

Payback e Costituzione

La politica sanitaria tra tetti di spesa e contributi di utilità sociale*

[Corte cost., sent. 19 giugno-22 luglio 2024, n. 139, red. Pitruzzella; sent. 3-22 luglio 2024, n. 140, red. San Giorgio, D'Alberti]

Camilla Buzzacchi**

SOMMARIO: 1. La spesa regionale e il sistema del *payback* per i dispositivi medici. – 2. L'orizzonte della sent. n. 139 tra competenze regionali e leale collaborazione. – 2.1. Il fondo e il criterio di finanziamento della sanità. – 3. La sent. n. 140 e il meccanismo del *payback*. – 3.1. Un caso di utilità sociale e non di prestazioni imposte – 4. Una politica per la salute che si regge su ripiani di spesa e *payback*: è questa la consegna dell'art. 32 Cost.?

1. La spesa regionale e il sistema del *payback* per i dispositivi medici

Un insieme di beni e di principi costituzionali di primaria rilevanza sono oggetto di un complesso bilanciamento ad opera di una coppia di decisioni della Corte costituzionale del 2024, che riguardano un meccanismo noto come *payback*. Esso consiste nel porre a carico delle aziende, che hanno fornito dispositivi medici per i servizi sanitari regionali, una quota di risorse finanziarie nella misura di quanto è necessario a ripianare lo sfioramento

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. L'articolo, con particolare riferimento al par. 2, è stato elaborato nell'ambito del progetto di ricerca «Pubblica amministrazione nel segno della finanza. Come le regole finanziarie pubbliche modellano il sistema amministrativo nazionale e dell'Unione europea - progetto FinPA» (cup e53d23006580006), finanziato dal fondo dedicato ai progetti di ricerca di rilevante interesse nazionale-PRIN, bando 2022, Unione europea Next Generation EU e Ministero dell'università e della ricerca.

** Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università di Milano Bicocca, camilla.buzzacchi@unimib.it.

del tetto di spesa imposto alle Regioni per gli acquisti di quelle attrezzature: tale *payback* si prospetta, per effetto del ricorso n. 23 del 2023 della Regione Campania e delle sedici ordinanze di rimessione del TAR Lazio, come un'operazione di compensazione di oneri finanziari per il comparto pubblico, che è suscettibile di contrastare con una molteplicità di disposizioni costituzionali. La multiforme violazione di precetti della Carta fondamentale da un lato riguarderebbe profili del nostro sistema autonomistico; d'altro canto, inciderebbe su un diritto sociale fondamentale quale quello della tutela della salute¹; in ultima – ma non secondaria – analisi andrebbe a comprimere la libertà di iniziativa economica, nella misura in cui imporrebbe agli operatori del mercato una prestazione patrimoniale secondo criteri illegittimi. Le due sentenze nn. 139 e 140 affrontano questa complessità di questioni, e si può anticipare che l'indicazione del giudice delle leggi è di una dichiarazione di piena legittimità costituzionale delle scelte del legislatore nazionale in tema di *payback*: salvo un intervento di natura additiva, volto ad estendere il trattamento di favore nei confronti delle imprese, che non corregge però l'eterogenea distribuzione del fondo istituito a beneficio delle Regioni per ripianare i loro debiti. Con un intervento, tra l'altro, di senso esattamente contrario alla politica di anni addietro, quando alle Regioni in dissesto per la spesa sanitaria sono stati imposti strumenti di natura opposta, ovvero i piani di rientro².

Prima di procedere all'analisi delle due decisioni, qualche osservazione introduttiva può essere formulata rispetto ai diversi interessi che ruotano intorno a questa particolare vicenda del *payback*: interesse delle Regioni ad assicurarsi il ripiano della spesa lievitata in maniera irresponsabile; interesse delle aziende a non vedersi vessate nell'interazione con il Servizio sanitario pubblico; interesse dello Stato a trovare soluzioni di dubbia credibilità, pur di fornire rimedi di qualsiasi sorta a copertura di gestioni squilibrate, di cui sono re-

¹ Tanta è la letteratura che ha inquadrato il diritto: tra le principali trattazioni del diritto si rinvia a R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Milano, 2006; Id. (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale*, Bologna, 2009; M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, n. 2; D. MORANA (a cura di), *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002; Id. (a cura di), *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2013; A. PIOGGIA, *Diritti umani e organizzazione sanitaria*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza sociale*, 2011, n. 1; Id., *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2014.

² Cfr. sul tema l'ampio studio di A. PATANÈ, *I Piani di rientro sanitari*, Pisa, 2024. Cfr. anche A. AMATO, *Niente al di fuori dei lea. Il diritto fondamentale alla salute nelle Regioni sottoposte a piano di rientro alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Diritti regionali*, 2023, n. 2; R. BALDUZZI, *Piani di rientro: difficile equilibrio tra autonomia e responsabilità*, in *Monitor*, 2010, n. 22; C. BUZZACCHI, *Il "custode della finanza pubblica allargata" e gli oneri della potestà di coordinamento*, in *Le Regioni*, 2016, n. 4; S. CALZOLAIO, *Il modello dei Piani di rientro dal disavanzo sanitario dal punto di vista dell'equilibrio di bilancio*, in *Federalismi*, 2014, n. 23; T. CERRUTI, *I piani di rientro dai disavanzi sanitari come limite alla competenza legislativa regionale*, in *Rivista AIC*, 2013, n. 4; I. CIOLLI, *Poteri sostitutivi statali, piani di rientro e vincoli di bilancio in materia sanitaria. tra disuguaglianze e tentativi di emarginazione della decisione politica*, in *Diritti regionali*, 2021, n. 1; G. D'ALESSANDRO, *Evanescenza del concetto di "materia finanziaria" e piano di rientro del disavanzo sanitario delle Regioni. Ancora sui limiti all'ammissibilità dell'inserimento di disposizioni eterogenee in sede di conversione dei decreti-legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, n. 6; E. GRIGLIO, *Il legislatore "dimezzato": i Consigli regionali tra vincoli interni di attuazione dei piani di rientro dai disavanzi sanitari ed interventi sostitutivi governativi*, in *Le Regioni*, 2012, n. 3; D. PARIS, *Il Titolo V alla prova dei piani di rientro: delegificazione dei principi fondamentali e asimmetria fra Stato e Regioni nel rispetto delle procedure di leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 2014, n. 1-2; G. RIVOSECCHI, *Poteri sostitutivi straordinari e piani di rientro dal disavanzo sanitario*, in *Italian Papers On Federalism*, 2023, n. 3.

sponsabili le Regioni. Le istanze sono veramente diversificate e divergenti, determinando un intreccio di profili piuttosto complicato in quanto generato da un insieme di scelte per lo meno irragionevoli, adottate dal legislatore nazionale.

In particolare, dalle controversie – una in via diretta e una via incidentale – che stanno alle origini delle due pronunce emerge il dato, che suscita seri interrogativi, dell'eterogenea ripartizione di un fondo tra le Regioni: circostanza che è la diretta conseguenza – ma non certo l'equilibrata soluzione – di tendenze dei servizi sanitari regionali, che dimostrano soprattutto irresponsabilità. Ma sempre in tema di responsabilità, suscita ulteriori interrogativi la chiamata delle aziende fornitrici alla condivisione di oneri, che ricadono sulle amministrazioni. L'insieme di queste contraddizioni esige un'operazione di chiara distinzione delle responsabilità, che la Corte in queste due decisioni affronta: pervenendo a posizioni che, soprattutto come esito della lettura congiunta, non convincono. Esse sono emblematiche dell'intenzione di non destituire di fondamento un sistema di "soccorso" alle Regioni che, incautamente, hanno disatteso i tetti di spesa; e appaiono altresì del tutto refrattarie a riconoscere che tanto le scelte del legislatore nazionale a introdurre un meccanismo come il *payback*, quanto le politiche sanitarie delle Regioni sono indifendibili. Probabilmente in nome di una «ragion di Stato», che del resto non è sconosciuta alla Corte costituzionale³, il «combinato» dei due dispositivi produce il risultato di salvare un impianto legislativo che tanto nei confronti delle Regioni quanto verso la platea degli imprenditori del particolare settore delle apparecchiature mediche mantengono inalterata una disciplina che conserva aspetti di problematicità.

Le vicende al centro delle pronunce della Corte richiedono di essere ricostruite, evidenziando la particolare scelta di politica sanitaria dello Stato del 2023, che ha suscitato un contenzioso sia con una Regione che con gli attori di una realtà produttiva come quella del mercato dei dispositivi sanitari. Esigenze di salvaguardia tanto dei bilanci regionali quanto delle istanze degli operatori economici hanno indotto il decisore politico a definire un quadro di composizione

³ Il pensiero va per esempio alle sentt. nn. 10 e 155/2015, dove il giudice delle leggi ha ritenuto di effettuare un significativo uso del «bilanciamento».

Tanti sono i commenti alle due decisioni, e qui si richiamano un paio di interventi di particolare significato in merito al «bilanciamento».

R. PINARDI, *La Corte e la crisi tra bilanciamenti di interessi ed «impatto macroeconomico» delle pronunce d'incostituzionalità*, in *Forum Quaderni costituzionali* 27 aprile 2015, p. 4, osserva: «A questo punto il sospetto che sorge è che, al di là delle argomentazioni sviluppate in punto di diritto, il dictum della Corte costituzionale rappresenti l'approdo finale di un'operazione di "bilanciamento" di altra natura. Per cui la Consulta, perfettamente consapevole delle obiezioni che una sentenza caducatoria con efficacia ex nunc avrebbe (nuovamente) suscitato nella comunità scientifica, ma maggiormente preoccupata dalle critiche che le sarebbero state presumibilmente (e strumentalmente) rivolte, a livello politico e massmediatico, per aver determinato, con la sua decisione, un ammanco significativo nelle casse dello Stato (in un momento, tra l'altro, di grave crisi finanziaria), ha preferito, alla fine, adottare una pronuncia provvista di una sorta di clausola di irretroattività a prescindere da ogni altra valutazione».

C. PADULA, *Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015*, in *Federalismi*, 2015, n. 18, p. 33, si ritrova a «segnalare la nuova "direzione" del bilanciamento degli interessi. Il bilanciamento è sempre stato considerato una tecnica di giudizio potenzialmente invasiva della "discrezionalità" del legislatore. L'impressione è che, talora, in collegamento con la crisi finanziaria dello Stato ma anche con ragioni equitative (nel caso della Robin tax), il bilanciamento stia mutando "senso", venendo utilizzato allo scopo di far salve le leggi, a scapito degli interessi di alcuni soggetti (pubblici o privati) e del giudice a quo, al quale viene detto che la legge sarebbe incostituzionale ma che la deve applicare».

dei divergenti interessi, andando a configurare un sistema di concorso dei vari protagonisti – Regioni e aziende – a finalità di utilità generale, che evidentemente ha provocato squilibri e reazioni di incomprensione dell'intervento pubblico nel suo insieme. Il giudice costituzionale effettua una sorta di ricomposizione del sistema di *payback* con un ragionamento unitario, che deve necessariamente articolarsi in una duplice pronuncia, a fronte di una duplice contestazione: offrendo un risultato che lascia ampiamente insoddisfatti, tanto per le prospettive connesse al diritto alla salute, quanto per i riflessi nei confronti degli operatori economici.

2. L'orizzonte della sent. n. 139 tra competenze regionali e leale collaborazione

La sent. n. 139/2024 è adottata in risposta alla doglianza della Regione Campania circa la dubbia legittimità dell'art. 8, commi 1, 2, 3 e 6, del d.l. n. 34 del 2023 recante *Misure urgenti a sostegno delle famiglie e delle imprese per l'acquisto di energia elettrica e gas naturale, nonché in materia di salute e adempimenti fiscali*, come convertito, per contrasto con gli artt. 3, 5, 32, 77, 97, 117, terzo e quarto comma, 118, 119 e 120 Cost. Viene contestata la parte «in cui si dispone che il fondo istituito ai sensi del comma 1 è ripartito soltanto tra le Regioni che hanno superato il tetto di spesa per l'acquisto di dispositivi medici negli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 anziché tra tutte le Regioni sulla base delle quote di accesso al fabbisogno indistinto *standard* per il servizio sanitario nazionale»⁴ in coerenza con il decreto legislativo 6 maggio 2011, n. 68 relativo al sistema di entrate della finanza regionale. Il comma 1 della disposizione impugnata ha istituito un fondo con una dotazione di 1.085 milioni di euro per l'anno 2023 con l'obiettivo di ripianare il superamento, per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, dei tetti di spesa imposti alle Regioni e alle Province autonome per l'acquisto dei dispositivi medici. Il successivo comma 2 ha provveduto alla ripartizione del fondo tra ciascuna Regione e Provincia autonoma, affinché tali risorse possano essere impiegate «per gli equilibri dei servizi sanitari regionali dell'anno 2022».

Ma il ripristino degli equilibri finanziari delle Regioni ha richiesto anche un coinvolgimento delle aziende fornitrici dei dispositivi. E infatti, procedendo con l'art. 8, il comma 3 dispone un meccanismo agevolato per le imprese che, in virtù di una normativa antecedente, si erano viste porre a proprio carico una parte dello scostamento registrato. La disciplina del *payback* dei dispositivi medici è stata definita nel dettaglio, da ultimo, dall'art. 9-ter del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78 recante *Disposizioni urgenti in materia di enti pubblici territoriali. Disposizioni per garantire la continuità dei dispositivi di sicurezza e di controllo del territorio. Razionalizzazione delle spese del Servizio sanitario nazionale nonché norme in materia di rifiuti e di emissioni industriali*, poi convertito nella legge

⁴ Corte cost. n. 139/2024, p.to 1 *Considerato in diritto*.

6 agosto 2015, n. 125. Tale disciplina ha trovato completamente, grazie alla definizione delle sue modalità operative, con il d.l. n. 34/2023: è stata aggiunta la previsione di favore per alcune imprese, per effetto della quale quegli operatori che non abbiano instaurato controversie o che le abbiano abbandonate, in relazione ai provvedimenti regionali e provinciali che identificano le aziende fornitrici obbligate a concorrere al ripianamento del superamento del tetto di spesa, possono accedere ad un meccanismo agevolato, che consente la riduzione al 48 per cento della quota determinata dai suddetti provvedimenti. Questi ultimi provvedimenti sono stati concepiti come segue: al fine del concorso al ripiano dell'eventuale superamento del tetto di spesa regionale, per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 le Regioni e le Province autonome hanno anzitutto predisposto l'elenco delle aziende fornitrici chiamate al ripiano per ciascun anno. È spettato invece a un decreto del Ministro della salute, da adottarsi d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, il compito di tracciare «le linee guida propedeutiche alla emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali». È così intervenuto il decreto del Ministro della salute 6 ottobre 2022, intitolato «Adozione delle linee guida propedeutiche all'emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali in tema di ripiano del superamento del tetto dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018» che ha completato il quadro, consentendo alle amministrazioni del territorio di adottare le proprie determinazioni.

L'ultimo motivo di impugnazione della Regione Campania concerne l'art. 8, comma 6 che, per «esigenze di liquidità connesse all'assolvimento dell'obbligo di ripiano», consente alle piccole e alle medie imprese di «richiedere finanziamenti a banche, istituzioni finanziarie nazionali e internazionali e ad altri soggetti abilitati all'esercizio del credito in Italia, suscettibili di essere assistiti, previa valutazione del merito di credito, dalla garanzia prestata dal Fondo di cui all'articolo 2, comma 100, lettera a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662». Si tratta del Fondo già istituito presso il Mediocredito Centrale spa, la cui funzione è garantire una parziale assicurazione ai crediti concessi dalle banche alle piccole e medie imprese. La denuncia della Regione investe anzitutto la compressione del principio di leale collaborazione, perché la normativa statale avrebbe individuato in materia unilaterale e arbitraria i beneficiari delle risorse destinate al finanziamento delle funzioni relative alla tutela della salute, stabilendo criteri e modalità di riparto senza alcuna attenzione per il sistema delle amministrazioni interessate. Ma il vizio riguarderebbe anche il principio di eguaglianza, dal momento che la suddivisione delle risorse non si conforma ai criteri che presiedono al riparto del Fondo sanitario nazionale: la Campania contesta «un'ingiustificabile e arbitraria disparità di trattamento», che andrebbe a premiare le Regioni e le Province autonome che hanno superato i tetti di spesa con un contributo a fondo perduto, con il risultato di un'assegnazione addirittura eccedente rispetto alla necessità di ripianamento. Peraltro, la ricorrente non rientra tra le amministrazioni destinatarie delle risorse.

Ma in più rileva il presunto sacrificio delle competenze regionali. La prerogativa concernente la tutela della salute sarebbe oggetto di lesione, perché l'intervento delle istituzioni centrali finirebbe per costituire un'intrusione nelle competenze concorrenti e anche un allontanamento dai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza *ex art. 118*

Cost. Strettamente connesso alla competenza derivante dall'art. 117 Cost. appare poi anche l'art. 32, e dunque il godimento del diritto costituzionale che si connota per la qualificazione di «fondamentale». Per finire, l'ultima compressione delle attribuzioni sarebbe apprezzabile rispetto alla sfera della autonomia finanziaria, prospettandosi una situazione anomala nei rapporti con lo Stato sul piano delle risorse.

Anzitutto la sent. n. 139 respinge l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa statale, tesa a negare l'invasione delle competenze legislative regionali da parte di «questioni di carattere eminentemente economico-finanziario»: conferma, al contrario, che «sono ammissibili le questioni di legittimità costituzionale che una Regione, nell'ambito di un giudizio in via principale, prospetti in riferimento a parametri diversi da quelli che sovrintendono al riparto delle competenze tra lo Stato e le Regioni, a condizione che siano chiaramente individuati gli ambiti di competenza legislativa regionale indirettamente incisi dalla disciplina statale e sia adeguatamente illustrato il vizio di ridondanza», come argomentato nella sent. n. 40/2022 e nella giurisprudenza antecedente⁵.

Il giudice non accoglie altresì la censura regionale incentrata sulla violazione dell'art. 77 Cost., legittimando la scelta del Governo di intervenire con decreto-legge: il d.l. n. 34/2023 è intitolato *Disposizioni in materia di salute* ed appare contraddistinto da disposizioni che presentano una matrice razionalmente unitaria. Ma soprattutto viene rigettato l'argomento delle ripetute proroghe dei termini concernenti il ripiano del superamento del tetto di spesa per i dispositivi medici, che dimostrerebbero l'insussistenza di ragioni di necessità e urgenza: la proroga conferma, al contrario, «le implicazioni problematiche di una materia quanto mai dibattuta, che ha richiesto l'adozione di molteplici correttivi, allo scopo di completare il percorso di attuazione, avviato con i decreti ministeriali del 6 luglio 2022 e del 6 ottobre 2022, e di arginare il cospicuo contenzioso insorto»⁶.

Da queste prime valutazioni si transita poi alle considerazioni più strettamente legate al sistema delle competenze. Il giudizio è di completa conformità della normativa sul *payback* alla cornice costituzionale. Infatti non viene ravvisato alcuno scostamento dal principio della leale collaborazione, che deve permeare i rapporti tra Stato e Regioni, posto che «il fondo, ancorato a esigenze perequative e destinato a sovvenire a finalità straordinarie di contenimento della spesa regionale, si atteggia come una misura di sostegno rivolta in via principale alla platea delle aziende fornitrici di dispositivi medici e si iscrive in un contesto che ne avvalorava il carattere emergenziale, ribadito anche nel rapporto della Corte dei conti (sezioni riunite in sede di controllo) sul coordinamento della finanza pubblica per l'anno 2023». Non si riconosce alcuna compressione dell'autonomia delle Regioni e delle Province autonome anche per il fatto che «la gestione del *payback* dei dispositivi medici, in tutte le fasi che l'hanno caratterizzata, ha visto una capillare condivisione delle scelte statali con

⁵ Sent. n. 187/2021, sentt. nn. 56/2020, 194/2019, 198/2018 e 145/2016.

⁶ Corte cost. n. 139/2024, p.to 5.2 *Considerato in diritto*.

le regioni e le province autonome⁷. Il decreto per fissare le linee guida propedeutiche ai provvedimenti regionali e provinciali in tema di ripiano del superamento del tetto dei dispositivi medici – il d.m. 6 ottobre 2022 – è stato adottato a seguito dell’acquisizione dell’intesa tanto nella Conferenza delle Regioni e Province autonome il 14 settembre 2022 quanto nella Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome il 28 settembre 2022. Dopo l’istituzione del fondo, la suddivisione della sua dotazione «non può che essere parametrata agli scostamenti già accertati nel corso della costante interlocuzione con le Regioni e le Province autonome»⁸.

2.1. Il fondo e il criterio di finanziamento della sanità

Ma è principalmente il criterio di riparto che supera il vaglio della Corte.

Esclusa la lesione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza e quella delle sfere di competenza legislativa regionale – tanto con riguardo alla tutela della salute, quanto con riferimento al coordinamento della finanza pubblica – particolare rilievo assumono, nello scrutinio della Corte, le finalità che l’istituzione del fondo persegue. In tale prospettiva la posizione del custode della Costituzione viene costruita a partire dall’analisi della Corte dei conti, così come elaborata nel Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica per l’anno 2023: in esso sono stati documentati gli scostamenti dai limiti di spesa, e si è evidenziata la tendenza dei medesimi ad acquisire carattere strutturale. Da qui l’esigenza di ricorrere a misure di carattere organico.

L’esigenza maturata è stata dunque quella – di duplice natura – di garantire le entrate regionali e, al tempo steso, fornire parziale copertura degli oneri a carico delle aziende fornitrici di dispositivi medici. Tramite il fondo istituito dal d.l. n. 34/2023 l’obiettivo da conseguire è l’«alleggerimento dell’onere di ripiano posto a carico delle aziende», e a ciò è funzionale una misura di stampo emergenziale, idonea a fronteggiare il crescente impatto della spesa dei dispositivi medici sul livello complessivo della spesa sanitaria. Per rimediare l’andamento eccessivo di tale voce di spesa, il criterio di riparto non può che rispecchiare la misura di tale scostamento: dunque «commisurato alle quote di accesso al fabbisogno indistinto standard». La decisione ravvisa la ragione giustificatrice del fondo nell’«obiettivo di rendere più sostenibili gli oneri delle imprese fornitrici di dispositivi medici e di sovvenire alle necessità del ripianamento, cui le Regioni e le Province autonome sono chiamate a far fronte»: tale orizzonte vale a conferire all’intervento del legislatore «una causa normativa adeguata»⁹, che non è incrinata dalla circostanza che la Regione ricorrente non sia tra i beneficiari.

⁷ *Ivi*, p.ti 6.2 e 6.3. Si specifica che «il d.m. 6 luglio 2022, che certifica il superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici, è l’approdo dell’accordo tra Governo, Regioni e Province autonome, raggiunto il 7 novembre 2019».

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ivi*, p.to 7.3.4 *Considerato in diritto*.

È sulla concreta modulazione del fondo che la Corte accoglie la contestazione della Campania, dato che esso stanziava a favore di Regioni e Province autonome l'equivalente degli importi che le imprese non dovranno più versare. Ma è da considerare il fatto che nel frattempo è sorto un consistente contenzioso, sollevato dalle aziende coinvolte nel concorso al ripiano del superamento del tetto: tale fenomeno ha indotto il legislatore statale ad individuare una soluzione, volta ad alleviare gli oneri delle imprese. La soluzione è stata messa a disposizione esclusivamente di quegli operatori che hanno intrapreso la via della definizione bonaria: solo nei loro confronti il fondo prevede l'agevolazione, destinando alle amministrazioni regionali la quota che questi fornitori di dispositivi medici non dovranno più versare. La quota cessa dunque di gravare sulle imprese e viene compensata alle Regioni, ma solo a condizione che le stesse imprese abbiano rinunciato alle pretese sollevate in sede di contenzioso.

La modulazione ora descritta non convince il giudice costituzionale, che accoglie il ragionamento della Regione ricorrente. Questa osserva che tale modalità di assegnazione dell'agevolazione è suscettibile di trasferire «risorse anche superiori al ripiano di tale tetto di spesa, in quanto avranno diritto all'intera frazione di ripiano da parte delle aziende, ove queste non aderiscano alla definizione agevolata introdotta dalla norma»: l'osservazione viene reputata corretta «poiché è imprevedibile il numero delle aziende fornitrici di dispositivi medici che sceglieranno di addivenire a una definizione agevolata». Se le Regioni «si governeranno in maniera del tutto aleatoria delle somme stanziata e potranno anche lucrare un *quid pluris*» – e ciò è confermato dall'assenza di stime circa la «platea di imprese che, rinunciando al contenzioso, saranno tenute a una corresponsione ridotta della quota di ripiano posta a loro carico» – il giudice riconosce che nel congegno, che la disciplina impugnata modella, è insita un'intrinseca antinomia tra i criteri selettivi dello sgravio accordato alle imprese e l'assegnazione delle risorse alle Regioni. Dunque, egli statuisce che delle risorse assegnate dallo Stato le Regioni e le Province autonome possano giovare «anche quando le aziende fornitrici non abbiano aderito alla definizione agevolata»¹⁰, trovandosi allora tenute a versare gli interi importi dovuti alle Regioni.

Appare pertanto improprio, per «un equilibrato e armonico assetto delle relazioni finanziarie tra lo Stato e le regioni, presidiato dall'art. 119 Cost.», che alle Regioni possano arrivare risorse superiori all'importo necessario a ripianare il superamento del tetto di spesa: occorre invece una «necessaria correlazione tra le risorse, già stanziata dal legislatore statale al fine precipuo di alleviare gli oneri delle imprese, e la finalità di rendere sostenibile, per le Regioni, l'obiettivo di ripianare la spesa concernente i dispositivi medici»¹¹. Rispetto a queste diverse, e divergenti, esigenze, la Corte individua una modalità di composizione, che al legislatore è perlomeno sfuggita: ovvero l'opportunità di riconoscere a tutte le imprese

¹⁰ *Ivi*, p.to 8.3 Considerato in diritto.

¹¹ *Ivi*, p.to 8.5 Considerato in diritto.

la riduzione dell'importo dovuto, eliminando la condizione della rinuncia al contenzioso e allargando il novero dei fornitori da includere rispetto all'agevolazione.

È evidente l'effetto additivo della pronuncia, che va a sancire un criterio prima assente per sanare l'irragionevolezza di quanto disposto dalla disciplina: la riduzione al 48 per cento della quota determinata dai provvedimenti regionali e provinciali può essere attribuita a qualsiasi azienda di dispositivi medici, in tal modo precludendo ad una Regione di ritrovarsi a beneficiare di più risorse di quelle necessarie a rimediare lo sfioramento della spesa. La soluzione appare adeguata a non alterare il sistema delle relazioni finanziarie dello Stato con le Regioni: essa transita attraverso un riaggiustamento della misura a beneficio delle aziende, benché non sia concepita per una ragione di equità verso queste ultime. L'effetto finale, introdotto dall'unica dichiarazione di incostituzionalità della decisione, è quello di approdare ad un trattamento uniforme rispetto a tutte le aziende, anche se questo non è l'intento, che rimane invece circoscritto ad una preoccupazione di ragionevole distribuzione delle risorse alle Regioni, senza che alcune possano trarre vantaggio da un beneficio selettivo legato al *payback*.

Proprio agli interessi delle aziende, e dunque al ricorso sollevato in via incidentale da un certo numero di queste, risponde la sent. n. 140.

3. La sent. n. 140 e il meccanismo del *payback*

La successiva decisione viene adottata a seguito di sedici ordinanze di rimessione del TAR Lazio¹². In esse ricorre la denuncia della violazione degli artt. 3, 23, 41 e 117, primo comma, Cost., in ragione del mancato rispetto dell'art. 1 Prot. addiz. CEDU, ad opera dell'art. 9-ter del d.l. n. 78 del 2015 che, tra le altre materie, si occupa anche della razionalizzazione della spesa sanitaria. La contestazione concerne il meccanismo già descritto, in ragione del quale le aziende fornitrici di dispositivi medici sono gravate di una quota di quanto necessario a ripianare lo sfioramento del tetto di spesa imposto alle Regioni per gli acquisti di questi beni. Il TAR Lazio ha sollevato la questione in via incidentale trovandosi a decidere della legittimità dei provvedimenti amministrativi che hanno dapprima certificato, per le annualità 2015-2018, l'avvenuto superamento dei tetti di spesa; e che, conseguentemente, previa adozione di atti prodromici, hanno intimato alle aziende fornitrici il pagamento di somme a titolo di parziale ripiano dello sfioramento. Il dubbio formulato dal giudice *a quo* è il contrasto con l'art. 41 Cost., per la compressione eccessiva della libera attività imprenditoriale delle aziende coinvolte, chiamate *ex lege* a restituire somme ricavate dalla vendita dei dispositivi medici: il vizio argomentato dal rimettente è che, nonostante il prezzo dei beni

¹² R. PINARDI, *La Corte e il venir meno del vizio di incostituzionalità (a margine di una pronuncia di legittimità costituzionale sopravvenuta)*, in *Consulta Online*, 3, 2024.

sia stato fissato all'esito di gare pubbliche – oltretutto «senza la garanzia che permanga un minimo ragionevole margine di utile e addirittura senza che siano coperti i costi» – la disciplina del 2015 abbia introdotto una misura che avrebbe i caratteri di prestazione imposta e che risulterebbe priva di un ragionevole e proporzionato bilanciamento tra il diritto di iniziativa economica privata e l'utilità sociale.

Il sacrificio della libertà di iniziativa economica sarebbe inoltre aggravato dalla negazione dei principi, sanciti dal Prot. addiz. CEDU, dell'affidamento, della ragionevolezza e della irretroattività. Per effetto della normativa impugnata le imprese fornitrici non avrebbero avuto la possibilità di conoscere, in sede di gara, la prestazione economica loro richiesta, non essendo stati previamente determinati né il tetto regionale di spesa né le relative modalità di calcolo, con conseguente «incertezza del sinallagma contrattuale»¹³: solo nel 2022 è stata introdotta la possibilità di definire il tetto per le annualità 2015, 2016, 2017 e 2018, cosicché rapporti contrattuali già chiusi sono stati pesantemente incisi, e ciò è dunque avvenuto a posteriori rispetto alle previsioni del rischio di impresa, che gli operatori avevano potuto calcolare al momento delle gare.

Il concorso al ripiano si configurerebbe come una prestazione patrimoniale imposta in contrasto con l'art. 23 Cost., perché richiesta in carenza di specifici e vincolanti criteri direttivi: tanto l'indeterminatezza dei criteri per la fissazione dei tetti regionali di spesa, quanto la mancata considerazione delle varie e molteplici tipologie di dispositivi medici che caratterizzano il vastissimo mercato di riferimento, sarebbero condizioni di una discrezionalità amministrativa troppo ampia rispetto al vincolo del principio di legalità.

Il giudice costituzionale imposta il suo ragionamento a partire dal d.l. n. 98 del 2011, che nell'ambito del più generale obiettivo di razionalizzare la spesa sanitaria, aveva introdotto la previsione di un tetto di spesa cui assoggettare gli acquisti, da parte del SSN, dei dispositivi medici. A decorrere dal 2014 il tetto a livello nazionale è stato fissato al valore del 4,4 per cento del fabbisogno sanitario nazionale standard; il tetto di spesa regionale, per le annualità 2015, 2016, 2017 e 2018, è stato fissato, per ciascuna Regione, nella medesima misura del 4,4 per cento del fabbisogno regionale standard, con atto n. 181/CSR, del 7 novembre 2019, adottato (secondo quanto previsto dall'art. 9-ter, comma 1, lettera b, del d.l. n. 78 del 2015, come convertito) in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome.

Tale normativa stabiliva che la spesa per i dispositivi fosse interamente a carico della Regione interessata, e che l'eventuale ripiano del superamento del tetto di spesa regionale dovesse avvenire attraverso misure di contenimento della spesa sanitaria regionale o di copertura a carico di altre voci del bilancio regionale.

Ma è poi intervenuta la decretazione del 2023, che ha introdotto significative innovazioni rispetto alla disciplina vigente: ha infatti posto a carico delle aziende fornitrici dei dispositivi medici una quota del ripiano del superamento del tetto, secondo una variegata nor-

¹³ Corte cost. n. 140/2024, p.to 1 *Considerato in diritto*.

mazione europea in tema di dispositivi medici, idonea a ricomprendere un vasto insieme di apparecchiature.

Come già illustrato, il sistema del *payback* è rimasto a lungo inattuato, trovando effettiva applicazione solo ad opera del decreto del Ministro della salute 6 luglio 2022: si è allora proceduto alla certificazione del superamento del tetto di spesa, con conseguente quantificazione, Regione per Regione, dell'ammontare dello scostamento; nonché alla definizione, con provvedimento di ciascuna amministrazione, dell'«elenco delle aziende fornitrici soggette al ripiano per ciascun anno, previa verifica della documentazione contabile anche per il tramite degli enti del servizio sanitario regionale» affinché in sede ministeriale si potessero emanare «linee guida propedeutiche» sulla base delle quali le Regioni avrebbero dovuto adottare i provvedimenti che impongono il ripiano alle aziende fornitrici.

3.1. Un caso di utilità sociale e non di prestazioni imposte

Il *thema decidendum* che attende il sindacato della Corte riguarda dunque le previsioni concernenti il *payback*. Il giudice riconosce sì che, in linea di principio, «un meccanismo il quale, per effetto del superamento del tetto di spesa, comporti la diminuzione del corrispettivo in danno di imprese che abbiano stipulato contratti di fornitura prima di tale sforamento, è idoneo a comprimere l'autonomia contrattuale, che rinviene il proprio fondamento nell'art. 41 Cost.»¹⁴. E tuttavia il limite dell'utilità sociale rende compatibile l'iniziativa economica privata con la possibile previsione legale di un contributo di solidarietà nei limiti della costante giurisprudenza della Corte. Il giudice procede così a ripercorrere una complessa elaborazione giurisprudenziale, che ruota intorno alla clausola dell'«utilità sociale», per trarre elementi idonei a sancire la coerenza del *payback*.

Richiamando una risalente pronuncia – la sent. n. 548/1990 – nonché la più recente sent. n. 113/2022, il giudice esclude che gli interventi del legislatore che limitano la libertà d'impresa al fine di tutelare l'utilità sociale possano concretizzarsi in misure tali «da condizionare le scelte imprenditoriali in grado così elevato da indurre sostanzialmente la funzionalizzazione dell'attività economica di cui si tratta, sacrificandone le opzioni di fondo o restringendone in rigidi confini lo spazio e l'oggetto delle stesse scelte organizzative». Al tempo stesso, però, le finalità di utilità sociale perseguite dalla norma «non devono necessariamente risultare da esplicite dichiarazioni del legislatore» (sent. n. 46/1963), essendo sufficiente «la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo» (sentt. nn. 63/1991, 388/1992 e 446/1988), ferma l'esigenza che l'individuazione delle medesime [finalità] «non appaia arbitraria» e che le stesse non siano perseguite dal legislatore mediante misure palesemente incongrue (tra le molte, sentt. nn. 94/2013, 247 e 152/2010, 167/2009 e 428/2008). Inoltre, «il bilanciamento tra lo svolgimento dell'iniziativa economica privata e la salvaguardia dell'utilità

¹⁴ Corte cost. n. 140/2024, p.ti 8.1 ss. *Considerato in diritto*.

sociale deve rispondere, in ogni caso, ai principi di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3, primo comma, Cost.) (sent. n. 113/2022)». Si tratta di una «complessa operazione di bilanciamento» per la quale vengono in evidenza «il contesto sociale ed economico di riferimento», «le esigenze generali del mercato in cui si realizza la libertà di impresa», nonché «le legittime aspettative degli operatori (sent. n. 218/2021)».

Alla luce di questo consistente contributo giurisprudenziale, la Corte procede all'inquadramento della finalità della disciplina censurata: essa è quella di garantire la razionalizzazione della spesa sanitaria, e il risultato è assicurato da un tetto di spesa nazionale e regionale per l'acquisto di dispositivi medici, idoneo ad allocare risorse certe per dotarsi delle attrezzature, affinché esse siano in equilibrio con altre voci di uscita finanziaria.

Quanto al meccanismo del *payback*, si riconosce che esso presenta criticità con riferimento alle aspettative delle imprese e alla certezza dei rapporti giuridici: criticità che, ciononostante, non impediscono di qualificare il meccanismo ragionevole e proporzionato.

La ragionevolezza è giustificata dal carattere solidaristico del contributo: l'esigenza di assicurare la dotazione di dispositivi medici necessaria alla tutela della salute, soprattutto in una generale situazione economico-finanziaria altamente critica, può condurre – nel giudizio in esame – a riversare sugli operatori economici i costi di una politica che i bilanci dello Stato e delle Regioni non sono in grado di sostenere in modo esaustivo. La proporzionalità discende dalla sent. n. 139/2024: il percorso argomentativo della decisione è già noto.

Rispetto all'ultima questione, quella del parametro dell'art. 23 Cost., la sent. n. 140 non ravvisa incostituzionalità, né sotto il profilo delle fonti utilizzate, né rispetto alla tipologia di prestazione imposta.

Il rispetto della riserva di legge relativa, secondo la sent. n. 269/2017, è assicurato se la legge definisce «compiutamente il soggetto e l'oggetto della prestazione imposta, mentre l'intervento complementare ed integrativo da parte della pubblica amministrazione deve rimanere circoscritto alla specificazione quantitativa (e qualche volta, anche qualitativa) della prestazione medesima». Agli organi amministrativi possono essere affidati non solo compiti meramente esecutivi, bensì anche quelli consistenti nel determinare elementi, presupposti o limiti, variamente individuabili, della prestazione stessa, sulla base di dati e valutazioni di ordine tecnico, alla luce delle sentt nn. 27/1979 e 129/1969.

Ma soprattutto l'apprezzamento dell'entità della prestazione imposta può spingersi fino a comprendere «il corrispettivo di un'attività il cui valore economico sia determinabile sulla base di criteri tecnici, e il corrispettivo debba per legge essere determinato in riferimento a tale valore», come statuito dalla sent. n. 435/2001, e in tal modo il rispetto di tutti gli elementi richiesti dalla giurisprudenza costituzionale può dirsi assicurato.

Infatti, la normativa del 2015 «individua esplicitamente sia i soggetti su cui grava l'obbligo (le imprese che hanno venduto agli enti del SSN dispositivi medici nelle regioni che hanno sfiorato il tetto) sia l'oggetto della prestazione imposta (il ripianamento, nella misura percentuale prevista dalla legge, dello sfioramento)». In più, le sue disposizioni forniscono le indicazioni generali sulla procedura da seguire per determinare il ripiano dovuto dalle aziende, che si presenta allora come un importo i cui elementi essenziali sono previamente conoscibili.

Nessuna violazione dei principi di ragionevolezza, di irretroattività e di affidamento viene avvalorata dal giudizio del custode della Costituzione: «l'incisione patrimoniale prodotta dalla disciplina censurata si giustifica, limitatamente alle annualità di prelievo che formano oggetto dei procedimenti *a quibus*, nell'ambito del più complesso bilanciamento operato dal legislatore»; la violazione del principio di irretroattività non è nella specie ravvisabile posto che «le imprese fornitrici dei dispositivi medici erano consapevoli fin dal 2015, ancor prima dell'indizione delle gare pubbliche, dell'esistenza di un meccanismo di fissazione di un tetto di spesa e del conseguente obbligo di ripiano in caso di sfioramento, che derivava dalle previsioni normative risalenti appunto al 2015»; la lesione dell'affidamento non è riconoscibile considerato che «le sopravvenienze normative, di natura solo procedimentale, che a partire dal 2022 hanno reso operativo l'obbligo di ripiano a carico delle imprese fornitrici, non hanno influito, in modo costituzionalmente insostenibile, sull'affidamento che le parti private riponevano nel mantenimento del prezzo di vendita dei dispositivi medici»¹⁵. La Corte mostra assoluta sicurezza nell'escludere la violazione di principi irrinunciabili per l'agire dei soggetti privati, non lasciando spazi a dubbi circa un'irragionevole imposizione alle aziende di adempimenti, che sarebbero esclusivamente di politica pubblica e che dovrebbero fondarsi su un intervento finanziario a carico delle amministrazioni. Solo incidentalmente la sentenza lascia scorgere un qualche profilo di non completo convincimento circa la regolarità dell'operazione: si afferma infatti che «il predetto obbligo di ripiano e del conseguente esborso *ex post* era comunque già noto sin dal 2015 nei suoi tratti essenziali, ancorché non nella sua concreta incidenza a carico di ciascuna impresa»¹⁶. Evidentemente l'operazione effettuata per ripianare l'eccesso di spesa delle Regioni presenta aspetti di una certa anomalia in termini di sacrificio imposto – se addirittura l'entità del contributo solidaristico non poteva essere noto alle aziende obbligate – ma essa sfuma in un quadro che formalmente appare rispettoso dei canoni costituzionali.

4. Una politica per la salute che si regge su ripiani di spesa e *payback*: è questa la consegna dell'art. 32 Cost.?

Concluso l'esame delle decisioni, le questioni più controverse appaiono principalmente tre.

Anzitutto è difficile comprendere la piena legittimazione di un fondo che non premia la responsabilità finanziaria delle Regioni.

Se infatti si prova a valutare l'indirizzo di spesa tenuto dalle Regioni, la prima impressione che si ricava dai dati dei bilanci è che alcune Regioni risultano virtuose ed altre invece

¹⁵ *Ivi*, p.to 8.3 *Considerato in diritto*.

¹⁶ *Ibidem*.

indifferenti alla fissazione del tetto di spesa. Ma il quadro può essere letto in maniera diversa, considerando le tecniche contabili che le amministrazioni possono utilizzare per ottenere effetti di apparente rispetto delle soglie, che di fatto sono comunque ampiamente travalicate. Come osservato dalla stampa specializzata, da «un raffronto tra un gruppo di Regioni che sfiorano il tetto dispositivi quali Toscana, Umbria e Friuli-Venezia Giulia contro un gruppo che lo rispetta quali Lombardia, Lazio e Campania, troviamo un comune denominatore per spiegare il fenomeno. Non è che nel secondo gruppo di Regioni tali spese non siano effettuate, ma le stesse sono diversamente collocate dentro i Bilanci in altre voci (a esempio la spesa per assistenza sanitaria da privati in convenzione), confrontando le quali la classifica si capovolge a favore del primo gruppo. In Toscana la spesa per dispositivi medici è elevata perché tali presidi sono acquistati e impiantati quasi esclusivamente dal settore pubblico, mentre in Lombardia è proprio l'opposto: tali attività sono effettuate infatti prevalentemente dal settore privato e in misura ridotta negli ospedali pubblici»¹⁷.

Il fondo è intervenuto a posteriori, dopo che le Regioni avevano effettuato le spese in eccesso, e finisce verosimilmente per andare a premiare in maniera arbitraria gli amministratori, se appunto la pratica di tutte le Regioni è stata quella di spendere ben oltre quanto previsto per quella destinazione: salvo che alcune hanno utilizzato vie di contabilizzazione idonee a garantire l'obiettivo di un formale rispetto del tetto.

La sfera di responsabilità finanziaria delle Regioni appare, ancora una volta, messa alla prova, e in questo caso esercitata in maniera non impeccabile. Si può a tale proposito ricordare in quante pronunce dell'ultimo decennio emerga con chiarezza il richiamo della Corte alla responsabilità che le istituzioni del territorio devono sentire in virtù della loro legittimazione politica; nonché il contenuto fortemente politico delle decisioni di spesa, che mettono alla prova il mandato elettorale che gli amministratori hanno ricevuto dagli elettori¹⁸. La preservazione di un ordine finanziario non è fine a sé stesso o volto al perseguimento di una virtù contabile o economicistica: per richiamare una delle più significative pronunce sul tema – la sent. n. 18/2019, c.d. decisione «san Valentino» – in essa si dichiara che il «principio dell'equilibrio di bilancio non corrisponde ad un formale pareggio contabile». Tale principio viene additato quale strumento e presupposto «di una stabilità

¹⁷ M. BRAGANTI, *Regioni più virtuose o meno? Il caso del payback sui dispositivi medici emblematico dei diversi pesi e misure impiegati*, in *Il Sole 24Ore*, 30 luglio 2024.

L'intervento offre poi ulteriori dati: «Il ministero oltre a dare tetti validi per qualche voce di spesa ma non per tutte, quando fa raffronti, non depurando tali fenomeni, utilizza dati tra loro non confrontabili. In tal senso la spesa per assistenza privata accreditata: su una media nazionale del 17.5%, la Toscana è al 10.9%, l'Umbria all'8.6% e il FVG al 9.1%, mentre la Lombardia è al 24.3%, la Campania al 19.5% e il Lazio al 25.5% (dato Rapporto Oasi ministero Salute del 2023) mentre per la spesa per beni e servizi su una media nazionale del 39.4%, la Toscana è al 42.2% l'Umbria al 44.9% e il FVG al 41.1% mentre la Lombardia è al 39.3% la Campania al 38.9% e il Lazio al 36.3%».

¹⁸ Su questa prospettiva sviluppata dalla Corte costituzionale dopo la revisione costituzionale del 2012 sia consentito rinviare a C. BUZZACCHI, *Autonomie e Corte dei conti: la valenza democratica del controllo di legalità finanziaria*, in *Costituzionalismo*, 2020, n. 1; e a *La "soglia ulteriore" dei livelli essenziali e la responsabilità degli amministratori regionali: note a margine della sentenza n. 190 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2023, n. 1.

economica di media e lunga durata, nell'ambito della quale la responsabilità politica del mandato elettorale si esercita, non solo attraverso il rendiconto del realizzato, ma anche in relazione al consumo delle risorse impiegate». Nella sent. n. 139 non vi è una criticità di equilibrio del bilancio, ma vi è comunque una disinvoltura nell'impiego delle poste contabili da parte di alcune Regioni, che appaiono virtuose; e altrettanta disinvoltura da parte di altre Regioni, che hanno fatto acquisti oltre quanto consentito. Complessivamente i comportamenti delle Regioni non appaiono limpidi, e in ogni caso ben poco ispirati a criteri di responsabilità: ma di ciò non vi è traccia nelle argomentazioni della pronuncia. Un secondo profilo di dubbio circa le posizioni del giudice costituzionale concerne il rapporto tra l'autorità pubblica e i privati: nel caso di specie, le aziende fornitrici di dispositivi medici. Il concorso alle spese viene richiesto agli imprenditori richiamando l'art. 41 Cost. e la clausola elastica dell'utilità sociale: c'è un espresso riferimento alla solidarietà – si parla di una «possibile previsione legale di un contributo di solidarietà»¹⁹ – che sarebbe la manifestazione dell'utilità sociale nella specifica forma di uno spostamento dei costi sanitari dalle Regioni ai privati. Ed in particolare, a quei privati che hanno fornito alla sanità pubblica dei dispositivi che quest'ultima non avrebbe dovuto acquistare, perché oltre la soglia di spesa preventivata.

Verrebbe da domandarsi se ci si trovi in presenza di una nuova stagione della c.d. «funzionalizzazione»²⁰, e cioè se le dinamiche competitive su cui si fondano i rapporti economici dei privati esauriscano i loro effetti nella generazione di una ricchezza a favore di questi ultimi, o debbano piuttosto realizzare anche ulteriori interessi, riconducibili alla sfera collettiva. Ulteriore interrogativo è se questi interessi relativi alla sfera collettiva siano declinabili come emerge dalla vicenda che ha condotto a queste due decisioni: ovvero il coinvolgimento dei privati rispetto a un onere finanziario che dovrebbe essere sostenuto solo dall'autorità pubblica, titolare di competenze in materia di salute.

Il rischio è che si usi la categoria dell'«utilità sociale» per spostare costi di politica pubblica sui privati. Con l'eventualità di alterare il sistema competitivo, se alcuni privati si ritrovano – per il solo fatto di avere partecipato a gare pubbliche – nell'inaspettata situazione di dover rinunciare ad una parte degli introiti, che da guadagno diventano contributo di c.d. solidarietà. Al di là della mortificazione del principio di legittimo affidamento, che sta a fondamento dei calcoli economici e finanziari che l'imprenditore deve necessariamente

¹⁹ Corte cost. n. 140/2024, p.to 8.1 *Considerato in diritto*.

²⁰ Dottrina autorevole, di taglio pubblicistico e privatistico, si è misurata su questa chiave interpretativa: A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1971; Id., *Le trasformazioni della impresa di fronte alla Costituzione*, in *Democrazia e diritto*, 1, 1977; P. BARCELLONA, *Programmazione e soggetto privato*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, Milano, 1971; U. BELVISO, *Il concetto di «iniziativa economica privata» nella Costituzione*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1961; E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1960; L. MICCO, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Torino, 1966; U. NATOLI, *Limiti costituzionali della autonomia privata nel rapporto di lavoro*. *Introduzione*, Napoli, 1955; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959.

effettuare per la sana gestione della sua attività di produzione e scambio di beni e servizi, l'intera vicenda che ha determinato le due sentenze presenta aspetti non indifferenti di ambiguità.

Ci si può interrogare sulla scelta di ingiungere alle imprese un contributo, che non ha natura tributaria: una prestazione patrimoniale imposta dovrebbe avere un fondamento ed una disciplina ben più dettagliati e di portata complessiva, se fuoriescono dal modello dell'imposizione a fini fiscali. Di questa preoccupazione nella sent. n. 140 vi è traccia, nelle argomentazioni del giudice a quo, e la risposta molto semplificata che arriva dalla Corte non pare idonea a ritenere ben applicato l'art. 23 Cost.

In più la particolare condizione che inizialmente era stata prescritta alle imprese, per usufruire dell'agevolazione, appare discutibile: la richiesta della rinuncia al contenzioso – e dunque alla tutela dei loro diritti – per essere ammesse ad un trattamento di maggior favore presenta delle stonature rispetto alla logica dello Stato di diritto costituzionale.

Ma ancor più si avverte quanto sia svuotata la clausola dell'utilità sociale, se essa è usata arbitrariamente dallo Stato per piegare i comportamenti delle imprese a esigenze di cassa. Con possibili riflessi, tra l'altro, sulla dinamica competitiva che – peraltro – è stata a sua volta considerata una manifestazione dell'«utilità sociale».

Se infatti si riflette su un paio di decisioni del 2013, emerge come ormai l'«utilità sociale» non possa che avere declinazioni in sintonia con il principio della concorrenza. Declinazioni che escludono interventi del potere pubblico volti a introdurre vincoli e oneri, nonché impacci e aggravii.

Nella sent. n. 8/2013 si riconoscono «evidenze economiche empiriche che individuano una significativa relazione fra liberalizzazioni e crescita economica, su cui poggiano anche molti interventi delle istituzioni europee» cosicché «è ragionevole ritenere che le politiche economiche volte ad alleggerire la regolazione, liberandola dagli oneri inutili e sproporzionati, perseguano lo scopo di sostenere lo sviluppo dell'economia nazionale»²¹. Nella successiva sent. n. 94/2013 la promozione della concorrenza appare – come nella prima decisione del 2004 – «una delle leve della politica economica del Paese», ma in più comprensiva delle «misure preordinate a realizzare finalità di ampliamento dell'area di libera scelta sia dei cittadini, sia delle imprese». Proprio in questa seconda pronuncia la dialettica oggettivo/soggettivo trova puntuale esposizione: da un lato la libertà di iniziativa economica privata «soggiace ai limiti che lo stesso parametro costituzionale consente di stabilire a salvaguardia di valori di rilievo costituzionale, ivi compreso quello di un assetto competitivo dei mercati a tutela delle stesse imprese e dei consumatori»; dall'altro l'art. 41 viene richiamato quale «parametro che garantisce non solo la libertà di iniziativa economica, ma anche l'assetto concorrenziale del mercato di volta in volta preso in considerazione»²². Il

²¹ Corte cost. n. 8/2013, p.to 5.2 *Considerato in diritto*.

²² Corte cost. n. 94/2013, p.to 7.2 *Considerato in diritto*.

sistema competitivo può addirittura fungere da limite per l'iniziativa economica privata ed acquisire preminenza rispetto ad essa: si integra così il riferimento all'utilità sociale²³, perché «l'esigenza di garantire gli assetti concorrenziali dei mercati richiede l'eliminazione di ogni possibile contesto o pratica facilitante la collusione o anche la semplice confusione di interessi»²⁴.

Complessivamente pare di potere osservare che l'utilità sociale, richiamata nella sent. n. 140/2024 per potere imporre alle imprese prestazioni patrimoniali in dubbia conformità all'art. 23 Cost., non risulta una strada sensata in un sistema ispirato ad una concorrenza che deve essere sì regolata, ma non alla mercè dell'autorità statale.

Ultimo orizzonte di riflessione che risulta obbligato è quello del futuro che attende il sistema sanitario pubblico. I contorti passaggi di questo *payback*, concepito per puntellare la difficoltà delle Regioni a gestire con la necessaria disponibilità di risorse una delle voci di spesa per i servizi da assicurare, lasciano presagire sviluppi sempre più di affanno e di ristrettezze. Se lo Stato ha bisogno prima di ripianare le spese alle Regioni che non riescono a coprirle, e poi di cooptare gli operatori privati perché ne sopportino una quota, le prospettive appaiono preoccupanti. Non sembra esserci una visione circa il nuovo modello di sanità pubblica a cui si guarda e verso il quale si indirizzano interventi normativi e mezzi finanziari: e ciò suona paradossale se si considera che alle spalle vi è una pandemia; se si considera che un piano di finanziamento europeo doveva iniettare risorse nelle strutture per la salute; se si considera che tanto si è invocato un ripensamento del modello di cura nel suo insieme, volto ad impostare secondo una nuova filosofia le modalità di tutela del diritto alla salute. Nonostante tali sforzi e intenti, ci si ritrova di fronte a misure tampone che il giudice delle leggi deve in qualche modo legittimare, a costo di avallare forzature e distorsioni operate dalle stesse istituzioni pubbliche.

²³ Cfr. gli interventi di F. ANGELINI, *L'iniziativa economica privata*, in F. Angelini, M. Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, Jovene, 2012, e S. NICCOLAI, *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, n. 1.

²⁴ Corte cost. n. 94/2013, p.to 7.2 *Considerato in diritto*. Si richiama una giurisprudenza che risale addirittura al 1991 – sentt. nn. 63 e 439 – ma anche le sentt. nn. 270/2010 e 299/2012.

