

**PROCURA GENERALE****della Corte di cassazione****Sezioni unite civili****Udienza pubblica del 10 ottobre 2023****Ricorso R.G. 12231/20 n. 2 del Ruolo****Memorie ex art. 378 c.p.c.****IL SOSTITUTO PROCURATORE GENERALE*****Letti gli atti;***

premesse che per la compiuta esposizione del fatto e della vicenda processuale l'Ufficio rinvia alla pronuncia e al contenuto dei documenti di parte in atti, limitandosi qui al rilievo dei soli elementi del fatto e del processo e agli argomenti di diritto che la Procura generale ritiene necessari per formulare le proprie conclusioni

osserva

Il collegio della Prima sezione civile ha rimesso la presente controversia alle Sezioni Unite rilevando che anche dopo la pronuncia n. 26496/20 delle Sezioni Unite non sia ancora chiaro *“se le strutture private sanitarie siano equiparabili alle farmacie, ed al pari di queste sottratte all'applicazione degli interessi di cui al d.lgs. n. 231/2002, o se invece esse siano assimilabili ad imprese commerciali nell'attività di fornitura di servizi medici, fatta eccezione per la dispensazione dei soli farmaci di classe A”* (così l'ord. interlocutoria n. 10336/23).

Il tema è da anni dibattuto a fronte del vasto contenzioso relativo ai ritardi nei pagamenti dei corrispettivi dovuti alle farmacie e alle strutture accreditate che erogano farmaci e prestazioni di assistenza in favore degli assistiti del servizio sanitario nazionale.

Le Sezioni Unite, con la citata sentenza n. 26496/20, si sono occupate dei crediti delle farmacie, enunciando il seguente principio di diritto: *"qualora la pubblica amministrazione competente, nella vigenza del d.lgs. n. 231 del 2002 nel testo anteriore alla novellazione di cui al d.lgs. n. 192 nel 2012, abbia tardivamente corrisposto al farmacista la seconda quota di ristoro relativa alla dispensazione dei farmaci di classe A, sulla relativa somma sono dovuti gli interessi all'ordinario tasso legale, non essendo applicabili gli interessi moratori di cui all'articolo 5 del suddetto d.lgs. n. 231 del 2002, in quanto limitatamente a tale dispensazione il farmacista è componente del servizio sanitario nazionale"*.

Tale conclusione si fonda sui seguenti argomenti:

- non si può parlare di “ *‘transazione commerciale’ tra le aziende sanitarie locali del servizio sanitario nazionale e il farmacista allorquando questi effettua assistenza farmaceutica dispensando, a seguito di prescrizione medica a sua volta emessa in conformità alle regole governanti il servizio sanitario nazionale, al soggetto assistito i farmaci di classe A, ovvero i farmaci per cui il farmacista non riceve corrispettivo dall'assistito bensì ottiene, parzialmente in anticipo e parzialmente in epoca successiva, un riequilibrio in termini economici dalla competente azienda sanitaria locale*”;

- ciò perché vi è una “ *... specificità, ontologica e pertanto teleologica, dell'assistenza farmaceutica*”, sussistente in misura tale da incidere anche sulla natura di chi, in correlazione/coordinazione con altri compartecipi, la pratica. La dispensazione dei c.d. farmaci di classe A si differenzia, invero, in modo netto da ogni altra attività del farmacista, in quanto per questo genere farmaci la dispensazione non può giustificare un immediato corrispettivo dell'assistito, essendo questo titolare del diritto a riceverli

quale concretizzazione del fondamentale diritto alla salute di cui all'articolo 32 Cost., di cui l'abbisognare di tali farmaci costituisce una species dei presupposti dell'esercizio (cfr., p. es., già Cass. sez. L, 29 marzo 2005 n. 6598, Rv 580993- 01, e Cass. sez. L, 10 luglio 2007 n. 15386, Rv 598550-01, nonché S.U. ord. 22 febbraio 2012 n. 2570, Rv 621211-01). Qualificarne la dispensazione come "attività economica organizzata" da parte del farmacista o anche soltanto svolgimento di "libera professione" (in riferimento all'articolo 2, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 231 del 2002) non trova dunque supporto nella reale configurazione di una siffatta attività, che si inserisce in toto nell'espletamento del servizio sanitario nazionale quanto, appunto, alla assistenza farmaceutica in senso proprio, e che si colloca nel rapporto stretto e diretto, proprio della sua piena realizzazione, con il pubblico interesse sotteso a detto servizio, a sua volta riconducibile all'obbligo dello Stato, condiviso con le Regioni ex articolo 117, terzo comma, Cost., di tutelare il diritto alla salute";

- le farmacie "costituiscono dei gangli del servizio sanitario nazionale", il quale "agisce attraverso questi punti di distribuzione, in ordine ai farmaci eletti come i più prossimi alla tutela tanto del diritto dell'individuo quanto, a ben guardare, dell'interesse collettivo che ad esso si congiunge: e pertanto, come il servizio sanitario nazionale è pubblica amministrazione su cui grava l'adempimento dell'obbligo costituzionale di tutela della salute - cui si correlano appunto diritti individuali e interesse collettivo -, così le farmacie, nei limiti in cui partecipano, strutturalmente e ordinariamente, a detto adempimento (che a monte si effettua con la selezione dei farmaci dispensabili come classe A e con l'inserimento della collaborazione medica per rilasciarne le prescrizioni), ne assumono la pubblica natura. ...";

- in questo quadro, non rileva la qualifica di imprenditore del farmacista, perché deve aversi riguardo al profilo oggettivo dell'attività di distribuzione di farmaci da essi esercitata e al dato oggettivo che le farmacie sono i "punti di distribuzione" attraverso i quali l'amministrazione pubblica svolge il servizio pubblico di erogazione

dell'assistenza farmaceutica, ciò in linea con quanto stabilito dall'art. 8 comma 2 del d.lgs. 502/1992, secondo cui *"le farmacie pubbliche e private erogano l'assistenza farmaceutica per conto delle unità sanitarie locali del territorio regionale ..."*, e in modo ancora più netto dall'art. 28 comma 1 della legge 833/1978, secondo cui l'erogazione dell'assistenza farmaceutica avviene *"attraverso le farmacie"*, espressione questa che attesta *"il pieno e radicale inserimento, in parte qua, delle farmacie nella complessiva struttura pubblica erogante."*;

- nell'attività del farmacista, dunque, *"coesistono tratti di libera impresa e tratti di servizio pubblico regolamentato"* e, *"dissezionando la giustapposta duplice natura dell'attività del farmacista - riconducibile l'una alla libera professione e l'altra al pubblico servizio - così da estrarre quella che viene in gioco ai fini della dispensazione dei farmaci di classe A, non può non concludersi che in questa il farmacista è direttamente e specificamente inserito nel servizio sanitario nazionale, come suo segmento, onde non è qualificabile, ai fini dell'applicazione del d.lgs. n. 231 del 2002, come "imprenditore", ovvero "soggetto esercente un'attività economica organizzata o una libera professione", ai sensi dell'articolo 2, primo 34 comma, lettera c), del suddetto decreto legislativo. Il che, collocandosi a monte di ogni altra questione - inclusa quella della natura normativa del divieto di interessi al tasso diverso da quelli legali già presente nel diritto interno prima dell'inserimento in esso di quanto disposto nella direttiva comunitaria -, elide ogni questione e ogni correlato dubbio in ordine sull'applicabilità o meno degli interessi moratori previsti in tale decreto nel caso di ritardato versamento della seconda quota di riequilibrio economico (va sempre ricordato, in effetti, il versamento anticipato previsto dalla normativa) dall'ente pubblico al farmacista che dispensa detti farmaci."*

Queste considerazioni (che si leggono nei paragrafi da 7.1 a 7.7 della sentenza delle SU, riportati qui nei passaggi ritenuti essenziali) si aggiungono a quelle riguardanti le modalità attraverso cui sorge il rapporto tra amministrazione pubblica e farmacie in

punto di assistenza farmaceutica. L'art. 8 comma 2 del d.lgs. 502/1992 stabilisce che il *"rapporto con le farmacie pubbliche e private"* sia governato mediante *"convenzioni triennali conformi agli accordi pluriennali nazionali stipulati a norma dell'art.4, comma 9, della legge 30 dicembre 1991, n. 412, con le organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative in campo nazionale"*. Tali accordi confluiscono in d.P.R. e diventano operativi grazie ad essi. Per le farmacie è stato emanato il d.P.R. 371/1998.

La giurisprudenza di legittimità, richiamata dalle Sezioni Unite del 2020, è nel senso che si tratti di un procedimento complesso, nel quale peso decisivo ha il d.P.R. di recepimento degli accordi, sicché la fonte non è negoziale ma normativa. Così si legge nelle motivazioni di Cass. 5042/17 e 5796/17 (riportate al par. 6.1.1. di Cass. SU 26496/20): *"Il punto è che la fonte del rapporto non è un negozio, ma un regolamento, essendo stato reso esecutivo l'accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con le farmacie pubbliche e private con decreto del Presidente della Repubblica. Gli effetti giuridici sono riconducibili non all'accordo, ma al decreto che lo rende esecutivo. A partire da Cass, S.U. 20 dicembre 1993 n. 12595, la giurisprudenza riconosce che nel caso degli accordi collettivi nazionali, recepiti dal decreto presidenziale, previsti dall'art. 48 l. 23 dicembre 1978, n. 833 per l'uniforme trattamento economico e normativo, nell'intero territorio nazionale, del personale sanitario a rapporto convenzionale, la fonte normativa "si perfeziona solo con l'emanazione - affidata alla discrezionalità del governo - del decreto presidenziale di esecutività". In base alla legge, le disposizioni di cui all'art. 48 ... trovano applicazione anche per le convenzioni che le unità sanitarie locali stipulano con le farmacie ai fini dell'erogazione dell'assistenza farmaceutica. Anche per l'accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con le farmacie pubbliche e private ai sensi dell'art. 8, comma 2, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 deve quindi giungersi alle medesime conclusioni"*. Da qui l'inapplicabilità del d.lgs. 231/2002, non essendosi in presenza di una *"transazione commerciale"*, attesa la fonte normativa del rapporto.

Orbene, questi due caratteristiche, ossia la fonte normativa del rapporto e la non riconducibilità ad un'attività imprenditoriale del servizio pubblico di erogazione dei farmaci, non paiono sussistere per la diversa ipotesi delle prestazioni di assistenza (riabilitazione, analisi, etc,) svolte in favore di assistiti del servizio sanitarie dalle strutture private accreditate. In questo caso, vige un sistema diverso, previsto dagli art. 8 bis, quater e quinquies del d.lgs. 502/1992, che è sì strutturato in termini di concessione di pubblico servizio, ma nel quale la base contrattuale è prevalente, visto che gli accordi contrattuali sono l'ultimo e decisivo passaggio per dar vita al rapporto tra le parti e all'attività di assistenza svolta appunto dalle strutture accreditate. E, in tale contesto, anche i pagamenti vengono eseguiti sulla base di tali contratti.

Le Sezioni Unite del 2020 menzionano sul punto varie pronunzie di legittimità e, in primo luogo, Cass. 14349/16, la quale (seguita poi da Cass. 20391/16 e Cass. 17665/19) conclude nel senso dell'applicabilità della disciplina del d.lgs. 231/02 ai crediti dei centri accreditati, ricordando che più volte le Sezioni Unite hanno riconosciuto che *"i rapporti tra le aziende sanitarie locali e le strutture sanitarie devono qualificarsi concessioni di pubblico servizio, sia nel previgente regime convenzionale (articolo 44 della l. n. 833 del 1978) sia nel regime dell'accreditamento, nel quale poi il pagamento delle prestazioni rese dai soggetti privati accreditati viene effettuato dalle aziende sanitarie locali nell'ambito di appositi accordi contrattuali"* (vedi par. 6.3 di Cass. SU 26496/20, ove si citano Cass. SU 10149/12, secondo cui appunto *"il pagamento delle prestazioni rese dai soggetti privati accreditati viene effettuato nell'ambito di appositi accordi contrattuali"*, e la conforme Cass. SU 2291/14, nonché le successive Cass. SU 28053/18 e Cass. SU 26200/19).

Il ragionamento complessivo di Cass. 14349/16, sempre riportato dalle Sezioni Unite del 2020 (al par. 6.3), parte dal dato che le varie leggi regionali delineano un sistema che *"senza significative diversità"* si caratterizza per *"quella sequenza che una dottrina amministrativa, con una formula mnemonica da acronimo, ha definito il regime delle*

3A (cfr. la rubrica dell'articolo 8 bis del d.lgs. n. 502 del 1992): autorizzazione, accreditamento, accordo". In questo sistema, "la pubblica amministrazione non si arresta a livello provvedimento, ma percorre una sequenza gestionale in cui dall'esercizio dello jus imperii passa a un accessorio esercizio del suo jus privatorum, stipulando un apposito negozio con il soggetto cui ha conferito la concessione per interferire, seppure su un piano ora tendenzialmente paritario, nella gestione della concessione stessa". E la sequenza delle cosiddette 3A conduce proprio alla stipulazione di un contratto che "ha per oggetto l'attività che in concreto quella struttura privata svolgerà per il servizio sanitario, e quindi per i fruitori del servizio sanitario pubblico, nonché la determinazione del credito che conseguentemente maturerà nei confronti dell'ente", il fruitore essendo "soggetto a favore del quale il contratto è stipulato da altri". Il che porta l'arresto a qualificare il negozio "un contratto ad esecuzione continuata (nei limiti temporali, ovviamente, dell'efficacia del provvedimento concessorio cui accede) e a prestazioni corrispettive, per cui in esso è configurabile l'inadempimento di ciascuna delle due parti", conducendo agevolmente a sussumerlo nella "transazione commerciale" del d.lgs. n. 231 del 2000, come contratto tra un'impresa e una pubblica amministrazione che comporta la prestazione di servizi - nel caso in esame, a favore di un terzo - a fronte del pagamento di un prezzo. Figura, questa della transazione commerciale, che d'altronde non assume incompatibilità con il concetto di contratto proprio della normativa nazionale - non espungendo, in particolare, la valenza dell'articolo 1326 c.c. -, limitandosi a circoscrivere, nell'ampio genus contrattuale, una species di contratto a prestazioni corrispettive nel cui ambito è finalizzata a disincentivare ... per tutela di un buon mercato la mora di chi, ricevuto dall'imprenditore l'oggetto o il servizio che ne integrano l'adempimento, non adempie tempestivamente alla sua corrispettiva obbligazione pecuniaria" (cfr. ancora sulla figura dell'accREDITAMENTO come concretizzata in concessione e relativo contratto specifico, tra gli arresti massimati meno risalenti: Cass. sez. 3, 25 gennaio 2011 n. 1740,

Rv 617221-01; Cass. sez. 1, 6 agosto 2014 n. 17771, Rv 632469-01; Cass. sez. 3, ord. 5 luglio 2018 n. 17588, Rv 649553- 01; Cass. sez. L, ord. 29 novembre 2018 n. 30917, Rv 632469-01).”.

Sulla base di questi rilievi, pare evidente la diversità di fondo esistente tra le dispensazioni di farmaci operate dalle farmacie e le prestazioni assistenziali svolte dai centri accreditati: è una diversità di fondo “funzionale” e “strutturale”, perché le farmacie erogano un servizio pubblico sostanzialmente quali organi delle aziende sanitarie (vedi in particolare art. 28 comma 1 legge 833/1978) e sulla base di accordi normativizzati in d.P.R., mentre i centri accreditati erogano un servizio sì pubblico ma non quali organi delle aziende sanitarie e lo fanno sulla base di specifici accordi contrattuali.

L’ordinanza interlocutoria n. 10336/23, come detto all’inizio, ritiene che dalla sentenza del 2020 delle Sezioni Unite *“non si evince con chiarezza se le strutture private sanitarie siano equiparabili alle farmacie, ed al pari di queste sottratte all’applicazione degli interessi di cui al d.lgs. n. 231/2002”*. Senonché, per le ragioni esposte, questa perplessità non pare fondata, in quanto le Sezioni Unite fanno leva sui precedenti relativi ai crediti delle strutture accreditate (proprio le citate Cass. 14349/16, Cass. 20391/16 e Cass. 17665/19) proprio per inferirne le chiare differenze rispetto ai crediti nascenti dalla erogazione dei farmaci. E Le Sezioni Unite si preoccupano di dirlo chiaramente, laddove affermano che *“Nessun sostegno ad una qualche apertura”* - in favore del riconoscimento degli interessi ex d.lgs. 231/02 per i crediti derivanti dalle erogazione dei farmaci] - *“appare poi rinvenibile nell’applicazione - pur chiamata a raffronto, come si è visto, anche dalla ordinanza interlocutoria - del d.lgs. n. 231 del 2002 ai crediti delle strutture private accreditate, riconosciuta ormai in modo stabile e, d’altronde del tutto condivisibile per quanto rilevato nel pertinente orientamento di questa Suprema Corte. Invero, e ciò emerge agevolmente dalla già effettuata descrizione di tale paradigma, in quest’ultima fattispecie - a tacer d’altro - non si*

inserisce alcun accordo collettivo: la struttura, una volta ottenuta la concessione, "condetermina" insieme all'ente pubblico le necessarie regole mediante uno specifico apposito contratto (lo rammenta proprio per segnalare l'ontologica diversità rispetto alla fattispecie delle farmacie Cass. 5042/2017)." (par. 7.2 di Cass. SU 26496/20)

Insomma, le Sezioni Unite partono dalla constatazione che i centri accreditati hanno diritto agli interessi ex d.lgs. 231/02, per poi derogare a tale conclusione con riguardo ai crediti dei farmacisti per l'erogazione dei farmaci. Il *discrimen* è chiaramente tracciato. Ed è un *discrimen* pienamente condivisibile per le ragioni esposte.

L'idea che le strutture private operano comunque in un sistema di accreditamento, caratterizzato dalla presenza di pubblici poteri, per cui alla fine non vi sarebbero sostanziali differenze rispetto alle farmacie, non è in alcun modo condivisibile. E' vero che la pubblica amministrazione, in tali rapporti, esercita anche pubblici poteri, ad esempio individuando i tetti di spesa e riducendo *ex post* i crediti dei centri ove si superino tali tetti. Ma questo si iscrive nella logica di base secondo cui il servizio sanitario nazionale è un servizio pubblico riconducibile in prima battuta all'amministrazione pubblica nella sua articolazione "stato - regioni - asl". Ciò non toglie che, alla fine, i rapporti con i centri trovino fondamento in specifici accordi contrattuali, nei quali oltretutto si dà conto dell'esistenza dei tetti di spesa e della possibilità di riduzioni e regressioni tariffarie *ex post*. Anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato si pone su questa linea, ossia quella di valorizzare al massimo l'aspetto contrattuale, individuando il contratto quale fonte di tutti i diritti ed obblighi delle parti, ivi incluso l'obbligo dei centri di accettare la regressione tariffaria (vedi sent. CdS. 3675/21, il cui par. 8.2 così recita: "*L'art. 8 quinquies del d.lgs. n. 502 del 1992, come novellato dal d.lgs. n. 229 del 1999, pone infatti il rapporto di accreditamento su una base negoziale per la quale al di fuori del contratto la struttura accreditata non è obbligata a erogare prestazioni agli assistiti del servizio sanitario regionale e, per contro, l'amministrazione sanitaria non è tenuta a pagare la relativa remunerazione*

...; ed ancora, *“La consolidata giurisprudenza sul punto ha reiteratamente affermato che la regressione tariffaria è meccanismo noto ed accettato dalle strutture accreditate, che si sottopongono convenzionalmente ai limiti e alle conseguenze derivanti dalla necessità del rispetto dei limiti di spesa imposti dalle esigenze di finanza pubblica ...”*; infine, *“In sintesi, le strutture private accreditate si sottopongono contrattualmente al regime della regressione tariffaria ... ”*).

In questa logica eminentemente contrattuale, l’applicazione del d.lgs. 231/02 pare inconfutabile. L’art. 2 di detto d.lgs., invero, nell’attuare i principi ispiratori della direttiva 2000/35/CE sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, ha ritenuto che la disciplina vale anche per le transazioni commerciali in cui sia parti *“pubbliche amministrazioni”* (vedi lett. a), b) e c) dell’art. 2) ed ha definito poi le *“transazioni commerciali”* come i *“contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro il pagamento di un prezzo”* (art. 2 lett. a).

Ora, i centri accreditati eseguono *“prestazioni di servizi”* in favore delle *“pubbliche amministrazioni”* rappresentate dalle aziende sanitarie locali, e lo fanno in base ai *“contratti”* stipulati ex art. 8 *quinques* d.lgs. 502/1992. Pertanto, siamo nel pieno campo di operatività del d.lgs. 231/02.

D’altro canto, la soluzione opposta avrebbe l’effetto di *“... neutralizzare nel settore la "lotta" alla morosità imposta da tale iniziativa europea, e da cui, in generale, non può effettivamente essere esonerata la pubblica amministrazione, considerata l'ampiezza - consapevolmente ricercata e ottenuta - del paradigma definitorio riversato poi nell'articolo 2 dello stesso decreto legislativo (e cfr. da ultimo Cass. sez. 6-2, ord. 21 ottobre 2019 n. 28151, Rv 655754-01, a proposito del rapporto di un professionista con la pubblica amministrazione, nonché, in generale, Cass. sez. 3, 28 febbraio 2019 n. 5803, Rv 652840-01 - per cui la transazione commerciale, "in assenza di espresse*

limitazioni, deve essere intesa come ricomprendente tutte le prestazioni di servizio"- (questo è un altro passaggio contenuto nel par. 7.2 di Cass. SU 26496/20).

Applicando tali principi al caso in esame, ne deriva la fondatezza dei due motivi di ricorso, connessi, coi quali si deduce la violazione e falsa applicazione di legge per essere stata esclusa l'applicabilità del d.lgs. 231/02 in relazione ai crediti anni 2004, 2005 e 2006 del centro ricorrente, erogante prestazioni di assistenza riabilitative in favore degli assistiti del servizio sanitario nazionale in regime di accreditamento in base a contratti stipulati *ex art. 8 quinquies* d.lgs. 502/92.

Resta assorbita la censura del secondo motivo improntata su vizi motivazionali e di omesso esame di fatto decisivo e discusso, censura peraltro inammissibile ed infondata, perché la motivazione c'è ed è chiara e non è ravvisabile alcun omesso riconducibile all'art. 360 n. 5 c.p.c. ma solo valutazioni di merito.

Il rappresentante della Procura generale

Per queste ragioni

chiede che la Corte a sezioni unite accolga il ricorso (il secondo coi distinguo di cui in narrativa).

Roma, 18 settembre 2023

Il sostituto Procuratore generale

Alessandro Pepe