



[Torna alla pagina precedente](#)

Publicato il 01/02/2017

**N. 00430/2017REG.PROV.COLL.**  
**N. 07077/2016 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello n. 7077 del 2016, proposto dalla Luigi Maria Monti S.r.l. in proprio e quale gestore dell'Ospedale Classificato San Carlo di Nancy, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Izzo, Aldo Fera ed Alessandro Vinci Orlando, elettivamente domiciliata presso i medesimi in Roma, Lungotevere Marzio n. 3;

*contro*

- la **Regione Lazio**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Rita Santo, domiciliata in Roma, via Marcantonio Colonna, n. 27;
- il Presidente della Giunta Regionale del **Lazio**, nella qualità di commissario *ad acta* della Presidenza del Consiglio dei Ministri per la prosecuzione del Piano di Rientro dal disavanzo sanitario della **Regione Lazio**, il Ministero della Salute, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Ministero dello Sviluppo Economico, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12;
- l'Asl Roma 1, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

*nei confronti di*

- Policlinico Umberto I di Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paola Baglio, domiciliato in Roma, viale del Policlinico, n. 155;
- Aurelia 80 S.p.A. non costituita in giudizio;

*per la riforma della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, - sez. III quater, n. 2091/2016;*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di **Regione Lazio**, Presidente della Giunta Regionale del **Lazio**, Ministero della Salute, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero dello Sviluppo Economico, Policlinico Umberto I di Roma;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2017 il Cons. Francesco Bellomo e uditi per le parti gli avvocati Raffaele Izzo, Orlando Alessandro Vinci, Aldo Fera, Rosa Maria Privitera, Nicola Sabato e l'avvocato dello Stato Giancarlo Caselli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Con ricorso e motivi aggiunti proposti dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale del **Lazio** la Luigi Maria Monti S.r.l. domandava l'annullamento:

- del decreto del Presidente della Giunta Regionale, in qualità di Commissario *ad acta*, n. U00332 del 13 luglio 2015 avente ad oggetto “definizione del livello massimo di finanziamento per l'anno 2015 alle strutture erogatrici di prestazioni ospedaliere (acuzie e post acuzie) con onere a carico del SSR - rettifica e integrazione DCA n. 310/2013 - APA aggiuntivi”;

- della nota regionale n. 5360207GR/11/28 del 7.1\0.2013, recante “dati e metodologia di calcolo per la definizione del livello massimo di finanziamento per acuti per l'anno 2014”;

- del d.P.G.R. n. U00324 del 6 luglio 2015, recante “approvazione dello schema di accordo/contratto ai sensi dell’art. 8-quinquies del d.lgs. n. 502/92 e s.m.i.”;
- della nota regionale n. 721 del 7.10.2015, recante “art. 17 della proposta di contratto approvata con DCA 324/2014; nota interpretativa”;
- per quanto di ragione, del d.m. Salute 2 aprile 2015, n. 70 avente ad oggetto “regolamento recante definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all’assistenza ospedaliera”;
- ove necessario, del d.m. Salute 18 ottobre 2012 recante “remunerazione prestazioni di assistenza ospedaliera per acuti, assistenza ospedaliera di riabilitazione e di lungodegenza post acuzie e di assistenza specialistica ambulatoriale”;
- del DCA 310/2013 recante “approvazione del tariffario regionale per la remunerazione delle prestazioni di assistenza ospedaliera D.M. 18.10.1992”;
- della nota n. 147928 del 17.3.2015 con cui il Presidente della **Regione**, n.q., ha dichiarato che “le strutture private accreditate non avranno a pretendere per l’erogazione di prestazioni rese in favore di cittadini residenti fuori dalla **Regione Lazio**, se non nei limiti del budget loro assegnato”;
- della nota regionale n. 192705/GR/11.06 del 9.4.2015, con la quale la competente Area regionale ha trasmesso gli elaborati dell’attività per acuti erogata nell’anno 2014;
- della nota regionale n. 187533/GR/11.25 del 7.4.2015, con la quale la competente Area regionale ha comunicato gli esiti dei controlli automatici (APPRO, APA) sulla produzione per acuti erogata nell’anno 2014;

- delle note regionali n. 239391/GR/11.16 del 30.4.2015 e n. 242046/GR/11.16 del 4.5.2015, con cui la competente struttura regionale ha comunicato, tra l'altro, l'elenco delle strutture private erogatrici di prestazioni ospedaliere (acuzie e postacuzie) che possono erogare prestazioni a carico del SSR;
  - del d.P.G.R., n.q., n. U00555 del 20 novembre 2015 recante “rettifica art. 17, comma 1, Schema di accordo/contratto ai sensi dell’art. 8-quinquies del d.lgs n. 502/1992 e s.m.i. approvato con DCA n. U00324/2015”;
  - della nota della **Regione Lazio** prot. n. 651850 del 26 novembre 2015, recante “decreto commissario ad acta n. U00555/2015 avente ad oggetto: Rettifica art. 17, comma 1, schema di accordo/contratto ai sensi dell’art. 8-quinquies del D.Lgs. n. 502/92 e s.m.i., approvato con DCA n. U00324/2015”;
  - per quanto di ragione, dei verbali del 16.1.2014, del 18.12.2014 e del 23.2.2015 del tavolo tecnico per la verifica dell’attuazione degli obiettivi per il piano di rientro dal disavanzo sanitario, nella parte in cui ritengono necessario l’inserimento nel contratto di budget di una clausola di salvaguardia finalizzata alla rinuncia al contenzioso da parte degli erogatori privati;
  - ove occorra, della nota del Ministero della salute n. 30261 del 20.10.2015, con la quale sarebbe stata nuovamente ribadita la legittimità della clausola di salvaguardia.
- A fondamento del ricorso deduceva plurime censure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Si costituivano in giudizio per resistere al ricorso la **Regione Lazio**, il Presidente della Giunta Regionale del **Lazio**, il Ministero della Salute, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Ministero dello Sviluppo Economico, il Policlinico Umberto I di Roma, Aurelia '80 S.p.a.

Con sentenza n. 2091/2016 il TAR in parte rigettava il ricorso, in parte lo dichiarava improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

2. La sentenza è stata appellata dalla Luigi Maria Monti S.r.l, che contrasta le argomentazioni del giudice di primo grado.

Si sono costituiti per resistere all'appello la **Regione Lazio**, il Presidente della Giunta Regionale del **Lazio**, il Ministero della Salute, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Ministero dello Sviluppo Economico, il Policlinico Umberto I di Roma.

Con decreto presidenziale è stata respinta la domanda cautelare di misure monocratiche, demandandone l'esame al collegio contestualmente al merito.

La causa è passata in decisione alla pubblica udienza del 26 gennaio 2017.

## DIRITTO

1. La Luigi Maria Monti S.r.l, gerente l'Ospedale classificato "San Carlo di Nancy", ha impugnato in particolare il provvedimento col quale la **Regione Lazio**, sul presupposto che essa struttura nel 2014 era stata interessata da procedura concorsuale, le aveva assegnato il budget per il 2015 pari ad € 26.154.807,00, con una riduzione del 20% rispetto all'anno precedente, nonché lo schema di accordo/contratto 2015, *ex art. 8-quinquies*, d.lgs. n. 502/1992, il quale, all'art. 17, prevedeva che, con la sottoscrizione,

la struttura rinunciasse ad ogni controversia e/o istanza e/o azione intrapresa o da intraprendere nei confronti degli atti presupposti, prodromici, connessi e conseguenti, compresi quelli di determinazione dei tetti di spesa e delle tariffe.

La ricorrente ha lamentato in sostanza:

- a) l'illegittimità dei tetti di spesa, così come calcolati sulla base dei criteri stabiliti dal DCA n.U00332/2015.
- b) l'invalidità della clausola di salvaguardia di cui all'art. 17 all. A del DCA n. U00324/2015, successivamente modificata dal DCA n. U00555 del 20.11.2015, impugnato con motivi aggiunti.

L'ultima versione di tale clausola stabilisce che *«Con la sottoscrizione del presente accordo/contratto la struttura accetta espressamente, completamente e incondizionatamente il contenuto e gli effetti dei provvedimenti di determinazione delle tariffe, di determinazione dei tetti di spesa e ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto, in quanto atti che determinano il contenuto del contratto. In considerazione dell'accettazione dei suddetti provvedimenti (ossia i provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa, delle tariffe, di ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto) con la sottoscrizione del presente accordo/contratto la struttura privata rinuncia alle azioni/impugnazioni già intraprese avverso i suddetti provvedimenti ovvero ai contenziosi instaurabili contro i provvedimenti già adottati, conosciuti o conoscibili».*

Il Tar ha rigettato l'ultima censura, oramai riferita alla clausola come modificata, in virtù di un proprio precedente specifico (sentenza n. 1446 del 2.2.2016, erroneamente indicata come n. 10446 del 21.2.2015). Conseguentemente ha dichiarato improcedibili

per sopravvenuta carenza di interesse le altre censure, con le quali è stato impugnato il budget assegnato alla ricorrente con i relativi criteri di quantificazione, atteso che:

a) il riconoscimento del budget rientra nel contenuto della clausola;

b) con la sottoscrizione dell'accordo contenente la suddetta clausola, la struttura sanitaria formalmente riconosce di non aver alcun interesse alla definizione dei gravami precedentemente proposti avverso gli atti in questione.

Il giudice di primo grado ha precisato come detta conclusione resisteva alla circostanza che l'efficacia della clausola era condizionata all'esito del giudizio, poiché tale condizione era stata introdotta a seguito di provvedimento cautelare monocratico poi decaduto.

Ha aggiunto che, qualora si ritenesse la clausola di salvaguardia *tamquam non esset*, l'accordo sarebbe soggetto a risoluzione automatica da parte della **Regione**, con la conseguenza che la ricorrente, non potendo più operare con il SSN, non avrebbe più alcun interesse ad impugnare l'assegnazione del budget.

A confutazione di tale iter argomentativo, con il primo motivo di appello (rubricato A) si deduce violazione e falsa applicazione degli articoli 24, 97, 113 della Costituzione. Falsa applicazione dell'articolo 11 della legge 241/1990. Violazione e falsa applicazione degli articoli 1229, comma 2, 1343, 1418, 1419, 1965 e 1966 del codice civile in relazione all'art. 21-septies legge n. 241/90. Violazione dei principi generali in materia d'impugnazione degli atti amministrativi. Violazione dell'articolo 47 del Trattato dell'Unione Europea. Violazione del principio di legalità.

In primo luogo, l'appellante censura il procedimento logico seguito dal giudice di primo grado, che ha ritenuto la clausola preclusiva dell'esame del ricorso, benché la sua efficacia fosse subordinata proprio all'esito del ricorso. Peraltro, se anche di dovesse ritenere l'applicazione della clausola prioritaria, comunque sarebbe necessario esaminare le censure rivolte alla legittimità della stessa.

In secondo luogo, l'appellante contesta la validità della clausola sotto il profilo del rapporto intercorrente tra l'atto amministrativo regionale di programmazione delle prestazioni erogabili dalle strutture accreditate e il contratto che le regola, assimilabile a gli accordi integrativi di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990: la sottoscrizione della clausola è imposta dall'atto amministrativo il cui sindacato viene escluso proprio da essa, con ciò alterando il modello legale degli accordi integrativi e generando un corto circuito processuale, lesivo del diritto alla difesa costituzionalmente garantito.

In terzo luogo, l'appellante censura la giustificazione fornita dal Tar alla validità della clausola con riguardo alla ratio ed alla natura giuridica della stessa. Con riferimento al primo profilo, la crisi – e il conseguente stato di necessità – della finanza pubblica non può legittimare una compressione dei diritti fondamentali lesiva del principio di proporzionalità. Né la clausola appare decisiva per salvaguardare le esigenze di certezza dei rapporti tra **Regione** e privati accreditati e di stabilità del sistema sanitario. Con riferimento al secondo profilo, si contesta la qualificazione del patto come transazione, difettandone gli elementi tipici. In ogni caso la clausola sarebbe nulla per violazione degli articoli 1229, comma 2, 1343, 1418 e 1419 *c.c.*

In quarto luogo, l'appellante lamenta la violazione dell'art. 113 della Costituzione e dell'art. 6 del Trattato dell'Unione Europea, nella parte in cui riconosce piena efficacia giuridica alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione il cui art. 47 dichiara che *“Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un tribunale, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. Il patrocinio a spese dello Stato è concesso a coloro che non dispongono di mezzi sufficienti, qualora ciò sia necessario per assicurare l'effettività dell'accesso alla giustizia”*.

Ciò posto, con il secondo motivo di appello (rubricato B) si ripropongono le censure formulate in primo grado.

2. Il primo motivo di appello è infondato.

Le censure, come sopra riassunte, devolvono quattro temi di indagine:

- l'efficacia preclusiva della clausola di salvaguardia;
- la compatibilità della clausola di salvaguardia con la legge n. 241 del 1990 e con il sistema di giustizia amministrativa;
- la validità della clausola di salvaguardia;
- la compatibilità della clausola di salvaguardia con i principi sul giusto processo.

Il Collegio esamina separatamente la prima questione dalle altre tre, che possono essere trattate congiuntamente, attesa la stretta connessione.

2.1 Per l'esame del primo ordine di censure è opportuno trascrivere il contenuto della "Clausola di condizione sospensiva art. 17", introdotta dopo che il decreto cautelare monocratico aveva autorizzato la ricorrente alla sottoscrizione del contratto secondo la formulazione approvata con lo schema di accordo allegato al DCA 324/2015 «senza che ciò comporti la rinuncia come previsto anche nell'art. 17 così come modificato con il DCA 555/2015 a prerogative e funzioni costituzionalmente garantite».

Detta clausola prevede quanto segue.

«Nell'ipotesi in cui la struttura contraente abbia impugnato il contenuto dell'art. 17 del presente contratto e/o i provvedimenti di determinazione delle tariffe, del budget e di ogni altro finanziamento, che formano parte integrante del contratto stesso, qualora abbia ottenuto misure cautelari provvisorie in sede giurisdizionale, l'efficacia dell'art. 17 di cui sopra è sospesa sino all'esito del contenzioso, che, ove favorevole per la Parte pubblica, determinerà la reviviscenza automatica del citato art. 17, senza necessità di dover sottoscrivere un nuovo accordo/ contratto. Resta inteso che, qualora la struttura contraente non abbia impugnato il contenuto dell'art. 17 del presente contratto né i provvedimenti di determinazione delle tariffe, del budget e di ogni altro finanziamento, che formano parte integrante del contratto stesso, il presente contratto si intende accettato pienamente e integralmente in ogni sua parte».

Il Collegio non condivide la critica svolta dall'appellante, che cade nello stesso vizio logico addebitato alla sentenza appellata, ossia l'inversione causale, nota fallacia *a posteriori* del ragionamento, in cui nella spiegazione di un fatto si invertono la causa e l'effetto.

Ad avviso dell'appellante l'esame delle censure è preliminare alla valutazione della clausola di salvaguardia, ma si può obiettare che la funzione della clausola di salvaguardia è proprio quella di precludere l'esame delle censure e in ciò non vi è alcuna denegata giustizia, qualora la clausola sia ritenuta astrattamente conforme all'ordinamento.

Correttamente il Tar ha ritenuto che la clausola di salvaguardia divenisse efficace una volta decaduto il provvedimento cautelare che ne aveva causato la sospensione, né può obiettarsi che l'espressione "*fino all'esito del contenzioso*" si riferisca alla sentenza definitiva di merito, poiché l'origine della clausola era nella decisione monocratica, per definizione provvisoria all'interno della stessa fase cautelare.

Ma, anche interpretando la sospensione della clausola di salvaguardia come riferita all'esito del giudizio e non della fase cautelare, per sottrarsi al meccanismo caducante sopra indicato il ricorrente avrebbe dovuto dimostrare che la condizione sospensivacostituisse frutto di un riesame autonomo della pattuizione contrattuale e che la misura cautelare avesse costituito solo l'impulso di una rinnovata scelta volitiva dell'Amministrazione. Prova che non è stata data, né verosimilmente poteva esserlo, essendo evidente che l'Amministrazione ha agito perché costretta dall'ordine del giudice. Ciò non solo sul piano storico, ma anche su quello testuale, attesa il tenore della previsione finale: *«Resta inteso che, qualora la struttura contraente non abbia impugnato il contenuto dell'art. 17 del presente contratto né i provvedimenti di determinazione delle tariffe, del*

*budget e di ogni altro finanziamento, che formano parte integrante del contratto stesso, il presente contratto si intende accettato pienamente e integralmente in ogni sua parte».*

Né varrebbe obiettare che, così opinando, si costruirebbe una sorta di trappola giurisdizionale (il Tar “induce” la struttura alla sottoscrizione per poi affermare che la stessa preclude l’esame del ricorso): chi domanda al giudice amministrativo una misura cautelare monocratica ben sa che questa è del tutto provvisoria, essendo subordinata alla decisione del collegio. La scelta di sottoscrivere l’accordo da parte di chi quella misura ha chiesto e ottenuto è, dunque, imputabile solo alla stessa, che si assume il “rischio” di successiva caducazione.

2.2 Le censure rivolte, sotto varie angolazioni, al giudizio di validità della clausola, non tengono conto né del suo fondamento, né del ruolo che gioca l’autonomia privata in materia, essendo il richiamo alla transazione operato dal primo giudice meramente esemplificativo.

Il Tar ha motivato la validità della clausola per *relationem* a una propria recente pronuncia in materia, sicché è alla motivazione richiamata che occorre riferirsi.

Si osserva in tale precedente che «*Il Consiglio di Stato (con plurime ordinanze e da ultimo con ordinanza n. 906/2015 pronunciate con riferimento a contenziosi aventi ad oggetto la medesima clausola introdotta dalla Regione Abruzzo sottoposta come la Regione Lazio ad un piano di rientro), ha affermato che “si è in presenza di oggettivi vincoli e stati di necessità rigorosamente quantitativi conseguenti al Piano di rientro al cui rispetto la regione è tenuta ai sensi della normativa vigente confermata da una consolidata e univoca giurisprudenza della Corte costituzionale; gli operatori privati*

*non possono ritenersi estranei a tali vincoli e stati di necessità, che derivano da flussi di spesa che hanno determinato in passato uno stato di disavanzo eccessivo nella **regione** e che riguardano l'essenziale interesse pubblico alla corretta e appropriata fornitura del primario servizio della salute alla popolazione della medesima **Regione** per la quale gli stessi operatori sono dichiaratamente impegnati; le autorità competenti operano in diretta attuazione delle esigenze cogenti del Piano di rientro e del Programma operativo per tutti gli aspetti quantitativi e pertanto i medesimi non sono sostanzialmente negoziabili dalle parti come ha riconosciuto l'amplissima e univoca giurisprudenza di questa Sezione sui tetti di spesa; in questo contesto la sottoscrizione della clausola di salvaguardia (art. 20 dello schema negoziale), è imposta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e dal Ministero della salute per esigenze di programmazione finanziaria, attraverso le prescrizioni elaborate all'esito della riunione del Tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti regionali tenutasi il 21.11.2013. Tale clausola di conseguenza equivale ad un impegno della parte privata contraente al rispetto ed accettazione dei vincoli di spesa essenziali in un regime come quello esistente in Abruzzo, sottoposto al Piano di rientro; d'altro canto, in caso di mancata sottoscrizione, l'autorità politico-amministrativa non avrebbe alcun interesse a contrarre a meno di non rendere incerti i tetti di spesa preventivati, né potrebbe essere obbligata in altro modo alla stipula...; pertanto si può escludere ad un primo esame la violazione del diritto costituzionale ad agire in giudizio a tutela dei propri diritti e interessi legittimi limitatamente agli aspetti quantitativi relativi alle concrete fattispecie in essere, dal momento che: a) la clausola è limitata a definire un conflitto già in essere o potenziale relativo a concrete e definite questioni; b) chi intende operare nell'ambito della sanità pubblica deve accettare i limiti in cui la stessa sanità pubblica è costretta, dovendo comunque e in primo luogo assicurare, pur in presenza di restrizioni finanziarie,*

*beni costituzionali di superiore valore quale i livelli essenziali relativi al diritto di salute; c) in alternativa, agli operatori resta la scelta di agire come privati nel privato; in tali circostanze dominate dalla esistenza di un grave disavanzo e dalla necessità di corrispondere comunque a superiori diritti costituzionali facenti capo alla generalità della popolazione, la clausola di salvaguardia, in quanto sia limitata ai rapporti già in essere o che vengano contestualmente stipulati e ai loro aspetti quantitativi, possa equivalere ad una formula transattiva necessaria in presenza di fattori e vincoli di ordine costituzionale e finanziario che sovrastano la volontà delle parti”.*

*Nella sostanza, il Consiglio di Stato, riconducendo la clausola in questione ad un regolamento contrattuale, ne fa discendere la natura transattiva (“in quanto sia limitata ai rapporti già in essere o che vengano contestualmente stipulati e ai loro aspetti quantitativi”), rimessa all’autonomia negoziale delle parti (pubblica e privata) non affatto “costrette” ad accettarla, posto che l’alternativa, per le strutture private, sarebbe rimanere nel mercato libero».*

A conferma della tesi patrocinata il Tar aggiunge che:

*«1) come affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n.238/2014 il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale può essere limitato purchè vi sia un interesse pubblico riconoscibile come potenzialmente preminente sul principio consacrato dall’art. 24 della Costituzione;*

*2) nella materia oggetto del presente contenzioso, alla luce di quanto affermato dalle citate ordinanze del Consiglio di Stato, non può essere negata l’esistenza di tale interesse pubblico preminente, in quanto la contestata clausola è stata prevista per assicurare, in un periodo di stringenti restrizioni finanziarie, il controllo della spesa sanitaria, che costituisce una condicio sine qua non al fine di garantire la tutela*

*dell'essenziale interesse pubblico alla corretta e appropriata fornitura del primario servizio della salute alla popolazione».*

Dunque, la legittimità della clausola è stata ampiamente valutata e le considerazioni svolte si sottraggono alle censure formulate dall'appellante.

In primo luogo è inappropriato qualificare come “imposizione” la sottoscrizione del patto, che al più riecheggia i contratti per adesione, ove il contenuto negoziale è predeterminato da una delle parti. Assimilazione peraltro semplicistica, perché la predeterminazione da parte dell'Amministrazione è diretta alla tutela di un interesse non particolare, ma generale.

Il richiamo all'art. 11 della legge n. 241 del 1990 non convince, perché flette l'istituto dell'accreditamento sul vecchio schema della concessione-contratto, mentre la ricca tipizzazione della sequenza provvedimento-accordo in materia sanitaria indica la costruzione di un modello nuovo. Tuttavia, anche a voler applicare l'art. 11, non si può dire che la clausola lo violi, essendo anzi espressamente previsto che l'Amministrazione vi ricorra per determinare consensualmente il contenuto discrezionale del provvedimento.

La questione relativa alla violazione del diritto alla difesa e dei principi sul giusto processo si incrocia con quella attinente al fondamento della clausola, di cui si è detto.

La critica incentrata sul principio di proporzionalità non coglie nel segno.

È con l'avvento del diritto comunitario che il principio di proporzionalità si è affrancato dal principio di ragionevolezza, illustrando esclusivamente il rapporto tra il

mezzo impiegato ed il fine perseguito.

Nell'ordinamento comunitario il principio trova un fondamento positivo generale: l'art. 13 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. In particolare, al par. 4 si prevede che *“In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione non vanno al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi della Costituzione”*.

Il principio di proporzionalità si configura, dunque, quale generale limite e principio guida nell'esercizio del potere normativo ed amministrativo delle autorità pubbliche comunitarie e, quindi, nazionali. Nel ramo amministrativo indica la necessità che l'Amministrazione valuti gli interessi dei soggetti coinvolti nell'attività e ricerchi la soluzione, idonea a raggiungere lo scopo perseguito, che comporti il minor sacrificio possibile per tali interessi. Ne consegue, tra l'altro, che le pubbliche autorità non possono imporre obblighi e restrizioni alle situazioni soggettive del cittadino in misura superiore a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse.

Accanto al tessuto direttamente promanante dal TFUE, occorre tener conto dell'elaborazione giurisprudenziale comunitaria, affidata alla Corte di Giustizia, ispirata dall'esperienza della giustizia amministrativa tedesca, che ha elaborato una nozione di proporzionalità basata su tre criteri.

Il primo è l'idoneità: un mezzo appare idoneo al raggiungimento dell'obiettivo prefissato «allorché con il suo aiuto si possa sensibilmente favorire il risultato desiderato. [...] appare sufficiente (l'esistenza) della possibilità in astratto che l'obiettivo

venga raggiunto» . L'atto deve essere non soltanto diretto ma anche astrattamente capace, in base ad una valutazione ex ante, a realizzare l'interesse pubblico.

Il secondo è la necessarietà: «imposizione del mezzo più mite». Esso implica, infatti, che la scelta del mezzo per conseguire il raggiungimento di un dato obiettivo postuli l'assenza di un altro mezzo egualmente efficace, ma che possa incidere meno negativamente nella sfera del singolo. Nella giurisprudenza tedesca, tuttavia, tale requisito implica unicamente un giudizio di tendenziale equivalenza dei risultati, tenuto conto anche del fatto che a detto esame appartengono criteri valutativi collegati al grado di interferenza nella sfera del destinatario dell'atto, che in taluni casi ha la possibilità di proporre lui stesso alternative d'azione all'Amministrazione.

Il terzo è l'adeguatezza: l'esercizio del potere, pur idoneo e necessario, non può determinare restrizioni intollerabili sulla sfera del cittadino. Si tratta, tuttavia, di un giudizio relativo, non assoluto, se non con riguardo al contenuto minimo dei diritti fondamentali, sicché più forte è l'intervento restrittivo nella sfera giuridica del singolo, tanto più rilevante dovrà essere l'interesse generale che con quell'intervento si intende perseguire.

Non può sottacersi, inoltre, il rapporto con il buon andamento dell'Amministrazione, atteso che una scelta di minor impatto per cittadini ed imprese costituisce il massimo interesse dell'autorità pubblica, sia perché meno onerosa per il sistema economico nel suo complesso, sia perché più agevolmente accettabile per i suoi destinatari. In tal modo è possibile valutare l'azione amministrativa in un'ottica di efficienza non solo

interna, attinente all'impiego delle risorse, ma anche esterna, in relazione ai costi sopportati dai privati.

Ebbene, nel caso in esame nulla di tutto ciò.

In primo luogo perché il principio di proporzionalità, come sopra illustrato, riguarda l'esercizio dei pubblici poteri, non atti negoziali, sia pure collegati a un procedimento amministrativo.

In secondo luogo perché l'appellante non ha provato la violazione di uno dei tre requisiti sopra riportati, genericamente denunciando l'eccessiva compressione del diritto di difesa. Anzi, la clausola appare perfettamente coerente con la nuova concezione del buon andamento, in senso finanziario ed economico (art. 97, commi 1 e 2 Cost.).

Anche la critica alla capacità della clausola di proteggere l'interesse alla certezza dei rapporti ed alla stabilità del sistema finanziario appare debole, essendo peraltro indiscutibile che la clausola agevoli il conseguimento di questi obiettivi ed essendo sufficiente l'esistenza di un rapporto di strumentalità, non anche una particolare intensità del medesimo.

Inammissibile per genericità è la censura di nullità della clausola per violazione di alcune disposizioni del codice civile, peraltro eterogenee tra loro, e nella rubrica del motivo di appello collegate all'art. 21-septies della legge 241 del 1990, senza che a tale collegamento sia data esplicitazione.

Quanto precede, rende superfluo esaminare la subordinata motivazione della sentenza appellata, secondo cui ritenendo la clausola di salvaguardia sospesa, l'accordo di budget sarebbe automaticamente risolto.

3. L'infondatezza del primo motivo di appello esonera dall'esame del secondo, con cui si ripropongono le censure non esaminate in primo grado.

4. L'appello è respinto. La domanda cautelare resta assorbita.

La peculiarità della controversia, dove si incrociano profili sostanziali e processuali, autoritativi e consensuali, giustifica la compensazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Terza, respinge l'appello.

Spese compensate

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Francesco Bellomo, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Francesco Bellomo**

**IL PRESIDENTE**  
**Franco Frattini**

IL SEGRETARIO