirittoconti.it pubblicato il 17 aprile 2020.

²⁰ ROVERSI MONACO F., *"Il Servizio sanitario nazionale. Commento alla legge 23 dicembre 833"*, Milano, 1979.

²¹ Occorre ricordare, comunque che il decennio 1968-1978 aveva visto diversi interventi legislativi di cui la legge 833 è l'ultima e più complessiva espressione. Già erano stati resi pubblici gli ospedali (l.132/1968), sopresse le casse mutue (l.349/1977) e regionalizzate alcune funzioni amministrative (DPR 4/1972); sull'evoluzione cfr. N. AICARDI *La Sanità* op cit. p.377, nonché AAVV *Il Servizio Sanitario Nazionale. Commento alla legge 388/1978*, Milano, 1979.

²² Principalmente si tratta di Aziende Sanitarie e Aziende Ospedaliere, ma vi sono anche altri enti tra cui gli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS) e enti che possono dipendere dalla specifica organizzazione regionale

Le aziende erogatrici pubbliche operano in base a criteri manageriali e adottando la contabilità economica, perciò il principale documento contabile è il bilancio di esercizio che, però, viene approvato dalla Regione e non dall'azienda (che lo predispone e sottopone ad approvazione). La stringente *governance* tra Regione e aziende è esercitata anche attraverso il potere di nomina dei vertici. L'ente regionale, quindi, ha poteri più incisivi rispetto, ad esempio, ad una capogruppo nel diritto civile²³. Il sistema sanitario, da un lato, utilizza modelli privatistici nelle attività di direzione e negli aspetti contabili, dall'altro resta improntato ad una forte ingerenza del potere pubblico regionale.

La Regione può avvalersi, per erogare spesa sanitaria, anche di enti privati con i quali sottoscrive contratti per la definizione delle modalità di erogazione del servizio²⁴. Il tema della compatibilità dell'erogazione di questo servizio pubblico tramite soggetto privato è stato molto dibattuto dalla dottrina anche in termini di tenuta rispetto al dettato costituzionale.

Non vi è dubbio, infatti, che una scelta organizzativa di questo genere può incidere sulla tutela della salute che è un diritto profondamente condizionato dalle risorse e dalle modalità di erogazione²⁵. L'introduzione di una possibilità di erogazione dei servizi da parte di soggetti privati, in prospettiva persino concorrenziali con il settore pubblico, ha aperto un ampio dibattito²⁶. Tuttavia, la Corte Costituzionale ha sempre ammesso che il diritto alla salute possa essere tutelato anche in presenza di scelte organizzative qualificanti da parte del legislatore, il quale dovrà contemperare le proprie esigenze strutturali con la libertà di scelta del fruitore del servizio e con la dovuta efficienza nell'organizzazione dello stesso²⁷.

Il ruolo dell'erogatore privato era sussidiario fino al 1992, ma è poi diventato del tutto complementare²⁸. E' tutt'ora previsto che, nella definizione dell'accreditamento, la Regione

²³ Si ricorda, in modo necessariamente sintetico, che i "risultati" economici delle aziende (economici perché questi soggetti applicano la contabilità economica) dovrebbero poi essere consolidati con la struttura finanziaria della contabilità Regionale e confluire nel rendiconto regionale. Ciò è previsto dall'art. 32 del d.lgs.118/2011 che stabilisce le regole del consolidamento. Non potendo andare oltre questi brevi cenni si rinvia a SUCAMELLI, F. "La giurisdizione sul bilancio sanitario" in TENORE, V. "Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei Conti", Milano, 2019, p. 346 e seguenti; A. PIOGGIA, M. DUGATO, S. CIVITARESE MATTENUCCI, G. ROCCA, I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità, Sant'Arcangelo di Romagna, 2011; N. AICARDI, La sanità, in S. CASSESE, Trattato di diritto amministrativo, Milano, 2003, p.671

²⁴ La scelta di quanto offrire tramite sanità privata accreditata e quanto attraverso il sistema pubblico è una scelta organizzativa fortemente caratterizzante il modello regionale. Vi sono ampi studi di confronto tra regioni a cui si rinvia per un approfondimento si veda in particolare M. D'ANGLEOSANTE, Strumenti di controllo della spesa sanitaria e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario, Sant'Arcangelo di Romagna, 2012; AAVV Atti del convegno Analisi del modello organizzativo aziendale in sanità, Perugia 2007. F. TOTH Le politiche sanitarie: modelli a confronto, Roma-Bari, 2009. Anche se ormai datato un confronto tra modelli regionali si trova in E. GRGLIO, V ANTONELLI, Le politiche sanitarie nelle Regioni, pubblicazioni Astrid, Roma, 2011.

²⁵ Cf. Corte Cost. 383 del 1998; E. Cavasino, op cit., p. 95 e seg.

²⁶ Il tema è ovviamente comune ad altri settori ed altri servizi pubblici, Si veda, per tutti, C. CAIA, La disciplina dei servizi pubblici, in F.G. SCOCA, Diritto Amministrativo, Bologna, 2011, p. 654

²⁷ Corte Costituzionale 267/1998, la sentenza è tra l'altro commentata da L. Tria, Il ruolo della Corte costituzionale nella tutela dei diritti sociali nell'ambito dell'ordinamento integrato, Giornata di studi su "I diritti sociali: ordinamento messicano e italiano a confronto", svoltasi il 18 aprile 2012, Università La Sapienza.

²⁸ Ricordiamo, infatti, che tra il 1978, epoca della prima riforma sanitaria e il 1992 esisteva un sistema di autorizzazione alla prestazione da parte del privato che si basava sul principio della sussidiarietà: era consentito quindi rivolgersi alle strutture non pubbliche solo previa dimostrazione dell'impossibilità di avvalersi di strutture private. Dopo il 1992, invece, il sistema dell'accreditamento è di fatto parificato al sistema pubblico; infine, con la riforma attuata con il d.lgs. 229/1999 si sposa il principio della libertà di scelta del cittadino rispetto all'erogatore del servizio. Sul punto BOCALE, G. "Sulla natura giuridica dell'accreditamento sanitario" in Federalismi, 25 luglio 2018, nonché, ROBOTTI, F. "Ssn e standard di qualificazione dell'accreditamento dei servizi sanitari", in Contratti, n. 11, 2004, pag. 1048 che espressamente parla di attenuazione dell'impostazione pubblicistica; ANNECHIARO, C. Il sistema dell'accreditamento nel servizio sanitario nazionale, in L'aziendalizzazione nel d.lgs. n. 229/99, (a cura di) BALDUZZI, R. E DI GASPARE, G., Milano, 2001, pagg. 129-139; M. CONTICELLI E F. GIGLIONI, L'accreditamento degli erogatori, in C. DE VINCENTI, R. FINOCCHI GERSI, A. TARDIOLA La sanità in Italia,

possa individuare gruppi di prestazioni per cui l'accesso al soggetto privato sia sottoposto ad autorizzazione, ma in linea di massima la gran parte delle prestazioni prevede la facoltà dell'utente di scelta del soggetto che eroga il servizio²⁹. Per le strutture private è prevista una fase di accreditamento a cui segue un accordo contrattuale tra Regione ed accreditato per la definizione particolareggiata dei servizi e delle tariffe di rimborso.

Dopo un periodo piuttosto lungo di "provvisorietà" il sistema degli accreditamenti è andato a regime definitivamente nel 2010 a seguito delle previsioni della legge 296/2007 (legge finanziaria per il 2007), art. 1, comma 796.

Sulla natura dell'accreditamento ed i limiti dello stesso, la dottrina si è interrogata, soprattutto da quando la riforma del 1992 ha sostanzialmente liberalizzato la possibilità per il cittadino di rivolgersi ad un soggetto pubblico o ad uno accreditato³⁰.

Sia la dottrina, sia la giurisprudenza amministrativa hanno oscillato tra il concetto di concessione di pubblico servizio e quello di svolgimento di servizio con autorizzazione³¹.

Il punto non ha solo rilevanza teorica, poiché incide sull'intero regime applicabile dal momento della scelta del soggetto e si riflette su ogni fase di esecuzione dell'attività compresa l'eventuale revoca.

Per qualificare il rapporto in termini di natura giuridica, ossia per definire se il modello sia concessorio o autorizzatorio, occorre tenere presente diversi elementi; principalmente: la presenza di una certa discrezionalità nelle decisioni dell'Amministrazione, la necessità di garantire il livello della prestazione, ma anche il valore economico connesso al servizio³².

organizzazione, governo, regolazione, mercato, Bologna, 2010, p.177 e seg.; E, Menichetti, *L'aziendalizzazione dell'organizzazione del SSN*, in A. PIOGGIA, M. DUGATO, S. CIVITARESE MATTENUCCI, G. ROCCA, *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2011, p.35.

²⁹ La disposizione sulla possibilità di autorizzare alcune prestazioni, contenuta nell'art. 8 *quienquies*, c.2 lett. b) è stata anche oggetto di vaglio da parte della Corte Costituzionale con la sentenza 248/2011. La norma è stata considerata legittima anche affermando che la libertà di scelta dell'utente non preclude la necessità di assicurare i Livelli di servizio. Cfr. M. Conticelli, F. Giglioni, *L'accreditamento degli erogatori* in C. DE VINCENTI, R. FINOCCHI GHERSI, A. TARDIOLA, *La sanità in Italia: Organizzazione, governo, regolazione e mercato*, Bologna, 2010, p. 186.

³⁰ M. CONTICELLI, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, Milano, 2012; M. D'ANGLEOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa sanitaria e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2012; AAVV *Atti del convegno Analisi del modello organizzativo aziendale in sanità*, Parugia 2007; C. DE VINCENTI, R. FINOCCHI GERSI, A. TARDIOLA *La sanità in Italia, organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, 2010,

³¹ Non si può in questa sede ricostruire l'intero dibattito, pur interessantissimo, sulla teoria dell'atto autorizzatorio che rimuove un ostacolo e l'atto concessorio che amplia la sfera del concessionario. La questione è molto ben illustrata in BOCALE, G., op.cit. p. 7. L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010, p. 19; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, dove si legge che il carattere comune dei provvedimenti concessori fosse "l'effetto, che è loro proprio, di conferire a una o più persone estranee all'amministrazione nuove capacità o nuovi poteri e diritti, dai quali resta ampliata la loro sfera giuridica"; R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1996. O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, pt. I, Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, XLVI, 1984, IV, p.133; Idem, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, XVII, 1984, p.3 l'Autore riteneva che ogni concessione "che porti con sé degli obblighi pel concessionario" presentasse al contempo due atti amministrativi. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988; G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino, 2012. I. PIACENTINI, *La concessione di servizi: nascita di un istituto* in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 1990, p.1120. Si noti, comunque, quanto illustrato di seguito circa la natura dell'atto rispetto alla successiva aspettativa o diritto alla stipula del contratto ed al pagamento delle prestazioni

³² Lo stesso CdS indica l'accreditamento come un punto intermedio tra la concessione e l'abilitazione tecnica (paragonabile all'idoneità); cfr. Cons. St., Sez. III, 22 gennaio 2016, n. 207, mentre la Corte Costituzionale sembrava riconoscere all'operazione di accreditamento i caratteri della vincolatività in presenza dei requisiti (Corte cost., 28 luglio 1995, n. 416), benchè la sentenza risalga ad una fase precedente alle riforme che hanno modificato alcuni elementi essenziali (cfr di seguito).

Con il d.lgs. n. 229/1999 il sistema dell'accreditamento viene inserito nell'ambito della programmazione sanitaria regionale, alla quale deve risultare "funzionale"³³. Prevalge, quindi, in tempi più recenti, il carattere maggiormente discrezionale della scelta di accreditamento, elemento che farebbe propendere per la natura di "concessione" di servizio pubblico, tipicamente atto meno strettamente vincolato ai requisiti posseduti rispetto al provvedimento autorizzatorio-abilitante³⁴.

Del resto, non sussiste alcun obbligo, dopo la fase di accreditamento, di procedere con la stipulazione del contratto, anzi la norma è stata ulteriormente chiarita con un intervento del 2008 aggiungendo la previsione che, in assenza di un contratto, l'accreditamento è sospeso (art. 8 quinquies, d.lgs. 502/1992)³⁵. Anche questo aspetto farebbe propendere, quindi, per la qualificazione in termini di concessione anziché di autorizzazione. Infatti, il soggetto autorizzato ha diritto di svolgere l'attività oggetto del provvedimento, mentre il soggetto accreditato non matura né un diritto, né un'aspettativa, alla stipulazione del successivo contratto, poiché la decisione se procedere o meno alla contrattualizzazione resta nella sfera dell'ente Regionale.

Assume anche uno specifico rilievo l'esame della disciplina delle prestazioni erogate in base al contratto. Secondo l'art. 8, *quater* del decreto del 1992, oltre il tetto di spesa definito nel contratto, l'Amministrazione non è tenuta ad alcun rimborso e, per contro, l'accreditato non è obbligato ad erogare la prestazione. Ne consegue che la componente economica del *budget* ha forte influenza sulla prestazione da erogare. Se si trattasse di una autorizzazione/rimozione del vincolo, il soggetto privato maturerebbe una legittima aspettativa ad essere sempre e comunque remunerato per le prestazioni erogate; poiché invece, oltre al *budget* assegnato, non consegue la remunerazione della prestazione, anche questo elemento porta a ritenere che ci si trovi nell'ambito di un rapporto concessorio.

Sul punto dei tetti di spesa di particolare interesse CdS Adunanza Plenaria 3/2012 che riconosce il pieno potere della Regione nella definizione della programmazione della spesa e nell'imposizione di tetti all'erogazione da parte di privati, che possono vantare una legittima aspettativa al rimborso solo nei limiti in cui restino nell'ambito dei tetti definiti³⁶.

Ed, infine, appare chiaro che l'Amministrazione non perde interesse nell'attività che viene svolta una volta stipulato il contratto, come accade di solito nel regime autorizzatorio, dove l'interesse è centrato sul momento iniziale di rimozione del vincolo. Nel caso del servizio sanitario l'erogazione della prestazione è specifico e indubbio interesse dell'Amministrazione che, quindi, concede tale servizio a soggetti privati conservando un interesse alla corretta erogazione dello stesso. Anzi l'appropriatezza dell'erogazione è sottoposta a forti poteri di controllo³⁷.

Si può quindi concludere che il rapporto tra Regione ed ente accreditato sia un rapporto di tipo concessorio.

In sintesi, perciò, l'organizzazione del Servizio Sanitario oggi è strutturata intorno ad amministrazioni pubbliche, anche se operanti modelli privatistici, e soggetti privati accreditati firmatari di specifici contratti che regolano il rapporto con la Regione concedente. Mentre per

³³ M. MORINO, "La gestione esternalizzata dei servizi sanitari", in Lineamenti di diritto sanitario, (a cura di) G. BOBBIO, M. MORINO, Milano, 2010; N. AICARDI, *La Sanità*, op.ci. p. 415.

³⁴ Si veda, per tutti, A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzatori*, in Riv. Trim. dir. pubbl., 1957, pag. 787.

³⁵ La giurisprudenza amministrativa è più volte intervenuta sull'aspettativa ad ottenere il successivo contratto dopo l'accreditamento TAR., Campania, Napoli, Sez. I, 3 maggio 2012, n. 2017; TAR., Puglia, Bari, Sez. III, 16 luglio 2011, n. 1108.

³⁶ La pronuncia è commentata da M.C. AUGELLO in www.ildirittoamministrativo.it

³⁷ S. VIGORITA, *Politiche pubbliche del Servizio sanitario: profili giuridici*, Napoli, 2003.

i primi il controllo da parte dell'ente regionale è pervasivo, per i secondi si tratta di un controllo di carattere contrattuale fondato sugli obblighi di prestazione sanciti nell'accordo.

2.2 Il sistema di finanziamento

Il SSN è finanziato principalmente dalla fiscalità generale che copre, almeno in linea massima, tutte le prestazioni indispensabili³⁸.

Successivamente all'approvazione del d.lgs. 56/2000 la fonte di finanziamento del sistema sanitario ha una caratterizzazione regionale³⁹. Le risorse provengono dalle imposte IRAP, Irpef quota regionale, accisa sulle benzine e compartecipazione all'IVA. Una quota di risorse deriva anche da "entrate proprie" delle Regioni nell'erogazione dei servizi sanitari. Le entrate regionali vengono poi fatte confluire nel Fondo Sanitario Nazionale il cui ammontare annuale si trova nel Bilancio dello Stato, capitolo 2700⁴⁰. Nell'ambito del Fondo sono definite le risorse per la perequazione e per gli interventi straordinari⁴¹.

La prima distribuzione delle risorse avviene attraverso una procedura di concertazione tra Stato e Regioni, basata comunque sulla valutazione dei fabbisogni, questi ultimi legati alla condizione socio sanitaria della popolazione residente. La procedura si conclude con l'adozione del Patto per la salute con valenza pluriennale⁴².

Il Patto definisce le risorse disponibili, tenendo conto dei fabbisogni, ma anche dei vincoli di bilancio, gli obiettivi ed i criteri di distribuzione delle stesse. Il sistema di perequazione delle risorse tiene conto, per ciascuna Regione, delle caratteristiche demografiche e socio-sanitarie. Una quota delle risorse viene anche distribuita in base ad un criterio di premialità che valuta il rispetto di parametri predefiniti.

Il Patto, concretamente approvato nella Conferenza Stato-Regioni, è il complessivo documento di programmazione sanitaria nazionale e incorpora il primo livello di distribuzione delle risorse.

Una volta ripartite le quote per Regione, ognuna di esse opera una successiva ripartizione sulle proprie strutture territoriali di erogazione dei servizi, principalmente ASL, Aziende ospedaliere e soggetti accreditati⁴³. Con riferimento alla ASL e AO le regioni possono anche autorizzare l'accesso al credito per finanziare spesa di investimento.

Alla fine dell'esercizio la Regione raccoglie gli esiti della gestione approvando i singoli bilanci aziendali e verificando l'operatività dei soggetti privati accreditati.

³⁸ F. TOTH *Le riforme sanitarie in Europa*, in Rivista Italiana di Politiche Pubbliche, n.2, 2009, p.71 e seg.l'A. indica come la copertura sia sostanzialmente integrale dal punto di vista soggettivo e con minime limitazioni da un punto di vista oggettivo, ossia della prestazione erogata.

³⁹ Il modello precedente alla riforma del 2000 era maggiormente centralizzato perché il FSN veniva formato a carico della fiscalità generale e successivamente suddiviso tra le regioni. Aver previsto che una quota consistente del finanziamento matura direttamente sul territorio regionale ha comportato una maggiore responsabilizzazione degli enti regionali, specie in caso di disavanzi (e di conseguente obbligo di rientro). Infatti, i disavanzi sono solo per quote residuali posti a carico dello Stato, restando in buona misura finanziati dalle risorse regionali. A. SACCHI, *Il finanziamento della sanità in Italia: finanza autonoma o derivata?* In Economia Pubblica, n1, 2009 p. 130 che tra l'altro solleva il problema della compatibilità di questo sistema con la definizione dei LEA da parte dello Stato. M D'ANGELOSANTE, *op. cit.*, p. 147 e seg.

⁴⁰ La voce di bilancio nella fase di decisione del preventivo costituisce, ovviamente, una stima delle risorse che saranno rese disponibili dalle diverse fonti di finanziamento.

⁴¹ F. TONIOLO *Il riparto del Fondo Sanitario Nazionale dalla riforma della sanità del 1978 all'accordo di Fiuggi del 2003*, in Sanità Pubblica e privata, n.11, 2003, p.1205 per una ricostruzione storica della formazione e distribuzione delle risorse del Fondo. N. DIRINDIN, *Chi paga per la salute degli italiani?* Bologna, 1996. F. JORIO *Il fondo perequativo e i livelli di assistenza*, in Sanità pubblica e privata, n.4, 2004, p.391.

⁴² S. PARRILLA, *Le risorse del servizio sanitario: dall'accordo del 3 agosto 2000 alle intese del 2005*, in Sanità Pubblica e privata, n.4, 2005, p. 5.

⁴³ In alcune organizzazioni regionali anche la gestione dell'accreditamento avviene con delega alle ASL alle quali vengono perciò trasferite risorse più ingenti al fine di coprire anche i costi dei soggetti accreditati che insistono sul territorio. Il sistema di gran lunga più diffuso, però, prevede che sia la Regione direttamente a gestire le risorse destinate ai soggetti accreditati.

Una parte delle risorse, come già anticipato, vengono trattenute dalla Regione per le spese riferibili alla Gestione Sanitaria Accentrata. In diversi casi, inoltre, in tempi più recenti la Regione ha centralizzato l'acquisto dei farmaci intermediando con uno o più soggetti la distribuzione degli stessi alle ASL e AO che, perciò, non sono più titolari diretti di questa tipologia di acquisti⁴⁴. Ciò è in parte dovuto al nuovo modello di costi della farmaceutica che premia gli acquisti di quantitativi elevati.

Sia i soggetti pubblici sia quelli privati ricevono risorse, almeno in parte, in base ai DRG⁴⁵. In pratica, la distribuzione delle risorse a livello più "micro" (cioè dalla Regione agli erogatori finali) avviene con un sistema a tariffa: per ogni DRG eseguito esiste una tariffa di "rimborso" da parte della Regione.

Benché siano previsti dei tetti, in genere annuali, in materia di prestazioni erogate, se l'ente erogante resta entro il tetto non vi è alcuno stimolo a limitare la spesa⁴⁶. Come è noto, il sistema dei tetti è piuttosto efficace in termini assoluti, ma può finire per incidere sulla qualità della spesa, come risulta dai provvedimenti di *spending review* adottati negli anni recenti⁴⁷.

D'altra parte, nella pratica, il sistema di finanziamento regionale delle ASL e delle AO non è solo legato alle prestazioni, ma risente per una quota della spesa storica e anche della necessità di finanziare servizi non direttamente connessi ad una singola prestazione.

Inoltre, differenze notevoli vi sono tra Regione e Regione a seconda di quanto è stato implementato il sistema a tariffa. Vi sono Regioni in cui il DRG copre il 30% della spesa erogata e altre in cui copre il 70%, con necessità di riequilibrare il finanziamento con altri importi, non agganciati alla prestazione, e basati su criteri quali il fabbisogno della popolazione o la spesa storica. Un'analisi dettagliata di tali differenze, ricavabile solo dall'esame delle delibere di giunta delle Regioni, sfugge alla portata del presente scritto, che sul punto non può che limitarsi a questi sintetici accenni.

Vi è poi una parte delle risorse che restano a disposizione della Regione e sono spese direttamente: si tratta di spese per investimento e anche per attività che pur essendo nel perimetro sanitario sono svolte in modo centralizzato. L'ammontare di queste risorse tende a crescere negli anni poiché diverse Regioni cercano di spendere direttamente quote sempre più ampie⁴⁸.

3. Illustrazione della successiva trattazione

Ciò premesso, il presente scritto mira a verificare se, in termini di responsabilità erariale, la spesa sanitaria sia ben amministrata e quali siano i principali casi di danno erariale connessi alla gestione delle risorse ed all'organizzazione del sistema.

⁴⁴ Per un confronto sulla situazione regionale negli acquisti farmaceutici si veda Quaderni del Quotidiano sanità, n. 10/2017

⁴⁵ Il DRG Diagnosis Related Groups (DRG, Raggruppamenti omogenei di diagnosi) è un sistema standardizzato di classificazione delle patologie che viene utilizzato per effettuare i trasferimenti di risorse alle strutture che erogano la prestazione sanitaria. Il DRG è un codice attribuito sulla base della cartella clinica di ricovero/dimissione e consente di quantificare il costo del paziente rispetto alle cure prestate.

⁴⁶ Occorre anche ricordare che nel settore sanitario il ritardo nella distribuzione delle risorse è piuttosto significativo sia per ciò che riguarda il riparto dei fondi nazionali sia per la successiva distribuzione regionale e poi locale. Ne consegue che gli enti ricevono i rimborsi anche con anni di ritardo sulla spesa erogata. Cfr "I sistemi di finanziamento sanitario" a cura di FIASO (Fondazione Italiana Aziende Sanitarie Ospedaliere), anno 2015.

⁴⁷ Si veda, per tutti, A. SIGNORINI, *SSN e Aziende ospedaliere nell'Italia della Spending Review*, Bologna, 1913; L. QUAGLIONE, A. MINGARDI, G. PELLISSERO, *La spesa sanitaria italiana, quello che si vede e quello che non si vede*, Torino, 2013.

⁴⁸ Cfr Rapporto Oasi Bocconi 2019

Ci si chiede, in sostanza, se ad un tale significativo ammontare di risorse corrisponda un altrettanto significativa attenzione in termini di responsabilità per eventuali danni⁴⁹.

Sono state escluse dalla ricognizione le sentenze che riguardano la responsabilità per *malpractice* medica, tipica del danno di natura biologica da intervento sanitario inadeguato. Questo tipo di procedimenti è senza dubbio rilevante per la tutela dell'erario, ma estraneo allo scopo del presente scritto che mira a verificare la responsabilità delle amministrazioni nell'erogazione delle risorse in termini orientati all'efficienza e legittimità della spesa.

Allo stesso modo appare meno significativa la valutazione della responsabilità connessa alla disciplina del personale sanitario, con fattispecie quali, ad esempio, la fraudolenta attestazione di presenza in servizio, il pagamento di straordinari o altri emolumenti non dovuti, il rinnovo di contratti a termine. Non sembra, infatti, che questa tipologia di cause per danno erariale siano molto diverse da quelle che interessano il complesso dell'Amministrazione pubblica, manca cioè la specificità "sanitaria" su cui si vuole indagare.

Diverso è, invece, il caso di violazione dell'esclusiva della prestazione *intramoenia*, poiché il regime di esclusiva è tipico del settore sanitario, anche se replicato in altri settori come quello dell'insegnamento universitario.

Dalla ricognizione della giurisprudenza della Corte dei conti degli ultimi 5 anni appaiono sostanzialmente 4 filoni di giudizi:

- Spesa farmaceutica e compartecipazione: iper-prescrizione e riscossione dei ticket
- rimborsi non dovuti a strutture accreditate
- Responsabilità per l'organizzazione del servizio
- Violazione dell'esclusiva (*intramoenia*)

Sono quindi questi i casi che verranno analizzati.

La giurisprudenza citata non è necessariamente ricognitiva di tutta la giurisprudenza sui singoli argomenti: piuttosto lo scopo è quello di indicare le principali caratteristiche dei giudizi di responsabilità nei diversi ambiti⁵⁰.

4. Spesa farmaceutica e compartecipazione

La spesa farmaceutica del SSN nel 2019 è stata pari a 10.089,4 milioni di euro⁵¹. La spesa farmaceutica complessivamente rappresenta circa il 7% della spesa sanitaria avendo sostanzialmente dimezzato l'incidenza (che era di circa il 15%) dal 2006 al 2018⁵².

Il risultato di risparmio è stato raggiunto operando su più fronti, il più importante del quale è senza dubbio il settore dell'acquisto di farmaci. La spesa farmaceutica, infatti, coinvolge sia i soggetti che prescrivono (medici di medicina generale e aziende ospedaliere) sia i soggetti che acquistano e distribuiscono farmaci sul territorio nazionale, sia, infine, i decisori di spesa a livello generale. L'introduzione della preferenza per il farmaco "generico", ad esempio, è un aspetto di contenimento della spesa che viene attraverso la fissazione di un prezzo a carico del cittadino e con accordi con il settore della filiera farmaceutica volti ad incentivare il prodotto non di marca.

Il d.l. 159/2007 ha introdotto, all'articolo 5, un sistema di regolazione della spesa dei farmaci a carico del Servizio sanitario nazionale, in base al quale l'AIFA attribuisce ad ogni azienda titolare di autorizzazioni all'immissione in commercio di farmaci un *budget* annuale, calcolato distintamente per i medicinali equivalenti e per quelli coperti da brevetto. La somma dei *budget*

⁴⁹ Ovviamente occorre tenere presente che la Corte dei Conti non è giudice della spesa illegittima ma della responsabilità per dolo o colpa grave del funzionario che provoca un danno all'erario. Tuttavia, laddove vi è spesa pubblica vi è anche una possibile responsabilità erariale per la spesa scorretta.

⁵⁰ La ricognizione si limita al periodo 2015/2020 le sentenze precedenti sono citate se la decisione d'appello è intervenuta nel quinquennio di riferimento.

⁵¹ Dati monitoraggio AIFA 2019.

⁵² Fonte Ragioneria Generale dello Stato Monitoraggio Spesa sanitaria anno 2019.

di ciascuna azienda, incrementata dal Fondo relativo alla spesa per i farmaci innovativi e dal Fondo di garanzia per esigenze allocative in corso d'anno, deve corrispondere all'onere a carico del SSN per l'assistenza farmaceutica territoriale. In caso di superamento del tetto per la farmaceutica territoriale, la filiera dei privati (azienda farmaceutica, grossista e farmacista) è tenuta a coprire integralmente l'eventuale sfioramento in misura proporzionale alle relative quote di spettanza sui prezzi dei medicinali, fermo restando l'obbligo per le regioni di adottare le necessarie misure di contenimento. Ai sensi dell'articolo 5, comma 3, lettera c), del d.l. 150/2007 il ripiano a carico dei grossisti e dei farmacisti è operato dall'AIFA mediante rideterminazione provvisoria (per sei mesi e su scala nazionale) delle relative quote di spettanza sul prezzo di vendita dei medicinali e della percentuale di sconto in favore del Servizio sanitario nazionale mentre per le aziende farmaceutiche si applica il sistema del *pay back*. Le aziende farmaceutiche versano gli importi dovuti direttamente alle regioni dove si è verificato lo sfioramento, in proporzione al superamento del tetto di spesa regionale. La legge di stabilità 2014 (l.n. 147/2013) ha previsto l'applicazione a regime il sistema del *pay-back*.

La spesa farmaceutica ospedaliera, invece, oltre ad avere anch'essa un tetto di spesa, pari al 6,89% del finanziamento complessivo a carico del Fondo Sanitario, prevede che l'eventuale sfioramento del limite sia in parte coperto dalle aziende farmaceutiche, come per la spesa territoriale, ma in parte resti a carico delle Regioni.

Vi è dunque un sistema di fissazione dei tetti di acquisto e dei prezzi che garantisce il risparmio di spesa a livello aggregato il cui monitoraggio è affidato all'AIFA (art. 5, comma 5, lett. d) del dl 159/2007⁵³.

4.1 Iper-prescrizione

A livello territoriale la prescrizione di farmaci, analisi, accertamenti da parte di un medico di medicina generale è strettamente disciplinata dalle norme, dai regolamenti e dei protocolli scientifici. Infatti, le previsioni del citato Accordo collettivo nazionale reso esecutivo con il d.P.R. n.270/2000, vede come principio ispiratore il seguente: *"la sistematica riduzione degli sprechi nell'uso delle risorse disponibili"*, imponendo al medico di medicina generale di attenersi al dettato dell'art. 36 dell'Accordo cioè provvedendo alla prescrizione dei medicinali *"per qualità e per quantità, secondo scienza e coscienza, con le modalità stabilite dalla legislazione vigente nel rispetto del prontuario terapeutico nazionale, così come riclassificato dall'art. 8 della legge 24 dicembre 1993, n. 537 e successive modificazioni ed integrazioni"*. L'ente regionale effettua poi un controllo statistico sulla prescrizione, in modo da individuare eventuali picchi prescrittivi⁵⁴.

Diverse sentenze in materia di spesa farmaceutica della Corte dei conti riguardano l'attività prescrittiva dei medici di medicina generale⁵⁵.

Il principale filone di azione erariale è connesso alle indagini penali sulla frode o falso nella prescrizione. In questo caso le condanne sono state anche consistenti⁵⁶. Di particolare interesse la Sentenza Sez. giur. Lazio 803/2013 confermata in appello⁵⁷ ove si ricostruisce un sistema di approvvigionamento delle farmacie che dava luogo alla possibilità di acquisto diretto di farmaci

⁵³ Sulla base del monitoraggio del febbraio 2020 vi sono 5 regioni che non hanno rispettato il limite di spesa del 6,98%. Si tratta di Campania, Lombardia, Lazio, Calabria, Puglia, Abruzzo. L'ultimo dato annuale disponibile (2019) mostra che le regioni Campania e Abruzzo non hanno rispettato il contenimento della spesa per l'anno 2019

⁵⁴ Cfr. La sanità in Italia, a cura di Pamolli, F. Salerno NC, fondazione Arel, Il Mulino 2008, p.115

⁵⁵ Vi è solo un caso relativo ad una società di acquisto farmaci partecipata dal comune di Brindisi (Sez. giur. Puglia 512/2017) si tratta comunque di un caso che faceva seguito al processo penale per corruzione

⁵⁶ Senza pretesa di esaustività si segnalano Sez. giur. Puglia 258/2015, 195/2016, 225/20116, Sez. giur. Campania 331/2016, Sez. giur. Toscana 53/2019 e 520/2019.

⁵⁷ Sez. I centr. appello 88/2017

dichiarati, in modo fraudolento, assenti nei magazzini. Vi sono, ovviamente, anche sentenze di assoluzione⁵⁸.

L'origine dell'azione di recupero, in questi casi, è spesso di derivazione dal processo penale per truffa. Del resto, una delle funzioni tipiche della responsabilità erariale è proprio il recupero del danno derivante da reato ed è perciò naturale che ad un'indagine per truffa ai danni dello Stato connessa all'attività prescrittiva segua il processo per responsabilità erariale dei truffatori stessi.

Diverso invece è il caso in cui sia il sistema di controllo regionale delle prescrizioni segnali una anomalia, ovviamente ripetuta su più anni o concentrata solo su alcuni tipi di farmaci.

Con una certa sistematicità le anomalie prescrittive vengono segnalate anche alla Procura regionale, vi sono infatti numerosi casi in Puglia, Lombardia, Calabria, Lazio, solo per citare le più frequenti.

L'indagine statistica può solo fino ad un certo punto consentire una valutazione della correttezza prescrittiva, come non mancano di evidenziare le numerose sentenze di assoluzione⁵⁹; appare comunque difficile prova la reale "incongruità" prescrittiva e altrettanto complesso è dimostrare la sussistenza dell'elemento psicologico della colpa grave o del dolo, pur in presenza di anomalie statistiche.

Da questo punto di vista è necessario richiamare Sezione Lombardia 22/2019 e Sezione Campania 860/2018 che contestano, appunto, la rilevanza del mero scostamento statistico individuato dagli organi preposti al controllo, a fronte della discrezionalità del medico di base nell'attività professionale. Ne consegue, che anche nei casi in cui l'ente regionale effettua una segnalazione di presunta iper-prescrizione, la procura regionale deve svolgere le proprie indagini volte all'individuazione della colpa grave, o del dolo, non potendosi basare esclusivamente sulle risultanze statistiche. Interessante invece, in senso in parte opposto, Sezione giur. Liguria n. 98/2016 dove la condanna deriva dalla prova di prescrizioni superiori alle dosi assumibili dal singolo paziente destinatario del farmaco.

Di uno specifico interesse, specie a fini di analisi del processo contabile, la sentenza 118/2020 Sezione giurisdizionale Calabria che nega l'ammissibilità ad un giudizio di accertamento negativo di responsabilità proposto da un medico di medicina generale contro l'Amministrazione che aveva chiesto rimborsi da iper-prescrizione⁶⁰.

Certamente si può notare che la responsabilità erariale riguarda in modo quasi esclusivo l'ultimo anello della catena (il medico prescrittore) mentre la gestione strategica della spesa e del conseguente risparmio ha leve altrove e le stesse non sembrano accedere al vaglio delle Sezioni Giurisdizionali. Un solo caso di rilievo si riferisce, ad esempio, alla farmaceutica ospedaliera e riguarda una caposala colpevole del mancato controllo del magazzino farmaci con conseguente co-responsabilità nell'utilizzo di preparati inadatti al paziente in ragione di una errata attribuzione dei colli in sede di disimballaggio⁶¹.

Appare di rilievo che la farmaceutica ospedaliera, che non transita dalla prescrizione del medico di base, non sia per nulla oggetto di interesse da parte delle Procure della Corte dei conti per ciò che attiene alla sovra-prescrizione.

A livello ospedaliero, infatti, manca un sistema di tracciamento e di controllo della prescrizione puntuale quanto quello territoriale e perciò l'eventuale sfioramento dei tetti

⁵⁸ Si veda in particolare Lombardia 1/2018 da segnalare anche per l'ottima ricostruzione della disciplina.

⁵⁹ Sez. giur Lombardia 2/2018, Sezione giur Lombardia 68/2016, Sez. giu Abruzzo 114/2017, Sez. giur Lazio 432/2018, Sez. Toscana 208/2018

⁶⁰ I giudizi di accertamento negativo della responsabilità sono, in genere, ammessi tra i giudizi a istanza di parte di cui all'art. 172. Lettera d) del codice di giustizia contabile. Si veda anche P-G. DELLA VENTURA, *I giudizi a istanza di parte*, in *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile* a cura di E. Schlitzer e Mirabelli, Napoli, 2017.

⁶¹ Sez. giur. Umbria 81/2015 confermata in appello.

prescrittivi non è mai riconducibile ad un singolo prescrittore, ma alla struttura nel suo complesso.

Occorre notare che la farmaceutica ospedaliera è una parte consistente della spesa farmaceutica regionale e il contrasto tra il controllo statistico puntuale sui medici territoriali e l'assenza di controlli sui medici ospedalieri emerge evidente.

4.2. Responsabilità nella riscossione dei ticket

Alcune prestazioni sanitarie sono, in parte, a carico del cittadino. Il sistema di pagamento delle stesse è, notoriamente, la corresponsione di un *ticket* sanitario di importo definito per le diverse prestazioni, ma variabile da Regione a Regione⁶².

Il valore complessivo della compartecipazione alla spesa da parte dei cittadini si attesta su 2.927 milioni di euro in leggera flessione dal 2018 al 2019⁶³.

La compartecipazione alla spesa è stata originariamente introdotta per la farmaceutica⁶⁴ con finalità anche di orientamento della domanda e contenimento del costo. Successivamente è stata estesa anche alle prestazioni specialistiche⁶⁵.

Poiché si tratta di un'entrata riscossa a livello micro, la responsabilità è per lo più legata a casi tipici di ammanchi, truffe, mancata contabilizzazione ed è diffusa in modo analogo in tutte le Regioni. Questo tipo di responsabilità erariale, del resto, è comune alle modalità di riscossione parcellizzate e spesso in contante (come avviene, ad esempio, per le ricevitorie Lotto o le rivendite di valori bollati).

Si registrano, infatti, condanne da parte di quasi tutte le Sezioni regionali⁶⁶. Gli importi delle condanne sono in genere contenuti con qualche significativa eccezione.

Occorre tuttavia ricordare che per queste procedure di riscossione territoriale e in generale di maneggio di denaro lo strumento ordinario di intervento dovrebbe essere il Conto giudiziale. E', infatti, in occasione della resa del conto che è possibile perseguire eventuali ammanchi e mancati riscontri della riscossione.

Di particolare interesse le due sentenze della Sez. giur. Calabria n.17/2012 e n.1/2016 che puntano l'attenzione sulla mancata vigilanza in materia di riscossione dei *ticket* per le prestazioni con specifico riferimento al diritto ad avere l'esenzione. In questo caso si va ad indicare un settore precipuo di responsabilità erariale per omesso controllo, che appare di sicuro interesse anche per altre regioni. Infatti, la mancanza di controlli, almeno a campione, sulle esenzioni lascia ampio margine all'abuso con conseguente sottrazione di risorse erariali.

5 Rimborsi non dovuti a strutture accreditate

L'accREDITAMENTO, come illustrato nel secondo paragrafo, comporta che, nei confronti del cittadino, la struttura sia in tutto e per tutto un erogatore di servizio sanitario pubblico, con le stesse tariffe⁶⁷.

La spesa sanitaria nazionale erogata tramite strutture accreditate si attesta intorno al 20% della spesa complessiva, con differenze notevoli tra regioni. Infatti, si va da punte del 27,8% della Lombardia ai minimi del 6,7% della Valle d'Aosta e il 9,3% dell'Umbria.⁶⁸

⁶² Art. 1, comma 796, della legge 296/1996; Legge 18 settembre 2001, n.347.

⁶³ Rapporto di coordinamento della finanza pubblica. SSRR Corte dei Conti anno 2020, tavola 28.

⁶⁴ Art. 12 legge 181/1982

⁶⁵ Legge 24 dicembre 1993, n. 537 che portò a regime un sistema di compartecipazione già utilizzato

⁶⁶ Si veda, tra le più recenti, sez. giur Basilicata 19/019, Sez. giur. Lombardia 245/2019 e Sez. giur Liguria 55/2016 confermata da III Sez. Centr appello 173/2019.

⁶⁷ Corte Costituzionale 416 del 1995

⁶⁸ Rapporto Oasi 2019 (dati 2018) a cura di Centro Ricerche sulla Gestione dell'Assistenza Sanitaria e Sociale dell'Università Bocconi

L'ingente percentuale di spesa e la stretta regolamentazione della materia ha comportato numerosi interventi anche di responsabilità per danno erariale.

In particolare, si contestano la somministrazione, e il conseguente pagamento, di servizi con criteri diversi da quelli previsti in fase di concessione⁶⁹.

Ad esempio, la Sentenza sez. giur Veneto 77/2017 condanna ad ingenti rimborsi alla Regione i gestori di un Istituto per disabili che non rispettava gli standard richiesti di personale medico ed infermieristico rispetto al numero dei ricoverati. Poiché il rimborso alla struttura avviene in ragione dei pazienti effettivamente ricoverati, il mancato adempimento agli standard di prestazione comporta un illecito arricchimento per i gestori del servizio. Scrive infatti la Sezione: *“il danno complessivamente sofferto dall’A.U.L.S.S. per l’illegittima violazione degli standard di personale ben può essere determinato, come la Procura fa, nella misura dei corrispondenti risparmi indebitamente conseguiti dagli Istituti, atteso che proprio questo è il pregiudizio finale subito dall’amministrazione, espresso dal valore della prestazione arbitrariamente e illegittimamente omessa dagli Istituti (e, dunque, non ricevuta dall’A.U.L.S.S. né goduta dall’utenza) per il tramite dell’impiego di una quantità di personale specializzato inferiore a quella promessa”*. Di rilievo anche, sempre della sez. Veneto la sentenza 128/2015 che interviene sul contratto a struttura privata accreditata con riconoscimento di tariffe non congrue.

Significativo anche il caso trattato dalla Sezione giur. Lazio con la sentenza 461/2015, confermata in appello III Sez. centrale 303/2017. Si contestava sia la prestazione erogata, che risultava non corrispondente alla realtà, sia il fatto che l’accreditamento non prevedeva tali prestazioni. La truffa riguardava un ospedale accreditato che aveva registrato ricoveri e DRG⁷⁰ per prestazioni di chirurgia maxillofacciale, mai realmente erogate, e per le quali comunque non aveva l’accreditamento, essendo accreditato solo per prestazioni dentistiche ambulatoriali. In particolare, in appello i ricorrenti opponevano la necessità di valutare i vantaggi comunque ricevuti dalla Regione per le cure erogate, pur in assenza di accreditamento. Il collegio respinge nettamente questa impostazione affermando che *“non risulta agli atti del giudizio depositato alcun provvedimento di accreditamento o accordo contrattuale che abbia ad oggetto le prestazioni contestate e che ne abiliti il pagamento, provvedimenti di programmazione che non possono essere surrogati in alcun modo dagli atti richiamati dalla difesa”*; in mancanza di tali atti l’appropriatezza delle cure prestate diviene irrilevante ai fini dei rimborsi illegittimamente ottenuti. Ci si potrebbe chiedere quali controlli sui pagamenti agli enti accreditati vengano condotti dalla Regione posto che, al di là della truffa per prestazioni mai erogate, i rimborsi venivano chiesti per attività non convenzionate.

Benchè non strettamente rientrante nella distinzione presupposta di attività relativa all’accreditamento appare significativo citare la sentenza della Sez. giur. Calabria 325/2013, confermata da sez. I appello 408/2017 poiché la stessa è riferita alla responsabilità della dirigenza pubblica per il mancato rispetto dei limiti di spesa per le prestazioni in accreditamento. Si legge, infatti, nella sentenza che *“L’odierno convenuto, invece, nell’espletamento della sua attività organizzativa e gestionale, in spregio alla disposizione contenuta nell’art. 32 comma 8 della legge n. 449 del 1997, non ha tenuto in alcuna considerazione il limite di budget stabilito dalla Regione, ed ha deciso di convenzionare prestazioni private superiori al dovuto. Il suddetto ha, pertanto, violato l’intero assetto normativo che attribuisce alla sola Regione il potere di fissare in via autoritativa e vincolante*

⁶⁹ Si veda ad esempio Sez. giur. Emilia Romagna 138/2019 per ricoveri in luogo di prestazioni ambulatoriali e Sez. giur. Piemonte 153/2015 per rimborsi non dovuti e Sezione giur. Toscana 107/2020 nella quale la condotta foriera del danno riguarda richiesta di rimborsi per pazienti già trasferiti ad altre strutture.

⁷⁰ I cosiddetti DRG (Diagnostic Related Group) sono gruppi di prestazioni connesse ad una determinata patologia che risultano standardizzate e quindi rimborsabili in presenza della diagnosi per la patologia stessa d parte della struttura curante..

il tetto massimo di spesa sostenibile con il fondo sanitario". Un esempio emblematico di cattiva gestione della spesa sanitaria in una Regione, tra l'altro, in sistematica difficoltà su questo fronte.

Da notare anche il caso deciso dalla Sez. giur. Emilia Romagna con la sentenza 185/2017 che interviene sui rimborsi a strutture che operavano in *day hospital* e per le quali erano emerse numerose anomalie in sede di verifica dei DRG.

Infine, ma non meno importante, è l'emblematico caso della Fondazione Maugeri in Lombardia, interessata da una azione erariale conclusasi con la sentenza 231/2019 della Sez. giur. Lombardia. Si tratta di rimborsi per prestazioni esorbitanti i costi standard delle stesse nell'ampio arco temporale tra il 1998 e il 2011. La materia specifica riguardava le funzioni "non tariffabili" ossia quelle non coperte dal sistema dei DRG in quanto particolarmente complesse e di difficile standardizzazione, quali ad esempio i trapianti di organi. Tra queste la Regione Lombardia aveva inserito nel 1997 la "riabilitazione ad alta complessità". Tuttavia, in sede poi di rimborso di tali prestazioni, la Regione operava in assoluta discrezionalità concedendo rimborsi particolarmente elevati e non giustificati da un percorso istruttorio adeguato. In particolare, in sede penale, risultava provato un accordo corruttivo che coinvolgeva i vertici regionali, i responsabili della struttura accreditata e diverse società intermediarie, cosicché la supposta erogazione di prestazioni sanitarie era solo il mezzo attraverso il quale il denaro veniva posto in circolo. Si legge nella sentenza. *"Tali flussi di denaro rappresentano - come correttamente evidenziato dalla Procura - il risultato di una illecita distrazione di risorse finanziarie, che, anziché essere destinate a remunerare l'espletamento di funzioni sanitarie d'interesse pubblico, sono andate ad illecito profitto di una serie di soggetti compartecipi di un comprovato sodalizio criminoso, avente ad oggetto il mercimonio delle funzioni politico-amministrative, in un ambito, quale quello sanitario, particolarmente rilevante per l'interesse pubblico, in quanto preordinato alla realizzazione e tutela del diritto costituzionalmente riconosciuto alla salute"*.

La sentenza è particolarmente significativa perché interviene su aspetti organizzativi come la definizione di prestazioni non tariffabili, colpendo un evidente sviamento di risorse sottratte illegittimamente alla spesa sanitaria a favore della collettività.

6 Irregolarità nell'organizzazione del servizio

L'organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale, oltre al sistema degli accreditamenti già illustrato, adotta modelli simili a quelli di tutti i servizi pubblici. Vi sono perciò forme di esternalizzazione di alcune attività (servizi di pulizia e catering, ma anche elisoccorso e ambulanze), tal volta attraverso la costituzione di società partecipate per alcune attività quali le prestazioni per presidi ortopedici e protesi. Rientra in questo settore anche il grande capitolo dell'acquisto di forniture.

Le responsabilità connesse a tali attività sono piuttosto simili a quelle di tutte le pubbliche amministrazioni, forse con la sola particolarità delle ingenti cifre spese.

Perciò, ad esempio nel settore delle forniture si possono citare le sentenze della Sez. giur. Puglia 214/2017 e 21/2020 che individuano danni da abuso di trattativa privata o concussione negli acquisti. Lo stesso può dirsi per Sez. giur. Abruzzo 99/2019⁷¹ e Sez. giur. Campania 1631/2013⁷² con condanna alla restituzione di 1.500.000 euro dovuta all'esclusione illegittima da una gara per l'acquisto di presidi. Infine Sezione giur. Puglia 153/2017 per una fornitura a danno della Asl del valore di 540.000 euro.

⁷¹ Annullata in appello per mancata prova del danno I sez, centr appello 254/2019.

⁷² Confermata in appello II sez. centr 108/2018

L'esternalizzazione dei servizi è giunta all'attenzione della Corte dei conti in diversi casi, quali il servizio di ambulanze⁷³ e di elisoccorso⁷⁴ in Calabria. Sempre la sez. Calabria condanna al risarcimento di quasi 3 milioni di euro per lo scorretto utilizzo di risorse da destinarsi agli *screening* tumorali⁷⁵.

In questo ambito si collocano anche interessanti sentenze che riguardano più strettamente la gestione contabile degli enti.

Assume rilievo, anche per il *quantum* della condanna, la sentenza 912/2015 della Sezione giur. Campania riguardante i dirigenti che gestivano la contabilità della azienda ASL 1 di Napoli⁷⁶. La sentenza accoglie la ricostruzione della procura circa il disordine contabile e la duplicazione di pagamenti che ha generato danni al bilancio della ASL per oltre 30 milioni di euro. In particolare, si descrive un sistema informatico non adeguato, un disordine anche nell'archivio cartaceo che non consentiva controlli e una generale sciatteria contabile che ha comportato la duplicazione di pagamenti a favore di determinati creditori.

Infine, quanto all'uso di strutture aggiuntive rispetto ad altre esistenti appare indicativo che la sentenza Sezione giur. Lazio n.834 del 2011 che imputava ad un dirigente ASL il danno di euro 210.000 per aver ritenuto di affittare locali aggiuntivi pur in presenza di ambulatori disponibili sia stata poi riformata in appello (Sez. I centr. appello 759/2016) per assenza dell'elemento soggettivo della colpa grave.

Fin dall'inizio della pandemia COVID19 il Governo ha cercato di semplificare gli acquisti in emergenza.

Tra gli interventi vi è stato quello che ha escluso la responsabilità per colpa grave per queste forniture emergenziali⁷⁷. Successivamente, e in considerazione della necessità di procedere speditamente alle spese connesse con i fondi europei, l'esenzione dalla responsabilità per colpa grave è stata estesa a tutte le attività con una revisione anche della struttura del dolo contabile⁷⁸.

La motivazione, per la verità piuttosto superficiale, addotta nel dibattito parlamentare indica che la possibile futura responsabilità per colpa grave rallenterebbe la spesa pubblica. Per tale ragione il legislatore ha, di fatto, esentato da qualsiasi responsabilità gravemente colposa chi amministra spesa pubblica di carattere emergenziale, dove però la caratterizzazione è solo temporale (dalla data di approvazione del decreto sino al 31 dicembre 2021). La revisione del dolo, che richiama il principio tipico del dolo penalistico, è invece una modifica a regime, dal momento che non ha limitazione temporale.

Occorre sottolineare che la maggior parte delle sentenze e dei casi descritti nel presente paragrafo non reggerebbero all'applicazione delle nuove disposizioni. Si tratta quindi di una lunga parentesi di responsabilità proprio in un periodo in cui le risorse da spendere saranno ingenti.

7 Violazione dell'esclusiva

Le attuali disposizioni legislative prevedono che i dirigenti sanitari, possano optare per il rapporto di lavoro esclusivo, allorché scelgano di non esercitare la libera professione oppure,

⁷³ Sez. giur. Calabria 220/2015 confermata in appello I sez. centr app. 242/2017

⁷⁴ Sez. giur. Calabria 280/2013 con assoluzione dei convenuti confermata in appello II sez centr 249/2017

⁷⁵ Sez. giur. Calabria 319/2012 confermata in appello dal II Sez centr. 368/2016

⁷⁶ La sentenza risulta riformata in parte in appello dalla Sez. I centr n.56/2017

⁷⁷ D.lgs. 18/2020 art. 5 quater, comma 3 dove si legge: “sugli stessi atti la responsabilità contabile e amministrativa è comunque limitata ai soli casi in cui sia stato accertato il dolo del funzionario o dell'agente che li ha posti in essere o che vi ha dato esecuzione”

⁷⁸ Art. 21, legge 11 settembre 2020, n. 120, recante «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale». Per un commento più approfondito si rinvia a C.E. MARRÈ BRUNEGHI “La responsabilità erariale nel decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76” in Bilancio Comunità Persona n.2/2020

ed è il caso più frequente, di esercitare anche privatamente, ma all'interno dell'Azienda da cui dipendono (cd attività intramoenia). Su tale particolare tipologia di attività è intervenuto anche il CCNL dell'8 giugno del 2000, che, nel recepire i principi del d.lgs. n. 502/92, come modificato dal d.lgs. n. 299/99, ha regolato la materia sia sotto il profilo giuridico che economico. In particolare, lo stesso CCNL, all'art. 54, precisa che per attività libero professionale intramuraria del personale medico si intende l'attività che il suddetto personale, individualmente o in équipe, esercita fuori dell'impegno di servizio anche nelle strutture messe a disposizione dall'Azienda datore di lavoro.

Tale sistema dà la possibilità all'assistito di scegliere liberamente il professionista medico, anche nell'ambito delle strutture pubbliche, dietro pagamento di un compenso che non è quello fissato dall'Azienda, ma è liberamente stabilito dal professionista e approvato dalla Direzione sanitaria. La prestazione così organizzata prevede che il medico venga remunerato dall'Azienda anche con una apposita indennità di esclusiva.

Sotto il profilo strettamente giuridico, occorre precisare che tale particolare tipologia dell'attività medica non modifica il rapporto di lavoro dei medici, che comunque continua a configurarsi come un rapporto "subordinato" alle dipendenze di Aziende pubbliche, anche se le relative prestazioni sono caratterizzate dalle regole del lavoro privato⁷⁹. Infatti, le disposizioni contrattuali prevedono che l'esercizio dell'attività professionale intramuraria non deve essere in contrasto con le finalità e le attività istituzionali dell'azienda e lo svolgimento deve essere organizzato in modo tale da garantire l'integrale assolvimento dei compiti di istituto e da assicurare la piena funzionalità dei servizi. La fatturazione della prestazione è effettuata dall'Azienda di riferimento e non personalmente dal medico.

Può accadere che medici in attività intramuraria non fatturino la stessa tramite l'Azienda da cui dipendono, con ciò violando gli obblighi del contratto e il diritto di esclusiva che viene remunerato dall'Azienda stessa.

Sul punto sono numerosissime sentenze contabili quasi tutte derivanti da verifiche effettuate dall'Autorità fiscali che individuano fatture mediche riferibili a soggetti operanti, in realtà, in esclusiva⁸⁰.

In caso di violazione dell'esclusiva il danno viene quantificato in rapporto all'indennità stessa di esclusiva riconosciuta ai medici. Ne consegue che gli importi del risarcimento sono piuttosto contenuti, intorno ai 100.000 euro, anche se vi sono condanne più eclatanti⁸¹.

Un caso solo parzialmente riconducibile a quello della violazione dell'esclusiva ha visto una condanna per 30.000 euro ad un medico che dirottava verso la struttura pubblica i suoi pazienti privati lucrando così sulle attività diagnostiche⁸².

8. Lo spreco in sanità è realmente oggetto di responsabilità erariale?

Quanto illustrato rappresenta un panorama abbastanza completo, anche se non esaustivo, degli interventi della Corte dei conti per il recupero dei danni gravanti sulla spesa di natura sanitaria negli ultimi anni⁸³. A questo punto ci si può chiedere se l'azione contabile sia rispondente all'intento di presidiare la corretta spesa di queste risorse.

⁷⁹ ex multis Cons.St., Sez.VI, 8 luglio 1997, n.1102

⁸⁰ Sez. giur Calabria 31/2013 confermata da Sez. II centr 239/2016Sez. Toscana 145/2015 confermata in appello III sez centr 222/2019; Sez. Lazio 291/2016; Sez. Sicilia 794/2016; Sez. Lombardia 69/2017; Sez. Molise 3/2016; Sez. Lombardia 14/2017; Sez. Puglia 278/2019; Sez. Veneto 180/2019

⁸¹ Sezione giur. Puglia 382/2017; Sez. giur. Emilia Romagna 150/2017; Sez. Lombardia 14/2017 che arriva ad una condanna a 4 milioni di euro confermata in appello Sez. I centr 97/2018.

⁸² Sez. giur. Veneto n.57/2017

⁸³ L'orizzonte di riferimento della ricognizione è stato di 5 anni, salvo i casi in cui sentenze di secondo grado si riferivano a pronunce precedenti.

Occorre certamente distinguere, come già illustrato, tra spesa illegittima e danno erariale ricordando che la responsabilità contabile non è a presidio di qualunque spreco, ma è volta al recupero di un danno perpetrato con dolo o colpa grave. Tuttavia, non si può negare che una funzione anche di repressione dello spreco e dell'illegittimità debba essere svolta attraverso l'azione erariale.

Peraltro, è molto complesso valutare il livello del cosiddetto "spreco" di risorse pubbliche e ciascun modello deve porre comunque un contesto di riferimento. Ovviamente ci si può riferire ai dati OCSE che indicano, per l'Italia, un livello di spreco di risorse intorno al 20% del totale della spesa; nel 2018 perciò tale spesa non produttiva sarebbe stata circa di 22 miliardi di euro⁸⁴.

Una pubblicazione che analizza in modo dettagliato il sistema sanitario italiano e quindi produce un ragionamento sugli "sprechi" particolarmente apprezzabile per oggettività scientifica è il rapporto della fondazione GIMBE da ultimo disponibile per il 2018 (presentato nel 2019)⁸⁵. La classificazione della spesa che risulta improduttiva e, quindi, spreco è ovviamente caratterizzata da una scelta di tipo anche arbitrario che viene ampiamente giustificata nel rapporto a cui si rinvia. Il rapporto 2019 giunge a considerare improduttiva una spesa pari a circa 20 miliardi di euro, come si vede una stima molto prossima al dato OCSE.

Analizzando quelli che l'OCSE indica come agglomerati di spesa improduttiva emergono aspetti che non possono essere incisi dalla responsabilità per danno erariale. Ad esempio, il valore di risparmio riconducibile a migliori interventi di prevenzione sulla salute⁸⁶ o quello derivante da eventi avversi evitabili (questi, in parte, da ricondursi agli episodi di malasanità di cui si è premesso che non sarebbero stati oggetto di analisi).

Vi sono però settori dove lo spreco è anche presumibilmente danno erariale.

Ad esempio, è considerata spesa improduttiva quella destinata alla duplicazione di accertamenti e test.

In questo senso l'attività relativa all'iper-prescrizione (paragrafo 4.1) colpisce certamente nel segno ma con risultati troppo minimali. Emerge, inoltre, una notevole discrasia tra il controllo della prescrizione a livello territoriale (medici di medicina generale) e quello a livello di strutture ospedaliere o accreditate.

Infatti, come illustrato, la spesa trasferita agli enti tramite il sistema descritto del DRG non si presta in modo particolare al controllo "micro", poiché tutte le prestazioni indicate nel codice vengono rimborsate. Se il DRG indica, per esempio, che può essere effettuata una TAC, l'ospedale non ha nessun interesse a non procedere con l'esame (supponiamo che il paziente abbia una TAC appena di qualche giorno prima effettuata in altra struttura), perché la spesa per l'esame viene in ogni caso coperta dal trasferimento regionale. L'amministrazione ospedaliera ha, quindi, più interesse ad aumentare i DRG piuttosto che a controllare "sotto la riga" le relative spese. Certamente la presenza di dettagliati DRG limita la possibile duplicazione di test ed accertamenti (si faranno solo quelli rimborsabili), ma non risolve interamente il problema. Ecco, quindi, che un tipico esempio di spesa improduttiva (duplicazione di esami non necessari) può sfuggire del tutto al controllo ed all'eventuale responsabilità per prescrizione non necessaria.

Inoltre, mentre nel caso dell'accreditamento emergono anche fattispecie di abuso che vengono portate all'attenzione della procura contabile, nel caso dei rapporti tra ente finanziatore (Regione) e ente erogatore pubblico (ASL o ospedale) non vi è traccia nella giurisdizione

⁸⁴ OECD. Tackling Wasteful Spending on Health. OECD Publishing: Paris, January 2017. Disponibile a: <https://doi.org/10.1787/9789264266414-en>

⁸⁵ <https://www.salviamo-ssn.it/rapporto/4-rapporto-gimbe.it-IT.html>

⁸⁶ E, tuttavia, si è visto quanto l'assenza di una adeguata medicina del territorio sia stata e possa essere ancora influente sugli esiti della pandemia. Tuttavia, è impossibile ricostruire in termini di responsabilità erariale la scelta politica di orientare la spesa verso l'erogazione ospedaliera invece che territoriale.

contabile di alcun caso derivante da controlli specifici. Si deve supporre che ipotesi di cattiva gestione non ve ne siano?

Una prima osservazione è quindi che fenomeni analoghi (prescrizione farmaci, erogazione di prestazioni) sono verificati e controllati in determinati settori (medici di base, soggetti accreditati) molto di più che in altri (medici ospedalieri o delle Asl e ospedali)⁸⁷. Sembra perciò che l'intervento della Corte dei conti sia molto settorializzato in base alla presenza o meno di dati verificabili. Tuttavia, la contabilità economica delle ASL e AO dovrebbe favorire il controllo di gestione e da questo dovrebbe essere possibile ricavare anche ipotesi di responsabilità. Evidentemente c'è qualcosa che impedisce tale circuito.

Un'altra parte di spesa illegittima indicata dagli studi OCSE è quella connessa agli acquisti, nel settore sanitario come in tutti i settori dell'amministrazione pubblica. L'OCSE considera che almeno il 50% dell'aggregato indicato come "spreco" sia costituito da prezzi eccessivi di acquisto, gare non legittime, e in generale collegabile a costi maggiorati delle forniture e dei servizi. Per l'Italia l'ordine di grandezza è intorno ai 10 miliardi l'anno.

Il punto è senza dubbio all'attenzione delle procure contabili, nel settore sanitario come in tutti i settori della PA. Tuttavia, le condanne restano nel solco dell'occasionalità e certamente non raggiungono livelli di recupero paragonabile alle stime di spesa illegittima. Ciò è in buona parte dovuto al fatto che l'illegittimità nell'acquisto emerge spesso attraverso un'indagine di tipo penale (connessa ad un reato di corruzione). Manca invece in modo evidente un controllo sistematico sugli acquisti che porti ad individuare illegittimità non necessariamente connesse ad un comportamento doloso. Anche in questo caso sembra mancare prima di tutto un controllo interno.

Del resto, con le disposizioni emergenziali da ultimo approvate, questo tipo di danni, derivanti da gravi negligenze in fase di acquisto, non sarà più perseguibile né recuperabile. Il costo dell'intervento che ha eliminato la colpa grave per gli acquisti emergenziali e dunque garantito immunità dalla responsabilità può essere, approssimativamente, nell'ordine di diversi miliardi di spesa annua. Si tratta di sprechi ed illegittimità che non saranno perseguibili.

L'OCSE infine considera spesa improduttiva pratiche mediche condotte da soggetti troppo qualificati (medici in luogo di infermieri) in ragione di una cattiva organizzazione; ricoveri non necessari; reparti dove si sovrappongono competenze che potrebbero essere portate a sistema. Di questo aspetto, difficilissimo da individuare ma connesso anche alle nomine ed alla gestione dell'organizzazione, non vi è traccia nelle sentenze per responsabilità erariale.

Tuttavia, appare chiaro come scelte organizzative, ad esempio quella di ridurre o eliminare il servizio prevenzione sanitaria sul territorio, o nomine di dirigenti non adeguati alle funzioni, possono condurre a gravi inefficienze del sistema senza che tuttavia sia possibile far emergere le responsabilità individuali.

Allo stesso modo appare del tutto marginale l'attenzione verso la gestione vera e propria delle strutture. Soprattutto in epoca pandemica sono nuovamente emersi fenomeni come quello di strutture pronte ma abbandonate, o strutture chiuse, magari dopo una completa ristrutturazione. Questo aspetto non risulta dalla ricognizione effettuata se non per pochi sporadici episodi.

In conclusione, dalla ricognizione presentata emerge che la Corte dei conti riesce ad individuare e recuperare solo una quota minima di risorse mal spese e che in situazione di

⁸⁷ Rapporto Oasi 2019 Bocconi a proposito dello scarso controllo della qualità spesa in sede di distribuzione delle risorse afferma: "La motivazione principale è da ricondurre ai sistemi di determinazione del finanziamento e di gestione del riparto, ad oggi ancora legati a logiche di tetto o di spesa storica e associati a meccanismi incentivanti (o vincolanti) sul rispetto delle cifre stanziate. In questo modo, si aumenta senz'altro la prevedibilità economico-finanziaria della spesa ma si perde la qualità di riflettere il fabbisogno in fase di assegnazione, generando, pertanto, difficoltà e disuguaglianze nell'organizzazione dell'assistenza."

emergenza anche questa attività viene legislativamente ulteriormente ridotta, nonostante la vivida attenzione che, per ovvie ragioni, suscita nella pubblica opinione.

Probabilmente andrebbero studiati nuovi mezzi di contrasto alla spesa improduttiva, magari partendo da strumenti antichi come il giudizio di conto e favorendo una sinergia sempre maggiore con le sezioni regionali di controllo e le relative attività.