

## Il miraggio della concorrenza nel settore sanitario

Brevi spunti per una riforma (quasi)liberale a Costituzione invariata di Silvio Boccalatte

### 1. Il Servizio Sanitario Nazionale: una riforma in costante riforma.

Il Servizio Sanitario Nazionale (SSN) costituisce una delle voci di spesa più ingenti del bilancio pubblico e nell'opinione pubblica esso viene considerato come un punto fermo, un elemento immutabile connesso con l'esistenza stessa dello Stato: se ne contesta spesso l'efficienza, soprattutto in determinate parti d'Italia, ma si dà per scontato che non se ne possa proprio fare a meno. Si dimentica, però (non solo da parte dei più giovani), che il Servizio Sanitario Nazionale "così come noi lo conosciamo" non esiste da sempre, ma è stato istituito poco più di trent'anni fa, con la legge 23 dicembre 1978, n. 833, e, d'altra parte, ha subito ben due modifiche estremamente rilevanti – nel 1992 (D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502) e nel 1999 (D.lgs. 19 giugno 1999, n. 229) – cui si è sovrapposta la riforma costituzionale del 2001, che ha parzialmente mutato il quadro di riferimento per il legislatore statale e regionale.

Il dato di partenza per ogni analisi è l'art. 32, comma 1, Cost., a mente del quale "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti". Da ciò scaturiscono due dati imprescindibili: in primo luogo, l'Amministrazione o il legislatore non possono compiere atti tali da pregiudicare la salute di coloro che si trovano nel Paese (non solo dei cittadini, sia detto per inciso), ma ciò non implica che il costituente abbia delineato un sistema sanitario di stampo interamente pubblicistico; in secondo luogo, però, un minimo di intervento pubblico è comunque costituzionalmente imposto, poiché la Repubblica deve "garantire" le cure gratuite a coloro che versano in condizioni economiche di indigenza.

Su queste basi,<sup>1</sup> tra gli anni Sessanta e Settanta il legislatore decide di superare i modelli di assistenza indiretta, basati sostanzialmente sugli enti mutualistici, riorganizzando completamente la sanità. Nel 1968 gli ospedali, che erano perlopiù gestiti da organizzazioni pubbliche di assistenza e beneficenza, vengono trasformati in "enti ospedalieri", cioè "enti pubblici che istituzionalmente provvedono al ricovero ed alla cura degli infermi"<sup>2</sup> e che "hanno l'obbligo di ricoverare senza particolare convenzione o richiesta di alcuna documenta-

1 Una sintetica ricostruzione delle vicende di trasformazione della sanità italiana sino alla metà degli anni Novanta è fornita in L. ANSELMi, "I presupposti aziendali per la gestione programmata e il controllo economico nella sanità", in L. ANSELMi (a cura di), *L'equilibrio economico nelle aziende sanitarie. Strumenti per una gestione manageriale efficace*, Milano, Il Sole 24 Ore, 1996, pp. 11 ss.

2 Art. 2, comma 1, l. 12 febbraio 1968, n. 132.

### KEY FINDINGS

- L'aziendalizzazione dell'Unità Sanitarie Locali, avvenuta negli anni Novanta, ha dimostrato notevoli difficoltà di compatibilità con un modello di sanità in cui l'operatore pubblico opera in regime di quasi-monopolio.
- Il tentativo di creare un meccanismo di "concorrenza" tra prestatore pubblico e prestatori privati di servizi sanitari è sostanzialmente fallito perché l'operatore pubblico può scegliere discrezionalmente i propri competitors.
- I bilanci delle Aziende sanitarie e ospedaliere dovrebbero riprodurre lo schema del bilancio dettato dal codice civile, ma vi si discostano pesantemente, spesso con effetti mistificatori
- L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha più volte sottolineato l'ineadeguatezza della normativa vigente a realizzare un sistema concorrenziale in ambito sanitario.

*Silvio Boccalatte è avvocato e Fellow dell'Istituto Bruno Leoni*

zione, i cittadini italiani e stranieri che necessitano di urgenti cure ospedaliere per qualsiasi malattia, o per infortunio, o per maternità, siano o meno assistiti da enti mutualistici ed assicurativi o da altri enti pubblici e privati”.<sup>3</sup> La legge 132/1968 (detta anche “Legge Mariotti”, dal nome del Ministro della Sanità dell’epoca) costituisce il primo tentativo di articolazione e programmazione unitaria della sanità, tanto da essere considerata da parte della dottrina “il vero atto costitutivo del Servizio Sanitario Nazionale”,<sup>4</sup> il quale, però, viene ufficialmente istituito solo dieci anni dopo.

La “grande riforma”, realizzata con la legge n. 833/1978, è ampiamente debitrice di un clima ideologico di profonda avversione al mercato:<sup>5</sup> da un sistema variegato, pur sempre di stampo pubblicistico ma comunque imperniato su una “molteplicità di strutture di offerta dei servizi sanitari”,<sup>6</sup> si passa ad un’organizzazione territorialmente articolata, ma operante in un regime di sostanziale unitarietà e monopolio. In particolare, viene abbandonata la logica assicurativa-mutualistica per lasciare campo libero ad una prospettiva “garantista”, in cui il diritto alla salute viene tutelato come valore assoluto, senza alcuna valutazione costi-benefici. Lo spazio per le logiche privatistiche è sostanzialmente annullato: il Servizio Sanitario Nazionale diviene una mera emanazione della politica, non solo nei ruoli amministrativi, ma anche nei gangli vitali costituiti dalle svariate professionalità di cui si compone.<sup>7</sup> Nella legge del 1978 il perno su cui ruota l’intero SSN è l’unità sanitaria locale (USL), struttura operativa del Comune, centro unico di responsabilità dei diversi servizi sanitari e competente per l’erogazione di tutte le prestazioni sanitarie di prevenzione, cura e riabilitazione:<sup>8</sup> le USL sono capillarmente diffuse sul territorio, ma la qualità dei servizi da esse erogati si dimostra, progressivamente, ben poco soddisfacente in rapporto alle somme di denaro pubblico allocate per garantire il diritto alla salute.

Per invertire la patologica inclinazione allo spreco e alla sfacciata occupazione della sanità ad opera dei partiti, elementi inevitabilmente derivanti dal modello varato nel 1978,<sup>9</sup> all’inizio degli anni Novanta il D.lgs. 502/1992 tenta di modificare alcune caratteristiche del sistema. Il legislatore delegato riforma il SSN in modo da avvicinarsi ad una tendenziale pariordinazione tra operatori pubblici e soggetti privati, e, dunque, ricercando una qualche sintonia con i valori comunitari di tutela della concorrenza: il mutamento è in qualche modo collegato ad un clima non più pregiudizialmente e radicalmente ostile al mercato, ma certo non si tratta di una radicale rivoluzione.

La novella del 1992 (presto incisivamente “corretta” con il D.lgs. 7 dicembre 1993, n. 517), infatti, non si avvicina nemmeno a mettere in discussione l’impostazione complessiva della Sanità italiana, che rimane imperniata su una logica di copertura com-

3 Art. 2, comma 3, l. 132/1968.

4 A. PROVVIDENZA, *L’azienda sanitaria pubblica. Profili istituzionali ed economico aziendali*, Roma, Aracne, 2006, p. 21.

5 L’approccio culturale alla riforma della sanità alla fine degli anni Settanta è efficacemente sintetizzato in R. FERRARA, *L’ordinamento della sanità*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 154-155

6 A. PROVVIDENZA, *L’azienda*, cit., p. 24.

7 R. FERRARA, *L’ordinamento*, cit., pp. 116-117.

8 A. PROVVIDENZA, *L’azienda*, cit., p. 22.

9 Cfr. L. MARINÒ, *La ricerca dell’economicità nelle aziende sanitarie locali. Concetti, modelli, decisioni*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 17. Non a caso, taluna dottrina suggerisce sommessamente che il modello di SSN creato dalla l. 833/1978 non abbia solo presentato “insufficienze”, ma che possa addirittura essere bollato come un “vero e proprio fallimento”: cfr. R. FERRARA, *L’ordinamento*, cit., p. 11. In realtà, la spesa sanitaria italiana dimostrava vistose lacune già prima della riforma del 1978: cfr. L. MARINÒ, *Dinamiche competitive ed equilibrio economico nelle aziende sanitarie*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 66 ss.

pleta e universale<sup>10</sup> di tutti coloro che risiedono o dimorano nel territorio della Repubblica, ma introduce una sorta di “aziendalismo”, perlomeno linguistico-formale. Più precisamente, l’USL diventa “azienda” regionale (“l’unità sanitaria locale è azienda e si configura come ente strumentale della regione, dotato di personalità giuridica pubblica, di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica”),<sup>11</sup> ma anche singoli ospedali “di rilievo nazionale” possono costituirsi in azienda, in tal modo svincolandosi da ogni AUSL (Azienda-Unità Sanitaria Locale)<sup>12</sup> esistente sul territorio. Sotto il profilo più squisitamente organizzativo l’unità sanitaria locale abbandona il pesante modulo burocratico-politico delineato nel 1978 (peraltro già alleggerito con la l. 15 gennaio 1986, n. 4): il “comitato di gestione”, che era eletto dall’ente locale di riferimento in relazione al territorio gestito dall’USL,<sup>13</sup> viene sostituito da un Direttore Generale, cioè un *manager* assunto con contratto di diritto privato su delibera della Giunta regionale e scelto tra una lista di soggetti “esperti” abilitati a svolgere tale funzione. A tale nuova figura viene affidato ogni potere di gestione e rappresentanza dell’AUSL in uno spirito di responsabilizzazione di questa funzione dirigenziale nei confronti dei risultati dell’“azienda”.<sup>14</sup>

Nella rete costituita dalle AUSL e dalle aziende ospedaliere vengono inseriti anche i privati, con i quali vengono stabiliti rapporti di accreditamento finalizzati all’erogazione di prestazioni sanitarie pagate attraverso un sistema tariffario.<sup>15</sup>

L’assetto regionalistico che l’amministrazione della sanità assume a partire dagli anni Novanta costituisce una netta frattura rispetto al disegno del legislatore del 1978, nel quale l’ente locale di riferimento era il Comune: la centralità della Regione<sup>16</sup> si sviluppa progressivamente a tal punto da far ritenere che il Servizio Sanitario Nazionale si componga dell’insieme di venti diversi servizi sanitari regionali: tale carattere viene espressamente enunciato con la “riforma della riforma della riforma” (generalmente

10 Nondimeno, la versione originale dell’art. 9, D.lgs. 502/1992, prevedeva che, a partire dal gennaio 1995, le Regioni avrebbero potuto prevedere, “in via graduale e sperimentale”, forme di “assistenza differenziate per particolari tipologie di prestazioni”. In un qualche modo, la disposizione avrebbe forse favorito lo sviluppo di sistemi sanitari “paralleli” e coordinati con i singoli sistemi sanitari regionali: quest’ipotesi non si è potuta realizzare perché la norma citata è stata abrogata dal D.lgs. 517/1993.

11 Art. 3, D.lgs. 502/1992.

12 D’ora in poi si userà l’espressione Azienda sanitaria (o l’acronimo AS) per indicare contemporaneamente sia le Aziende USL (AUSL) sia le Aziende ospedaliere.

13 La pesantezza delle strutture amministrative e la loro totale politicizzazione dimostrano meglio di tante analisi la prospettiva che ispirava l’istituzione del SSN. Nella sua versione originaria, infatti, la l. 833/1978 prevedeva che l’USL fosse una “struttura operativa dei comuni, singoli o associati, e delle comunità montane” i cui organi erano solo due: l’“assemblea generale” e il “comitato di gestione”. Più precisamente, l’assemblea generale coincideva con il consiglio comunale (o con l’assemblea generale di un’associazione di comuni, o con l’assemblea generale della comunità montana) e aveva il compito di eleggere il comitato di gestione; tale organo, a sua volta, nominava il proprio presidente e compiva tutti gli atti di amministrazione dell’USL: in altri termini, il legislatore del 1978 immaginava gli organi delle Unità Sanitarie Locali come dirette emanazioni della politica. Un simile sistema era talmente inappropriato ad amministrare i servizi sanitari da necessitare una modifica già “nell’attesa della riforma istituzionale delle unità sanitarie locali”, come recita il titolo della legge 4/1986: con tale provvedimento, infatti, l’assemblea generale veniva soppressa (le sue funzioni venivano trasferite all’organo assembleare dell’ente locale di riferimento), mentre il comitato di gestione poteva essere composto solo da “cittadini aventi esperienza di amministrazione e direzione, documentata da un curriculum, che deve essere depositato ... cinque giorni prima della elezione”.

14 Cfr. art. 3, D.lgs. 502/1992.

15 Cfr. art. 8, D.lgs. 502/1992.

16 Cfr., ad esempio, R. FERRARA, *L’ordinamento*, cit., p. 131.

nota, infatti, come “riforma *ter*”),<sup>17</sup> cioè con il D.lgs. 229/1999.<sup>18</sup> A seguito del forte decentramento amministrativo attuato con i c.d. “Decreti Bassanini”, l’architettura della p.a. all’alba del terzo millennio è diversa rispetto alla situazione del 1992: per adeguarsi al mutato quadro di riferimento, la “riforma *ter*” modifica la stessa nozione di SSN ora definito “quale complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti ed istituzioni di rilievo nazionale, nell’ambito dei conferimenti previsti dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, nonché delle funzioni conservate allo Stato dal medesimo decreto”.<sup>19</sup> Dal 1999 ad oggi, quindi, il SSN si presenta come un “mosaico”<sup>20</sup> di Servizi sanitari regionali che (ancor più di prima) possono offrire prestazioni differenziate tra loro: lo Stato deve limitarsi ad individuare e garantire in modo uniforme (anche finanziariamente) i “livelli essenziali” di assistenza, lasciando alle singole Regioni l’opportunità di sviluppare autonomamente forme ulteriori (e superiori) di assistenza sanitaria.<sup>21</sup> Il D.lgs. 229/1999, peraltro, conferma l’orientamento già espresso nel 1992: da un lato, viene riorganizzato il meccanismo dell’“accreditamento” delle strutture private che erogano prestazioni a carico del SSN,<sup>22</sup> dall’altro lato, vengono ampiamente sviluppati i caratteri di aziendalizzazione attribuendo alle AUSL una più ampia “autonomia imprenditoriale”<sup>23</sup> a sintesi, completamento e sostituzione della precedente “autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica”.

La gestione della sanità italiana, resa complessa e ben poco comprensibile dal giustapporsi di riforme su riforme susseguitesì incessantemente nell’arco di circa vent’anni,

17 Nel computo delle “riforme delle riforme” non si considera, generalmente, il D.lgs. 517/1993, che ha comunque costituito una sostanziale riscrittura del D.lgs. 502/1993. Si ritiene, con le parole di R. FERRARA, *L’ordinamento*, cit., p. 153, che, nell’esperienza italiana degli ultimi trent’anni, “ogni fondamentale proposta di innovazione, ogni pur suggestiva invenzione riformatrice finisc[a] col ruotare intorno a due o tre idee, delle quali ora l’una ora l’altra viene ciclicamente evocata ed anzi invocata come assolutamente vincente e risolutiva”.

18 Va però notato che il D.lgs. 229/1999, pur ribadendo la centralità della Regione, recupera un qualche ruolo anche per i Comuni, come si può evincere dall’art. 2 del menzionato decreto legislativo: sul punto concorda R. FERRARA, *L’ordinamento*, cit., p. 159.

19 Art. 1, comma 1, D.lgs. 229/1999, che sostituisce l’art. 1, comma 1, D.lgs. 502/1992 e ne costituisce la versione attualmente vigente.

20 Il SSN è dunque una “struttura unitaria e tuttavia pluriarticolata secondo la scala regionale” (R. FERRARA, *L’ordinamento*, cit., pp. 130-131), ove la stessa espressione “servizio sanitario nazionale”, introdotta dalla l. n. 833/1978, che tale servizio aveva, per l’appunto, istituito e creato, è oggi, ormai, un’espressione meramente celebrativa: celebrativa, e non enfatica o retorica – si noti bene! – in quanto continua ad evidenziare, comunque, lo stabile e non rinunciabile, nesso di collegamento ... fra ogni normativa positivamente data in materia di servizio sanitario e l’art. 32 Cost., nella sua ovvia e non superabile connessione con il principio di eguaglianza, sia formale che sostanziale” (R. FERRARA, *L’ordinamento*, cit., p. 130).

21 Non a caso l’art. 1, D.lgs. 229/1999, modifica anche la rubrica dell’art. 1, D.lgs. 502/1992: da “Programmazione sanitaria nazionale e definizione dei livelli uniformi di assistenza”, essa diviene “Tutela del diritto alla salute, programmazione sanitaria e definizione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza”.

22 Secondo R. FERRARA, *L’ordinamento*, cit., p. 118, “il d.lgs. n. 229/1999 recupera, in qualche modo, una (moderata) impostazione pubblicistica, principalmente per quel che concerne la tipologia di relazioni giuridiche fra i soggetti istituzionali del servizio pubblico e gli operatori privati accreditati, mentre approfondisce e radicalizza, per altro verso, il processo di aziendalizzazione e di privatizzazione, sia degli apparati che dell’attività, già avviato nel 1992”.

23 Art. 3, comma 1-bis, D.lgs. 502/1993, introdotto dall’art. 3, comma 1, D.lgs. 229/1999. L’“autonomia” è un carattere necessario affinché una determinata organizzazione possa essere definita “azienda”: A. ZANGRANDI, *Amministrazione delle aziende sanitarie pubbliche. Aspetti di gestione, organizzazione e misurazioni economiche*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 7 ss.

deve poi confrontarsi con un ultimo<sup>24</sup> “scossone” nel quadro giuridico di riferimento: la revisione delle competenze legislative delle Regioni ordinarie operata con la notissima l.c. 18 ottobre 2001, n. 3. Ai sensi del testo originario dell’art. 117 Cost., infatti, le Regioni avevano potestà legislativa concorrente<sup>25</sup> su “assistenza sanitaria ed ospedaliera”: tale formula linguistica scompare nella versione del 2001 (attualmente vigente) a favore dell’espressione “tutela della salute”. Si tratta di una modifica che amplia la sfera delle competenze costituzionalmente riconosciute alla Regioni a ogni intervento in materia di sanità e che va coordinata con la competenza esclusiva attribuita al legislatore statale dall’art. 117, comma 2, lett. m) relativamente alla “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”.<sup>26</sup> Una semplice comparazione tra la regionalizzazione del SSN, avvenuta a livello legislativo tra il 1992 e il 1999, e la successiva riforma della Costituzione permette di riconoscere un elemento piuttosto singolare: l’articolazione territoriale della gestione della sanità stabilita negli anni Novanta dal legislatore ordinario sembra essere stata dotata di “copertura costituzionale” solo nel 2001.<sup>27</sup>

24 Per tacere dei frequenti interventi normativi finalizzati a tentare un ripianamento dei deficit del bilancio sanitario sviluppatosi in molte Regioni, nonché in attesa dell’applicazione del cosiddetto “federalismo fiscale” (l. 49/2009). Su questi argomenti si veda, da ultimo, E. JORIO, “I piani di rientro del debito sanitario e i rischi della legislazione dell’emergenza”, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 13/2009, 1/7/2009.

25 In Italia la potestà legislativa “concorrente” era quella esercitata dalle Regioni nel rispetto “nei limiti dei principî fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato”, e comunque in modo che le norme legislative regionali “non siano in contrasto con l’interesse nazionale e con quello di altre Regioni” (art. 117, comma 1, Cost., nel testo precedente la riforma del 2001). Attualmente la formula con cui è espressa la potestà legislativa concorrente sembrerebbe più ampia, poiché prevede che “spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato”. La differenza letterale autorizzerebbe un mutamento di impostazione che, però, nella giurisprudenza costituzionale non si è imposto: sul punto ci si permette di rinviare a S. BOCCALATTE, “Un’idea (quasi)federalista a costo zero. La determinazione esplicita dei “principi fondamentali” nella competenza legislativa concorrente”, *IBL Briefing Paper* n. 58, 18 agosto 2008, disponibile alla pagina [http://brunoleonimedia.servingfreedom.net/BP/IBL\\_BP\\_59\\_Federalismo.pdf](http://brunoleonimedia.servingfreedom.net/BP/IBL_BP_59_Federalismo.pdf).

26 Sui livelli essenziali di cui all’art. 117 comma 2 lett. m) Cost., si è ormai formata un’ampia letteratura di cui non è possibile dare conto in questa sede. Tra i contributi sul tema (con particolare attenzione ai livelli essenziali in campo sanitario) si vedano almeno E. BALBONI, P.G. RINALDI, “Livelli essenziali, standard e leale collaborazione”, in *Le Regioni*, 2006, pp. 1014 ss.; R. BALDUZZI (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Atti del Convegno, Genova, 24 febbraio 2003, Milano, Giuffrè, 2004; R. BALDUZZI, “Livelli essenziali di assistenza versus livelli minimi”, in G. BARBERIS, I. LAVANDA, G. RAMPA, B. SORO (a cura di), *La politica economica tra mercati e regole. Scritti in ricordo di Luciano Stella*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005, pp. 49 ss.; M. BELLETTI, “I criteri seguiti dalla Consulta nella definizione delle competenze di Stato e Regioni e il superamento del riparto per materie”, in *Le Regioni*, 2006, pp. 903 ss.; E. FERIOLO, “Sui livelli essenziali delle prestazioni: la fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia e uguaglianza”, in *Le Regioni*, 2006, pp. 564 ss.; L. CUOCOLO, “À rebours, la tutela della salute tra Regioni e Stato”, in *Quad. reg.*, 2005, pp. 63 ss.; L. CUOCOLO, *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo. Profili di diritto interno e comparato*, Milano-Roma, Giuffrè-Luiss Un. Press, 2005, spec. pp. 33 ss.; L. CUOCOLO, “Livelli essenziali: allegro ma non troppo”, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 1264 ss.; A. GENTILINI, “Determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e positivismo giuridico: chi ha paura della lettera della legge?”, in *Dir. pubb.*, 2005, pp. 999 ss.; M. GIORDANO, “Sui livelli essenziali di assistenza e la competenza delle regioni e delle province ad autonomia speciale (in margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 134 del 31 marzo 2006)”, in *Giust. amm.*, 2006, pp. 307 ss.; V. MOLASCHI, “Dei livelli essenziali delle prestazioni”, in *Ragiusan*, 2004, n. 237/238, pp. 31 ss.; V. MOLASCHI, “Le disuguaglianze sostenibili nella sanità”, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, pp. 711 ss.; E. PESARESI, “La ‘determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni’ e la materia ‘tutela della salute’: la proiezione indivisibile di un concetto unitario di cittadinanza nell’era del decentramento istituzionale”, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 1733 ss.

27 Sull’impatto della riforma costituzionale del 2001 in relazione all’organizzazione della sanità cfr. R. FERRARA, *L’ordinamento*, cit., pp. 123 ss., e spec., p. 131, il quale comunque rileva che “la formula costituzionale ora vigente, e cioè la ridenominazione come ‘tutela della salute’, rappresenterebbe, seppure in modo più ‘comprensivo’, la riproposizione, con aggiornamenti ed estensioni, della vecchia espres-

Questo fattore, però, non prova un orientamento del sistema verso un assetto stabile e coerente: i “livelli essenziali”, la cui fissazione è esclusivamente riservata allo Stato, tendono spesso ad estendersi (indebitamente, ma con il beneplacito della Corte costituzionale) sino a ricomprendere norme di dettaglio, e, talvolta sono addirittura dettati con atti normativi sub legislativi; mentre rimangono tutti da approfondire, poi, i rapporti tra gli stessi “livelli essenziali delle prestazioni” in campo sanitario con i “principi fondamentali”, anch’essi determinati con legge dello Stato, cui è soggetta la legislazione regionale in materia di “tutela della salute”.<sup>28</sup>

## 2. Cenni sul concetto di “azienda pubblica”.

Nel quadro complessivo che si è sinteticamente cercato di delineare nelle pagine precedenti emerge la figura dell’Azienda sanitaria: sia AUSL o Azienda ospedaliera, essa costituisce il modello gestionale contemporaneo della sanità italiana.

Il vocabolo “azienda” è tratto dal lessico dei rapporti privati ed è in buona parte estraneo da quello tradizionalmente usato nell’ambito dell’Amministrazione,<sup>29</sup> che invece si impenna su termini come “organo” o “ente”. La parola “azienda” nella realtà dell’impresa pubblica, e, nella fattispecie, dell’organizzazione sanitaria, nulla ha a che fare con la nozione civilistica determinata dall’art. 2555 c.c., che la definirebbe “il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa”. Per affrontare il tema è invece necessario riferirsi non alla nozione fornita dal diritto civile, ma a quella elaborata dall’economia aziendale, secondo la quale l’“azienda” è “lo strumento dell’umano operare in campo economico”:<sup>30</sup> si tratta, ovviamente, di uno “strumento” destinato a durare nel tempo<sup>31</sup> ed è quindi costituito “in coordinazione economica unitaria di operazioni e processi”, assumendo “la configurazione di sistemi unitari, dotati di autonomia decisionale ed operativa”.<sup>32</sup>

Tale definizione può apparire del tutto generica, ma è invece essenziale per inquadrare un primo elemento determinante, che caratterizzerà lo svolgersi della presente analisi: il modulo aziendale implica l’utilizzo di logiche “economiche”,<sup>33</sup> tipiche della c.d. “am-

---

sione ‘assistenza sanitaria’, con la quale si designavano, prima del 2001, le competenze regionali nella materia ‘sanità’” (p. 127). Lo stesso A. rileva (p. 132) che il modello dell’organizzazione sanitaria si sia sviluppato e si sviluppi nella “sua relativa indifferenza ai pur rilevanti mutamenti costituzionali (persino a quelli semplicemente progettati)”.

28 Per tacere delle problematiche comportate dall’attuazione del principio di sussidiarietà sancito dall’art. 118 Cost.: cfr. C. E. GALLO, “La concorrenza nell’erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private”, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, pp. 255, e, con specifico riguardo alla sussidiarietà orizzontale, V. MOLASCHI, “Tutela della concorrenza, vincoli di spesa e rapporti tra Servizio sanitario nazionale e soggetti privati: una riflessione alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione”, in *Foro Amm.-TAR*, 2004, pp. 1285 ss.

29 Per lungo tempo “il predominio della rilevanza sociale rispetto alla loro valenza economica ... ha portato a ritenere inadeguato lo strumento aziendale per l’esercizio di servizi pubblici”: L. MARINÒ, *Dinamiche competitive*, cit., p. 5. Sul punto si veda anche L. MARINÒ, *La ricerca dell’economicità*, cit., p. 3.

30 Cfr. A. PROVVIDENZA, *L’azienda*, cit., p. 85, e ivi ulteriore bibliografia.

31 Cfr. A. ZANGRANDI, *Amministrazione*, cit., p. 18; M. ZUCCARDI MERLI, “Il sistema informativo contabile per la determinazione dell’equilibrio economico”, in L. ANSELMINI (a cura di), *L’equilibrio*, cit., pp. 40-41.

32 A. PROVVIDENZA, *L’azienda*, cit., p. 86.

33 Il concetto di “economicità” può essere definito come “l’equilibrio dinamico nel tempo tra la quantità delle risorse impiegate nei processi tipici di un’azienda pubblica e le attività, servizi, funzioni proprie della stessa”, e va inteso come “condizione di funzionamento dell’azienda, come principio che consente il raggiungimento delle proprie finalità”: A. ZANGRANDI, *Amministrazione*, cit., pp. 14-15. Cfr. anche L. MARINÒ, *La ricerca dell’economicità*, cit., p. 8 ss.

ministrazione di risultato”,<sup>34</sup> cioè di controllo razionale dei fattori di produzione al fine di ottenere risultati produttivi efficienti<sup>35</sup> ed efficaci,<sup>36</sup> e, dunque, il discostarsi (sebbene minimo) da un’impostazione puramente “garantista” in cui la salute deve essere tutelata dallo Stato integralmente, per tutti e a ogni costo.

Un’Azienda sanitaria, però, è un’azienda “pubblica”<sup>37</sup> e tale aggettivo viene attribuito non tanto in relazione ai compiti che essa è chiamata a svolgere (nessuno dubita che le prestazioni sanitarie possano essere pacificamente erogate da soggetti privati), quanto in base al soggetto operante: laddove questi sia in qualche modo riconducibile allo “Stato” (inteso come “apparato”), l’azienda deve essere classificata come pubblica. Da ciò discende la conseguenza secondo la quale, ai nostri fini, la “forma giuridica” dell’operatore non può essere considerata come il fattore discriminante per operare la distinzione tra azienda “privata” e azienda “pubblica”:<sup>38</sup> una qualunque entità di diritto privato a totale (o prevalente) capitale pubblico sarà un’azienda necessariamente pubblica poiché le decisioni dipenderanno dalla politica e tale azienda, in ultima analisi, sarà sostanzialmente un’articolazione dello “Stato”.<sup>39</sup> L’azienda pubblica è comunque caratterizzata da (intuitive) peculiarità, tra cui una particolare connessione (*rectius*: dipendenza) da fattori politici nonché economico-sociali, la necessità di operare in un quadro di coerenza con gli orientamenti politici generali, la non correlazione tra “prodotto” ottenuto e fattori produttivi impiegati.<sup>40</sup>

Proprio su quest’ultimo elemento giova soffermarsi brevemente, poiché è sotteso al fatto che l’azienda pubblica opera in una logica diversa da quella in cui si colloca l’azienda privata: l’azienda pubblica è infatti strumentale al raggiungimento di obiettivi di ordine (anche) extraeconomico propri della collettività, cioè al soddisfacimento di bisogni finalizzato a garantire un accettabile livello di benessere della comunità.<sup>41</sup> Viene così posto in rilievo un punto di evidente debolezza del modello aziendale applicato al pubblico: se, da definizione, l’“azienda” opera con logiche economiche in qualità di strumento umano dell’azione in campo economico, l’introduzione di finalità non economiche o extraeconomiche (in una sola parola: “politiche”)<sup>42</sup> implica l’accostamento di metodologie lavorative “politiche” ad altre più squisitamente economiche.<sup>43</sup>

34 Cfr. R. FERRARA, *L’ordinamento*, cit., p. 157.

35 Sul concetto di “efficienza” si veda L. MARINÒ, *La ricerca dell’economicità*, cit., pp. 29 ss.

36 A. PROVVIDENZA, *L’azienda*, cit., p. 83: “la finalità dell’approccio economico-aziendale è quella di promuovere il miglioramento nell’ambito della pubblica amministrazione, di stimolare le aziende pubbliche verso l’introduzione di processi e di strumenti capaci di migliorare il rapporto tra le risorse impiegate ed i risultati ottenuti, in altre parole di non ripetere quei processi in cui tale rapporto sia non soddisfacente”.

37 Sul concetto di “Azienda sanitaria” quale species appartenente al genus delle aziende pubbliche si veda A. ZANGRANDI, *Amministrazione*, cit., pp. 3 ss.

38 Cfr. L. MARINÒ, *Dinamiche competitive*, cit., pp. 8-9; L. MARINÒ, *La ricerca dell’economicità*, cit., pp. 19-20.

39 Irrilevante è poi cercare di distinguere le funzioni “di natura pubblica” (ontologicamente, verrebbe da aggiungere) da quelle “di natura privata”: di questo avviso anche A. PROVVIDENZA, *L’azienda*, cit., p. 89.

40 Cfr. A. PROVVIDENZA, *L’azienda*, cit., p. 81.

41 A. PROVVIDENZA, *L’azienda*, cit., p. 86.

42 Con specifico riferimento alle aziende sanitarie cfr. A. ZANGRANDI, *Amministrazione*, cit., pp. 98 ss.

43 In questo senso si legga A. PROVVIDENZA, *L’azienda*, cit., p. 96: “l’analisi delle aziende sanitarie non deve ... accogliere come prevalente la finalità economica di perseguimento del reddito, ma è necessario affermare che il loro funzionamento debba essere condizionato dalle modalità organizzative e di utilizzazione delle risorse che hanno valore economico, cioè di quelle risorse che hanno valore econo-

Tale fenomeno di “ibridazione”, che sta alla base del perdurare di inefficienza e inefficacia nelle prestazioni fornite dalle aziende pubbliche, è inevitabile e deriva dall’impossibilità ontologica di applicare un modello intrinsecamente privato (i cui risultati sono dunque “controllati” dalla responsabilità dell’imprenditore, che si confronta con le condizioni del mercato) a un ambiente pubblico (dunque privo dei controlli scaturenti dal mercato).<sup>44</sup>

### 3. Il modulo dell’Azienda sanitaria: tra linguaggio (privatistico) e sostanza (pubblicistica)

Il modulo dell’Azienda sanitaria costituisce la colonna vertebrale dell’intero SSN: le specificità sono dettate dalle singole leggi regionali, ma la normativa di riferimento per comprenderne il funzionamento è compresa nel testo del D.lgs. 502/1992, come risultante dalle modifiche successive, e, principalmente, dal D.lgs. 229/1999.

Come già accennato, il carattere fondamentale che contraddistingue il modello è costituito dal principio dell’autonomia, il quale permette che ogni Azienda sviluppi, “attraverso scelte economicamente convenienti”,<sup>45</sup> una propria strategia finalizzata a perseguire gli scopi determinati dalle scelte politiche assunte a livello statale e regionale.<sup>46</sup> In termini concreti, ciò significa che l’ambito territoriale su cui operano le aziende sanitarie viene determinato dalla Regione,<sup>47</sup> ma l’organizzazione e il funzionamento della singola AS è disciplinata con “atto aziendale di diritto privato nel rispetto dei principi e criteri previsti da disposizioni regionali”.<sup>48</sup> Tale “atto aziendale” è adottato dal direttore generale, ma il suo contenuto e la sua stessa qualificazione legislativa lasciano quanto meno perplessi:<sup>49</sup> si tratta, evidentemente, di un atto generale di organizzazione di una struttura pubblica e, nonostante sia espressamente definito “di diritto privato”, non è dissimile dal tradizionale regolamento di organizzazione.<sup>50</sup> Invero, non si riesce a comprendere in quale modo un documento deputato a dettare le regole di funzionamento di una struttura pubblica (per quanto costituita in “azienda”) possa poi essere un atto “di diritto privato”: è evidente che una “sostanza” di diritto pubblico viene ricondotta ad una “forma” di diritto privato nell’ambito di uno schema ideologico che privilegia un lessico “privatistico” nella semplicistica speranza che basti modificare il *nomen iuris* per curare i difetti di efficienza ed efficacia che affliggono cronicamente il SSN.

---

mico in quanto sono scarse, con particolare attenzione alla capacità di tali aziende di produrre corrette diagnosi, corrette cure e corretta riabilitazione”. Secondo A. ZANGRANDI, *Amministrazione*, cit., p. 16, nelle aziende sanitarie il concetto di “economicità” si compone di due fattori: in primo luogo “l’equilibrio economico e l’equilibrio monetario”, in secondo luogo “il soddisfacimento dei bisogni rispetto cui l’azienda è chiamata ad operare”.

44 A. PROVVIDENZA, *L’azienda*, cit., p. 97: “un aspetto che merita particolare enfasi nell’ambito del processo di aziendalizzazione che ha interessato il sistema sanitario ... è quello concernente l’esigenza di non favorire l’affermazione di logiche e criteri di carattere precipuamente economico-reddituale, rispetto a criteri e logiche decisionali di carattere scientifico, sociale, etico e morale”. Sulle difficoltà di misurazione dell’efficacia delle prestazioni delle aziende sanitarie derivanti da tale carattere “ibrido” cfr. A. ZANGRANDI, *Amministrazione*, cit., pp. 19-20.

45 A. PROVVIDENZA, *L’azienda*, cit., p. 99.

46 Cfr. A. ZANGRANDI, *Amministrazione*, cit., p. 5.

47 Art. 2, comma 2-sexies, lett. a), D.lgs. 502/1992.

48 Art. 3, comma 1-bis, D.lgs. 502/1992.

49 Sull’“atto aziendale” si veda almeno V. COSTELLA, “Dell’atto aziendale: natura giuridica, funzioni e contenuti”, in *Ragiusan*, 2007, n.279/280, pp. 6 ss.

50 R. FERRARA, *L’ordinamento*, cit., p. 171.

Peraltro è curioso notare come, anche sotto il profilo terminologico, il legislatore riesca ad ingenerare confusione utilizzando (forse non proprio consapevolmente) vocaboli che connotano branche ben distinte del diritto: infatti, se gli atti di diritto privato divengono la normalità nell'operato delle Aziende sanitarie,<sup>51</sup> permangono ancora figure come le "proposte" e i "pareri", cioè "strumenti a carattere endoprocedimentale propri e tipici del procedimento amministrativo".<sup>52</sup>

Il direttore generale è il vertice dell'Azienda sanitaria e viene inquadrato come un vero e proprio manager:<sup>53</sup> sul punto la normativa appare particolarmente rigorosa, in quanto prevede che siano determinati preventivamente "i criteri di valutazione dell'attività dei direttori generali, avendo riguardo al raggiungimento degli obiettivi definiti nel quadro della programmazione regionale, con particolare riferimento alla efficienza, efficacia e funzionalità dei servizi sanitari".<sup>54</sup> Non solo, "all'atto della nomina di ciascun direttore generale, [le Regioni] definiscono e assegnano, aggiornandoli periodicamente, gli obiettivi di salute e di funzionamento dei servizi, con riferimento alle relative risorse, ferma restando la piena autonomia gestionale dei direttori stessi".<sup>55</sup> La verifica dell'operato del direttore generale in rapporto agli obiettivi prefissati deve essere effettuata dopo diciotto mesi dalla nomina,<sup>56</sup> e, se la gestione presenta un grave disavanzo o "in caso di violazione di leggi o del principio di buon andamento e di imparzialità della amministrazione",<sup>57</sup> oppure quando ricorrano altri "gravi motivi", la Regione può risolvere il contratto di lavoro.

La forma giuridica, nuovamente, interviene per colorare con il pastello del diritto privato ciò che è squisitamente pubblico, anzi: precipuamente politico.<sup>58</sup> In quanto atto eminentemente politico, la scelta del direttore generale implica l'esistenza di un rapporto di fiducia tra la maggioranza al governo nella Regione e il funzionario chiamato a dirigere l'Azienda sanitaria: per questo motivo è evidente che la risoluzione del contratto dovrà certamente dipendere anche dalle ragioni sopra indicate, ma, principalmente, dovrà derivare dal fatto che la Giunta regionale ritenga politicamente più opportuno cessare di difendere l'operato del singolo direttore generale.

A parte il vertice, il resto della struttura aziendale<sup>59</sup> viene teoricamente sottratto dal rapporto diretto con la politica: il direttore sanitario e il direttore amministrativo, nonché i

51 Si pensi che l'art. 3, comma 1-ter, D.lgs. 502/1992, introdotto con il D.lgs. 229/1999 e poi abrogato con il D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", teneva a precisare che le aziende sanitarie "agiscono mediante atti di diritto privato".

52 R. FERRARA, *L'ordinamento*, cit., p. 170. Nello stesso senso si inquadrano anche altre norme come quella secondo la quale il direttore generale deve motivare i provvedimenti assunti in difformità con il parere del direttore sanitario, del direttore amministrativo o del consiglio dei sanitari (art. 3, comma 6, D.lgs. 502/1992).

53 Va comunque ricordato che la disciplina della dirigenza sanitaria si compone di un mosaico di disposizione dettate anche *generaliter* in relazione alla dirigenza pubblica e al pubblico impiego: cfr. G. PAGNONI, "L'autonomia gestionale dei dirigenti delle aziende sanitarie", in *Ragiusan*, 2004, n. 241/242, pp. 398 ss.

54 Art. 3-bis, comma 5, D.lgs. 502/1992.

55 Art. 3-bis, comma 5, D.lgs. 502/1992.

56 Art. 3-bis, comma 6, D.lgs. 502/1992.

57 Art. 3-bis, comma 7, D.lgs. 502/1992.

58 Sulla situazione della dirigenza sanitaria si vedano le riflessioni di S. CASSESE, "La dirigenza di vertice tra politica e amministrazione: un contributo alla riflessione", in *Ragiusan*, 2006, n. 271/272, pp. 438 s.

59 Sulla struttura della vertice delle Aziende sanitarie si veda, ad esempio, F. FRÉ, "La direzione strategica

responsabili delle singole strutture, sono nominati dal direttore generale,<sup>60</sup> mentre l'intervento in prima persona degli enti pubblici si riduce alla nomina dei membri dell'organo di controllo, cioè del collegio sindacale.<sup>61</sup> Nondimeno, l'ibridazione tra pubblico e privato riemerge costantemente, anche in aspetti essenziali quali l'organizzazione e la strutturazione dell'Azienda: basti pensare che l'articolazione dei servizi sanitari sul territorio della AUSL, elemento determinate per la gestione dei fattori di produzione, è in buona parte sottratta dai poteri del direttore generale ed è completamente rimessa alla legge regionale, la quale, peraltro, è obbligata a rispettare una suddivisione per "distretti", esplicitamente dettata dalla legge statale.<sup>62</sup>

#### 4. Il SSN e il rapporto con gli operatori privati: una "concorrenza" solo fittizia?

La sostituzione del modello puramente burocratico del 1978 con quello para-aziendalistico degli anni Novanta, come detto, è stata funzionale al tentativo di superare l'inefficienza e la scarsa qualità delle prestazioni offerte dal SSN. Oltre a questo intervento, che si potrebbe definire "interno" perché operante sulla struttura del Servizio Sanitario, le riforme del 1992-1999 hanno anche agito allo scopo di configurare un sorta di "mercato" delle prestazioni sanitarie, nel quale gli operatori privati possano competere in un quadro contraddistinto da ciò che vorrebbe apparire una tendenziale "parità delle armi".<sup>63</sup>

Nella logica della l. 833/1978 il *dominus* della sanità è inequivocabilmente l'operatore pubblico, mentre i privati ad esso legati sono posti in una situazione di chiara subordinazione; il modulo inaugurato nel 1992,<sup>64</sup> al contrario, introduce un sistema basato sulle cosiddette "tre A": cioè "autorizzazione", "accreditamento" e "accordo contrattuale".<sup>65</sup> L'autorizzazione è il provvedimento che consente l'esercizio dell'attività sanitaria da parte di un qualunque soggetto economico privato: si tratta di un livello-base nei rapporti tra privato e SSN finalizzato a verificare il rispetto degli standard di sicurezza e qualità e corrispondente al generale potere di conformare l'esercizio dell'attività imprenditoriale nell'impostazione richiesta dallo stesso art. 41 Cost. Con l'accreditamento "si sale di livello": allorquando le strutture private autorizzate divengono "accreditate" acquistano una posizione di potenziale equiordinazione rispetto

---

delle aziende sanitarie", in *Ragiusan*, 2006, n. 261/262, pp. 17 ss.

60 Art. 3, commi 1-quater e 1-quinquies, D.lgs 502/1992.

61 Art. 3-ter, D.lgs. 502/1992.

62 Ai sensi dell'art. 3-quater, D.lgs. 502/1992, l'articolazione dell'AUSL in distretti è disciplinata dalla legge regionale, mentre la concreta individuazione del territorio dei distretti è rimesso all'atto aziendale assunto dal direttore generale, ma sempre in esecuzione della legge regionale. Sui distretti si veda E. CONTATO, A. GIULIANI, A. FABBRI, "Il distretto: articolazione territoriale fondamentale del governo aziendale", in *Ragiusan*, 2006, n. 267/268, pp. 20 ss. Si deve poi ricordare che gli ospedali elevati ad Azienda sanitaria, in quanto in possesso di alcuni requisiti previsti dalla legge, sono poi organizzativamente del tutto estranei alle strutture dell'AUSL (art. 4, D.lgs. 502/1992): cfr. R. FERRARA, *L'ordinamento*, cit., pp. 174-175.

63 R. FERRARA, *L'ordinamento*, cit., p. 199.

64 Per una disamina del ruolo del privato durante la vigenza della l. 833/1978 e dopo le riforme degli anni Novanta si vedano C. E. GALLO, "La concorrenza", cit., pp. 249 ss. e V. MOLASCHI, "Tutela della concorrenza", cit., pp. 1271 ss.

65 Artt. 8-bis, 8-ter, 8-quater, 8-quinquies, 8-sexies, D.lgs. 502/1992. Cfr. C. CORBETTA, "I rapporti tra la sanità privata e l'organizzazione pubblica: il sistema dell'accreditamento nell'attuale disciplina", in *Sanità Pubblica e Privata*, 2005, 1, pp. 7 ss.; R. FERRARA, *L'ordinamento*, cit., pp. 201 ss. e A DE MICHELE, "Profili problematici in tema di accreditamento istituzionale di case di cura private", in *Ragiusan*, 2004, n. 245/246, pp. 6 ss.

alle strutture pubbliche, che diviene piena equiordinazione nel momento della stipula dell'“accordo contrattuale”. Ai sensi dell'art. 8-bis, comma 2, D.lgs. 502/1992, infatti, “i cittadini esercitano la libera scelta del luogo di cura e dei professionisti nell'ambito dei soggetti accreditati con cui siano stati definiti appositi accordi contrattuali”: la scelta viene definita “libera” proprio perché il cittadino può ottenere le prestazioni dal soggetto privato alle stesse condizioni, anche economiche, fornite dalle strutture pubbliche. Sulla base di tali accordi contrattuali, infatti, le cliniche private sono poi rimborsate/remunerate per le prestazioni erogate “a carico” del SSN.

Questo meccanismo, qui sinteticamente esposto, può essere definito “di mercato”,<sup>66</sup> o “concorrenziale”?

Non si può negare che uno sforzo in questo senso vi sia stato, soprattutto se si paragona la situazione attuale a quella scaturita dalla riforma del 1978: ora non si può più sostenere che il mercato e la concorrenza siano valori del tutto alieni alla realtà del Servizio Sanitario Nazionale.<sup>67</sup> Nonostante ciò, l'ambito della sanità permane ancora piuttosto lontano dal paradigma del mercato eteroregolamentato (senza nemmeno scomodare la definizione di “libero” mercato),<sup>68</sup> e ciò per una molteplicità di fattori di cui giova operare un breve riassunto:

- a. non esiste un'effettiva apertura all'ingresso da parte di tutti i soggetti che vogliono intraprendere nel settore: l'autorizzazione è soggetta a valutazioni altamente discrezionali in rapporto alla localizzazione delle strutture preesistenti e al fabbisogno complessivo di assistenza sanitaria;<sup>69</sup>
- b. il privato, autorizzato e accreditato, che non riesca ad ottenere un accordo contrattuale con il SSN sarà in posizione di evidente disparità rispetto agli altri operatori (pubblici, ma anche privati), poiché il cliente/utente potrà accedere alle prestazioni da esso erogate solo pagando un “prezzo”. Al contrario, ogni cittadino che si rivolga al SSN, o ai privati collegati tramite accordo contrattuale, potrà soddisfare la sua domanda di sanità in modo gratuito o pagando solo un contributo, comunemente chiamato “ticket”;
- c. il concetto di “prezzo” è profondamente snaturato. Infatti, se astrattamente può essere definito “prezzo” il punto di incontro tra la domanda e l'offerta, in un settore come quello sanitario, dove l'offerta è completamente deformata dal preponderante intervento pubblico, il prezzo della prestazione erogata dall'operatore economico non remunerato dal (e quindi non collegato al) SSN è determinato dal punto di incontro tra l'offerta e la quota residuale di domanda che non è assorbita dal SSN (per l'inefficienza o la scarsa qualità delle prestazioni del SSN). Tale prezzo è dunque intuitivamente ben più elevato di quanto sarebbe in un sistema di libero mercato. Ma non solo: anche gli imprenditori che hanno

66 Sulle dinamiche di domanda e offerta in campo sanitario cfr. A. ZANGRANDI, *Amministrazione*, cit., pp. 48 ss.

67 Pur ammettendo, quindi, che in Italia non vi sia più una contrapposizione frontale tra mercato e sanità, sembra comunque eccessiva la valutazione (che in questa sede si vuole riprendere pienamente in forma di auspicio!) di R. FERRARA, *L'ordinamento*, cit., p. 114, secondo il quale “la ‘materia’ sanità è profondamente permeata dallo ‘spirito’ della concorrenza e dal principio correlato della libertà economica nel contesto di un'economia di mercato”.

68 Talvolta la dottrina usa il termine “quasi-mercato” per indicare la situazione della sanità dopo le riforme degli anni Novanta: L. MARINÒ, *Dinamiche competitive*, cit., p. 87.

69 Art. 8-ter, D.lgs. 502/1992, introdotto dal D.lgs. 229/1999. Non a caso, secondo R. FERRARA, *L'ordinamento*, cit., pp. 203-204, dopo la riforma del 1999, “il principio sul quale si deve reggere l'azione dei privati nel servizio pubblico sanitario ... è quello del *concorso* e non quello della *concorrenza*” (corsivi nel testo).

- stipulato accordi contrattuali con il SSN non operano in un regime “di mercato” poiché non ricevono remunerazioni dallo Stato tramite un sistema di prezzi, ma attraverso un meccanismo di tariffe predefinite in base alle disponibilità dell’erario;
- d. anche la libertà contrattuale è posta in forte dubbio: negli accordi contrattuali si incontra la volontà di una parte privata con quella di una parte pubblica, la quale è forte di un patrimonio prelevato coattivamente ai contribuenti attraverso la tassazione e che avrebbe come scopo il soddisfacimento, completo e autonomo (cioè, idealmente, senza il concorso di alcun privato), della domanda di prestazioni sanitarie;
  - e. il controllore acquista contemporaneamente la qualifica di controllato.<sup>70</sup> Nel sistema delineato dalle riforme degli anni Novanta, l’operatore pubblico ha il compito di verificare se gli imprenditori privati che si affacciano al mondo della sanità possiedono i requisiti necessari e sufficienti per ottenere l’autorizzazione e l’accreditamento, e, ovviamente, individuano i soggetti accreditati che si porranno come controparti degli accordi contrattuali. Ciò acquista tinte paradossali: se il “concorrente pubblico” ha il diritto-dovere di scegliere quali possono essere i propri “concorrenti privati” e di controllarne l’operato tramite l’esercizio di poteri autoritativi, esso, evidentemente, ha anche il potere di “creare” il mercato che desidera, popolato solo dai soggetti che desidera e strutturato attraverso le condizioni che desidera.

Parlando di “mercato” e di “concorrenza” nella tutela della salute è comunque bene sgomberare il campo da un possibile equivoco di fondo: nel quadro costituzionale vigente non sarebbe possibile procedere alla totale privatizzazione del SSN e, dunque, configurare un mercato interamente libero, privo di un qualunque intervento pubblico: lo vieta con certezza il combinato disposto degli articoli 3, 32 e 117, comma 2, lett. m). Come già accennato nella parte iniziale del presente studio, ai sensi dell’art. 32 Cost. la Repubblica “garantisce” cure gratuite agli indigenti, e, in base all’art. 3 Cost., la Repubblica ha il compito di rimuovere gli ostacoli che “limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana”. Ne consegue, allora, che il libero mercato potrebbe svilupparsi solo “al di sopra” della fascia di popolazione “indigente”, che, nonostante la scarsa consistenza del proprio reddito ha comunque il diritto a ricevere cure in misura e qualità eguali a quelle dei cittadini più abbienti. Si tratta, però, di una forma di eguaglianza che, però, non acquista la veste dell’uniformità. Il concetto è stato precisato (e declinato in chiave territoriale) dalla riforma costituzionale del 2001: nonostante i sistemi sanitari possano differenziarsi tra Regione e Regione in virtù della competenza legislativa concorrente nella materia “tutela della salute”, lo Stato continua ad avere il dovere di dettare per legge<sup>71</sup> “i livelli essenziali delle prestazioni”, i quali, “devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”. In altri termini: siccome è costituzionalmente ammissibile una differenziazione *in melius*, lo spazio per un mercato “libero” viene ulteriormente circoscritto a tali forme di “supplementi di offerta”.

Ora, ciò non significa né che ai privati sia interdetta l’erogazione delle prestazioni sanitarie agli indigenti, né che sia loro interdetta l’erogazione di prestazioni riconducibili ai

<sup>70</sup> Cfr. R. FERRARA, *L’ordinamento*, cit., pp. 171 e 200.

<sup>71</sup> La precisazione della “legge” quale fonte del diritto dotata del compito di dettare i livelli essenziali delle prestazioni non è una nota priva di rilievo: buona parte della dottrina ritiene (a ragione) che lo Stato non possa procedere in campo sanitario dettando tali livelli essenziali attraverso atti secondari, come, invece, è accaduto. Sul punto si veda R. FERRARA, *L’ordinamento*, cit., p. 124.

“livelli essenziali”: significa solo che in questi due ambiti (tra loro trasversali, peraltro) il finanziamento deve essere pubblico in misura (perlomeno) prevalente e ciò esclude, *ipso facto*, la possibilità che si sviluppi un mercato libero.

Al di fuori dei limiti e dei vincoli poc'anzi succintamente enucleati un mercato può esistere, ma ben difficilmente potrebbe essere “libero”: è facile argomentare che l'intervento degli operatori e dei capitali pubblici in ogni aspetto della tutela della salute costituisca un'applicazione concreta dei “doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” che la Repubblica richiede a ogni individuo ai sensi dell'art. 2 Cost. L'imposizione fiscale finalizzata alla creazione di un Servizio sanitario in cui l'operatore pubblico sia nettamente preponderante è dunque legalmente giustificata e, in qualche misura, costituzionalmente prevista.<sup>72</sup>

#### 4.1 Il bilancio delle Aziende sanitarie: una sottile mistificazione?

Vi è un particolare aspetto su cui le riforme degli anni Novanta hanno inciso significativamente e che merita alcune riflessioni specifiche: si tratta della tecnica di redazione del bilancio delle strutture sanitarie.

Ai sensi della l. 833/1978 le Regioni sono chiamate a dettare le norme legislative sull'“utilizzo del patrimonio e la contabilità delle unità sanitarie locali”<sup>73</sup> avendo cura che “la disciplina amministrativo-contabile delle gestioni [risultati] corrispondente ai principi della contabilità pubblica previsti dalla legislazione vigente”.<sup>74</sup> Nel quadro fornito dalla disciplina di istituzione del SSN questa impostazione è perfettamente comprensibile: la sanità italiana è pubblica in modo pressoché integrale e gli operatori sanitari si interfacciano con altre pubbliche amministrazioni utilizzando gli strumenti del diritto pubblico e della contabilità pubblica.

L'“aziendalizzazione” inaugurata con il D.lgs. 502/1993 non modifica le regole di redazione del bilancio: le normative regionali devono continuare a dettare norme contabili in conformità con i principi di contabilità pubblica.<sup>75</sup> L'elemento appare veramente curioso: un'organizzazione legislativamente definita “azienda”, tenuta ad agire tramite atti di diritto privato e chiamata a competere con soggetti di diritto privato, deve però rendere conto del proprio operato secondo regole che sono aliene al mondo del diritto privato. A tale paradosso vorrebbe porre rimedio il decreto correttivo – il D.lgs. 517/1993 – che, sostituendo la disposizione di riferimento, prevede che le “regioni provved[ano] ad emanare norme per la gestione economico finanziaria e patrimoniale delle unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere, informate ai principi di cui al codice civile, così come integrato e modificato con decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127”.<sup>76</sup>

Nonostante questa novella,<sup>77</sup> i caratteri paradossali non vengono meno, perché dipendono direttamente dal particolarissimo “ibrido” costituito dalle Aziende sanitarie: la

72 Cfr. R. FERRARA, *L'ordinamento*, cit., p. 193.

73 Art. 50, comma 1, l. 833/1978.

74 Art. 50, comma 1, n. 1, l. 833/1978.

75 Art. 5, comma 4, D.lgs. 502/1992, nella versione originale.

76 Art. 6, comma 1, lett. c), D.lgs. 517/1993, che ha sostituito l'originale art. 5, comma 4, D.lgs. 502/1992.

77 La modifica operata dal D.lgs. 517/1993 non è l'ultima: il martoriato art. 5, D.lgs. 502/1992 è stato ulteriormente sostituito dall'art. 5, D.lgs. 229/1999, il quale, però, non ha introdotto mutamenti sostanziali ai fini che interessano in questa sede. Va poi ricordato che il sistema di contabilità delineato nel 1993 è entrato effettivamente a regime solo negli ultimi anni del ventesimo secolo, in quanto si sono registrate molte difficoltà a modificare il *modus agendi* determinato nel 1978 e del tutto consono allo

normativa, infatti, non opera un semplice rinvio al codice civile, ma impone alle Regioni di emanare una disciplina informata ai principi del codice civile”. Un simile richiamo “mediato” – e, si badi, riferito ai “principi”, non alle “disposizioni” – ha sviluppato una situazione molto variegata: alcune Regioni hanno seguito più strettamente i dettami del codice civile, altre, in realtà, vi si sono proprio discostate, altre ancora, infine, non hanno dettato neppure norme specifiche in materia, consentendo a ogni singola Azienda Sanitaria la forma migliore di rappresentazione della propria situazione economica.<sup>78</sup>

Si registrano, invero, due interventi normativi finalizzati ad uniformare su tutto il territorio nazionale le strutture dei bilanci delle AS (D.M. 20 ottobre 1994 e D.M. 11 febbraio 2002),<sup>79</sup> i quali, però, introducono fattori ulteriormente distorsivi: innanzitutto, essi costituiscono solo “schemi”, che possono (e devono) essere integrati dalle singole normative locali; secondariamente, tali documenti si discostano, a loro volta, dal paradigma del codice civile, dimostrano di esserne una sorta di “libera interpretazione”,<sup>80</sup> in terzo luogo i decreti nulla dicono sulle tecniche di redazione e sul contenuto della nota integrativa, la cui regolamentazione è dunque integralmente lasciata al livello regionale.<sup>81</sup>

Permane, effettivamente, una situazione piuttosto singolare: le strutture sanitarie sono “aziende”, agiscono in un sedicente “mercato” dove sono presenti anche operatori privati, però, a differenza di questi ultimi, hanno un bilancio che non è redatto in base alle norme del codice civile, ma solo seguendone blandamente i “principi”. Già in base a questo rilievo si deduce che i bilanci degli operatori sanitari pubblici e privati siano confrontabili solo in modo apparente, ma v'è di più: le norme del codice civile vincolano uniformemente ogni privato su tutto il territorio della Repubblica; al contrario, i

---

spirito della pubblica amministrazione: cfr., ad esempio, L. ANSELMI, “I presupposti”, cit., in L. ANSELMI (a cura di), *L'equilibrio*, cit., pp. 28-29; G. CASATI, F. ZAVATTARO, “Il sistema di contabilità direzionale”, in L. BRUSATI, G. CASATI, P. CELLA, C. FILANNINO, F. ZAVATTARO, *Manuale di contabilità direzionale nelle aziende sanitarie*, Milano, Egea, 1996, pp. 36-37; L. MARINÒ, *Dinamiche competitive*, cit., pp. 208 ss.

78 Cfr. V. CARIGNANI, “Il bilancio di esercizio nelle Aziende sanitarie come strumento di comunicazione esterna”, relazione al Convegno “La Comunicazione nell'economia d'azienda. Processi, strumenti e tecnologie”, Università di Ancona, 18 dicembre 1999, reperibile su internet alla pagina [www.econ.univpm.it/aidea/18121999/Carignani.doc](http://www.econ.univpm.it/aidea/18121999/Carignani.doc). In generale, sulle tecniche di gestione del sistema di contabilità analitica si veda anche D. ALESANI, D. GALLI, “Gli indirizzi regionali per le rilevazioni economiche analitiche delle aziende sanitarie: finalità, contenuti e modelli di controllo”, in E. ANESSI PESSINA, E. CANTÙ (a cura di), *Rapporto OASI 2006. L'aziendalizzazione della sanità in Italia*, Milano, Egea, 2007, pp. 345 ss.

79 In adempimento all'art. 5, comma 6, D.lgs. 502/1992, secondo cui: “per conferire struttura uniforme alle voci dei bilanci pluriennali e annuali e dei conti consuntivi annuali, nonché omogeneità ai valori inseriti in tali voci e per consentire all'Agenzia per i servizi sanitari regionali rilevazioni comparative dei costi, dei rendimenti e dei risultati, è predisposto apposito schema, con decreto interministeriale emanato di concerto fra i Ministri del tesoro e della sanità, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome”. Sul punto si vedano anche le “Linee di guida” emanate dalla Ragioneria Generale dello Stato nel luglio 1995 (reperibili in R. CASELLI, *Il nuovo Bilancio delle Aziende Sanitarie ed Ospedaliere*, Viterbo, ASI, 1997, pp. 343 ss.). Sullo schema di cui al D.M. 20 ottobre 1994 si veda M. ZUCCARDI MERLI, “Il sistema informativo”, cit., in L. ANSELMI (a cura di), *L'equilibrio*, cit., pp. 60 ss. Per un commento sullo schema di bilancio emanato nel 2002 si veda P. RICCI, “Il decreto interministeriale 11 febbraio 2002: i nuovi bilanci delle aziende sanitarie e delle aziende ospedaliere”, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, pp. 259 ss.

80 Cfr. R. CASELLI, *Il nuovo Bilancio*, cit., *passim*, con specifici rilievi critici sul D.M. 20/10/1994 a pp. 213 ss., e V. CARIGNANI, “Il bilancio di esercizio”, cit.

81 Cfr. R. CASELLI, *Il nuovo Bilancio*, cit., p. 110, e V. CARIGNANI, “Il bilancio di esercizio”, cit. L'art. 3-ter, D.lgs. 502/1992, comunque, prevede che il bilancio sia sottoposto al controllo del Collegio Sindacale, il quale è un organo a nomina interamente politica. Su tale organo si veda R. CASELLI, “Sul ruolo del collegio sindacale delle aziende sanitarie”, in *Ragiusan*, 2004, n. 243/244, pp. 99 ss.

bilanci delle Aziende sanitarie presentano diversità non solo tra Regione e Regione, ma anche tra Azienda e Azienda. La comparazione tra bilanci è dunque sostanzialmente impossibile tra strutture sanitarie pubbliche e strutture sanitarie private, ma risulta particolarmente complessa anche se effettuata tra due o più Aziende sanitarie.

Le conseguenze di simili regole di bilancio sono molteplici, ma se ne possono enucleare almeno tre:

- a. non si favorisce il controllo (e la riduzione) dei flussi di spesa sanitaria, perché non si ha la sicurezza che a voci omogenee corrispondano significati omogenei;
- b. si permette che nel conto economico, sotto la rubrica “valore della produzione”, alla categoria “proventi e ricavi diversi”, appaiano voci di dubbia credibilità che fanno sorgere la sensazione di essere introdotte solo per mascherare situazioni di debito, se non proprio di dissesto;<sup>82</sup>
- c. non si distingue chiaramente tra ricavi che derivano dalle prestazioni erogate ai cittadini e i contributi dello Stato finalizzati a ripianare il deficit: nel conto economico ambedue i flussi di denaro rientrano indistintamente nel “valore della produzione”.

Tutto ciò contribuisce ad impedire di comprendere quale sia la reale situazione economica delle Aziende sanitarie.

Ma v'è di più. Quando un privato è chiamato a redigere un bilancio, egli è tenuto a rispettare rigorosamente norme civilistiche finalizzate a far sì che valore e costi della produzione siano corrispondenti alla realtà dei fatti, e, dunque, siano reali anche gli utili o le perdite. Semplificando: i ricavi sono somme conseguite<sup>83</sup> in funzione della propria attività, i contributi in conto esercizio sono denaro che viene immesso, dallo stesso imprenditore, allo scopo di integrare i ricavi e/o coprire i costi dell'esercizio. Se un conto economico è formulato correttamente, qualunque lettore può riconoscere se ha davanti un'azienda effettivamente produttiva o se questa sopravvive solo grazie a continue immissioni di denaro fresco.

Nelle AUSL<sup>84</sup> i contributi in conto esercizio costituiscono sempre la voce di gran lunga più rilevante nel valore della produzione:<sup>85</sup> se questi equilibrano (almeno tendenzial-

82 Talvolta appaiono, ad esempio, voci quali “ricavi figurativi”, che suscitano notevoli perplessità perché spesso del tutto prive di spiegazione nelle note integrative (la forma e il contenuto di queste ultime, si ricordi, sono completamente rimessi alla discrezionalità di Regioni e Aziende sanitarie). Sul punto si veda D. ALESANI, D. GALLI, “Gli indirizzi regionali”, cit., in E. ANESSI PESSINA, E. CANTÙ (a cura di), *Rapporto OASI 2006*, cit., pp. 363 ss., che distingue i “ricavi esterni”, i quali “hanno corrispettivi finanziari reali”, dai “ricavi interni”, costituiti, a loro volta, da “ricavi figurativi”, che sono “relativi alle prestazioni di ricovero, ambulatoriali, diagnostiche o territoriali erogate dalle strutture dell'ASL ai propri residenti” e da “prestazioni intermedie”, “erogate agli utenti ‘interni’, ovvero ricoverati nelle strutture ospedaliere”. I “ricavi interni” sono generalmente valorizzati tramite l'utilizzo della tariffa DRG (“Diagnostic Related Groups”).

83 Ai fini del presente studio non è il caso di approfondire il criterio di imputazione, che, teoricamente, può seguire sia il principio di cassa sia il principio di competenza.

84 Così non è nelle Aziende ospedaliere, ove prevalgono i “proventi e ricavi diversi”, costituiti dai ricavi ottenuti dalle prestazioni rese alle AUSL acquirenti: L. MARINÒ, *Dinamiche competitive*, cit., p. 227.

85 Come “contributi in conto esercizio”, quindi, sono contabilizzati tutti i flussi di denaro pubblico per pervengono alla singola Azienda sanitaria e non finalizzati ad investimenti duraturi (Cfr. A. ZANGRANDI, *Amministrazione*, cit., p. 113). I criteri (teorici o effettivamente applicati in Italia) di programmazione della spesa sanitaria nazionale, di finanziamento del SSN, di distribuzione del denaro dal centro alla periferia, nonché le tecniche di misurazione dell'efficienza della struttura sanitaria, non sono oggetto del presente studio; su tali argomenti si vedano almeno: A. ZANGRANDI, *Amministrazione*, cit., pp. 115

mente) i costi della produzione,<sup>86</sup> i direttori generali affermano che il bilancio è in pareggio o, magari, si presentano alla stampa mostrando utili lordi di gestione. Ciò, però, costituisce una sottile mistificazione<sup>87</sup> che distorce la concorrenza tra strutture pubbliche e strutture private:<sup>88</sup> nelle prime, il pareggio di bilancio raggiunto sistematicamente attraverso contributi in conto esercizio è presentato come una situazione economica “normale” e “sana”;<sup>89</sup> nelle seconde, il pareggio di bilancio raggiunto sistematicamente attraverso contributi in conto esercizio è sintomo di un’impresa che non produce valore, ma lo distrugge, cioè di un’azienda sostanzialmente al dissesto.<sup>90</sup>

Una rappresentazione veritiera della situazione delle AS potrebbe essere fornita se il bilancio (reso necessariamente pubblico e disponibile, magari online, per ogni cittadino) separasse strutturalmente il valore della produzione, costituito solo da ricavi e proventi effettivamente prodotti dalla struttura, dal denaro pubblico immesso nell’Azienda al fine di ripianare le perdite, tenuto ben distinto da eventuali contributi in conto eserci-

---

ss.; A. PROVVIDENZA, *L’azienda*, cit., pp. 37 ss.; L. MARINÒ, *Dinamiche competitive*, cit., pp. 93 ss.; L. MARINÒ, *La ricerca dell’economicità*, cit., pp. 43 ss.; F. NUTI, *Introduzione all’economia sanitaria e alla valutazione economica delle decisioni sanitarie*, Torino, Giappichelli, 1998; N. DIRINDIN, P. VINEIS, *Elementi di economia sanitaria*, Bologna, Il Mulino, 1999; R. LEVAGGI, S. CAPRI, *Economia sanitaria*, Milano, Franco Angeli, 2003; N. FALCITELLI, T. LANGIANO (a cura di), *La remunerazione delle attività sanitarie. Caratteristiche attuali e ipotesi evolutive*, Bologna, Il Mulino, 2006; M.S. CAROPPO, G. TURATI, *I sistemi sanitari regionali in Italia. Riflessioni in una prospettiva di lungo periodo*, Milano, Vita e Pensiero, 2007. Sulla contabilità e sulla gestione dei flussi finanziari nel campo della sanità a livello centrale e regionale si rinvia a A. BARRETTA, *L’unità nella diversità. La “dimensione sovraziendale” del controllo di gestione nelle aziende sanitarie*, Padova, Cedam, 2004; M. MARTINELLI, *Programmazione e controllo dei flussi finanziari nella sanità*, Milano, Franco Angeli, 2008. Sui riflessi della normativa costituzionale in materia di finanziamento della sanità si veda almeno E. JORIO, “L’art. 119 della Costituzione e il finanziamento della salute. Contraddizioni e limiti applicativi”, in *Ragiusan*, 2008, n. 289/290, pp. 76 ss.

86 Sui criteri per la determinazione dei costi della produzione sanitaria si veda almeno A. TUROLLA, *La determinazione dei e il controllo dei costi nelle organizzazioni ospedaliere*, Milano, Giuffrè, 1997; sulle tecniche di contabilità e di gestione dei costi nelle aziende sanitarie S. CASCIOLI, *Il controllo di gestione nelle aziende sanitarie*, Milano, Franco Angeli, 2003, pp. 13 ss.

87 M. ZUCCARDI MERLI, *Il sistema informativo*, cit., in L. ANSELMINI (a cura di), *L’equilibrio*, cit., p. 48: “permanendo l’attuale sistema di finanziamento, il risultato economico d’esercizio che apparirà nel bilancio delle aziende della sanità pubblica dovrà essere adeguatamente interpretato. Si dovrà cioè tenere conto che il valore della produzione ottenuta non scaturisce da scambi di mercato, cioè non è espressione di prezzi di vendita della produzione realizzata, ma, prevalentemente, da valori convenzionali rappresentati dai contributi in conto esercizio”.

88 Non si deve sottovalutare, piuttosto, il perverso effetto di stimolo alle Aziende sanitarie verso la concorrenza finalizzata all’accaparramento di quote di finanziamento pubblico: A. ZANGRANDI, *Amministrazione*, cit., p. 114.

89 Secondo M. ZUCCARDI MERLI, “Il sistema informativo”, cit., in L. ANSELMINI (a cura di), *L’equilibrio*, cit., p. 46, ciò è assolutamente normale perché nelle aziende sanitarie “la fase di output è solo in parte riconducibile a scambi di mercato e quindi a prezzi di vendita che quantificano, in termini monetari, l’utilità della produzione realizzata dall’azienda. Di conseguenza,” a detta dell’A, “il ritorno in forma liquida dei mezzi monetari investiti nell’acquisto dei fattori della produzione non può essere demandato ai soli ricavi di vendita, ma deve necessariamente avvenire ricorrendo a nuove fonti di finanziamento esterno. Tali fonti, nel caso specifico rappresentate dalla finanza di trasferimento, permettono la copertura del fabbisogno finanziario inerente alla produzione di servizi a domanda collettiva”.

90 A. ZANGRANDI, *Amministrazione*, cit., p. 110: “un rilevante elemento ... è la mancanza di una diretta correlazione tra costi e ricavi, laddove, così come spesso accade nelle aziende sanitarie, i ricavi e i proventi sono collegati a politiche sanitarie pubbliche, a trasferimenti di risorse finalizzate o non finalizzate, ma comunque non correlate alle attività svolte. Nelle aziende sanitarie pubbliche la presenza di importanti e significativi trasferimenti sembra, in certo senso, mutare le relazioni che si manifestano nelle imprese tra costi e ricavi, ma soprattutto i risultati economici sono da interpretarsi in correlazione a queste tipiche relazioni”.

zio.<sup>91</sup> In tal modo si evidenzerebbero sia l'entità reale del deficit sia l'entità effettiva dell'impegno finanziario pubblico per consentire che la struttura prosegua la propria attività. Ciò permetterebbe:

- a. di comparare le Aziende sanitarie in situazioni demografiche ed ambientali omogenee o assimilabili, facendo emergere quelle virtuose, cioè in grado di richiedere meno denaro pubblico per ottenere gli stessi risultati;
- b. di individuare, comparando i bilanci di tutte le Aziende sanitarie e ponderandoli rispetto all'ambito territoriale di loro competenza, le dimensioni ottimali sulle quali disegnare i confini delle AUSL;
- c. di porre veramente su un piano di comparabilità economica gli operatori pubblici e quelli privati, senza effetti distorsivi.

Allo stato degli atti, insomma, sostenere che le strutture pubbliche redigano i propri bilanci come i privati è solo uno slogan, un ulteriore elemento nominalistico di stampo "aziendalistico" che cela una realtà profondamente diversa. Lo stesso *nomen iuris* di "valore della produzione", utilizzato dallo schema ministeriale in relazione al conto economico, è del tutto improprio, e cagiona, in sé, una distorsione della concorrenza rispetto agli operatori privati. Infatti, "i proventi di tali istituzioni ... non rappresentano la valutazione oggettiva del valore dell'attività sanitaria erogata", com'è, invece, nei bilanci delle aziende private, ma, piuttosto, "i ricavi delle Aziende Sanitarie rappresentano, in via esclusiva, il valore che l'organo di governo centrale attribuisce all'attività di tutela della salute, nel rispetto dei limiti imposti dalla finanza nazionale. In altre parole, si dovrebbe sostituire la voce 'Valore della produzione' con 'Disponibilità economiche'".<sup>92</sup>

Appare dunque assolutamente necessario segnalare all'Autorità Garante la distorsione della concorrenza cagionata dai bilanci delle Aziende sanitarie confezionati nel modo sottilmente mistificatorio appena illustrato.

### 5. La posizione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Una delle finalità del D.lgs. 502/1992 e del D.lgs. 229/1999 voleva essere quella di introdurre un sistema di concorrenza nelle prestazioni di servizi sanitari. Orbene, alla

<sup>91</sup> Cfr. A. ZANGRANDI, *Amministrazione*, cit., pp. 143-145.

<sup>92</sup> Il rilievo, pienamente condivisibile, è formulato da A. ZANGRANDI, *Amministrazione*, cit., p. 35 e da V. CARIGNANI, "Il bilancio di esercizio", cit. Sotto un'angolazione diversa, parte della dottrina (L. MARINÒ, *Dinamiche competitive*, cit., p. 240, ma nello stesso senso anche L. MARINÒ, *La ricerca dell'economicità*, cit., p. 25) tiene a precisare anche che "il valore creato da un'azienda sanitaria non si traduce che limitatamente nel valore della produzione, ovvero non è quantificabile completamente in termini economici. Come poter, ad esempio, stimare anche con grande approssimazione il valore dell'attività di prevenzione o, più semplicemente, il valore della vita umana? Non ci sembra di dover fornire ulteriori spiegazioni, perché il concetto sembra sufficientemente chiaro". Ci si permette di notare, invece, che il concetto non è chiaro per niente: come si può stimare "anche con grande approssimazione" il valore di un bicchiere d'acqua o di un brillante? In un deserto, dopo alcuni giorni di marcia, il valore di un bicchiere d'acqua sarà probabilmente superiore a quello del brillante, mentre non è certamente così in una città. Con questo esempio paradossale si vuole sottolineare che ogni elemento esistente nella realtà non possiede un valore "in sé", ma solo quello che gli viene attribuito attraverso la determinazione di un prezzo derivante dall'incontro tra la domanda e l'offerta. Con questo rilievo non si vuole assolutamente "mercificare la salute", ma solo constatare un dato di fatto; in un sistema di libero mercato anche il valore della prevenzione potrebbe ricavarsi da vari elementi economici: a mero titolo d'esempio, un soggetto che dimostri di sottoporsi a regolari ad analisi e di tenere uno stile di vita sano sarebbe soggetto a una ridotta domanda di prestazioni sanitarie e, quindi, potrebbe ottenere una diminuzione dei premi per l'assicurazione sanitaria o anche un bonus sullo stipendio correlato al prevenibile minor ricorso a periodi di assenza dal lavoro.

luce di quanto illustrato nelle pagine precedenti, sembra inevitabile nutrire molte perplessità sul fatto che tali provvedimenti siano stati capaci di raggiungere tale scopo: solo con una certa difficoltà si riesce a riconoscere, infatti, qualche elemento riconducibile alle nozioni di “concorrenza” e “mercato”.<sup>93</sup>

D'altra parte, la stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, chiamata ad esprimersi sulle riforme del SSN, ha mosso alcuni rilievi puntuali e condivisibili perché finalizzati ad ottenere il massimo di “mercato sanitario” raggiungibile a Costituzione invariata. Più precisamente l'Autorità ha esaminato gli effetti del D.lgs 502/1992, come modificato dal D.lgs. 517/1993 (parere AS 145 del 26/6/1998) e lo schema di decreto legislativo che sarebbe divenuto il D.lgs. 229/1999 (parere AS 175 del 20/5/1999):<sup>94</sup> in ambedue i pareri l'Autorità enuclea molto lucidamente alcuni profili di evidente distorsione della concorrenza, pienamente condivisibili, in parte già presentati in questo studio ma comunque meritevoli di essere brevemente riassunti.

In primo luogo l'Autorità evidenzia le debolezze del sistema delle “tre A”.

- a. l'“autorizzazione”, requisito base senza il quale non possono essere realizzate strutture sanitarie e sociosanitarie private, né si possono esercitare attività in tali settori, è soggetta a valutazioni altamente discrezionali. La verifica del “fabbisogno” sanitario, in particolare, viene frontalmente contestata: si tratta di una barriera all'ingresso – una sorta di potere di veto conferito all'Amministrazione – non giustificata da alcuna esigenza, perché la mera autorizzazione non implica alcun costo per l'erario; al contrario, essa, diminuisce le opzioni disponibili per i pazienti e, potenzialmente, non contribuisce alla riduzione della spesa sanitaria;<sup>95</sup>
- b. l'“accreditamento” è condizione necessaria affinché un privato possa diventare controparte dell'Amministrazione negli “accordi contrattuali” e va concesso in presenza di determinati requisiti tecnici. La concessione dell'accreditamento, però, non comporta che una struttura privata acquisti un qualche diritto a stipulare accordi contrattuali con la p.a.: ciò conduce sistematicamente a situazioni di arbitrio, nelle quali Regioni e ASL individuano le controparti degli accordi contrattuali sulla base della più totale discrezionalità,<sup>96</sup> senza alcun criterio oggettivo se non quello di favorire taluni privati e penalizzare altri.<sup>97</sup>

In secondo luogo, l'Autorità si concentra su un difetto strutturale talmente grave da minare alla base ogni embrione di concorrenza: le funzioni di erogazione delle prestazioni sanitarie e di pagamento delle prestazioni medesime si concentrano nello stesso soggetto, l'Azienda sanitaria. Ciò, in combinato con il sistema di remunerazione a tariffa, implica l'esistenza di un chiarissimo conflitto di interessi, in cui gli operatori privati appaiono nettamente svantaggiati. Al fine di ovviare a tale situazione, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato propone, già dal 1998, una seria distinzione di funzioni in base alla quale la programmazione e il controllo del fabbisogno sanitario territoriale permanga nelle mani della Regione, l'erogazione delle prestazioni sanitarie

93 A. PROVIDENZA, *L'azienda*, cit., p. 30.

94 Ambedue i pareri sono reperibili nel sito internet dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

95 Il punto emerge nel parere AS 175 del 20/5/1999. Cfr. V. MOLASCHI, “Tutela della concorrenza”, cit., p. 1277.

96 Cfr., tra i tanti, C. E. GALLO, “La concorrenza”, cit., p. 254.

97 Cfr. V. MOLASCHI, “Tutela della concorrenza”, cit., p. 1279.

sia compiuta indifferentemente da strutture pubbliche o private, mentre il pagamento delle prestazioni (e il controllo sulla qualità delle stesse) venga effettuato dall'AUSL.

Poco opportunamente, invece, l'Autorità non evidenzia il profilo di distorsione della concorrenza costituito, in sé e per sé, dalla tecnica di redazione dei bilanci delle Aziende sanitarie, elemento che avrebbe meritato, invece, una specifica attenzione.

#### *6. Per la concorrenza nel settore sanitario: alcune proposte concrete.*

Orbene, riconoscendo che il quadro costituzionale vigente è orientato verso un SSN finanziato prevalentemente dalla fiscalità generale, molte indicazioni, anche tra quelle già presentate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dovrebbero essere certamente recepite dal legislatore al fine di realizzare almeno un embrione di vera concorrenza nel settore sanitario.

In primo luogo, qualunque soggetto che voglia divenire "imprenditore sanitario" deve essere posto nelle condizioni effettive di poter iniziare liberamente la propria attività: ciò implica che l'Amministrazione debba rinunciare a formulare considerazioni sull'opportunità (o sulla necessità) di una certa struttura o attività sanitaria privata, ma debba limitarsi, invece, ad effettuare una mera valutazione della competenza professionale degli addetti nonché dell'adeguatezza tecnica e igienica dei locali e dei macchinari. In tal modo si consentirebbe almeno una sorta di libera concorrenza "esterna" al SSN, cioè tra soggetti privati che offrono prestazioni sanitarie cedendole verso la corresponsione di un prezzo liberamente contrattato con il cliente.

In secondo luogo, è essenziale che venga operata una distinzione, netta e radicale, tra le strutture pubbliche deputate al pagamento delle prestazioni (che potrebbero essere le AUSL) da quelle pubbliche incaricate di offrire le prestazioni (che potrebbero essere ospedali, cliniche o simili). Tale separazione non è assolutamente semplice da implementare perché le nomine rimarrebbero comunque legate alla politica,<sup>98</sup> si può però immaginare di favorirla distinguendo gli enti "di riferimento": i vertici delle AUSL potrebbero essere designati dalla Regione, mentre gli amministratori delle singole strutture sanitarie pubbliche potrebbero essere nominati dal singolo Comune e/o dalla Provincia. L'AUSL, chiamata a stipulare accordi contrattuali per garantire le prestazioni sanitarie al cittadino/assicurato-coatto (il denaro pubblico sarebbe raccolto dall'erario, suddiviso dallo Stato tra le Regioni, ripartito da quest'ultime a livello infraregionale e, infine, speso dalle AUSL), potrebbe quindi individuare liberamente le proprie controparti, pubbliche o private, sulla base di criteri di scelta oggettivi, quali prezzo ed efficienza delle prestazioni. A tutela del diritto alla salute, in capo alle strutture sanitarie pubbliche potrebbe rimanere l'obbligo di prestare i servizi essenziali anche al di là delle disponibilità di budget, pur ricordando che il diritto alla salute non va tutelato incondizionatamente, né potrebbe esserlo.<sup>99</sup> Nei conti economici delle strutture sanitarie pubbliche ciò dovrebbe essere debitamente evidenziato con separata voce nei costi (cui dovrebbe corrispondere separata voce da indicare nel valore della produzione),

<sup>98</sup> Un qualche tentativo di impostazione in tal senso è stato avanzato, pur nel quadro normativo statale vigente, dalla Regione Lombardia: L. MARINÒ, *Dinamiche competitive*, cit., p. 83.

<sup>99</sup> Cfr. Cons. St., sez. V, 31 gennaio 2003, n. 499; Cons. St. sez. V, 30 aprile 2003, n. 2253. Sul punto si veda R. FERRARA, *L'ordinamento*, cit., pp. 207 s. È evidente, d'altra parte, che l'introduzione dell'obbligo di prestare prestazioni essenziali extra-budget riesca, in qualche modo, a difendere un'impostazione "universalista" e "garantista", ma costituisca anche uno spazio grazie al quale potrebbe persistere una situazione endemica di deficit del SSN: la ricerca di conciliare tra il "diritto alla salute" e i vincoli di budget è connaturata al carattere "ibrido" della sanità italiana, ma consiste in un vero e proprio tentativo di quadratura del cerchio.

ma l'effettuazione di prestazioni fuori budget dovrebbe essere comunicata alla Regione e alla AUSL al fine di una rideterminazione della programmazione sanitaria regionale e una rinegoziazione degli accordi contrattuali. Ciò fornirebbe un ulteriore parametro comparativo per valutare le Regioni che organizzano il budget in modo più efficiente e le AUSL che negoziano accordi contrattuali più equilibrati: individuato il parametro delle "best practices" a livello nazionale, si potrebbe immaginare la facoltà ministeriale di commissariare l'organizzazione sanitaria regionale (nonché il potere dell'assessore regionale alla sanità di sostituire la dirigenza della singola AUSL) che vi si discosti eccessivamente o per un determinato numero di anni.

Questo sistema introdurrebbe un minimo di competizione, contribuendo a diminuire la spesa sanitaria e a migliorare la qualità dei servizi. Rischierebbe di permanere una discriminazione a danno degli operatori privati: la struttura pubblica punterebbe alla sola manutenzione delle attrezzature e alla remunerazione del lavoro dei propri dipendenti, la struttura privata, invece, avrebbe anche un ovvio fine di profitto. Per limitare l'impatto di questa distorsione si dovrebbe prevedere, innanzitutto, la possibilità per l'operatore sanitario pubblico di offrire prestazioni non solo alle AUSL nell'ambito degli accordi contrattuali, ma anche a qualunque altro soggetto privato con il quale contrattare liberamente prezzo e condizioni, e, secondariamente, si dovrebbe consentire a tali operatori di produrre utili da distribuire ai dipendenti (o magari anche da accumulare ed investire, i criteri di riparto potrebbero essere indicati nello statuto dell'ente). Se l'ospedale pubblico offrirà prestazioni non concorrenziali rispetto ai privati operanti sul territorio, allora non riuscirà a trovare un numero sufficiente di clienti (siano essi le AUSL, tramite la stipula di accordi contrattuali, o altri soggetti che decidano liberamente di acquistare le prestazioni) e sarà costretto a cessare l'attività. In un simile caso, evidentemente, la presenza di operatori privati riuscirebbe a soddisfare integralmente la domanda di sanità della popolazione; ma potrebbe anche presentarsi la situazione esattamente opposta: le condizioni offerte dagli operatori pubblici potrebbero essere tali da escludere l'economicità di qualunque iniziativa privata. Molto probabilmente, però, non si verificherebbe alcuno di questi due scenari-limite: strutture sanitarie pubbliche e private conviverebbero in un equilibrio costantemente mutevole e tendente a una riduzione della spesa pubblica.

In terzo luogo tutte le strutture sanitarie (pubbliche o private) dovrebbero essere tenute a redigere il proprio bilancio seguendo le norme del codice civile: è evidente, peraltro, che i proventi derivanti dalla stipula degli accordi contrattuali con le AUSL dovrebbero sempre essere ricondotti alla voce "ricavi delle vendite e delle prestazioni", e sarebbe sommamente opportuno che, all'interno della stessa categoria, la legge imponesse di indicare distintamente tali proventi da quelli ricavati dalle prestazioni liberamente contrattate. Non solo: i bilanci di tutti gli imprenditori (pubblici o privati) nel settore sanitario dovrebbero essere soggetti ad obbligo di certificazione<sup>100</sup> e, se titolari di accordi contrattuali, pubblicati su siti istituzionali delle Regioni.

Giova notare che le AUSL, le cui funzioni sarebbero ricondotte al controllo dei requisiti minimi che ogni soggetto (pubblico o privato) deve possedere per operare nel campo

<sup>100</sup> È il caso di notare che la revisione dei conti dovrebbe essere effettuata da soggetti indipendenti ed operanti nel libero mercato, nulla di simile al Collegio sindacale attualmente previsto dall'art. 3-ter, D.lgs. 502/1992, i cui componenti sono nominati da enti pubblici. Attualmente alcune realtà locali stanno già sperimentando forme di certificazione dei bilanci sanitari (P. BARDASI, M. AMBANELLI, "Le procedure di revisione contabile nell'azienda u.s.l. di Bologna: prime analisi", in *Ragiusan*, 2008, n. 287/288, pp. 71 ss.) e determinate Regioni stanno decidendo di affidare la revisione e la certificazione dei bilanci a professionisti esterni all'Amministrazione, pur permanendo la presenza del Collegio sindacale (R. CASELLI, "Sul ruolo", cit., p. 99).

della sanità e alla scelta dei soggetti (pubblici o privati) con cui stipulare gli accordi contrattuali, acquisterebbero un ruolo precipuamente amministrativo: non sarebbe necessario, allora, che l'Unità Sanitaria Locale abbia o meno forma di "azienda", né che rediga i propri bilanci in base al codice civile. Sarebbe sufficiente che essa controllasse costantemente i livelli qualitativi dei servizi sanitari offerti nel territorio di sua competenza e, su tale oggetto, si interfacciasse con la Regione: in base alla valutazione politica dell'adeguatezza o meno di tali livelli qualitativi in rapporto agli stanziamenti finanziari, svolta dalla Regione, l'USL avrebbe poi il compito di scegliere i contraenti, verificare l'adempimento dei contratti, procedere alla loro eventuale risoluzione, rinegoziarne le condizioni.





## IBL Briefing Paper

### CHI SIAMO

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

### COSA VOGLIAMO

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.

### I BRIEFING PAPER

I "Briefing Papers" dell'Istituto Bruno Leoni vogliono mettere a disposizione di tutti, e in particolare dei professionisti dell'informazione, un punto di vista originale e coerentemente liberale su questioni d'attualità di sicuro interesse. I Briefing Papers vengono pubblicati e divulgati ogni mese. Essi sono liberamente scaricabili dal sito [www.brunoleoni.it](http://www.brunoleoni.it).