

FALLIMENTI DELLO STATO
E SUSSIDIARIETÀ INCLUSIVA DEL MERCATO
NEL GOVERNO DELLA SALUTE AI TEMPI DELLA CRISI
ECONOMICA
REPORT ANNUALE -2013 – ITALIA
(dicembre 2013)

Melania D'Angelosante

INDEX

- 1. PREMESSA: LA TENSIONE FRA CONTROLLO DELLA SPESA E CONCORRENZA IN SANITÀ**
- 2. GLI STRUMENTI DI CONTROLLO DELLA SPESA LIMITANO LA CONCORRENZA FRA OPERATORI E FRA SISTEMI SANITARI? QUALCHE RIFLESSIONE SUL RUOLO DEI L.E.A. NELLA ATTUAZIONE DEL FEDERALISMO FISCALE, DEL RIACCENTRAMENTO DELLE POLITICHE FINANZIARIE PER EFFETTO DELLA CRISI ECONOMICA, E DELLA RIFORMA COSTITUZIONALE SUL PAREGGIO DI BILANCIO**

3. GLI STRUMENTI DI PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA FRA OPERATORI E FRA SISTEMI SANITARI INCIDONO SUL CONTENIMENTO DELLA SPESA? IL RUOLO DELLA LIBERTÀ DI SCELTA DEGLI UTENTI E DELLA SEPARAZIONE FRA OPERATORI

4. 'VISIONI' CONCLUSIVE

1. PREMESSA: LA TENSIONE FRA CONTROLLO DELLA SPESA E CONCORRENZA IN SANITÀ

Questo studio ha ad oggetto alcune riflessioni sulla tensione fra controllo della spesa e concorrenza in sanità.

Si tratta per la verità della sintesi di una ricerca svolta altrove in modo più approfondito¹. Ma qui il punto di osservazione sarà spostato sul ruolo dei livelli essenziali di assistenza sanitaria nella difficile attuazione (ancora in divenire o definitivamente soffocata?²) del federalismo fiscale, pure alla luce: a) delle possibili interferenze e dei possibili raccordi fra questa attuazione e il riaccentramento delle politiche finanziarie per

¹ Si v. M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Rimini, Maggioli, 2012.

² L'interrogativo è dovuto alla necessità di verificare la tenuta della riforma in senso federale del sistema di finanziamento degli enti territoriali rispetto alla tendenza al riaccentramento delle politiche finanziarie per effetto della crisi economica e rispetto alla introduzione in Costituzione del principio del pareggio di bilancio. Su questi profili si tornerà in seguito.

effetto della crisi economica; b) della riforma costituzionale sul pareggio di bilancio, a regime a decorrere dall'esercizio finanziario 2014.

Occorre in primo luogo chiarire perché si parta dall'assunto che ci sia una reciproca tensione fra controllo della spesa e concorrenza in sanità. Ciò richiede però, prima ancora, di precisare in che senso si parli qui di controllo della spesa e di concorrenza.

La spesa sanitaria cui si fa riferimento è quella che grava sui bilanci pubblici (inclusa quella prodotta dalle strutture private accreditate, per le prestazioni erogate con oneri a carico delle risorse pubbliche, appunto), con esclusione dunque di tutta la spesa privata. Gli strumenti di controllo della spesa su cui si concentrerà maggiormente l'attenzione sono però quelli che operano a livello, per così dire, 'macro-economico', tralasciando pertanto l'insieme delle misure adottabili a livello aziendale per il contenimento dei costi di gestione (prospettiva micro-economica).

La concorrenza cui si fa riferimento va invece intesa in una duplice accezione: a) la competizione fra operatori sanitari (finanziatori, gestori/acquirenti di prestazioni, erogatori) all'interno di un stesso sistema sanitario; b) la competizione fra sistemi sanitari (locali, regionali, nazionali, nel senso che a seguire meglio si chiarirà). Ora si può tornare alla accennata tensione fra controllo della spesa e concorrenza. L'idea che la stimolazione di condizioni di concorrenza fra gli operatori del settore potesse contribuire a migliorare la qualità dei servizi erogati al contempo riducendo la spesa ha ispirato in particolare alcune delle riforme che hanno interessato il sistema sanitario inglese³. Questo, come quelli italiano e spagnolo, che vi si sono ispirati, rappresenta il paradigma dei modelli c.d.

³ Per un approfondimento si v. S. NERI, *La regolazione dei sistemi sanitari in Italia e Gran Bretagna*, Milano, Franco Angeli, 2006; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La riforma del NHS inglese. Evoluzione o rivoluzione?*, in A. PIOGGIA A. – S. CIVITARESE MATTEUCCI – G. RACCA – M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Rimini, Maggioli, 2011; ID., *Quadrare il cerchio tra efficienza, qualità e accesso universale alla sanità. La riforma Tory del National Healthcare System inglese*, in *Munus*, n. 2, 2011, 381 ss.

‘universalistici’, che sono i più equi dal punto di vista soggettivo e oggettivo⁴, ma contemporaneamente anche quelli ove la spesa a carico dei bilanci pubblici è più elevata e difficile da controllare⁵. Ma le riforme che hanno interessato il *National Healthcare System* inglese hanno avuto fasi altalenanti e cicliche, ove si sono alternati interventi finalizzati a incentivare la competizione fra operatori (nella convinzione che questo potesse sia ridurre la spesa pubblica sia migliorare la qualità dei servizi erogati) e interventi di segno opposto (i quali venivano ad es. giustificati rilevando che una competizione troppo aggressiva e non attentamente ‘amministrata’ determinasse quanto meno l’aumento dei c.d. ‘costi di

⁴ L’equità dal punto di vista soggettivo è dovuta al fatto che i beneficiari delle prestazioni fruibili con oneri a carico del sistema pubblico siano tendenzialmente tutti i cittadini (ed è proprio a questo profilo che si riconduce il carattere universalistico del modello), senza limitazioni a specifiche categorie (come ad es. i lavoratori e i datori di lavoro e le loro famiglie, secondo i meccanismi che invece hanno caratterizzato e in parte ancora caratterizzano i sistemi c.d. ‘occupazionali’, quali quello tedesco o francese). L’equità dal punto di vista oggettivo è dovuta invece al fatto che i tipi di prestazioni fruibili con oneri a carico del sistema pubblico siano obiettivamente estesi e prevedano poche esclusioni (come ad es. alcune cure odontoiatriche o estetiche). Per un approfondimento sui sistemi sanitari a confronto si v. A. PIOGGIA – S. CIVITARESE MATTEUCCI – G. RACCA – M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, cit.; F. TOTH, *Le politiche sanitarie – Modelli a confronto*, Bari, Laterza, 2009; ID., *Is there a Southern European Healthcare Model?*, in *West European Politics*, n. 33-2, 2010, 325 ss.; ID., *Le politiche sanitarie tra riforme e contro-riforme*, in *saluteinternazionale.info*, 2010; ID., *Le riforme sanitarie in Europa: tra continuità e cambiamento*, in *Riv. it. pol. pubb.*, n. 2, 2009, 69 ss.; E. JORIO, *Il percorso legislativo della riforma sanitaria di Barack H. Obama, prima che venga approvata dal Congresso USA*, in *www.astrid-online.it*, 2010.

⁵ Ad es. perché l’utenza tende a sovrastimare il proprio bisogno di prestazioni sanitarie, principalmente in ragione del fatto che non sia previsto il pagamento diretto e integrale, da parte del destinatario, del servizio di volta in volta fruito. I sistemi universalistici hanno però previsto due strumenti di controllo della spesa per arginare questo fenomeno. Il primo è quello del c.d. *gatekeeping*, in virtù del quale si può accedere all’assistenza specialistica od ospedaliera a fruizione programmata con oneri a carico del sistema pubblico solo dietro prescrizione del medico curante del richiedente, redatta sul formulario del servizio sanitario nazionale. Il secondo è quello dei *tickets*, i quali rappresentano una forma di compartecipazione degli utenti alla spesa per poter fruire delle stesse prestazioni (oltre che per l’acquisto di alcuni farmaci) con oneri a carico del sistema pubblico. Su questi profili si tornerà anche in seguito.

transazione', ossia delle spese generate dalla gestione dei rapporti, contrattuali e non, fra i vari operatori 'in conflitto')⁶.

A questa occorre aggiungere almeno altre due riflessioni. La prima riguarda la tendenza dei vari modelli di sistemi sanitari a convergere, ossia a mutuare da ciascuno degli altri quelle qualità che possano consentirgli di superare, anche solo parzialmente, le proprie debolezze. Tant'è che nessuno di essi si presenta in modo 'puro', ma possiede delle *caratteristiche prevalenti* (che gli consentono di essere ricondotto all'uno o all'altro modello) e poi delle *caratteristiche complementari* (mutuate da uno o più dei modelli cui non è riconducibile, appunto)⁷. La seconda riguarda il ruolo dell'Ue in questo quadro. È vero infatti che i moti di avvicinamento caratterizzano gli ordinamenti sanitari di tutti i Paesi, a prescindere dalla loro appartenenza all'Ue. Tuttavia per quelli comunitari la convergenza pare accelerata almeno in relazione a due profili, che a loro volta confluiscono nell'obiettivo comune di delineare un modello unico di 'Europa sociale'. Si registra infatti da qualche tempo, nella prospettiva comunitaria, una ulteriore doppia tensione. Questa, da un lato, a partire dall'integrazione europea dopo Maastricht (inizio degli anni Novanta del secolo scorso), con un *moto di tipo verticale* ha spinto verso l'allargamento delle politiche comunitarie oltre l'originario nucleo della realizzazione dell'unione economica e monetaria

⁶ Per un approfondimento si v. ancora v. S. NERI, *La regolazione dei sistemi sanitari in Italia e Gran Bretagna*, cit.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La riforma del NHS inglese. Evoluzione o rivoluzione?*, cit.; ID., *Quadrare il cerchio tra efficienza, qualità e accesso universale alla sanità. La riforma Tory del National Healthcare System inglese*, cit. Sul rapporto fra concorrenza e (possibile aumento della) spesa sanitaria nella prospettiva dell'ordinamento interno si v. invece C. Cost., 8 ottobre 2010, n. 289, in www.giurcost.org.

⁷ Per un approfondimento su questi profili si ancora v. A. PIOGGIA – S. CIVITARESE MATTEUCCI – G. RACCA – M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, cit.; F. TOTH, *Le politiche sanitarie – Modelli a confronto*, cit.; ID., *Is there a Southern European Healthcare Model?*, cit.; ID., *Le politiche sanitarie tra riforme e contro-riforme*, cit.; ID., *Le riforme sanitarie in Europa: tra continuità e cambiamento*, cit.; E. JORIO, *Il percorso legislativo della riforma sanitaria di Barack H. Obama, prima che venga approvata dal Congresso USA*, cit. Si v. altresì M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, cit.

(e dunque sotto alcuni profili anche a settori tradizionalmente esclusi, come la salute, l'istruzione, l'assistenza in genere).

Dall'altro lato, a partire dalla metà degli anni Duemila, con un *moto di tipo orizzontale* ha spinto invece verso il riconoscimento del carattere economico pure per le prestazioni di servizio sociale, e dunque ha spinto anche verso il riconoscimento della necessità di sottoporle in via generale alle regole comunitarie in materia di concorrenza e di mercato interno. L'intreccio di questi due profili ha contribuito, e tutt'ora sta contribuendo, alla edificazione di quello che viene definito 'modello sociale europeo'⁸. A partire da questo scenario nelle pagine successive si tenterà di rispondere ai seguenti interrogativi. Il primo riguarda l'incidenza degli strumenti di controllo della spesa (in una dimensione prevalentemente macroeconomica, come si è detto) sulla concorrenza fra operatori e fra sistemi sanitari: qui si farà riferimento prevalentemente all'ordinamento interno e al ruolo dei l.e.a. nella attuazione del federalismo fiscale, del riaccentramento delle politiche finanziarie per effetto della crisi economica, e della riforma costituzionale sul pareggio di bilancio. Il secondo riguarda invece l'incidenza delle azioni di promozione della concorrenza fra operatori e fra sistemi sanitari sul contenimento della spesa: qui si farà riferimento anche alla dimensione sovranazionale e in particolare al ruolo della libertà di scelta degli utenti (che rappresenta uno dei principali passaggi per aprire lo studio alla prospettiva internazionale), richiamando anche il ruolo della separazione fra finanziatori /

⁸ Sul modello sociale europeo si v.: S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"*, in A. PIOGGIA - M. DUGATO - G. RACCA - S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, Milano, Franco Angeli, 2008; ID., *Servizi sanitari, mercato e «modello sociale europeo»*, in *MCR*, n. 1, 2009, 179 ss.; W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e Mercato*, n. 1, 2000, 3 ss.; A. KACZOROWSKA, *A Review of the Creation by the European Court of Justice of the Right to Effective and Speedy Medical Treatment and its Outcomes*, in *European Law Journal*, n. 12-3, 2006, 365 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Crisis del Estado de bienestar. El papel del derecho administrativo*, in pubblicazione su <http://uspceu.es/pages/congresos/italo-espanol/presentacion.html>, 2012; J. HENRY - M. CHAUVIERE, *Quel statut pour les services sociaux dans l'union européenne? Arguments pour des services sociaux non économiques d'intérêt général*, in *Revue du droit sanitaire et social (RDSS)*, n. 6, 2011, 1043 ss.

gestori-acquirenti di prestazioni / erogatori (già considerato per tentare di rispondere al primo interrogativo).

Nella parte conclusiva si cercherà infine di immaginare le ricadute future delle tendenze rilevate e delle tesi sostenute, in particolare relazionando i possibili fallimenti (e successi) del mercato e dello Stato nella garanzia delle prestazioni sanitarie.

2. GLI STRUMENTI DI CONTROLLO DELLA SPESA LIMITANO LA CONCORRENZA FRA OPERATORI E FRA SISTEMI SANITARI? QUALCHE RIFLESSIONE SUL RUOLO DEI L.E.A. NELLA ATTUAZIONE DEL FEDERALISMO FISCALE, DEL RIACCENTRAMENTO DELLE POLITICHE FINANZIARIE PER EFFETTO DELLA CRISI ECONOMICA, E DELLA RIFORMA COSTITUZIONALE SUL PAREGGIO DI BILANCIO

Le azioni di contenimento della spesa sanitaria si rivolgono contemporaneamente al controllo della domanda (da una parte) e alla razionalizzazione dell'offerta e delle risorse strumentali (dall'altra)⁹. In Italia i principali strumenti di contenimento dei costi che incidono sul controllo domanda sono: a) la scelta delle prestazioni da porre a carico della fiscalità generale; b) l'applicazione del meccanismo del *gatekeeping* per l'accesso ai servizi dispensati dal sistema pubblico; c) la previsione dei *tickets* sanitari. Il sistema, in quanto universalistico, garantisce infatti in modo pressoché gratuito all'intera popolazione lo stesso tipo e la stessa quantità di prestazioni a valere sulla fiscalità generale. Ma alcune cure restano escluse da questo circuito come prestazioni *out of pocket* (si pensi a certi tipi di

⁹ Per i riferimenti normativi essenziali si v.: la l. 833/78, la l. 421/92 e il d. lgs. 502/92; il d. lgs. 517/93; la l. 724/94; la l. 549/95; la l. 662/96; la l. 449/97; la l. 419/98; il d. lgs. 112/98; il d. lgs. 517/99; la l. 133/99; il d. lgs. 229/99; il d. lgs. 56/00; il d.l. 347/01; il d. lgs. 288/03; la l. 311/04; la l. 266/05; il d.l. 159/07; il d.l. 98/11; il d.l. 52/12; il d.l. 95/12; il d.l. 174/12; il d.l. 158/12.

trattamenti odontoiatrici o estetici), e al loro approvvigionamento gli interessati devono provvedere acquistandole direttamente o usufruendo delle polizze volontarie eventualmente stipulate. La scelta delle prestazioni da includere fra quelle dispensate dal sistema pubblico riguarda in primo luogo la determinazione dei livelli essenziali di assistenza sanitaria da garantirsi su tutto il territorio nazionale (l.e.a.): spetta dunque allo Stato ai sensi dell'art. 117 c. 2 lett. m) Cost. e ha natura in buona parte politica, oltre che, prima ancora, etica. Le regioni possono però prevedere l'erogazione di livelli integrativi a carico dei propri bilanci¹⁰. È evidente che in ambedue i casi le possibili opzioni avranno una incidenza diretta sulla spesa sanitaria pubblica. E, ancora, l'accesso alle prestazioni specialistico/ospedaliere incluse è subordinato alla prescrizione del medico di base¹¹ compilata sul modulario del Servizio sanitario nazionale (fanno eccezione peraltro alcune cure, come quelle dell'emergenza-urgenza). Si tratta di un altro meccanismo di controllo della spesa che agisce sulla domanda, in particolare filtrandola: la domanda viene infatti verificata alla fonte (*gatekeeping*) per evitare la fruizione di cure non realmente necessarie. Vi si aggiunge poi uno strumento che opera più a valle, e che è funzionale sia a disincentivare le richieste superflue sia a determinare la compartecipazione degli utenti alla spesa (e quindi a contenerla, sia, per quanto possibile, evitandola, sia riducendo la sua incidenza sui bilanci pubblici una volta che la si sia ammessa): si tratta dei *tickets* sanitari, che i pazienti sono tenuti a corrispondere per la fruizione di molte prestazioni garantite dal sistema pubblico.

Si può ora passare al lato dell'offerta. I principali strumenti di contenimento della spesa che incidono sulla razionalizzazione dell'offerta e delle risorse strumentali a garantirla sono invece: il sistema dell'accreditamento istituzionale e degli accordi contrattuali (per la regolazione dell'accesso al mercato da parte degli erogatori interessati o

¹⁰ Si v., *ex multis*, Tar Lazio, Roma, sez. III *ter*, 26 maggio 2003, n. 4690, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lazio, Roma, sez. III *ter*, 10 luglio 2002, n. 6252, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹ Presso le cui liste di assistiti gli utenti sono iscritti obbligatoriamente.

istituzionali)¹²; l'apposizione di tetti di spesa e di sistema per le prestazioni a carico delle finanze pubbliche¹³; la possibilità di avviare sperimentazioni gestionali per incrementare la qualità dell'offerta contemporaneamente captando finanziamenti privati¹⁴; i Piani di rientro

¹² Le strutture sanitarie, per poter fornire prestazioni con oneri a carico dei bilanci pubblici, devono infatti essere accreditate dall'amministrazione competente (quella regionale). L'accredimento è però condizione necessaria ma non sufficiente, dovendo essere seguito da un accordo contrattuale fra la struttura e la stessa amministrazione: qui si definiscono i profili quanti/qualitativi delle cure erogabili a valere sulla fiscalità generale e, quel che più conta, si determinano i tetti di spesa superati i quali il rimborso potrebbe non essere garantito (o potrebbero applicarsi meccanismi di regressione tariffaria incidenti sui rimborsi in modo direttamente proporzionale all'entità dello sfioramento, o potrebbe procedersi alla revoca – totale o parziale – dell'accredimento). Per un approfondimento sulle conseguenze dello sfioramento si v. G. Corso, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, in G. CORSO - P. MAGISTRELLI (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, Torino, Giappichelli, 2009, 17 ss., ed ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali; più specificamente sull'accredimento: M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, Jovene, 2009.

¹³ I tetti di spesa vengono definiti dall'amministrazione accreditante e dalla struttura accreditata sulla base dei fabbisogni individuati in sintonia con la pianificazione regionale vigente, ma in modo prevalentemente autoritativo nonostante la veste contrattuale (l'«accordo» è in sostanza la sola forma giuridica dell'atto, i cui contenuti vengono in buona parte decisi unilateralmente dall'amministrazione accreditante). Sono sempre determinati unilateralmente, ma in modo aggregato, i cd. «tetti di sistema»: sono tali ad es. quelli definiti dall'amministrazione regionale come limite per il ricorso complessivo agli erogatori privati in regime di accreditamento su base regionale o provinciale. Per un approfondimento si v. G. FERRARI, *Determinazione dell'aggregato provinciale di spesa per l'assistenza ospedaliera prestata da strutture private accreditate*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4, 2011, 431 ss.; more specifically on accreditation: M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, cit. 63 e s.

¹⁴ Come la combinazione del meccanismo dell'accredimento istituzionale e dei tetti tende evidentemente a contenere la spesa pubblica attraverso una razionalizzazione dell'offerta, così avviene anche per le sperimentazioni gestionali, che possono arricchire il paniere delle strutture ammesse a erogare prestazioni sanitarie con oneri a carico del sistema pubblico: a tal fine l'art. 9 bis del d. lgs. 502/92 (quale modificato prima dal d. lgs. 517/93, e poi dal d. lgs. 229/99) consente infatti ai soggetti privati di intraprendere partnership o di costituire società miste con quelli pubblici. L'avvio di progetti di questo tipo può quindi immettere capitali privati nel circuito del servizio sanitario nazionale, riducendo specularmente il fabbisogno di risorse pubbliche. Sulle sperimentazioni gestionali si v., *ex multis*, R. ROTIGLIANO, *Le società di sperimentazione gestionale nel quadro della tutela della concorrenza*, in G. CORSO - P. MAGISTRELLI (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, cit., 127 ss., ed ivi ulteriori riferimenti. Si v. inoltre C. DE VINCENTI - R. FINOCCHI GHERSI - A.

dai disavanzi sanitari, e i correlati poteri sostitutivi, nella forma del commissariamento, per l'ipotesi di violazione dei Piani (o di mancata garanzia dei l.e.a.)¹⁵; l'attuazione di politiche

TARDIOLA (a cura di), *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, il Mulino, 2010; S. CIVITARESE MATTEUCCI - M. DUGATO - A. PIOGGIA - G. RACCA (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, cit.; M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, Giuffrè, 2012; M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, cit.; G. CORSO - P. MAGISTRELLI (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, cit.; R. BALDUZZI (a cura di), *La sanità italiana tra livelli essenziali di assistenza, tutela della salute e progetto di devolution*, Milano, Giuffrè, 2004; C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Torino, 2009; e in ciascuno ulteriori e ampi riferimenti bibliografici.

¹⁵ L'applicazione congiunta degli strumenti indicati ai punti che precedono non è riuscita infatti né a contenere né tantomeno a ridurre i disavanzi sanitari eccessivi nella misura ritenuta necessaria. Il c. 180 dell'articolo unico della legge finanziaria per l'anno 2005 (l. 311/04 ss.mm.ii.) ha pertanto previsto che, nelle ipotesi indicate ai cc. 174 (squilibrio finanziario e disavanzo di gestione) e 176 (mancato adempimento agli obblighi di cui al c. 173 - fra i quali ad es. quelli di programmazione - tale da comportare l'impossibilità di accedere ai finanziamenti statali integrativi), la regione interessata dovesse procedere a elaborare «un programma operativo di riorganizzazione, di riqualificazione o di potenziamento del Servizio sanitario regionale, di durata non superiore al triennio». Questo sarebbe dovuto avvenire facendo applicazione di un apposito accordo stipulato con i Ministri della salute e dell'economia. Ciò si è poi tradotto nell'intesa fra Stato e regioni sul contenimento dei costi (e in attuazione di questa previsione la prima intesa è stata conclusa il 23 marzo 2005), ai sensi dell'art. 8, c. 6, della l. 131/03. La disciplina dei Piani di rientro è stata in seguito integrata e perfezionata, anche per consentire la gestione delle situazioni non ancora sanate allo spirare del triennio (si v. l'intesa Stato-regioni del 23 maggio 2005; l'art. 1, c. 1 *bis*, del d.l. 23/07; l'art. 1, c. 2, del d.l. 154/08; l'art. 6 *bis*, c. 1, del d.l. 185/08; l'art. 4 del d.l. 159/07; gli artt. 5 e 6 del d. lgs. 68/11; il d.l. 23/07; l'art. 2, cc. 46 e 49, della l.f. per il 2008; il patto per la salute siglato nel 2006 fra i Ministeri della salute e dell'economia e le regioni e le province autonome; l'art. 11 del d.l. 78/10; l'art. 2, c. 77, della l. 191/09; il d.l. 95/12; l'art. 1, cc. 274 ss., della l. n. 266/05; l'art. 1, cc. 1 *bis* e 1 *ter*, del d.l. 206/06; l'art. 1, c. 796, lett. b, della l. 296/06; il Patto per la salute di cui all'intesa Stato-Regioni del 3 dicembre 2009; il d. lgs. 149/11; per un approfondimento si v. inoltre E. JORIO, *I Piani di rientro del debito sanitario ed i rischi della legislazione dell'emergenza*, in *San. pubb. e priv.*, n. 5, 2009, 13 ss.; M. MENEGUZZO - G. FIORANI, *I Piani regionali di rientro. Analisi dinamica sistemica*, in *Mecosan*, n. 68, 2008, 27 ss.; R. ARRIGONI, *La "manovra correttiva" dei conti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11, 2010, 1179 ss.). La vigenza dei Piani comporta, di regola, la compressione dell'autonomia regionale sia sotto il profilo amministrativo sia sotto quello legislativo, con estensione anche alla autonomia di spesa (si v. C. Cost., 23 aprile 2010, n. 141, in www.giurcost.org). La loro inosservanza da parte delle regioni giustifica inoltre l'esercizio di poteri sostitutivi ex art. 120, c. 2, Cost. mediante

di revisione della spesa (*spending review*) per contenere i costi strumentali (cd. costi intermedi) delle strutture (ad es. in materia contrattuale)¹⁶; l'attuazione del federalismo fiscale, ma solo nei limiti e con il significato che meglio si chiariranno in seguito.

Gli strumenti del secondo tipo, ossia quelli finalizzati alla razionalizzazione dell'offerta, sono, come si vede, più numerosi e complessi. Tant'è che li si può classificare secondo diversi criteri. Ad es. distinguendo quelli strutturali (che incidono prevalentemente sulla organizzazione degli operatori, come avviene per le sperimentazioni gestionali) da quelli funzionali (che incidono invece soprattutto sulla attività degli operatori, come avviene per l'apposizione di tetti di spesa alle prestazioni erogabili con oneri a carico del sistema pubblico). O ancora distinguendo quelli ordinari (che operano 'a regime', come il sistema dell'accreditamento e degli accordi contrattuali) da quelli straordinari (che si

la nomina di un Commissario *ad acta* su iniziativa del Governo centrale (la stessa procedura può essere attivata in caso di mancata garanzia dei l.e.a., come si è accennato).

¹⁶ Più recentemente le misure anti-crisi orientate alla riduzione del debito pubblico (si v. ad es. il d.l. 52/12, conv. dalla l. 94/12, nonché il d.l. 95/12, conv. dalla l. 135/12) hanno prescritto una significativa *spending review* sui costi intermedi, ossia sui costi per le procedure di acquisto di beni e servizi in sanità. Queste misure si correlano non tanto alla straordinarietà dell'evento, quanto piuttosto alla necessità di adottare nuove regole ordinarie per l'esercizio di certe attività, in ragione della congiuntura economica sfavorevole e comunque per una gestione sana ed efficiente a prescindere dalla crisi (sul carattere ordinario, e non straordinario, della *spending review*, si v. ad es., R. PEREZ, *Prime osservazioni sulla spending review*, in www.astrid-online.it; per uno spaccato sul rapporto fra crisi economica e crisi dello Stato del benessere nell'ordinamento spagnolo si v. J. TORNOS MÀS, *Crisis del Estado de bienestar. El papel del derecho administrativo*, in <http://uspceu.es/pages/congresos/italo-espanol/presentacion.html>, 2012). Vi sono peraltro, nei provvedimenti recentemente adottati in materia di *spending review*, anche alcune norme destinate a trovare applicazione per un periodo limitato e per far fronte in via straordinaria ad esigenze impellenti ed immediate di abbattimento dei costi (si pensi a quelli che prevedono organi temporanei per dare avvio all'intera procedura di revisione). Queste misure hanno però anche una valenza funzionale, incidendo sulla disciplina delle attività, oltre che sulla organizzazione delle strutture. Tutte le azioni sin qui menzionate si correlano tanto alla riduzione ordinaria dei costi quanto alle politiche di rientro, rappresentandone anzi uno dei più significativi strumenti (in via generale sul rapporto fra *spending review*, allocazione delle risorse finanziarie e superamento del criterio della spesa storica si v. R. PEREZ, *La manovra d'estate, il patto interno di stabilità e la spesa sanitaria*, in www.astrid-online.it, 2008).

applicano invece in circostanze eccezionali, come i Piani di rientro o i Commissariamenti). O, infine, distinguendo quelli per la riduzione della spesa (come ancora i Piani di rientro o la *spending review* sui costi intermedi) da quelli per la ottimizzazione della spesa, per la ‘spesa buona’, a prescindere dal fatto che essa si riduca o meno in senso assoluto, ma privilegiando il profilo della ottimizzazione dell’uso delle risorse (come pare debba avvenire all’esito della attuazione *in itinere* della riforma sul federalismo fiscale, *infra*). Gli ultimi due profili, ossia la distinzione fra interventi ordinari e straordinari (da una parte) nonché fra interventi per la riduzione della spesa e per la promozione della ‘spesa buona’ (dall’altra), richiedono qualche ulteriore riflessione. Sul primo occorre chiarire che oggi la distinzione fra misure ordinarie e misure dell’emergenza si rivela sempre più complicata: perché le seconde sono quantitativamente e qualitativamente molto impattanti, tanto da ridurre spesso le altre ad uno stato di quiescenza del quale è difficile prevedere il superamento, nel *quando* ma anche nell’*an*. L’emergenza tende infatti a divenire perenne, endemica, al pari della crisi economico-finanziaria in atto. Si pensi alle ricorrenti e costantemente incalzanti deroghe alle sanzioni previste per la violazione dei Piani di rientro, o ancora ai numerosi patti in deroga all’applicazione di questa o quella disposizione fiscale. Qui si deve precisare che la riforma del finanziamento della sanità non si riduce alla sola attuazione ancora *in itinere* del ‘nuovo’ art. 119 Cost. (avviata con la legge delega n. 42 del 2009 e proseguita con il decreto legislativo n. 68 del 2011), ma ha i suoi antecedenti più immediati quanto meno nel decreto legge n. 56 del 2000 e nei correlati interventi successivi (che ben prima del 2009 avevano ad es. iniziato ad affiancare al concetto di *spesa storica* quello di *costo standard*): tuttavia, sin dall’inizio degli anni Duemila, appunto, le misure straordinarie sono state di tali peso e frequenza da aver determinato una confusione fra la disciplina ‘a regime’ e quella dell’emergenza. Questa tendenza non si è mai interrotta, ed anzi è stata aggravata dall’emergere e poi dal dilagare e dal consolidarsi della crisi economico-finanziaria. A partire dalla crisi agli interventi straordinari si sono infatti affiancati importanti interventi destinati a divenire strutturali, ordinari, pur se occasionati da eventi straordinari (primo fra tutti la crisi, appunto): si pensi alla riforma sulla introduzione del principio del pareggio di bilancio in Costituzione (legge costituzionale n. 1 del 2012, attuata con la legge n. 243 del 2012), realizzata in coerenza anche con il contenuto dell’accordo internazionale sul *Fiscal Compact*; ma si pensi, più in

generale, anche al tendenziale riaccostamento delle politiche finanziarie. Si tratta di riforme che sarà necessario coordinare con l'attuazione del federalismo fiscale, ma chiedendosi prima se questa sia ancora *in itinere* o se sia stata da esse definitivamente soffocata.

Per tentare di rispondere occorre passare all'altro profilo, ossia alla distinzione fra interventi per la riduzione della spesa e interventi per la promozione della 'spesa buona': al secondo tipo si può in particolare ricondurre la realizzazione del sistema di federalismo fiscale impostato dall'art. 119 Cost., per i seguenti motivi. Sulla base dell'art. 119 è stata emanata la legge delega 42/09, che si è provveduto ad attuare con una serie di decreti legislativi, fra i quali il d. lgs. 68/11 riguarda il finanziamento della sanità. Queste fonti prospettano l'uso dei l.e.a. come strumento di perequazione fiscale, ossia come mezzo per mitigare un federalismo che diversamente risulterebbe troppo competitivo e iniquo¹⁷. La

¹⁷ Per alcuni riferimenti bibliografici su federalismo fiscale e livelli essenziali delle prestazioni in sanità, si v., *ex multis*: A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2009, 24.; R. BALDUZZI, *Equità ed efficienza nei livelli essenziali in sanità*, in G. CORSO - P. MAGISTRELLI (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, cit., 81 ss.; E. BALBONI, *Diritti sociali, sanità e prospettive del federalismo*, in G. CORSO - P. MAGISTRELLI (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, cit., 95 ss.; E. BORGONOVÌ, *Verso il federalismo fiscale*, in *Mecosan*, n. 67, 2008, 3 ss.; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, BUP, 2008; A. BRANCASI, *Uguaglianze e disuguaglianze nell'assetto finanziario di una repubblica federale*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 922 ss.; C. PINELLI, *I livelli essenziali delle prestazioni e fabbisogni standard*, in www.astrid-online.it, 2011; C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, comma 2, lett. m) Cost.*, in *Dir. pubbl.*, 2002; F. PALLANTE, *I diritti sociali tra federalismo e principio di uguaglianza sostanziale*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2011, 258 ss.; G. DELLA CANANEA, *Autonomie e perequazione nell'art. 119 della Costituzione*, in *Idf*, 2005, 134 ss.; E. INNOCENTI, *Il finanziamento della spesa sanitaria nella recente giurisprudenza costituzionale: tra tutela della salute, coordinamento della finanza pubblica e (in)attuazione dell'art. 119 Cost.*, in *Le Regioni*, n. 3, 2008, 580 ss.; F. BASSANINI - G. MACCIOTTA, *I principi della delega per l'attuazione del federalismo fiscale – Commento all'art. 2 della legge n. 42 del 2009*, in www.astrid-online.it; F. SAIITO, *La legge delega sul "federalismo fiscale": i livelli essenziali delle prestazioni come misura economica dell'eguaglianza*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2010, 2817 ss.; R. BIFULCO, *Osservazioni sulla legge n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale*, in www.astrid-online.it; E. CARUSO - N. DIRINDIN, *Costi e fabbisogni standard nel settore sanitario: le ambiguità del decreto legislativo n. 68 del 2011*, in www.astrid-online.it, 2011; M. SICLARI, *Il "federalismo sanitario" (Appunti*

spinta all'autonomia finanziaria di entrata e di spesa delle regioni è infatti temperata dalla possibilità, per quelle che non riescano ad assicurare i l.e.a. nella misura corrispondente al fabbisogno standard, di attingere a un apposito fondo statale per la perequazione integrale di quanto occorrente: a) a erogare i l.e.a. in condizioni di qualità e appropriatezza (se essi non sono assicurati ma il bilancio regionale è in pareggio); b) oppure a raggiungere il pareggio di bilancio per la spesa sanitaria (se i l.e.a. sono assicurati ma il bilancio è negativo); c) o infine a conseguire ambedue gli obiettivi di cui alle lettere a) e b) (se i l.e.a. non sono assicurati e il bilancio è negativo). Occorre qui aprire una breve parentesi sul significato di 'fabbisogno standard'. Questo, secondo quanto si desume d. lgs. 68 cit., rappresenta il prodotto fra i l.e.a. e i costi standard delle prestazioni rilevati nelle regioni virtuose, e dunque rappresenta, assieme ai costi standard, la grandezza che dovrebbe segnare il superamento del criterio della spesa storica per il finanziamento della sanità. Sono virtuose, sempre in base al d. lgs. 68, le regioni che non siano sottoposte ai Piani di rientro e che posseggano un bilancio in pareggio. Ma se quelle che rispondano ad ambedue questi requisiti non esistano nel numero indicato dal decreto, allora si può fare riferimento al parametro suppletivo del miglior risultato economico. L'individuazione e la scelta delle regioni virtuose sono i presupposti per determinare i costi standard delle prestazioni sanitarie, che debbono essere rilevati nelle regioni così scelte e poi moltiplicati per i livelli essenziali delle prestazioni da garantire in ciascuna regione, con una ponderazione realizzata in base a criteri demografici per classi di età¹⁸. Il tutto al fine consentire la quantificazione del *fabbisogno regionale standard* da finanziare.

preliminari), in www.astrid-online.it, 2011; F. TOSI, *Il federalismo fiscale a due anni dalla legge delega*, in www.astrid-online.it, 2011.

¹⁸ Sui limiti della generalizzazione, per le regioni non virtuose, dei parametri ricavati dall'analisi dei dati di quelle virtuose, si v. T.E. FROSINI, *The Gamble of Fiscal Federalism in Italy*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 1, 2011, 138; G. LEONE, *Per un federalismo competitivo e solidale*, in *Idf*, n. 3-4, 2009, 538 ss.; G. MACCIOTTA *Semplificazione istituzionale e risorse finanziarie*, in F. BASSANINI - L. CASTELLI (a cura di), *Semplificare l'Italia*, Città di Castello, Passigli, 2008, 135 ss.; G. VIESTI, *Il federalismo difficile*, in *Il Mulino*, n. 5, 2010, 734 ss.; F. PUZZO, *Prime considerazioni intorno alla legge delega di attuazione dell'art. 119 della Costituzione*, in www.astrid-online.it, 2009; F. PAMMOLLI - N.C. SALERNO, *Alla ricerca di standard per la sanità federalista. Una proposta per l'attuazione della Legge n. 42-2009*, Fondazione Cerm, nota n. 1, 2010, in www.cermlab.it; ID., *Le differenze regionali nella governance della spesa sanitaria*, in www.astridonline.it, 2011;

Come si è detto l'introduzione di questi meccanismi porta oggi a chiedersi quale fisionomia essi finiranno per assumere alla luce della sopraggiunta riforma sulla introduzione del principio del pareggio di bilancio in Costituzione (in vigore a decorrere dall'esercizio finanziario 2014), oltre che alla luce delle numerose misure che hanno determinato e stanno determinando il riaccentramento delle politiche finanziarie per effetto della crisi economica. I tempi sono certamente prematuri per poter fornire una risposta esaustiva: tuttavia l'impressione complessiva che si trae dal raffronto fra le varie disposizioni è che l'autonomia non sarà in via di principio soffocata, ma diverrà un premio per le regioni che riescano a raggiungere determinati obiettivi. Obiettivi che, va detto, non sembrano poi così confliggenti rispetto a quelli prospettati dalle norme sull'attuazione del federalismo fiscale: lo si può prima di tutto evincere, ad esempio, dal fatto che il pareggio di bilancio rappresenti sia una delle condizioni preliminari per potere considerare una regione virtuosa ai sensi delle disposizioni di attuazione dell'art. 119 Cost. sia un principio ora consacrato espressamente in Costituzione soprattutto in conseguenza dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. Non pare dunque che l'autonomia venga sacrificata sull'altare della crisi economica, poiché in effetti la seconda non dovrebbe comportare la rinuncia alla prima¹⁹.

A conclusioni in parte diverse si deve invece giungere quanto al rapporto fra autonomia e responsabilità delle autonomie territoriali, ma non in ragione della crisi economica, bensì alla luce del fatto che la regionalizzazione del Patto di stabilità evidenzia una asimmetria, in punto di responsabilità nella sua attuazione, fra il modo in cui lo Stato si relaziona all'Ue e il modo in cui vi si relazionano i livelli di governo substatuali, con la conseguenza che viene al momento ostacolata l'instaurazione di un rapporto di reciproca

G. PTRUZZELLA, *Sanità e Regioni*, in *Le Regioni*, n. 6, 2009, 1177 ss. Cfr. G. MACCIOTTA, *La standardizzazione dei costi, dei fabbisogni e dei prelievi*, in www.astrid-online.it, 2011. Si v. inoltre il Piano sanitario nazionale 2011/13.

¹⁹ L. VANDELLI, *Relazione conclusiva all'incontro di Studio del Gruppo San Martino sul tema Un nuovo assetto Costituzionale per le autonomie?*, Bologna, Aula *Stabat Mater* dell'Archiginnasio, 8 novembre 2013.

funzionalità, appunto, fra l'autonomia e la responsabilità di questi livelli di governo di fronte all'Ue²⁰. Questo effetto si aggiunge a quelle che appaiono alcune carenze originarie della attuazione dell'art. 119, ossia il fatto che vi resti esclusa la finanza statale²¹, o ancora che parallelamente non vi si accompagni l'attuazione dell'art. 118²², o infine che non venga adeguatamente promossa l'autonomia nella accezione di massima valorizzazione delle diversità²³.

Fatte queste precisazioni, si può ad ogni modo ritenere che la manovra di attuazione del federalismo fiscale: a) tenda a incentivare, attraverso la predicata autonomia finanziaria di entrata e di spesa, la differenziazione dei sistemi sanitari in ambito regionale, essenzialmente sul versante dei modelli fiscali; b) tenda quindi a incentivare anche la responsabilizzazione finanziaria delle amministrazioni regionali quanto meno di fronte allo Stato.

A questi obiettivi possono però aggiungersi, quali ulteriori conseguenze: a) l'incentivo al livellamento al rialzo della qualità delle prestazioni dei sistemi regionali più inefficienti sino ad un certo comune denominatore, ritenuto irrinunciabile per la effettiva garanzia dei l.e.a.; b) l'incentivo alla spesa buona piuttosto che alla 'riduzione dei costi a tutti i costi' (dunque a prescindere da eventuali incrementi della spesa, i quali potrebbero anche prodursi, ad es. se si considera che nelle regioni i cui sistemi sanitari sono comunemente ritenuti più efficienti si spende anche di più che nelle altre, ma meglio); c) il

²⁰ Per un approfondimento si v. M. SALERNO, *Autonomia finanziaria regionale e vincoli europei di bilancio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

²¹ V. CERULLI IRELLI, *Intervento all'incontro di Studio del Gruppo San Martino sul tema Un nuovo assetto Costituzionale per le autonomie?*, cit.

²² G.C. DE MARTIN, *Relazione all'incontro di Studio del Gruppo San Martino sul tema Un nuovo assetto Costituzionale per le autonomie?*, cit.

²³ R. BIN, *Relazione all'incontro di Studio del Gruppo San Martino sul tema Un nuovo assetto Costituzionale per le autonomie?*, cit.

disincentivo all'ulteriore miglioramento dei sistemi meno efficienti, una volta che essi abbiano raggiunto la soglia di ottimizzazione sostenuta dagli incentivi fiscali; d) il disincentivo all'ulteriore miglioramento dell'efficienza dei sistemi già virtuosi, che potrebbe gravare solo sui bilanci regionali, la cui autonomia di gestione deve oggi obiettivamente misurarsi coi principi e con le disposizioni che impongono la chiusura in pareggio.

Verrebbe quindi premiata l'inefficienza al di sotto di una certa soglia, e parallelamente verrebbe disincentivato il miglioramento oltre un determinato livello: il tutto in nome della necessità di condurre i Sistemi sanitari regionali ad una condizione paritaria di partenza (quanto alla garanzia quali-quantitativa dei l.e.a.) di fronte alla responsabilità ed alla capacità di migliorarsi ulteriormente. Responsabilità e capacità che però dovranno far leva esclusivamente sulle abilità e sulle risorse dei singoli ordinamenti regionali.

Questi effetti possono prodursi perché, come in parte già si è accennato, la riforma intende: a) rendere autosufficienti le regioni nelle attività di finanziamento dei propri sistemi sanitari, per il tramite della realizzazione dell'autonomia di entrata e di spesa; b) assicurare comunque una perequazione integrale, a gravare su un fondo statale, per la garanzia dei l.e.a. nelle regioni che non riescono ad erogarli secondo i parametri quali-quantitativi richiesti; c) superare, per la ripartizione delle risorse, il criterio della spesa storica, a vantaggio invece di quello dei fabbisogni standard.

Il rapporto fra l'attuazione del federalismo fiscale e il principio di concorrenza in sanità appare dunque in buona parte negativo, e solo in parte più ridotta positivo. Ma prima di tutto si deve tornare a precisare che qui gli eventuali 'competitori' interessati sarebbero i singoli sistemi regionali, piuttosto che gli operatori del sistema o dei sistemi. Ebbene, dall'esame dello scenario descritto si desume che gli effetti immediati potranno essere quello della riduzione della migrazione di pazienti fra diversi sistemi sanitari regionali e quello della incentivazione di una limitata competizione fra sistemi di *welfare* regionali, in punto di competizione fra sistemi di finanziamento del servizio sanitario.

Il primo effetto si presenta però come necessario, ricollegandosi al meccanismo indefettibile della perequazione integrale sui l.e.a. Il secondo si presenta invece come eventuale, ricollegandosi alla capacità delle singole regioni che abbiano raggiunto il ‘livello minimo di virtuosità’ di migliorarsi ulteriormente con oneri a carico dei propri bilanci. Ma occorre a questo punto cercare di rispondere anche all’altro interrogativo, lasciato in sospeso, ossia a quello sul rapporto fra gli altri strumenti di controllo della spesa sanitaria in prospettiva macroeconomica (cui sopra si è fatto riferimento) e il principio di concorrenza. Qui il concetto di competizione torna ad assumere la sua accezione più comune, di competizione fra operatori all’interno di un sistema (e non fra sistemi). Ebbene, si è già detto che in questo studio si fa riferimento al paniere delle prestazioni finanziate ricorrendo alla fiscalità generale, e non a quello dei servizi acquistati dagli utenti direttamente o usufruendo di assicurazioni private o di fondi integrativi.

Il secondo paniere (qui non rilevante, appunto) identifica il mercato che convenzionalmente (anche se con una certa approssimazione) si può definire ‘privato’: vi operano i singoli professionisti eroganti prestazioni sanitarie in regime di autonomia e le strutture sanitarie solo autorizzate²⁴ (e non anche accreditate), le quali possono fornire prestazioni di cura con oneri a carico dell’utente che le ha richieste. Le condizioni di concorrenzialità di questo mercato possono essere meglio garantite *a)* se i presupposti per il rilascio delle autorizzazioni sono trasparenti, adeguatamente predeterminati ed intellegibili, in modo tale da consentire di qualificare come vincolato il potere di rilascio; *b)* se le strutture solo autorizzate vengono preservate, attraverso una adeguata regolazione, dalla concorrenza che sul mercato ove esse operano possono esercitare gli erogatori ‘forti’ (essenzialmente gli erogatori necessari del sistema pubblico²⁵ o comunque quelli

²⁴ Il d. lgs. 502/92 ss.mm.ii. prevede peraltro due livelli di autorizzazione regionale: per la realizzazione della struttura sanitaria (in aggiunta al titolo edilizio comunale) e per l’esercizio dell’attività.

²⁵ Si pensi alle Aziende sanitarie locali, che sono enti strumentali regionali indefettibili del sistema e che nella maggior parte dei casi svolgono funzioni sia di gestione del servizio (ad es. attraverso l’organizzazione della rete delle strutture per l’assistenza sanitaria di base) sia di erogazione delle prestazioni di cura. Questo loro

accreditati) in termini di maggiore capacità di attirare gli utenti anche per la fruizione di prestazioni *out of pocket* (ossia non erogabili con oneri a carico del sistema pubblico, in ragione della loro natura) oppure *extra budget* (ossia erogate sforando i tetti di spesa, e dunque ponibili in tutto o in parte a carico diretto degli utenti o delle loro assicurazioni private).

Questo è il fenomeno dei c.d. ‘sussidi incrociati’, che si verifica quando un operatore tragga vantaggio dalla sua condizione di produttore di beni o di erogatore di servizi di tipo diverso o sottoposti a regimi disciplinari diversi, se e nella misura in cui tenda a sussidiare un settore della produzione o della attività con i risultati eventualmente migliori o le discipline eventualmente più vantaggiose riferibili ad altro settore della produzione o delle attività. Per la verità, nel panorama del sistema sanitario italiano (prospettiva unitaria) e al suo interno dei sistemi sanitari regionali (prospettiva differenziata), pure le condizioni sub *a*) e *b*) risultano spesso compromesse. La prima in quanto anche per il rilascio delle autorizzazioni si considerano talvolta esigenze di programmazione che evocano la contaminazione del potere di controllo con elementi di discrezionalità.

ruolo di acquirenti e al contempo di erogatrici di prestazioni sanitarie le può indurre, fra l’altro, a ricorrere, per l’approvvigionamento delle prestazioni, dapprima a se stesse (vale a dire ai propri presidi) e poi agli altri operatori. Per un approfondimento su questi profili si v. G. CORSO, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, cit., 17 ss., ed ivi riferimenti anche alla omologa posizione dell’Agcom. Fa eccezione il sistema lombardo, ove le Asl svolgono esclusivamente funzioni di gestione del servizio e di committenza, ossia di acquisto delle prestazioni sanitarie presso le strutture accreditate. Per un approfondimento sulla differenziazione dei modelli in ambito regionale si v., *ex multis*, Q. CAMERLENGO, *Le politiche sanitarie in Emilia-Romagna, Lazio, Lombardia, Toscana*, in L. VIOLINI (a cura di), *Sussidiarietà e decentramento*, Milano, 2003, 223 ss.; E. GRIGLIO, *L’esperienza della Lombardia: il ruolo della regione*, in C. DE VICENTINI - R. FINOCCHI GHERSI - A. TARDIOLA (a cura di), *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, il Mulino, 2010; B. PEZZINI, *Ventuno modelli sanitari? Quanta disuguaglianza possiamo accettare (e quanta disuguaglianza riusciamo a vedere). Il cosiddetto modello lombardo*, in R. BALDUZZI, *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenza di sistema*, Milano, Giuffrè, 2005; S. NERI, *La regolazione dei sistemi sanitari in Italia e Gran Bretagna*, cit.

La seconda in quanto non esistono validi strumenti per evitare il fenomeno dei sussidi incrociati, se si esclude la disciplina dei tetti di spesa, che però vi può incidere in modo molto limitato. E comunque, anche in relazione a questo profilo, è significativo il fatto che normalmente lo sfioramento dei tetti determini solo degli abbattimenti tariffari nella fase del rimborso e/o la facoltà per l'erogatore di rifiutare la prestazione²⁶, oppure la revoca o la sospensione dell'accreditamento per le prestazioni erogate *extra budget*²⁷.

Fatte queste precisazioni, si può tornare al rapporto fra strumenti di controllo della spesa dal lato della domanda e dell'offerta (da una parte) e concorrenzialità del mercato delle prestazioni erogate con oneri a carico del sistema pubblico (dall'altra). Anche qui il secondo elemento (la concorrenzialità del mercato) risulta sensibilmente compromesso, in ragione: delle barriere all'ingresso degli utenti (*gatekeeping*); delle barriere all'ingresso degli erogatori (accreditamento); della natura discrezionale del potere necessario a consentire l'ingresso degli erogatori (accreditamento) e parallelamente del potere che può consentirne l'uscita (revoca o sospensione dell'accreditamento); della apposizione di tetti al volume delle prestazioni erogabili; della determinazione unilaterale (da parte del regolatore) del contenuto degli accordi contrattuali (aventi ad oggetto gli elementi quali-quantitativi dell'offerta ammessa); del rapporto sbilanciato fra erogatori 'forti' del sistema (quelli necessari, come le Aziende sanitarie locali produttrici e le Aziende ospedaliere²⁸, ad esempio) ed erogatori privati.

²⁶ Sulla regressione tariffaria si v., *ex multis*: C. Conti, sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, *Relazione sulla gestione delle risorse statali destinate alla riduzione strutturale del disavanzo del servizio sanitario nazionale*, approvata con delibera n. 22/09/G; si v. inoltre le ll.rr. della Puglia 26/06 e 4/03.

²⁷ Sulle altre misure per 'sanzionare' l'erogazione di prestazioni *extra budget* si v. C. Conti, sez. regionale di controllo per il Lazio, delibera 28 luglio 2009, n. 29.

²⁸ Le Aziende ospedaliere, presenti peraltro non in tutti i sistemi sanitari regionali, nascono dallo scorporo degli ospedali di maggiori dimensioni dalle Asl e hanno personalità giuridica di diritto pubblico. Svolgono attività di erogazione di prestazioni di cura, che eventualmente possono essere correlate anche alla

Nella prospettiva del rapporto fra gli erogatori risultano dunque più aderenti al principio di concorrenza i sistemi a forte separazione, come quello lombardo, ove alle Aziende sanitarie locali sono sottratti i compiti di produzione diretta, ossia di erogazione delle prestazioni di cura²⁹. E non invece i sistemi ove le Asl accumulano le funzioni di gestore e di produttore dei servizi, accentuando così il diverso peso dei produttori ‘forti’ rispetto a quelli ‘deboli’³⁰.

Anche il contingentamento che si determina in sede di programmazione causa una importante barriera all’ingresso da parte di nuovi erogatori, non tanto per la necessità che questi hanno di conseguire l’accreditamento, quanto piuttosto per la difficoltà di ottenerne il rilascio in un contesto ove il mercato è saturo e la spesa pubblica deve essere contenuta (pure attraverso la riduzione delle strutture di erogazione, per abbattere i loro costi di mantenimento e/o per evitare che alcune di esse risultino sottoutilizzate). Normalmente gli accreditamenti già rilasciati non sono infatti soggetti a scadenza, ma solo ad eventuali sospensione e/o revoca. E, pure quando delle ipotesi di scadenza siano previste, è possibile in linea di massima la reiterazione, la quale è valutata in via preferenziale rispetto ai nuovi

ricerca scientifica e alla didattica in ambito medico. Nel secondo caso l’Azienda si qualifica come Azienda ospedaliero-universitaria, in quanto vi partecipano anche gli Atenei ove sono attivati corsi di laurea delle classi mediche. Sulle difficoltà di attuazione del secondo modello e, in via più generale, sulla evoluzione della integrazione fra università e servizio sanitario si v., *ex multis*, G. FARES, *Il faticoso cammino dell’integrazione fra università e servizio sanitario*, in G. CORSO - P. MAGISTRELLI (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, cit., 105 ss., ed ivi ulteriori riferimenti. Sul ruolo delle Asl nella differenziazione dei modelli in ambito regionale si v. *supra* in nota.

²⁹ Sul modello separato si v. la l.r. della Lombardia 33/09. Per gli approfondimenti bibliografici si v. *supra* in nota.

³⁰ Sul modello integrato e/o misto si v., *ex multis*, le ll.rr. della Toscana nn. 40/05 e 51/09. Per gli approfondimenti bibliografici si v. *supra* in nota.

accessi³¹. Inoltre per rispondere alle esigenze di contenimento della spesa pubblica in sede di programmazione regionale si sceglie spesso di limitare il rilascio degli accreditamenti a strutture private, presupponendo che l'erogazione attraverso quelle pubbliche richieda l'impiego di minori risorse economiche³².

Altri elementi di limitazione della concorrenza del mercato delle prestazioni erogate con oneri a carico del sistema pubblico sono: il fatto che le strutture di erogazione possano essere sottoposte alla disciplina dei Piani di rientro dai disavanzi: ciò incide pesantemente sull'autonomia dell'intero Servizio sanitario regionale (Ssr), anche perché è possibile avviare procedure di commissariamento per l'ipotesi di mancato adeguamento ai parametri nei termini concordati; la *spending review* sui costi intermedi. Le misure indicate in questi ultimi due punti colpiscono peraltro tutte le strutture del Ssr, anche solo in modo indiretto. Colpiscono però direttamente e principalmente il gestore (pubblico) e le sue strutture di erogazione. I Piani di rientro e le procedure di commissariamento rispondono alla logica dell'emergenza dettata dalla necessità di ripianare i disavanzi sanitari eccessivi o di garantire i l.e.a. o altri bisogni essenziali. La *spending review* sui costi intermedi, che sicuramente si correla anche alle politiche di rientro rappresentandone uno dei più significativi strumenti, è invece collegata, come si è accennato, più che alla straordinarietà di un evento (il disavanzo oltre una certa soglia, ad esempio), alla necessità di adottare

³¹ Per un approfondimento su questo profilo e in via generale sul rapporto pubblico-privato in sanità, si v. M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, cit.; M. CONTICELLI - F. GIGLIONI, *L'accreditamento degli erogatori*, in C. DE VINCENTI - R. FINOCCHI GHERSI - A. TARDIOLA (a cura di), *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, cit.; M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, cit.; ID., *L'accreditamento come limite dell'appalto pubblico di servizi*, in A. PIOGGIA - M. DUGATO - G. RACCA - S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, cit.; E. JORIO, *L'accreditamento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in *Sanità pubb. e priv.*, n. 2, 2004; A. BATTISTELLA, *L'accreditamento istituzionale: una scelta difficile*, in *Prosp. soc. e san.*, 2001, 1 ss.; G. CORSO, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, cit., 17 ss.

³² Sul contingentamento degli accreditamenti a strutture private si v. C. Cost., 8 ottobre 2010, n. 289, in www.giurcost.org.

nuove regole ordinarie per l'esercizio di certe attività. La crisi economica ne rappresenta dunque solo l'occasione: l'applicazione delle misure di *spending review* è infatti destinata a protrarsi anche dopo l'eventuale superamento della congiuntura finanziaria sfavorevole.

3. GLI STRUMENTI DI PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA FRA OPERATORI E FRA SISTEMI SANITARI INCIDONO SUL CONTENIMENTO DELLA SPESA? IL RUOLO DELLA LIBERTÀ DI SCELTA DEGLI UTENTI E DELLA SEPARAZIONE FRA OPERATORI

Quanto appena rilevato induce dunque a rispondere negativamente all'interrogativo se il sistema sanitario italiano sia aperto o meno alla concorrenza. Ma questa conclusione, se intesa in senso assoluto, non sarebbe esatta. Vi sono infatti almeno tre gruppi di elementi in grado di controbilanciare, in punto di aderenza al mercato concorrenziale, fattori come ad es. la natura sostanzialmente concessoria dell'accreditamento istituzionale e l'assenza di procedure competitive in luogo dell'accreditamento. Si tratta: a) della separazione delle funzioni di finanziamento, di gestione e di erogazione delle prestazioni³³ (ove realizzata e se ben realizzata), collegata alla pluralità dal lato dell'offerta (ad ambedue questi profili si è fatto riferimento nel paragrafo precedente, cui si rinvia); b) dell'attuazione del federalismo fiscale (nei limiti e per le ragioni indicati sempre al paragrafo precedente, cui ancora si rinvia); c) della libertà di scelta degli utenti (fra erogatori e a certe condizioni fra sistemi).

³³ Come avviene nel modello lombardo, cui al par. 2 si è fatto riferimento.

Sul terzo profilo si intende ora soffermarsi, per aprire in seguito il discorso alla prospettiva sovranazionale, che della libertà di scelta rappresenta una delle dimensioni³⁴. La libertà di scelta degli utenti si articola a ben vedere su più livelli, e in senso sia orizzontale (dall'assistenza diretta a quella indiretta, *infra*) sia verticale (a partire dai sistemi sanitari locali e/o regionali per giungere sino a quelli nazionali, extracomunitari e comunitari).

Nella prospettiva 'orizzontale' occorre distinguere la scelta fra il sistema pubblico (nel senso sopra chiarito) e il sistema privato (cui appartengono ad es. le strutture solo autorizzate). Quest'ultimo a sua volta può restare privato, oppure può entrare occasionalmente a far parte di quello pubblico. Ciò accade quando i pazienti richiedano di poter accedere alle sue strutture (ad es. quelle solo autorizzate), ma nella forma dell'assistenza indiretta, ossia richiedendo il rimborso di quanto pagato per la fruizione della cura alla Asl e/o alla regione di residenza secondo le condizioni previste dalla legislazione regionale o, in via suppletiva, da quella statale. Questa distinzione si fonda sul presupposto che siano obiettivamente diversi il sistema delle prestazioni erogate con oneri a carico delle risorse finanziarie pubbliche rispetto a quello delle prestazioni remunerate direttamente dagli utenti o dalle loro assicurazioni, all'interno dello stesso sistema sanitario inteso invece in senso 'verticale', nella accezione che qui a seguire si chiarirà.

Nella prospettiva 'verticale' occorre distinguere la scelta fra erogatori dello stesso sistema dalla scelta fra erogatori di sistemi diversi, e pertanto, anche fra sistemi sanitari differenti. Da questo punto di vista sono diversi senz'altro i sistemi sanitari di Stati diversi (comunitari o meno). Ma, pur se con qualche limitazione, possono esserlo anche i Sistemi sanitari regionali all'interno del Servizio sanitario nazionale e, con limiti ancora maggiori, i Sistemi locali (corrispondenti geograficamente ai distretti di ciascuna Asl) all'interno di ogni Ssr. Fra questi poli si muovono fisicamente i pazienti, nell'esercizio della loro libertà

³⁴ Sul principio di libera scelta dei pazienti nel sistema delineato dal d.lgs. 502/92 ss.mm.ii. si v., *ex multis*, G. CORSO, *Pubblico e privato nel sistema sanitario*, cit., 31-33, ed ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

di scelta, appunto³⁵. La *mobilità infraregionale* (fra distretti di Asl della stessa regione) può essere dovuta alla scelta fra erogatori dello stesso Ssr, oppure alla scelta fra il sistema pubblico (cui appartengono evidentemente anche i privati accreditati) e quello privato. Nel primo caso gli oneri della migrazione restano a carico della Asl di residenza dell'utente (*mobilità passiva*), e vengono determinati sulla base dei tariffari vigenti. Nel secondo caso, se l'opzione ricade sul sistema privato senza la contestuale richiesta di assistenza in forma indiretta, restano a carico dell'utente. Se invece l'opzione ricade sul sistema pubblico o su quello privato secondo la formula dell'assistenza in via indiretta, gli oneri della migrazione restano ancora a carico della Asl di residenza dell'utente.

La *mobilità interregionale* può essere invece dovuta alla scelta fra erogatori di diversi Ssr, oppure ancora alla scelta fra il sistema pubblico e quello privato. Nel primo caso gli oneri della migrazione restano a carico della regione di residenza dell'utente (*mobilità passiva*), e sono determinati sulla base dei tariffari vigenti nella regione finanziatrice (sempre che le prestazioni rientrino fra quelle dispensate dal Ssr finanziatore³⁶). Nel secondo caso, se l'opzione ricade sul sistema privato senza la contestuale richiesta di assistenza in forma indiretta, restano a carico dell'utente. Se invece l'opzione ricade sul sistema pubblico o su quello privato secondo la formula dell'assistenza in via indiretta, gli oneri della migrazione restano ancora a carico della regione di residenza dell'utente.

Infine la *mobilità transfrontaliera/internazionale (extracomunitaria o intracomunitaria)* può essere dovuta alla scelta fra erogatori di diversi sistemi sanitari

³⁵ Per i riferimenti sulla mobilità infranazionale e sulla scelta fra l'assistenza finanziata autonomamente e quella a carico della fiscalità generale si v. *infra* in nota, nonché, in via più generale, la normativa essenziale di disciplina dell'intero sistema nazionale, indicata *supra* in nota. Per i riferimenti sulla mobilità transfrontaliera/internazionale, extracomunitaria e comunitaria, si v. *infra*.

³⁶ Le prestazioni garantite dai vari Ssr possono differenziarsi in ragione dei livelli integrativi di assistenza sanitaria eventualmente previsti in alcuni di essi e non in altri.

nazionali, oppure alla scelta fra il sistema pubblico e quello privato. Nel primo caso gli oneri della migrazione restano a carico del Paese di residenza dell'utente, e gravano sul bilancio regionale, a queste condizioni: a) eleggibilità della prestazione, autorizzazione e limiti quantitativi di rimborso, secondo quanto previsto dallo Stato di appartenenza dell'utente, per l'ipotesi di *migrazione extracomunitaria*³⁷; b) riconducibilità della prestazione a quelle dispensate dal sistema sanitario del Paese finanziatore, nei limiti della spesa che ivi occorrerebbe per erogare la cura, e previa autorizzazione del Paese finanziatore per le cure ospedaliere e specialistiche, nell'ipotesi di *migrazione intracomunitaria*³⁸.

In caso di scelta fra il sistema pubblico e quello privato, se l'opzione ricade sul secondo senza la contestuale richiesta di assistenza in forma indiretta, gli oneri della migrazione restano a carico dell'utente. Se l'opzione ricade sul sistema pubblico o su quello privato secondo la formula dell'assistenza in via indiretta, gli oneri della migrazione restano ancora a carico del Paese di residenza dell'utente, a gravare sul bilancio regionale. Si determina quindi, in ragione di tutti questi fattori, l'apertura di spazi per consentire una certa competizione fra sistemi (locali³⁹, regionali e nazionali), in specie all'interno

³⁷ Nell'evoluzione della normativa e della giurisprudenza che consentono di giungere a queste conclusioni gli snodi essenziali sono rappresentati dalle seguenti fonti: artt. 6, c. 1, e 37 della l. 833/78; art. 3, c. 5, della l. 595/85; art. 1, c. 9, del d.l. 382/89; d.m. Sanità del 3 novembre 1989; dd.mm. Sanità del 24 gennaio 1990 e del 30 agosto 1991; Corte cost., 16 luglio 1999, n. 309, in www.giurcost.org.

³⁸ Nell'evoluzione della normativa e della giurisprudenza che consentono di giungere a queste conclusioni gli snodi essenziali sono rappresentati dalle seguenti fonti: reg. Cee 1048/71; artt. 6, c. 1, e 37 della l. 833/78; Corte giust. Cee, 17 dicembre 1981, n. 279, in www.europa.eu; art. 3, c. 5, della l. 595/85; art. 1, c. 9, del d.l. 382/89; d.m. Sanità del 3 novembre 1989; dd.mm. Sanità del 24 gennaio 1990 e del 30 agosto 1991; Corte giust. Ce, 28 aprile 1998, n. 158, in www.europa.eu; Corte cost., 16 luglio 1999, n. 309, in www.giurcost.org; Corte. giust. Ue, grande sezione, 15 giugno 2010, n. 211; direttiva Ue n. 24/11.

³⁹ I sistemi locali sono quelli corrispondenti al distretto di ciascuna Asl. In questo quadro ogni utente può scegliere, in primo luogo: 1) se richiedere prestazioni di cura autofinanziandole direttamente o per il tramite delle polizze volontarie eventualmente stipulate (rivolgendosi a professionisti sanitari operanti in regime di

dell'Unione europea (con possibili riflessi in punto di confronto competitivo fra i sistemi stessi quanto al rapporto tra componente quali-quantitativa delle prestazioni erogate e modalità del loro finanziamento).

Quest'ultimo profilo, il cui significato fra breve meglio si chiarirà, si correla a sua volta alla circostanza che in via di principio anche i servizi sanitari siano riconducibili alla categoria dei servizi ordinari ai sensi del Trattato (art. 57 Tfu)⁴⁰, o, meglio ancora, alla categoria dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 106 Tfu⁴¹. Ciò

autonomia o a strutture solo autorizzate); 2) oppure se usufruire di quelle rese disponibili dal sistema pubblico con oneri a carico della fiscalità generale. Nel secondo caso potrà a sua volta richiederle: a) a una delle strutture operanti nel distretto della Asl ove risiede; b) a una delle strutture operanti nel distretto di altra Asl, ma nella stessa regione; c) a una delle strutture operanti nel distretto di altra Asl, e di regione diversa; d) all'estero (con i limiti che in parte si sono già precisati e sui quali per altra parte si tornerà).

⁴⁰ Si v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Servizi sanitari, mercato e «modello sociale europeo»*, cit. Si v. inoltre C. Giust. Ce, 28 aprile 1998, n. 158, in www.europa.eu; cfr. C. Giust. Cee, 17 dicembre 1981, n. 279, in www.europa.eu; D. DA COSTA LEITE BORGES, *Making sense of human rights in the context of European Union health-care policy: individualist and communitarian views*, in *International Journal of Law in Context*, n. 7-3, 2011, 352 ss. Sul rapporto fra servizi ordinari ai sensi del Trattato, attività d'impresa e/o comunque attività prestate dietro retribuzione e attività economiche si v. inoltre, *ex multis*, C. Giust. Ce, 18 giugno 1998, n. 35, in *Corr. giur.*, n. 8, 1998, 962; C. Giust. Ce, 17 febbraio 1993, n. 159, in *Riv. it. dir. pub. comunit.*, 1993, 894; C. Giust. Ce, 10 gennaio 2006, n. 222, in www.europa.eu, 2006; C. Giust. Ce, 24 ottobre 2002, n. 82, in *Dir. trasporti*, 2003, 895. Dall'esame della giurisprudenza comunitaria si desume peraltro l'esistenza di una certa petizione di principio, nel senso che, mentre da una parte sono considerate imprenditoriali le attività economiche, dall'altra sono considerate economiche le attività organizzate in forma di impresa. Si v. la Comunicazione della Commissione europea del 26 aprile 2006 sui servizi sociali di interesse generale, ed ivi riferimenti alla giurisprudenza comunitaria. Cfr. C. Giust. Ce, 10 gennaio 2006, n. 222, cit.; C. Giust. Ce, 18 giugno 1998, n. 35, cit.; C. Giust. Ce, 22 maggio 2003, n. 18, in www.europa.eu

⁴¹ Si v. le Comunicazioni della Commissione europea del 26 aprile 2006 sui servizi sociali di interesse generale e del 26 settembre 2006 sui servizi sanitari, oltre che il correlato Parere del Comitato economico e sociale del 15 giugno 2007. Per un approfondimento si v. inoltre C. Giust. Ce, 28 aprile 1998, n. 158, in www.europa.eu; cfr. C. Giust. Cee, 17 dicembre 1981, n. 279, in www.europa.eu; D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2010, 1 ss.; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2010, 313 ss.; L.R. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della*

ingenera, nella prospettiva comunitaria: a) la tendenza all'apertura dei servizi sanitari, in attuazione degli artt. 57 e 106 c. 1 Tfu, all'applicazione delle regole in materia di mercato interno (attraverso la garanzia delle libertà di circolazione, la tutela e la promozione della concorrenza, il divieto di aiuti di Stato alle imprese), se ciò non osti allo svolgimento della specifica missione di interesse generale loro affidata, come precisa l'art. 106 c. 2 Tfu; b) la tendenza all'incentivo, secondo certe regole e certi principi, della migrazione sanitaria di pazienti fra i Paesi dell'Ue.

Il fenomeno della migrazione sanitaria riguarda peraltro non solo la dimensione comunitaria, ma a ben vedere, come si è accennato, anche quella internazionale extracomunitaria e altresì quella infranazionale (ossia, nel secondo caso, la circolazione dei pazienti fra più 'sistemi' regionali e/o locali, oltre che la possibilità di scegliere fra l'assistenza diretta e quella indiretta⁴²). Questi moti vanno letti in una prospettiva che ne individui anche i possibili raccordi, cercando di rispondere quanto meno ai seguenti quesiti. a) In particolare occorre chiedersi se anche essi determinino una qualche forma concorrenza. b) E ancora occorre chiedersi di che tipo di competizione eventualmente si tratti, vale a dire se la si debba intendere in senso economico e/o sociale. c) E infine occorre domandarsi se la circolazione dei pazienti fra sistemi sia correlata a possibili condizioni di

Commissione europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000), in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, n. 3-4, 2001, 479 ss.

⁴² Ossia fra il ricorso a prestazioni autofinanziate e il ricorso a cure finanziate con oneri a carico della fiscalità generale. Si parla però di assistenza indiretta quando le cure, pur essendo erogate dal sistema privato (ad es. dalle strutture solo autorizzate), potranno essere rimborsate dalla Asl e/o dalla regione di residenza dell'utente secondo le condizioni previste dalla legislazione regionale o, in via suppletiva, da quella statale, quando il paziente abbia inoltrato una apposita e motivata richiesta in questo senso. Per i riferimenti normativi essenziali si rinvia, oltre a quelli in precedenza già indicati in nota, anche ai seguenti: il d.l. 382/89; la l. 595/85 e i dd.mm. 3 novembre 1989, 24 gennaio 1990 e 30 agosto 1991; la l.p. di Bolzano 7/01, la l.r. del Friuli V. Giulia 12/94, le ll.rr. della Toscana 23/93 e 5/97, la l.r. delle Marche 50/94; le ll.rr. della Sicilia 5/09, 30/93, 42/96; la l.r. della Valle d'Aosta 25/96; il reg. Ue 1408/71, la dir. Ue 24/11.

State failures (ossia di incapacità dello Stato di assicurare ai cittadini prestazioni che si era fatto carico di garantire)⁴³.

Gli *State failures* sono un fenomeno opposto ai ben più noti *market failures*, i quali si realizzano quando il mercato non riesce da solo a produrre e a finanziare certi servizi di interesse generale, che pertanto gli vengono sottratti⁴⁴. Ciò rimanda alla linea di demarcazione fra le attività semplicemente ‘economiche’ e quelle ‘di interesse economico generale’, la quale a sua volta trae origine dalla circostanza che le seconde vengono garantite dalle autorità pubbliche anche quando il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo (e si producano quindi condizioni di *market failures*, appunto)⁴⁵. Esse perseguono infatti più o meno direttamente obiettivi di interesse pubblico.

⁴³ Per un approfondimento sul rapporto fra *Welfare State* e *State failures* si v. A. MASSERA, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2009, 1 ss.

⁴⁴ Per un approfondimento si v., fra i contributi più recenti, R.L. HETZEL, *The great recession: market failure or policy failure?*, Cambridge University press, 2012; M. TIRELLI, *Politica economica e fallimenti del mercato*, Torino, Giappichelli, 2010.

⁴⁵ Per l’approfondimento del rapporto fra servizi di interesse generale e servizi di interesse economico generale si v., *ex multis*: D. SORACE, *I servizi «pubblici» economici nell’ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2010, 1 ss.; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2010, 313 ss.; L.R. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, n. 3-4, 2001, 479 ss.; A. BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato*, in *Dir. pubb.*, n. 1-2, 2010, 195 ss.; V. VISCO COMANDINI, *I servizi d’interesse economico generale e il loro finanziamento*, in www.astrid-online.it, 2009; G.L. TOSATO, *La disciplina comunitaria degli aiuti tra economia di mercato e interessi generali*, in www.astrid-online.it, 2009; L. BERTONAZZI - R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte spec., IV, Milano, Giuffrè, 2007; G. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra influsso dogmatico e regole di mercato*, in www.iisa.it; L. CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, n. 1, 2008, 97 ss.; F. DONATI, *I servizi d’interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, in *Dir. un. eur.*, n. 1, 2010, 195 ss.; F. FERRARO, *Efficienza dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, n. 1, 2002.

Si giustifica pertanto, ai sensi dell'art. 106 Tfu, la deroga all'applicazione dello statuto della concorrenza, se strettamente necessaria alla tutela della specifica missione affidata a tali attività (e sempre che i gestori e/o gli erogatori siano in grado di soddisfare la domanda degli utenti). Ciò può avvenire ad es. attraverso la compensazione degli obblighi di servizio pubblico con azioni, anche fiscali, che non sono considerate aiuti di Stato (e dunque sono in ogni caso ammesse, a prescindere dal ricorso al regime derogatorio) nella misura in cui servano a compensare gli obblighi di servizio pubblico gravanti sull'operatore in ragione della natura dell'attività esercitata, e nella misura in cui rispondano allo stretto principio di proporzionalità⁴⁶. Ma occorre distinguere, fra le prestazioni sanitarie, le attività che richiedono un finanziamento esterno da quelle finanziate invece esclusivamente attraverso il ricorso al mercato (si pensi a tutte le prestazioni c.d. *out of pocket*, *supra*). Nel sistema sanitario italiano le prime sono tutte quelle a carico della fiscalità generale. La presenza di un finanziamento esterno è connaturale ad una certa distorsione della concorrenza, in via di principio giustificabile, però, ex art. 106, c. 2, Tfu. Questa distorsione può essere tanto più importante quanto più è importante la misura del finanziamento, a sua volta direttamente proporzionale all'entità degli obblighi di servizio pubblico eventualmente estranei alle dinamiche di mercato. Ma, come si è detto, si tratta di una forma di distorsione astrattamente giustificabile.

La distinzione fra le attività finanziate attraverso il ricorso al mercato (nel senso di *mercato puro*⁴⁷) e quelle finanziate attraverso il ricorso a risorse pubbliche è una

⁴⁶ Sugli aiuti di Stato si v., in via generale, gli artt. 106 e 107 Tfu, e il così detto Pacchetto Altmark, cui appartengono: la sentenza della C. Giust. Ce, 7 febbraio 2002, n. 28; la Decisione della Commissione europea 842/05; la Comunicazione della Commissione sugli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione agli obblighi di servizio pubblico, adottata il 28 novembre 2005 per un periodo di efficacia di 6 anni.

⁴⁷ Si può convenzionalmente definire *mercato puro*, nell'ambito dei sistemi sanitari (*rectius*: di finanziamento della sanità), la condizione in cui la prestazione è acquistata con oneri a carico direttamente dell'utente. Questa condizione può innestarsi, con ampiezza minore o maggiore, in ciascuno dei sistemi sanitari esistenti (universalistico, occupazionale, delle assicurazioni private).

caratteristica del sistema italiano, e più in generale dei sistemi universalistici. Qui può tuttavia accadere che l'erogatore del servizio convogli i costi della propria azione prevalentemente sulle attività finanziate a carico dei bilanci pubblici, per alleggerire quelle remunerate solo con il ricorso al mercato. Si tratta di un fenomeno che richiama quello dei cd. 'sussidi incrociati'. La condotta del sussidio incrociato (che in questo caso risulterebbe interno alla stessa struttura e applicato fra attività da essa prestate secondo un diverso regime) può ad esempio essere propria dei soggetti accreditati, in particolare nella gestione del rapporto fra le prestazioni erogate *in budget* e quelle erogate *extra budget* (ossia fra prestazioni erogate in regime di accreditamento e prestazioni erogate sforando i tetti di spesa). Essa può inoltre riflettersi negativamente sulla posizione occupata dalle strutture autorizzate, che erogano invece prestazioni sanitarie acquistate dagli utenti di regola in regime di mercato puro o, più raramente, ricorrendo alla formula dell'assistenza indiretta. Nell'ipotesi descritta il mercato sarebbe lo stesso in senso oggettivo (quello dei servizi sanitari), e diverso con riferimento al regime giuridico delle prestazioni erogate.

Queste possibili derive sono state considerate e censurate dalla Commissione europea, la quale ha precisato che «la compensazione degli obblighi di servizio pubblico concessa per il funzionamento di un servizio di interesse economico generale, ma effettivamente utilizzata per operare su altri mercati, non è giustificata e costituisce dunque un aiuto di Stato incompatibile»⁴⁸. In questo caso la Commissione si riferisce proprio ai servizi di interesse economico generale, quasi a voler intendere che, anche in relazione a essi, l'ipotesi dei sussidi incrociati dovrebbe essere ricondotta al regime ordinario di cui all'art. 106, c. 1, Tfeue (applicazione dello statuto della concorrenza), e non a quello speciale di cui al c. 2 (derogabilità dello statuto della concorrenza per ragioni di interesse generale e facendo applicazione comunque del principio di stretta proporzionalità).

⁴⁸ Sugli aiuti di Stato incompatibili con l'esercizio di servizi di interesse economico generale si v. ancora la Comunicazione della Commissione europea sugli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione agli obblighi di servizio pubblico, adottata il 28 novembre 2005, sebbene per un periodo di efficacia di soli 6 anni.

Anche in questa prospettiva restano dunque più aderenti al principio di concorrenza i sistemi, nazionali o regionali, a forte separazione, ove le attività dei finanziatori sono meglio distinte da quelle dei fornitori⁴⁹. Spetta comunque agli Stati, per tornare al regime dei servizi di interesse economico generale, riempire di contenuti il significato della ‘missione’ che giustifica la deroga allo statuto della concorrenza⁵⁰ e, prima ancora, stabilire quali siano i servizi di interesse economico generale, indicandone le ragioni⁵¹. Anche il significato e le ricadute applicative di questa affermazione vanno tuttavia ricalibrati, poichè la garanzia dei diritti sociali non può dirsi oggi prerogativa esclusiva degli Stati. Vero è che si tratta di un settore che ha rappresentato e che in parte ancora rappresenta un terreno di espressione privilegiata della sovranità nazionale. Ma vero altresì che da qualche anno, come si è visto (*supra*), questo modello ha iniziato a mutare fisionomia in ragione del crescente interesse dei governi sovranazionali per le politiche sociali degli Stati. Sicchè, anche nella individuazione della ‘missione’ che giustifica la deroga allo statuto della concorrenza e, prima ancora, nella individuazione di quali siano i servizi di interesse

⁴⁹ Ciò si verifica ad es., fra i sistemi nazionali, in quelli ispirati al modulo delle assicurazioni sociali di malattia o delle assicurazioni private. Anche nei modelli universalistici si rinvengono però interventi che hanno introdotto elementi di separazione: ciò può desumersi, ad es., dall’esame dell’evoluzione del sistema sanitario britannico e di alcuni sistemi regionali italiani, come quello lombardo (*supra*).

⁵⁰ Sul ruolo degli Stati nella individuazione della ‘missione’ affidata ai servizi di interesse economico generale si v. l’art. 1, par. 2, c. 3, della direttiva Ce 126/03.

⁵¹ Sul ruolo degli Stati nella individuazione dei servizi di interesse economico generale si v. Tribunale di I grado Ce, 12 febbraio 2008, n. 289, in www.europa.eu.

economico generale fra quelli a ‘vocazione sociale’⁵², gli Stati non potranno più essere considerati sovrani assoluti delle proprie scelte⁵³.

Qui si può tornare agli *State failures*, in particolare ponendosi i seguenti interrogativi: a) può accadere che, soprattutto in un periodo di crisi economica, i pubblici poteri non ce la facciano da soli a produrre e a finanziare da soli certi servizi? b) E può dunque accadere che tali servizi finiscano per essere dati parzialmente ‘in pasto al mercato’? c) E, ancora, può accadere che questa eventualità, in specie quando si tratti di settori particolarmente sensibili connessi al concetto di *Welfare*, incentivi gli erogatori pubblici a trovare qualche soluzione per migliorare il rapporto fra il costo e la qualità delle prestazioni? d) E, infine, hanno senso oggi le preoccupazioni che questi interrogativi esprimono? Oppure l’avanzata del mercato è addirittura incentivata, e non solo dalla crisi economica? Un orientamento della Corte di giustizia⁵⁴ consente di agganciarsi subito agli ultimi di questi quesiti: secondo la Corte possono infatti contrastare con il principio di libera prestazione dei servizi nell’Ue (sancito dall’art. 56 Tfu) quelle misure che rendano la circolazione dei servizi tra Stati membri più difficile della prestazione degli stessi servizi all’interno di ogni singolo Stato comunitario. Pertanto la circostanza che la normativa nazionale non garantisca all’utente un livello di copertura altrettanto vantaggioso rispetto a quello dello Stato membro ospitante potrebbe rappresentare una restrizione alla libera prestazione dei servizi, poiché tenderebbe a disincentivare la migrazione sanitaria transfrontaliera/internazionale intracomunitaria dovuta a carenze dell’offerta del sistema sanitario di appartenenza dell’utente: ciò in quanto, se la

⁵² Sulla individuazione dei servizi di interesse economico generale fra quelli a ‘vocazione sociale’ cfr. Tribunale di I grado Ce, 12 febbraio 2008, cit.

⁵³ Ancora sul ruolo degli Stati nella individuazione della missione affidata ai servizi di interesse economico generale si v. il parere reso nel 2007 dal Comitato economico e sociale in merito alla Comunicazione della Commissione del 26 aprile 2006.

⁵⁴ Sul rapporto fra libera prestazione dei servizi nell’Ue e sistemi sanitari nazionali dei Paesi membri si v. Corte giust. Ue, grande sezione, 15 giugno 2010, n. 211.

prestazione non è contemplata fra quelle offerte dal sistema sanitario dello Stato di appartenenza, non sussistono i presupposti per ottenere da questo l'autorizzazione a fruirla nello Stato ospitante. Qui emerge un'anomalia. L'anomalia è in sostanza questa: per garantire il livello di concorrenza richiesto dall'ordinamento è necessario che i sistemi si livellino al rialzo, tendendo quanto più possibile a uniformarsi. Si parte dunque dal miglioramento dell'offerta per giungere ad assicurare un certo livello di competitività, mentre di regola si ritiene che il percorso sia inverso, vale a dire che sia la concorrenza a determinare il miglioramento dell'offerta. Ciò è a ben vedere dovuto al fatto che si stia discorrendo non della competizione fra operatori all'interno di un sistema, bensì della *competizione fra sistemi sanitari*. Ebbene, il significato e i contenuti di questa competizione sono del tutto peculiari.

Vero è che finalità di ogni competizione è il conseguimento di una utilità, sottratta dagli operatori del mercato rilevante ai propri competitori. In via di principio, dunque, se l'utilità viene intesa in senso economico, solo in una accezione limitata può parlarsi qui di competizione, visto che la migrazione avviene con oneri a carico del sistema di appartenenza, per prestazioni che esso garantisce e sulla base del costo o della tariffa ad esso riferibili. L'accezione limitata in cui avrebbe senso in questo caso parlare di concorrenza si correla al rapporto fra *mobilità passiva* e *mobilità attiva*, e in particolare ad alcune conseguenze negative della prima: vale a dire alla necessità, per il sistema di appartenenza, di farsi carico del costo della prestazione oltre che delle spese fisse per il mantenimento delle proprie strutture, che resterebbero *pro quota* sottoutilizzate. Se invece l'utilità viene intesa in senso sociale (ossia come capacità dello Stato di rispondere in modo soddisfacente ai bisogni dei propri cittadini), allora la competizione avrebbe ad oggetto il modo in cui i bisogni dei cittadini vengono finanziati, e quindi anche il modo in cui, attraverso le risorse disponibili, i pubblici poteri riescono a definire il paniere quanti-qualitativo dell'offerta. Si tratterebbe dunque di una competizione da intendersi in senso sociale, vale a dire fra sistemi di *welfare* e di *finanziamento del servizio*, innescata da fenomeni di inidoneità del sistema pubblico a rispondere alle esigenze della comunità amministrata (*State failures*, appunto). Il carattere sociale e non economico della competizione indotta può determinare però anche fenomeni di regressione nella resa dei competitori, oppure di stagnazione, in luogo della loro spinta al miglioramento. L'assenza delle sanzioni tipiche delle economie di mercato (*in primis* la perdita di profitto) può infatti indurre ciascun competitore a rinunciare al margine di

miglioramento suggerito dalle condotte emulative, facendolo confidare nella possibilità dell'utente di sopperire alle carenze dell'offerta rivolgendosi ad altro offerente⁵⁵.

Ambedue meccanismi (spinta al miglioramento o regressione) possono riguardare il rapporto fra sistemi sanitari in una dimensione sovranazionale. Ma possono riguardare anche il rapporto fra i vari sistemi sanitari regionali all'interno di quello nazionale. Le regioni (e gli Stati), da parte loro, dovrebbero comunque tendere a migliorare la qualità dei servizi erogati ai propri cittadini a prescindere dal fatto che ciò possa determinare una attrazione di pazienti sottraendoli ad altre regioni (o ad altri Stati). A questa prospettiva ben si collega, almeno in parte, l'attuazione del federalismo fiscale in materia sanitaria in Italia, che promuove un livellamento al rialzo della qualità dei Ssr sino a una certa soglia e a prescindere da logiche competitive o di mercato, mentre queste tornano ad essere protagoniste dell'ulteriore miglioramento oltre tale soglia (che infatti è destinato a gravare sui singoli bilanci regionali, e non sul fondo perequativo statale).

4. 'VISIONI' CONCLUSIVE

Si è visto che nel sistema sanitario italiano, e in una prospettiva macroeconomica, il rapporto fra strumenti di controllo della spesa sanitaria dal lato della domanda e dell'offerta e il principio di concorrenza è in buona parte negativo. E si è visto che esso può essere solo parzialmente migliorato adottando alcuni correttivi: ad es. in punto di conformazione del potere amministrativo strumentale a regolare l'accesso al mercato e il modo di permanervi e di operarvi; o ancora in punto di scelta di modelli ove sia garantito un certo livello di separazione fra le funzioni di finanziamento, di gestione e di erogazione dei servizi.

⁵⁵ Questa preoccupazione si rinviene ad es. nelle tesi di T.K. Hervey, *Mapping the Contours of European Union Health Law and Policy*, in *European Public Law*, n. 8, 2002, 69 ss.; e di D. Da Costa Leite Borges, *Making sense of human rights in the context of European Union health-care policy: individualist and communitarian views*, in *International Journal of Law in Context*, n. 7-3, 2011, 350.

Si è visto inoltre che in questo quadro un ruolo ancipite è svolto dalla attuazione del federalismo fiscale, anche nei suoi rapporti con la tendenza al riaccentramento delle politiche finanziarie per effetto della crisi economica e con la costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio: ciò sia in ragione dei contenuti dell'art. 119 Cost. e delle norme attuative già adottate, sia in ragione del modo in cui la competizione vada intesa in questo caso, ossia essenzialmente come competizione fra sistemi sanitari almeno regionali, nel senso di competizione fra sistemi di *welfare* e dunque di finanziamento del servizio.

Questa dimensione si collega all'altro profilo, che è quello della incidenza degli strumenti di promozione della concorrenza fra operatori e fra sistemi sanitari sul contenimento della spesa. Qui si è visto, sempre nella prospettiva macroeconomica, che i principali di questi strumenti sono: a) oltre alla separazione delle funzioni di finanziamento, di gestione e di erogazione delle prestazioni (ove realizzata e se ben realizzata), collegata alla pluralità dal lato dell'offerta, b) e oltre alla attuazione del federalismo fiscale (nei limiti e per le ragioni indicati), c) anche, e soprattutto, la libertà di scelta degli utenti (fra erogatori e a certe condizioni fra sistemi).

La libertà di scelta, intesa in questi termini, ha consentito di estendere il raggio dell'analisi alla dimensione sovranazionale, e alla circolazione dei pazienti non solo fra sistemi regionali all'interno del sistema nazionale, ma pure fra sistemi nazionali. La disciplina e gli effetti di questa circolazione, oltre che il significato della competizione da essa innescata (da intendersi sempre prevalentemente come competizione fra sistemi sanitari, nel senso di competizione fra sistemi di *welfare* e dunque di finanziamento del servizio), hanno indotto e inducono a domandarsi se lo scenario descritto sia l'epifania, anche e soprattutto in ragione della crisi economica, di episodi di fallimenti dello Stato, ossia della incapacità dei pubblici poteri di rispondere adeguatamente a certi bisogni dei propri cittadini. Rispondere affermativamente vorrebbe dire rilevare un moto inverso rispetto a quello che, sulla base invece della convinzione che il mercato fosse inidoneo a garantire certe prestazioni, aveva indotto a sottrarre in tutto o in parte la disciplina della loro erogazione alle regole di concorrenza.

Si è visto altresì che nello scenario sin qui descritto la Corte di giustizia ha ritenuto che possono contrastare con il principio di libera prestazione dei servizi quelle misure che rendano la circolazione di questi tra gli Stati membri più difficile della prestazione degli stessi servizi all'interno di ogni singolo Stato comunitario. Pertanto la circostanza che la normativa nazionale non garantisca all'utente un livello di copertura altrettanto vantaggioso rispetto a quello dello Stato membro ospitante potrebbe rappresentare una restrizione alla libera prestazione dei servizi considerati, poiché tenderebbe a disincentivare la migrazione sanitaria transfrontaliera/internazionale intracomunitaria dovuta a carenze dell'offerta del sistema sanitario di appartenenza dell'utente: ciò in quanto, se la prestazione non è contemplata fra quelle offerte dal sistema sanitario dello Stato di appartenenza, non sussistono i presupposti per ottenere da questo l'autorizzazione a fruirne nello Stato ospitante.

Si è già detto che questo orientamento consente di rilevare una anomalia, in quanto, per garantire il livello di concorrenza richiesto dall'ordinamento, si richiede in sostanza che i sistemi si livellino al rialzo, tendendo quanto più possibile a uniformarsi. Si parte dunque dal miglioramento dell'offerta per giungere ad assicurare un certo grado di competitività, mentre di regola si ritiene che il percorso sia inverso, vale a dire che sia la concorrenza a determinare il miglioramento dell'offerta.

Si è però anche ipotizzato che l'anomalia sia dovuta al modo in cui deve essere sostanzialmente e prevalentemente intesa la competizione fra sistemi. Una competizione che, lo si ripete, avrebbe ad oggetto il modo in cui i bisogni dei cittadini vengono finanziati, e quindi anche il modo in cui, attraverso le risorse disponibili, i pubblici poteri riescono a definire il paniere quanti-qualitativo dell'offerta. Dunque una competizione in senso sociale innescata da fenomeni di fallimento dello Stato, cui possono ricondursi, come si è immaginato, esiti differenti: dalla spinta al miglioramento, alla stagnazione della *performance*, fino alla sua regressione, per le ragioni che si sono evidenziate.

Si tratta di ragioni e di esiti che, come pure si è visto, possono riguardare non solo la dimensione sovranazionale, ma anche quella regionale all'interno di quella nazionale. A questa prospettiva ben si collega, almeno in parte, l'attuazione del federalismo fiscale in materia sanitaria in Italia, che promuove un livellamento al rialzo della qualità dei Ssr sino a

una certa soglia e a prescindere da logiche competitive o di mercato, mentre queste tornano ad essere protagoniste dell'ulteriore miglioramento oltre tale soglia (che infatti è destinato a gravare sui singoli bilanci regionali, e non sul fondo perequativo statale).

Nello scenario sin qui definito il ricorso al mercato, nel senso e nei limiti chiariti, può quindi rivelarsi sussidiario rispetto a ipotesi di fallimenti dello Stato. Si tratterebbe però di una “*sussidiarietà inclusiva*”, solo strumentale a incentivare il miglioramento della *performance* del sistema pubblico e in sostanza riconducibile a esso. Dunque il riconoscimento del carattere economico alle prestazioni di servizio sociale, unito alla libertà di scelta e alla migrazione dei pazienti fra i sistemi sanitari, può indurre a una rilettura del ruolo del mercato in senso funzionale alla tutela dei diritti. Così, ad esempio, il diritto di ottenere cure all'estero (di una certa qualità ed entro certi limiti temporali) viene in ultima istanza vantato nei confronti del proprio sistema di appartenenza, e si fonda anche sull'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue.

Partendo dalla tutela di una libertà economica si tende così alla ‘costruzione’ di un diritto soggettivo di protezione sociale. Deve però riconoscersi che queste conclusioni esprimono una idea almeno in parte potenziale, ‘visionaria’, perché il fenomeno della migrazione sanitaria internazionale, a differenza di quello della migrazione infranazionale, risulta ancora quantitativamente poco rilevante. Ma le tendenze rilevate paiono contenere tutte le premesse per condurre, se incrociate con i necessari sviluppi empirici, alle ricadute future immaginate.