

FABIO G. ANGELINI

Professore straordinario nella Facoltà di Ingegneria dell'Università Internazionale Uninettuno di Roma

f.angelini@uninettunouniversity.net

LA PARTECIPAZIONE DEI PRIVATI AL SSN TRA SERVIZIO PUBBLICO, CONCORRENZA E DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA

PRIVATE PARTICIPATION IN THE SSN BETWEEN PUBLIC SERVICE, COMPETITION AND ADMINISTRATIVE DISCRETION

SINTESI

L'emergenza pandemica ha riacceso i riflettori sul Servizio Sanitario Nazionale ponendo in luce non tanto (o quanto meno non soltanto) l'ovvia constatazione di rappresentare un'importante voce di spesa del bilancio dello Stato, bensì il suo essere un'infrastruttura sociale essenziale o, se vogliamo, una precondizione, nello stesso tempo, per il funzionamento del sistema economico, per la coesione sociale e, in definitiva, per il corretto svolgersi dei processi democratici. Il presente lavoro intende sollevare qualche critica in ordine all'efficacia delle selezioni di cui all'art. 15 della l. 118/2022 rispetto alle finalità proconcorrenziali poste a fondamento di tale riforma del settore. Nel fare questo – optando per una visione normativa della concorrenza, in quanto ritenuta più in linea con il collocamento costituzione del diritto alla salute quale espressione della sovranità della persona e, nello stesso tempo, banco di prova del principio di eguaglianza e strumento di promozione della coesione sociale – si proverà a fare il punto sul ruolo degli erogatori privati e sulla loro partecipazione al SSN e ci si soffermerà, in particolare, sulla difficile convivenza tra le esigenze di programmazione del fabbisogno di prestazioni sanitarie alla luce dei vincoli di bilancio e il riconoscimento del diritto di scelta degli utenti e, quindi, sull'esercizio della discrezionalità amministrativa in sede di accreditamento degli erogatori privati e di assegnazione del relativo tetto di spesa.

ABSTRACT

The pandemic emergency has rekindled the spotlight on the National Health Service, highlighting not so much (or at least not only) the obvious observation that it represents an important item of expenditure in the state budget, but rather its being an essential social infrastructure or, if we like, a precondition, at the same time, for the functioning of the economic system, for social cohesion and, ultimately, for the correct development of democratic processes. This work intends to raise some criticisms regarding the effectiveness of the selections pursuant to art. 15 of Legislative Decree 118/2022 with respect to the pro-competitive aims underlying this sector reform. In doing this - by opting for a normative vision of competition, as it is considered more in line with the established placement of the right to health as an expression of the sovereignty of the person and, at the same time, a test case for the principle of equality and an instrument for promoting social coherence - we will try to take stock of the role of private providers and their participation in the NHS and we will focus, in particular, on the difficult coexistence between the planning needs of the needs for health services in the light of budget constraints and the recognition of users' right to choose and, therefore, on the exercise of administrative discretion when accrediting private providers and assigning the related spending ceiling.

PAROLE CHIAVE: Diritto alla salute – Concorrenza – Erogatori privati – Costituzione – Programmazione.

KEYWORDS: Right to Health – Competition – Private providers – Constitution – Planning.

INDICE: 1. Premessa. – 2. La concezione utilitaristica della concorrenza e il fondamento costituzionale della sua tutela giuridica nell'utilità sociale: critiche alla luce dell'art. 32 Cost. – 3. Gli spazi dell'iniziativa economica privata nell'erogazione dei servizi sanitari tra libero mercato e servizio pubblico. – 4. La libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie tra libera concorrenza ed esigenze di programmazione. – 5. La natura del rapporto che regola l'erogazione delle prestazioni da parte dei privati accreditati, l'assenza di sinallagmaticità e il nesso accreditamento-accordo. – 6. (*Segue*): L'irrelevanza eurounitaria della fattispecie concessoria di cui al d.lgs. 502/1992 e l'esclusione dall'ambito di applicazione del d.lgs. 50/2016. – 7. La posizione critica dell'ACGM e i recenti richiami della giurisprudenza amministrativa in tema di libertà di accesso al servizio pubblico. – 8. Le selezioni di cui all'art. 15 della l. 118/2022 tra rendite politiche, tentativi di recupero dell'efficienza attraverso gli erogatori privati e nuove rendite private. – 9. La necessità di un diverso paradigma concorrenziale per il SSN: la discrezionalità amministrativa tra efficienza allocativa e coesione sociale. – 10. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

L'emergenza pandemica ha riaccessi i riflettori sul Servizio Sanitario Nazionale ponendo in luce non tanto (o quanto meno non soltanto) l'ovvia constatazione di rappresentare un'importante voce di spesa del bilancio dello Stato, bensì il suo essere – in ossequio al primo comma dell'art. 32 Cost. che assegna alla Repubblica «*il compito di tutelare la salute come diritto dell'individuo e interesse della collettività*» – un'infrastruttura sociale essenziale o, se vogliamo, una precondizione, nello stesso tempo, per il funzionamento del sistema economico, per la coesione sociale e, in definitiva, per il corretto svolgersi dei processi democratici¹.

La rinnovata attenzione nei confronti di tale funzione del benessere si è manifestata sia sul fronte degli interventi necessari ad incrementare la capacità di reagire agli *stress* provocati dall'emergenza pandemica e, dunque, della sua resilienza, sia su quello della capacità di attrarre investimenti pubblici² e privati (specie in ambito tecnologico) in grado di fare da volano alla ripresa economica, sfruttando l'effetto moltiplicatore di questi ultimi.

In relazione ad entrambi questi fronti, le tematiche organizzative sottese a tale funzione del benessere e l'assetto monopolistico e/o di “quasi mercato” di quest'ultima diventano decisive, riattualizzando vecchi interrogativi e ponendo nuove questioni che interessano il perimetro del servizio pubblico, le dinamiche di interazione tra pubblico e privato nell'ambito di quest'ultimo e le esigenze di stabilità del servizio pubblico. Tali questioni sono oggi rese ancor più attuali alla luce della necessità di conseguire, nello stesso tempo, un maggior grado di resilienza ed una maggiore efficienza nell'erogazione delle prestazioni a carico del bilancio pubblico attraverso un'evoluzione maggiormente concorrenziale delle modalità di partecipazione dei privati al SSN.

1 Cfr. A. VEDASCHI, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE online*, 2020, 2, pp. 1453-1489.

2 Si vedano gli interventi indicati nella Missione 6 del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Alla base di tale idea ci sarebbero perciò le esigenze del bilancio pubblico e il crescente fabbisogno delle prestazioni. In questa prospettiva, il ricorso al modello della “concorrenza per il mercato” viene dunque inteso come strumentale, attraverso la contendibilità dei tetti di spesa assegnati ai privati, alla riduzione dei costi delle prestazioni sostenuti dagli erogatori privati e, pertanto, in grado di permettere al settore privato di assorbire talune inefficienze prodotte dall'organizzazione pubblica.

Le previsioni della l. 118/2022 riguardanti il settore sanitario si collocano all'interno di questo scenario, in un quadro che si va delineando come caratterizzato da spinte contrastanti, laddove il potere di organizzazione della pubblica amministrazione è chiamato a fare i conti nello stesso tempo con la doverosità delle prestazioni, secondo il modello del contenuto minimo del diritto alla salute³, e con le esigenze dettate dalla razionalità economica⁴, per di più in presenza di una visione dei rapporti giuridici che caratterizzano l'organizzazione del SSN non priva di incertezze e steccati ideologici non facili da superare.

Le previsioni in questione hanno introdotto alcune novità in tema di tutela della salute che interessano il concorso fra pubblico e privato nell'erogazione dei servizi sanitari⁵ con l'obiettivo dichiarato di promuovere una maggiore

3 Per un approfondimento sul tema v., in questa rivista, F.G. ANGELINI, *L'amministrazione per fini pubblici, vincoli finanziari e organizzazione*, P.A. Persona e Amministrazione, n. 2-2021, pp. 271-317; nonché, A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, ora in *«Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVI, Torino, 2013; D. TEGA, *Welfare e crisi davanti alla Corte costituzionale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2014, p. 142.

4 F.G. ANGELINI, *L'amministrazione per fini pubblici, vincoli finanziari e organizzazione*, cit., pp. 315-317; v. anche P. CERBO, *Il potere di organizzazione della pubblica amministrazione tra legalità e autonomia*, in A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, pp. 507-540, <http://hdl.handle.net/10807/14577>.

5 Nel senso di ritenere tale concorso «*provisto di garanzia costituzionale*» si rinvia a N. AICARDI, *La sanità*, in Trattato di Diritto amministrativo, S. CASSESE (a cura di), *Diritto amministrativo speciale*, I, *Le funzioni di ordine, le funzioni di benessere*, Milano, 2003, p. 415. Secondo l'autore, da un lato, gli artt. 41 e 43 Cost. consentirebbero di escludere che «*per attività di impronta non esclusivamente economica, come l'assistenza sanitaria*» si possa immaginare l'applicazione della disciplina sulle nazionalizzazioni; dall'altro, gli artt. 33 e 38 Cost. fornirebbero un espresso riconoscimento della libertà dei privati nella prestazione di servizi di «*significativa rilevanza sociale come l'istruzione e l'assistenza*». Secondo G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, p. 93, la concorrenza tra pubblico e privato nell'erogazione dei servizi sanitari sarebbe altresì garantita costituzionalmente dal principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost.

concorrenza nel settore mediante l'introduzione, ai fini della stipula degli accordi contrattuali di cui all'art. 8-quinquies del d.lgs. 502/1992, dell'obbligo del previo esperimento di una procedura di selezione tra soggetti (preventivamente) accreditati che dovrebbe svolgersi periodicamente e sulla base della pubblicazione di un avviso contenente criteri oggettivi di selezione che valorizzino prioritariamente la qualità delle specifiche prestazioni sanitarie da erogare.

Tale previsione, la cui reale portata innovativa potrà essere valutata solo a valle di un'analisi delle modalità attraverso cui ciascuna regione provvederà a darvi concreta attuazione, alla luce del quadro poc'anzi delineato, offre l'occasione per riflettere sulle altalenanti vicende che hanno caratterizzato la partecipazione dei privati nell'ambito del SSN e sul sistema di accreditamento-convenzionamento che, sino ad oggi, si è posto quale eccezione (pienamente giustificata ai sensi del diritto europeo) rispetto alla disciplina dei contratti pubblici e delle concessioni di servizi (d.lgs. 50/2016)⁶. In particolare, di fronte all'esistenza di molteplici paradigmi concorrenziali e all'esigenza di inquadrare la tutela della concorrenza nell'ambito del modello democratico sociale iscritto nella nostra carta costituzionale, la disposizione in commento porta ad interrogarsi non tanto sull'auspicabilità di una maggiore concorrenza nel settore sanitario bensì su quale tipo di concorrenza sia auspicabile in funzione tanto della tutela della salute quanto, nella prospettiva dell'art. 41 Cost. e dei Trattati, del limite

6 In questo senso la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che «l'accreditamento, quale titolo abilitante le appellanti all'erogazione delle prestazioni socio-sanitarie-assistenziali, colloca la relativa attività al di fuori della disciplina di cui al d.lvo n. 163/2006 (oggi d.lvo n. 50/2016), in quanto la specialità del sistema di accreditamento, incentrato sull'affidamento esclusivo ai soggetti accreditati delle prestazioni sanitarie non consente di applicare ai relativi rapporti contrattuali norme specificatamente formulate al fine di disciplinare rapporti (come quelli di appalto o di concessione extra-sanitaria) scaturenti da altri meccanismi di affidamento, di matrice concorrenziale» (Cons. Stato, Sez. III, 19 marzo 2018, n. 1739); v. anche, C. BOTTARI, *La tutela della salute: lavori in corso*, Torino, 2020, pp. 140-141. In senso critico, V. PADOVANI, *La "concorrenza" in sanità tra staticità del fabbisogno assistenziale e discrezionalità amministrativa. I vincoli all'accesso dei nuovi erogatori. Nota a Consiglio di Stato, Sez. III, 02/02/2021, n. 1043*, in *Federalismi.it*, 19 maggio 2021, il quale ritiene che «se, dunque, l'accreditamento, stante l'assoggettamento alla valutazione discrezionale dell'amministrazione precedente, è qualificabile, secondo la giurisprudenza prevalente, alla stregua del modello della concessione-contratto, tali rinnovi sono generalmente incompatibili con la ratio stessa della concessione, soggetta i principio eurounitari di concorrenza, trasparenza, libertà di stabilimento (artt. 49 e 56 TFUE)».

dell'utilità sociale e del necessario pluralismo degli operatori sanitari che è, a sua volta, condizione essenziale per il corretto svolgersi del processo concorrenziale.

Suggerendo l'adozione di un paradigma concorrenziale che, andando oltre il *more economic approach* di cui è spesso vittima la politica della concorrenza, recuperi la dimensione costituzionale che le è propria, il presente lavoro intende sollevare qualche critica in ordine all'efficacia delle selezioni di cui all'art. 15 della l. 118/2022 rispetto alle finalità proconcorrenziali poste a fondamento di tale riforma del settore. Nel fare questo – optando per una visione normativa della concorrenza⁷, in quanto ritenuta più in linea con il collocamento costitu-

7 Il riferimento è alla prospettiva di G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1997 come successivamente sviluppata in chiave filosofico-giuridica da O. ANDRIYCHUK, *The Normative Foundations of European Competition Law*, Elgar, Cheltenham, 2017. L'ordinamento giuridico riconosce le libertà fondamentali, garantendo il loro libero esercizio e la loro tutela effettiva. Tuttavia, un ordinamento delle libertà è tale nella misura in cui l'esercizio di tali libertà è garantito a tutti i soggetti dell'ordinamento in modo che non possa mai diventare coercizione e imposizione sugli altri. Si pone perciò da un lato il problema del coordinamento di tali sfere di libertà (o di sovranità della persona) e, dall'altro, quello della legittimazione stessa del potere privato il cui esercizio – differentemente dal potere pubblico – non può eccedere certi confini producendo effetti su altri soggetti dell'ordinamento senza il consenso di questi ultimi. Il potere pubblico è invece attribuito, con riferimento alla sfera pubblica, a soggetti dell'ordinamento aventi determinate caratteristiche ed elementi di legittimazione proprio al fine di garantire le libertà e i diritti fondamentali della persona, proteggendo i singoli soggetti dell'ordinamento contro le aggressioni e le prevaricazioni altrui. Tale funzionalizzazione del potere pubblico rappresenta però anche il suo confine in quanto, in un ordinamento delle libertà, come al potere privato non è consentito comprimere le libertà degli altri senza il consenso di questi ultimi, anche il potere pubblico non potrà esercitare l'autorità – che ne è un suo connotato tipico – in modo da ledere i diritti e le libertà fondamentali della persona, comprimendone la sovranità oltre quanto necessario a garantire la pacifica convivenza e la loro effettività. Esattamente in questo aspetto starebbe, come evidenziato da Giuliano Amato, il dilemma della democrazia liberale: da un lato, come impedire che il potere privato diventi una minaccia alle libertà degli altri e, dall'altro, come impedire che il potere pubblico – la cui funzione è proprio quella di evitare che ciò accada – non assumi caratteristiche e forme tali da comprimere quelle stesse libertà e diritti fondamentali che dovrebbe proteggere, determinando così la stessa fuoriuscita dell'ordinamento dal quel modello democratico-sociale che caratterizza le cosiddette democrazie stabilizzate (per usare la felice espressione con cui Paolo Biscaretti di Ruffia descriveva quei Paesi i cui ordinamenti si fondano sulle ragioni del costituzionalismo). Una democrazia liberale intesa quale ordinamento delle libertà si sviluppa infatti entro determinati confini, il primo dei quali è rappresentato dalla sussistenza delle condizioni di legittimazione del potere privato (specie quello relativo all'esercizio della libertà economica) e, il secondo, da quella linea di demarcazione superata la quale deve ritenersi illegittimo il (legittimo) potere politico-amministrativo. Si tratta tuttavia di confini sempre contingenti, di opzioni opinabili e suscettibili di variazione a seconda del contesto culturale, economico e sociale di riferi-

zione del diritto alla salute quale espressione della sovranità della persona e, nello stesso tempo, banco di prova del principio di eguaglianza e strumento di promozione della coesione sociale – si proverà a fare il punto sul ruolo degli erogatori privati e sulla loro partecipazione al SSN e ci si soffermerà, in particolare, sulla difficile convivenza tra le esigenze di programmazione del fabbisogno di prestazioni sanitarie alla luce dei vincoli di bilancio e il riconoscimento del diritto di scelta degli utenti e, quindi, sull'esercizio della discrezionalità amministrativa in sede di accreditamento degli erogatori privati e di assegnazione del relativo tetto di spesa.

2. La concezione utilitaristica della concorrenza e il fondamento costituzionale della sua tutela giuridica nell'utilità sociale: critiche alla luce dell'art. 32 Cost.

Sebbene la tutela della salute rientri senz'altro tra i fini della Repubblica di cui agli artt. 2, 3 e 32⁸ della Costituzione, quest'ultima non delinea però uno specifico modello di attuazione del diritto alla salute, rimandando invece al legislatore e all'amministrazione il compito di trovare, a seconda del contesto socio-economico di riferimento e, in virtù del principio di legalità, dei vincoli giu-

mento. Il pendolo oscilla tra chi teme più il potere privato ed è propenso a combatterlo dando più spazio a quello pubblico e chi, all'opposto, teme più l'espandersi di quest'ultimo ed è per questo disposto a tollerare maggiormente quello privato. Nell'ambito di queste due diverse opzioni e delle loro possibili gradazioni si pone il ruolo della concorrenza nel contesto della democrazia liberale e, dunque, della circolarità tra la disciplina giuridica della concorrenza e la Costituzione, laddove la prima è chiamata a svolgere il ruolo di criterio ordinatore dei processi di scambio che si svolgono sulla sfera privata conformando alle sue regole anche quelli che si realizzano sulla sfera pubblica al fine di determinare un equilibrio tra ordine politico, ordine economico e ordine sociale.

8 La letteratura sull'art. 32 Cost. è sterminata. Per un approfondimento si rinvia a C. MORTATI, *La tutela della salute nella costituzione italiana (1961)*, ora in ID., *Problemi di diritto pubblico nella attuale esperienza repubblicana*, III, Raccolta di Scritti, 1972, p. 436 ss.; L. CARLASSARRE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. ALESSI (a cura di), *Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. L'ordinamento sanitario*, 1, *L'amministrazione sanitaria*, Venezia, 1967, p. 111; R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti sanitari*, in *Diritto e società*, 1981, p. 540; D. VINCENZI AMATO, *Sub art. 32, 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti etico-sociali*, Bologna-Roma, 1976, p. 105; M. CARTABIA, *L'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Monitor*, 29, 2012, p. 21 ss.; M. SICLARI, *La giurisprudenza costituzionale sull'art. 32, primo comma, Cost.*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015, p. 3017 ss.

ridici esistenti, il punto di equilibrio tra uguaglianza e libertà⁹. La ricerca di tale equilibrio risulta altresì inevitabilmente condizionata dal processo di integrazione europea e da quel modello di intervento pubblico delineato dalla complessa disciplina dettata dalla costituzione (micro)economica e (macro)economica europea¹⁰ che vede il proprio baricentro nella relazione virtuosa tra diritti fondamentali e razionalità economica¹¹. L'attrazione ad opera dei Trattati nella sfera dei principi costituzionali, accanto ai diritti fondamentali, della razionalità economica e, in particolare, della concorrenza (sul fronte microeconomico) e della stabilità finanziaria (sul fronte macroeconomico) non risulta infatti affatto indifferente rispetto alle modalità attraverso cui il legislatore e l'amministrazione sono chiamati a dare forma organizzativa¹² e sostanza (cioè effettività) al diritto alla salute¹³.

9 E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012, pp. 155-156 la quale rileva come «che tipo di funzioni debba svolgere tale apparato pubblico dipende dall'assetto dei rapporti che s'intendono costruire fra libertà della persona in materia di scelte sulla salute, uguaglianza; libertà della scienza e della ricerca; libertà d'iniziativa economica privata nel settore dei servizi per la salute». Sullo stretto nesso tra disciplina dell'organizzazione amministrativa ed effettiva tutela dei diritti costituzionali si rinvia a F.G. ANGELINI, *L'amministrazione per fini pubblici, vincoli finanziari e organizzazione*, cit., pp. 271-317.

10 K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, Cambridge, 2014, p. 13 ss. operano una convincente distinzione tra costituzione (micro) economica e (macro) economica europea evidenziando come «the European constitution consists of two layers: the microeconomic one, introduced by the Treaty of Rome and subsequently reinforced and developed by the ECJ, and the macroeconomic one, introduced by the Maastricht Treaty. [...] The microeconomic constitution of the Treaty of Rome relied on macroeconomic presumptions, such as price stability, which was to be achieved at the Member State level. It also exhorted Member States to heed the externalities of their economic policies: Member States were to consider their economic policies as a matter of common concern. Yet, no specific instruments for coordinating economic policies, comparable to present multilateral surveillance or excessive deficit procedures, were made available. The Maastricht economic constitution testifies to the continuing significance of the objectives of the microeconomic constitution for the macroeconomic layer. In Treaty provisions, the main principles of the microeconomic constitution have been made obligatory for monetary and economic policy too».

11 Sia consentito il rinvio alla prospettiva teorica proposta in F.G. ANGELINI, *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica. Disfunzioni democratiche e funzioni amministrative come esercizio della sovranità popolare*, Milano-Padova, 2020.

12 Come è stato osservato, «alla flessibilità costituzionale dei diritti sociali, e del diritto alla salute in particolare [...] si aggiungerà la flessibilità europea, determinata dalla introduzione di logiche concorrenziali fra sistemi nazionali di welfare sanitario. [...] Potrebbe profilarsi uno scenario modellato dall'evoluzione del diritto dei servizi d'interesse economico generale, in cui, come si è detto, la costruzione artificiale di un mercato concorrenziale è stata lasciata ad organi non politici, le autorità di regolazione, al fine di rendere uniformi le regole di apertura del mercato in tutto lo spazio giuridico europeo e sottrarlo alle decisioni della politica» (E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, cit., pp. 158-159).

13 Il riferimento è al «modello dell'amministrazione per fini pubblici – chiamata a garantire i diritti fondamentali della persona e, in tal modo, a divenire essa stessa mezzo di realizzazione dell'ordine giuridico della so-

Da tali considerazioni deriva che, in un contesto segnato da un crescente fabbisogno di prestazioni sanitarie, da risorse scarse e da un peculiare assetto organizzativo del servizio pubblico che vede la compresenza di erogatori pubblici e privati, una riflessione sulla rilevanza della concorrenza nel settore sanitario non può allora che muovere, da un lato, dal riconoscimento del rilievo costituzionale del diritto alla salute che, espressamente, l'art. 32, comma 1 Cost. riconosce come diritto dell'individuo e interesse della collettività, affidandone la tutela alla Repubblica, e dall'altro, da una preventiva verifica della possibilità di attribuire alla tutela della concorrenza un fondamento costituzionale e, una volta individuato, di saggiarne la compatibilità con lo stesso diritto alla salute.

Mentre sul rilievo costituzionale del diritto alla salute non può esserci alcun dubbio per effetto del suo esplicito richiamo all'art. 32 Cost., certamente più controversa, per le ragioni poc'anzi dette, è invece la relazione tra tutela della concorrenza e disciplina costituzionale¹⁴. Né l'ordinamento sovranazionale né quello interno, si preoccupano infatti di fornire una definizione normativa di "concorrenza", esponendo così tale nozione a diversi possibili approcci ricostruttivi sul piano filosofico e culturale¹⁵, prima ancora che economico e giuridico¹⁶, che finiscono inevitabilmente per incidere sul tipo di ruolo che può essere riconosciuto al mercato dall'ordinamento costituzionale e, con riferimento all'art. 32 Cost, alla concorrenza nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale.

*cietà – [che] si pone perciò come l'esito necessario di questo dialogo razionale funzionale al massimo godimento possibile dei diritti fondamentali della persona. Una dialettica che, condizionando il potere di organizzazione sul duplice piano della tutela dei diritti costituzionali e dell'efficiente allocazione delle risorse, coinvolge tutti gli attori della sfera pubblica, siano questi enti pubblici o soggetti privati, secondo la più ampia prospettiva offerta dagli artt. 114 e 118 cost. che collocano l'organizzazione pubblica, secondo una logica poliarchica e sussidiaria, in parte all'interno del perimetro dell'autorità e in parte al di fuori di esso, e cioè nella comunità" (F.G. ANGELINI, *L'amministrazione per fini pubblici, vincoli finanziari e organizzazione*, cit., p. 317).*

14 G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in M. AINES, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, 2019, p. 11, secondo il quale tra diritto costituzionale e diritto della concorrenza non vi sarebbe una «relazione gerarchica che dal diritto europeo scende verso l'ordinamento nazionale, quanto piuttosto una relazione di tipo circolare».

15 Cfr. O. ANDRIYCHUK, *The Normative Foundations of European Competition Law*, cit., p. 10 ss. e p. 35 ss.; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, cit.

16 M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 2 ss.

Secondo la visione (meramente) utilitaristica della concorrenza¹⁷, quest'ultima dovrebbe essere oggetto di tutela giuridica in virtù della sua capacità di produrre effetti positivi sul benessere collettivo in termini di efficienza allocativa (*consumer welfare* o *total welfare*), di efficienza produttiva (attitudine delle imprese di combinare fattori produttivi in modo da contenere i costi di produzione e, dunque, trarre vantaggi competitivi) e di efficienza dinamica (capacità di innovare e migliorare continuamente la propria offerta di beni e servizi)¹⁸.

Il primo e il secondo concetto di efficienza si ricollegano, in particolare, alla teoria dei prezzi dell'economia del benessere e alla nozione di *consumer welfare* che rappresenta il paradigma tutt'ora dominante nel diritto della concorrenza. Tale approccio, sviluppato dalla Scuola di Chicago a partire dagli anni '70 del secolo scorso e caratterizzato dall'applicazione di complessi modelli matematici – quale risposta a quello che Robert Bork¹⁹ definì il paradosso del diritto antitrust il quale, caricato di molteplici finalità, finiva per nuocere alla stessa concorrenza e alla capacità dell'economia di produrre beni e servizi nel modo più efficiente possibile – individua nel benessere del consumatore²⁰ il principale obiettivo della politica della concorrenza, al punto da giungere a ritenere che persino condotte anticoncorrenziali implicanti concentrazioni di potere economico in senso monopolistico o di integrazione verticale, nella misura in cui sono in grado di condurre ad una riduzione dei prezzi e, dunque, di accrescere

17 O. ANDRIYCHUK, *Rediscovering the spirit of competition: on normative value of the competitive process*, EUI Working Papers, Law 2011/01, <http://hdl.handle.net/1814/15705>.

18 M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., pp. 30-31.

19 R. BORK, *The Antitrust Paradox*, New York, 1978; v. anche R.A. POSNER, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, Shughart, W.F. II, 1976.

20 L'economia del benessere risulta fortemente influenzata dalla filosofia utilitaristica di Jeremy Bentham. La "sovranità del consumatore" si verifica laddove, per effetto del gioco concorrenziale, le imprese sono spinte a ottimizzare la propria struttura dei costi e dei profitti fino al punto in cui il costo marginale eguaglia il profitto marginale. In questa condizione di sovranità del consumatore tutto il *surplus* generato nelle contrattazioni di mercato risulta allocato nella legittima sfera del consumatore finale. In presenza dell'ottimo paretiano, la somma del *surplus* del consumatore e di quello del produttore rappresenta il «*total gains from trade*»: ciò significa che, attraverso lo scambio, le parti hanno tratto il massimo beneficio possibile (v. H.N. BUTLER, C.R. DRAHOZAL, J. SHEPHERD, *Economics Analysis for Lawyers*, Durham NC, 2014, p. 73).

la sovranità del consumatore, risulterebbero compatibili con il principio concorrenziale.

Con riferimento al nostro ordinamento, una parte della dottrina²¹ ha evidenziato come anche tale approccio economico alla tutela giuridica della concorrenza si collochi in realtà in un preciso orizzonte politico-costituzionale “*definito dalla identificazione dell'efficienza economica con il benessere collettivo, visto a sua volta come l'unico obiettivo rilevante per la politica statale*”. Secondo tale tesi, l'efficienza economica (e la sovranità del consumatore), pur senza esaurire l'ambito dei diritti e interessi che la Costituzione riconosce ai cittadini e agli esseri umani in generale, rientra pienamente nella clausola dell'utilità sociale con l'effetto di legittimare anche sul piano del diritto costituzionale una visione utilitaristica della concorrenza, senza tuttavia negare la necessità di integrare tale visione con quella sociale e politica.

Il *more economic approach* è oggetto di pesanti critiche²² incentrate sul fatto che l'applicazione di tale paradigma nell'ambito del diritto della concorrenza – contrariamente a quegli obiettivi politico-costituzionali che, secondo una concezione normativa della concorrenza²³, ne giustificerebbero la tutela giuridica negli ordinamenti democratici, ponendo nel contempo anche precisi limiti al processo concorrenziale in funzione della preservazione della democrazia liberale – ha però in realtà prodotto un ampliamento del potere economico (*market power*), specie in relazione a quei settori interessati dallo sviluppo delle nuove tecnologie, e un contestuale incremento delle dinamiche collusive tra potere

21 M. MAINETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in M. AINES, G. PITRUZZELLA, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, cit., p. 56 ss.; v. anche I. DE CESARE, *Concorrenza e utilità sociale*, in *Federalismi.it*, 2020, 8, pp. 55-102, secondo la quale «*la concorrenza può e deve trovare fondamento nell'art. 41, comma 2, Cost. perché è in questo fondamento che si ritrova la necessità che il legislatore, nel rispetto del diritto europeo, ne orienti la disciplina verso la realizzazione del benessere sociale, fine riconosciuto esplicitamente anche nel Trattato di Lisbona, ma soprattutto principio fondamentale dell'ordinamento nazionale. In quest'ottica, nuovi e diversi ambiti di riflessione ci si aprono, primo fra tutti un ripensamento della concorrenza come mero concetto di derivazione europea, per riacquistare la portata anzitutto costituzionale*» (p. 102).

22 J.B. BAKER, *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*, Harvard University Press, Cambridge, 2019.

23 G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, cit., pp. 8-10.

economico e potere politico che, oltre ad avere effetti negativi sul piano economico, hanno portato all'insorgere di fenomeni populistici e un generale abbassamento della qualità dei processi democratici, contribuendo alla creazione e al consolidamento di rendite pubbliche e private.

Ulteriori critiche al *more economic approach* possono altresì essere mosse in relazione sia alla compatibilità di tale visione (meramente) utilitaristica della concorrenza con i Trattati UE, laddove quest'ultima non rappresenta affatto un "valore in sé", bensì – specularmente all'impostazione rinvenibile nella nostra Costituzione economica – uno strumento per la promozione dei valori di cui all'art. 2 TUE (dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto, rispetto dei diritti umani, tutela delle minoranze, preservazione di una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini), della pace e del benessere dei suoi popoli (art. 3, par. 1, TUE)²⁴; sia alla necessità, non solo di riconciliare il perseguimento dell'utilità sociale in termini di efficienza allocativa con l'efficienza dinamica²⁵ e con altri valori sociali e politici, ma di ricostruire il rapporto tra diritto della concorrenza e Costituzione secondo una visione circolare²⁶ – coerente con l'impostazione ordoliberalista della tutela della concorrenza ed ancorata perciò ad una concezione normativa (piuttosto che utilitaristica) di quest'ultima – capace di collocare la sua tutela giuridica oltre che sul terreno dell'utilità sociale su quello della sovranità della persona²⁷ riconoscendo il suo

24 M. RAMAJOLI, *Concorrenza (Tutela della)*, in *Enc. dir., Funzioni Amministrative*, Milano, 2022, pp. 297-299; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., p. 2; O. ANDRIYCHUK, *The Normative Foundations of European Competition Law*, cit., p. 273 ss.

25 M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., p. 41. Secondo l'Autore, «il bene giuridico "concorrenza" si può tradurre più nel concetto di efficienza dinamica dei mercati, integrato dalla tutela della effettiva libertà di scelta del consumatore, che non nel concetto di consumer welfare, inteso come entità analiticamente misurabile sul piano statico».

26 G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, cit., p. 11.

27 L'efficienza del mercato non implica necessariamente la democrazia e non sempre esso, pur presupponendo il riconoscimento delle libertà individuali, risulta compatibile con il concetto di sovranità popolare (e della persona). Al fine di comprendere come mercato e democrazia possano invece convivere e rafforzarsi a vicenda, nel pieno rispetto delle libertà e dei diritti fondamentali degli individui, dando luogo ad un ordinamento delle libertà ispirato al principio coo-

contributo – quale principio procedurale della democrazia (ovvero criterio ordinatore degli scambi che avvengono sulla sfera privata e su quella pubblica) – alla preservazione dei valori democratici (libertà individuale e eguaglianza politica), della società aperta e pluralistica e dell'ordinamento costituzionale come ordine giuridico delle libertà, nonché alla costruzione dell'unità politica e della coesione sociale attraverso la razionale composizione o consapevole valorizzazione delle libertà individuali che si realizza attraverso procedure di confronto e di transazione condotte secondo la figurazione che ciascun protagonista dà liberamente dell'interesse di cui si fa portatore²⁸.

Differentemente dalla concezione normativa della concorrenza, che guarda ad essa quale elemento costitutivo dell'ordinamento democratico, non solo in funzione degli esiti sociali che i processi concorrenziali sono in grado di raggiungere bensì della loro capacità di promuovere coesione sociale sulla base di una specifica politica della concorrenza, quella utilitaristica – e dunque l'individuazione stessa del suo fondamento costituzionale nell'utilità sociale che include, sebbene non la esaurisca, valori economici come il benessere del consumatore – non sembra invece in grado di neutralizzare quella carica potenzialmente autodistruttiva e disaggregante insita nella dinamica competitiva²⁹ e che,

perativo del *mutual gains from joint commitment to rules*, è necessario che la struttura del mercato risulti orientata secondo un ordine concorrenziale, accogliendo una visione normativa (e non meramente utilitaristica) della concorrenza che, indentificando quest'ultima quale principio procedurale dell'ordinamento democratico fondato sulla libertà individuale e l'eguaglianza politica, rinvia al concetto di libertà di scelta (e, dunque, di sovranità della persona verso gli altri e verso lo Stato). Cfr. V.J. VANBERG, *Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy*, n. 4/10; J.M. BUCHANAN, *Economia positive, economia del benessere ed economia politica*, in Stato, mercato e libertà, Bologna, 2006, p. 103; S. VOIGHT, *Positive constitutional economics: A survey*, in Public Choice, 90, 1997, p. 11 ss. Nella prospettiva della *public choice*, il compito delle regole del gioco (regole costituzionali e subcostituzionali, secondo la nota classificazione di Buchanan) sarebbe quello di creare benessere sociale migliorando i meccanismi di cooperazione volontaria all'interno del processo politico-amministrativo, secondo lo schema del *mutual gains from joint commitment to rules* piuttosto che quello classico proposto dall'economia del benessere. Facendo cioè in modo che il benessere generato dallo scambio politico-amministrativo venga allocato in capo ai cittadini piuttosto che ai pubblici poteri, secondo la logica del “*surplus*” del consumatore.

28 Cfr. G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, pp. 68-69.

29 G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, cit., p. 9.

sul piano dell'ordinamento costituzionale, rende necessario guardare al processo concorrenziale con sospetto, obbligando il legislatore a contrapporre ad esso ulteriori limiti di natura politica e sociale al fine di renderlo compatibile con il complesso dei valori e degli interessi costituzionalmente protetti.

La concezione utilitaristica della concorrenza non permette così di cogliere l'interdipendenza tra ordine economico e ordine politico³⁰ finendo per escludere una componente essenziale della dimensione politico-costituzionale alla tutela della concorrenza quale strumento in grado di preservare la struttura pluralistica del mercato, più che di conseguire esiti sociali corrispondenti all'ottimo paretiano, concorrendo al buon funzionamento della democrazia mantenendo la coesione sociale³¹ e una struttura libera e plurale della società³², entrambi presupposti dell'ordinamento democratico.

Una visione normativa della concorrenza, salva qualche rara eccezione³³, sembra purtroppo non aver avuto particolare seguito nel dibattito politico-costituzionale, laddove l'approccio prevalente della dottrina e della giurispru-

30 Si tratta dell'argomento forte della Scuola di Friburgo e dell'ordoliberalismo. Cfr. W. EUCKEN, *Das ordnungspolitische Problem* (1948), trad. it., *Il problema della politica dell'ordinamento*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *L'economia sociale di mercato e i suoi nemici*, Soveria Mannelli, 2012, pp. 25-66; F. BÖHM, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, in E.J. MESTMAKER (a cura di), *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*, Baden-Baden, 1980, pp. 53-104 secondo il quale tra la costituzione economica e la costituzione politica dello Stato di diritto e della democrazia parlamentare sussisterebbe un legame costitutivo e un rapporto di interdipendenza in forza del quale i mutamenti che si verificano su un piano si riverberano necessariamente sugli altri livelli interconnessi, modificandone struttura e funzione.

31 M. LIBERTINI, *Concorrenza e coesione sociale*, in *Persona e Mercato*, n. 1/2015, <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/01/Libertini.pdf>

32 G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1995, pp. 39-41 che offre una ricostruzione del principio concorrenziale come funzionale al pluralismo competitivo tra privati. Cfr., nella prospettiva della teoria economica, V.J. VANBERG, *Democracy, Citizen Sovereignty and Constitutional Economics*, in *Public Choice and the Challenges of Democracy*, Edward Elgard, 2007, p. 101 secondo cui «*Democracy as a system of government is characterized by particular procedures for making policy choices and for choosing the operating rules of a policy, namely procedures that are supposed to promote the common interests of citizens and that derive their legitimacy from citizens' voluntary consent. This is what the characterization of democratic polities as "citizens' cooperative" or as "cooperative ventures for mutual advantage" is meant to express*». Nello stesso senso, O. ANDRIYCHUK, *The Normative Foundations of European Competition Law*, cit.

33 G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, cit.; G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, cit.; Id., *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983, p. 15 ss.

denza si è incentrato esclusivamente sugli esiti sociali del processo concorrenziale³⁴, guardando perciò alla tutela giuridica della concorrenza rinvenibile nell'art. 41 Cost., da un lato, quale necessaria preconditione per l'esercizio della libertà di iniziativa economica, intesa cioè nel senso di libertà di accedere e rimanere sul mercato (dimensione soggettiva)³⁵; e, dall'altro, quale necessaria conseguenza di tale dimensione soggettiva, come una specifica struttura del mercato nella quale nessuno degli operatori è in grado di influenzarne le dinamiche (dimensione oggettiva)³⁶.

La scarsa attenzione alla dimensione politico-costituzionale della concorrenza quale criterio ordinatore dei processi di scambio che si svolgono sulla sfera privata e, nello stesso tempo, vincolo per quelli che si svolgono sulla sfera pubblica, è dipesa dal fatto che, diversamente da quanto avvenuto negli USA³⁷ e in Germania³⁸, nel nostro Paese i primi ad affrontare il problema della concorrenza da un punto di vista giuridico furono gli studiosi di diritto commerciale e, in particolare, Tullio Ascarelli³⁹. Per tali studiosi la radice del diritto della concorrenza era infatti rinvenibile nell'affermazione della generale libertà d'iniziativa economica, funzionale alla necessità di perimetrare all'interno dell'ordinamento giuridico uno spazio di autonomia nel campo dei rapporti di produzione e di scambio, il cui funzionamento è rimesso allo spontaneo meccanismo

34 V. Corte Cost., 10 giugno 1969, n. 97 secondo cui «fra questi limiti viene qui in evidenza quello connesso all'utilità sociale, alle cui esigenze deve essere subordinata la concorrenza, che indubbiamente il vigente sistema costituzionale non considera di per sé idonea a realizzare o a rispettare gli interessi della società».

35 F. GALGANO, *Rapporti economici*, in C. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, sub. art. 41, Bologna-Roma, 1982, p. 1 ss.; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Atti del Convegno, 6-7 maggio 1988, Milano, 1990, pp. 65-68; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.

36 G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Milano, 1978, p. 88; A. PACE, *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, in *Politica del diritto*, 1993, 2, pp. 329-330.

37 Per un'ampia ricostruzione in chiave storica v. A. LOLLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, p. 1942; cfr. anche R.J. PERITZ, *Competition Policy in America*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

38 Sia consentito il rinvio a F.G. ANGELINI, *La democrazia costituzionale tra potere economico e sovranità popolare. Alcune implicazioni teorico-giuridiche del processo di integrazione europeo*, Napoli, 2020, pp. 81-133.

39 T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim di dir. e proc. civ.*, 1954, p. 873 ss.

di organizzazione della società civile. Il contenuto della tutela giuridica della concorrenza risulta dunque limitato alla mera tutela della libertà di accesso al mercato e, sotto altro profilo, nel dovere di non ostacolare il pieno spiegarsi del processo concorrenziale – salvi i limiti posti dall'ordinamento in relazione alla struttura dell'impresa e alla sua attività, alla proprietà intellettuale e industriale e alla concorrenza sleale – inteso quale mero fatto in grado di generare progresso economico quale suo esito naturale.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, l'interpretazione degli artt. 41 e 42 offerta dai commercialisti è rimasta ancorata ad una visione della tutela della libera iniziativa economica e della proprietà privata quali precondizioni del mercato concorrenziale, sebbene nello stesso tempo tali articoli non escludano affatto la possibilità che il regime concorrenziale possa venire del tutto pregiudicato dalla presenza di forme di monopoli legali come quelli previsti dall'art. 43, ovvero, di un numero elevato di imprese pubbliche operanti sul mercato.

Con riferimento alla disciplina codicistica della concorrenza sleale (art. 2598 c.c.) è interessante notare come l'elaborazione della dottrina commercialistica si sia via via evoluta verso una lettura del richiamo all'utilità sociale dell'art. 41, comma 2 capace di oggettivare la tutela della concorrenza quale interesse non solo degli operatori di mercato ma interesse generale e, dunque, principio di ordine pubblico economico con la conseguenza di ritenere che la stessa disciplina civilistica della concorrenza sleale si presti ad una tutela del mercato funzionale al perseguimento dell'utilità sociale. Laddove la concorrenza, quale contenuto implicito della libertà di iniziativa economica, nella prospettiva dell'interesse generale sarebbe perciò da ritenersi essa stessa disciplina degli operatori economici⁴⁰.

Il riconoscimento invece della rilevanza politico-costituzionale della disciplina della concorrenza da parte della letteratura giuspubblicistica arriverà solo dopo l'approvazione della l. 287/1990 quale conseguenza del processo di

40 R. FRANCESCHELLI, *Studi e capitoli sul diritto della concorrenza*, Milano, 1974.

integrazione europea. Tale dottrina, pur concordando sul fatto che il tema della concorrenza sia stato sostanzialmente assente nel dibattito sulla Costituzione, presenta tuttavia posizioni differenti in ordine alle cause di tale disinteresse, ritenendo imputabile tale atteggiamento all'assenza di un esplicito riferimento al mercato e, dunque, alla concorrenza nella Costituzione, dovuto ad una certa diffidenza da parte dell'Assemblea Costituente («*quello che ne esce è una Costituzione economica, che si muove – come qualcuno ha scritto – tra neocorporativismo e larvato dirigismo e nella quale trionfa il mito del piccolo produttore autonomo, che si autoregola piuttosto attraverso la comunità dei produttori associati che non sul mercato; in un clima – come altri hanno notato – nel quale fra efficienza e giustizia sociale il privilegio va, almeno come simpatia sentimentale, alla giustizia sociale*»⁴¹), ovvero, all'interpretazione prevalente che avrebbe omesso un'interpretazione più liberale della Costituzione secondo cui, pur essendo del tutto legittimo l'intervento pubblico, si sarebbero invece potuti (e dovuti) evincere all'interno del testo costituzionale quei principi procedurali necessari per definire i «*confini invalicabili di ordine quantitativo a quel pur legittimo interventismo*»⁴².

L'art. 41 Cost., quale frutto di un compromesso in seno all'Assemblea Costituente tra forze politiche aventi visioni contrastanti, sancisce la libera iniziativa economica privata (comma 1) perimetrandola però entro il limite dell'utilità sociale, della tutela della salute, dell'ambiente, della sicurezza, della libertà e della dignità umana (comma 2) e prevedendo altresì la possibilità per il legislatore di determinare programmi e controlli al fine di indirizzare e coordinare tale libertà a fini sociali e ambientali (comma 3).

Secondo Natalino Irti tale previsione costituzionale dimostra che «*la Carta repubblicana ignora l'economia di mercato e, dunque, non contempla né relazioni vicende-*

41 G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *La Costituzione economica, Atti del Convegno, Ferrara 11-12 ottobre 1991*, Milano, 1997, oggi in ID., *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna, 2014, pp. 301-302.

42 G. BOGNETTI, *La Costituzione economica*, in *Atti del convegno dell'Associazione dei Costituzionalisti, Ferrara, 11-12 ottobre 1991*, Milano, 1997, p. 84 ss.; ID., *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983, pp. 1-12.

voli tra imprenditori né relazioni tra imprenditori e consumatori [...] Il mercato non riceve né garanzie né tutele costituzionali; esso, quando c'è, viene consegnato alla disciplina del codice civile, a un regime, normativamente inferiore, che non tocca la concezione organica dell'economia nazionale»⁴³. Lo stesso monopolio, del resto, come ha evidenziato Giuliano Amato, non è visto dalla Costituzione «come un male in sé, ma come un male solo in quanto privato, giacché, ove esso vi sia, l'unico rimedio che la Costituzione prevede è quello di renderlo pubblico»⁴⁴ attraverso la nazionalizzazione del monopolio privato prevista dall'art. 43 Cost.

La letteratura giuspubblicistica, in assenza di un esplicito richiamo costituzionale alla concorrenza e di una piena consapevolezza in ordine alla funzione politico-costituzionale che quest'ultima svolge nell'ordinamento democratico, – quando non ha sostenuto la totale estraneità della concorrenza al nostro assetto costituzionale⁴⁵ e dunque la sua derivazione esclusivamente eurounitaria – continua in larga parte a ravvisare il fondamento costituzionale della tutela della concorrenza nel limite posto alla libertà di iniziativa economica dall'utilità sociale (comma 2) e nella possibilità di indirizzarla e coordinarla a fini sociali (comma 3). Lamentando, talvolta, una presunta incompatibilità tra la nuova Costituzione economica emergente alla luce del processo di integrazione europea⁴⁶ e il nostro paradigma costituzionale garantista, in ragione del fatto che la Costituzione economica europea avrebbe assolutizzato il ruolo del mercato e della concorrenza ponendosi, in tal modo, in contraddizione con gli obiettivi

43 N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit.

44 G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, cit., p. 302.

45 Altra autorevole dottrina (S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2000) ha invece evidenziato come proprio il richiamo all'utilità sociale e alla possibilità di sottomettere la libera iniziativa economica al perseguimento dei fini sociali starebbero a dimostrare il fatto che la tutela della concorrenza fosse in realtà qualcosa del tutto estraneo al nostro assetto costituzionale essendo stata quest'ultima recepita nel nostro ordinamento solo per effetto dello svuotamento della Costituzione economica nazionale ad opera della Costituzione economica europea.

46 O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, p. 117 ss.

sociali che invece caratterizzano la Costituzione economica nazionale, segnando un contrasto difficilmente sanabile.

Ciò che però rileva ai fini che qui interessano sono le conseguenze della persistente indeterminatezza circa il bene giuridico oggetto della tutela della concorrenza, le quali pongono inevitabilmente problemi anche con riferimento alla possibilità di delineare un mercato concorrenziale dei servizi sanitari capace non solo di convivere con il servizio pubblico universale ma, addirittura, di operare all'interno di quest'ultimo promuovendone l'efficienza attraverso le dinamiche della "concorrenza per il mercato" tipiche del settore degli appalti pubblici, ma preservando nello stesso tempo la coesione sociale e, più in generale, quei valori costituzionali non economici che contribuiscono al buon funzionamento dei processi democratici. Restituendo così a tale funzione del benessere il ruolo di infrastruttura sociale necessaria per lo stesso ordinamento democratico liberale.

L'analisi dell'art. 15 della l. 118/2022 impone perciò di operare una verifica preliminare in ordine alla possibilità di ritenere compatibile – e in caso di risposta positiva, entro quali limiti – il paradigma concorrenziale utilitaristico con l'art. 32 Cost. quale espressione, nello stesso tempo, di un diritto individuale e della collettività attraverso cui si realizza in concreto, nella dinamica tra libera determinazione dell'utente, intervento pubblico e iniziativa economica privata, l'esercizio della sovranità della persona nei confronti tanto dei pubblici poteri (sovranità popolare) quanto del mercato stesso (sovranità del consumatore).

3. Gli spazi dell'iniziativa economica privata nell'erogazione dei servizi sanitari tra libero mercato e servizio pubblico

La presenza dei privati nell'erogazione dei servizi sanitari rileva sul piano costituzionale alla luce di plurimi profili che vanno dalla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. fino al diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., passando per il principio di libera scelta da parte dell'utente e per le imperanti

esigenze di stabilità finanziaria che impongono ai pubblici poteri di assicurare la compatibilità del servizio pubblico con il principio di equilibrio dei bilanci e di sostenibilità del debito pubblico (artt. 81 e 97 Cost.).

Come è stato ampiamente evidenziato dalla dottrina⁴⁷, sebbene il diritto alla salute, quale diritto fondamentale della persona, presenti un collegamento strutturale con gli artt. 2 e 3 della Costituzione, assegnando alla Repubblica significativi compiti nel settore della salute in adempimento dei propri doveri inderogabili di solidarietà sociale, esso non implica una riserva dell'erogazione dei servizi sanitari in capo alla pubblica amministrazione. Al contrario, proprio l'art. 41 della Costituzione e gli artt. 101 ss. del TFUE⁴⁸, in combinato disposto con i principi di adeguatezza, sussidiarietà e differenziazione di cui all'art. 118 della Costituzione, spingono per una visione dinamica che vede pubblico e privato, servizio pubblico e mercato, in rapporto di reciproca interazione⁴⁹ e costante mutamento in funzione dell'evolversi dei fabbisogni di salute, dei vincoli di natura finanziaria⁵⁰ e della costante revisione degli assetti organizzativi in funzione del massimo godimento possibile di un diritto fondamentale della persona quale è il diritto alla salute⁵¹.

Una volta chiarita in via preliminare l'inesistenza di una riserva costituzionale in capo ai pubblici poteri nell'erogazione dei servizi sanitari e rilevata, al

47 R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2020, p. 196; N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, I*, Milano, 2003, p. 625 ss.; C. CORBETTA, *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari. Contributo alla nozione di servizio pubblico*, Rimini, 2005; F. TRIMARCHI BANFI, *Pubblico e privato nella sanità*, Milano, 1990; C.E. GALLO, *Pubblico e privato nel servizio sanitario nazionale: i presidi sanitari privati*, in *Sanità pubblica*, 1997, p. 383 ss.

48 E. JORIO, *La salute e la Costituzione europea*, in *Sanità pubblica e privata*, 2006, 4, p. 5 ss.; C.E. GALLO, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private*, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, 3, p. 255 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi e le posizioni delle imprese private*, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, 3, p. 929 ss.

49 Nel senso di ritenere l'esistenza di un vero e proprio diritto all'accreditamento in capo agli erogatori privati v. Corte Cost., 28 luglio 1995, n. 416.

50 V. MOLASCHI, *Tutela della concorrenza, vincoli di spesa e rapporti tra Servizio sanitario nazionale e soggetti privati: una riflessione alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Foro amm. - TAR*, 2004, p. 1271 ss.

51 F.G. ANGELINI, *Amministrazione per fini pubblici, vincoli finanziari e organizzazione*, cit.

contrario, la natura necessariamente dinamica⁵² del rapporto tra pubblico e privato nel settore in questione, occorre ulteriormente sottolineare come gli spazi dell'iniziativa economica privata nell'erogazione dei servizi sanitari si sviluppino in due ambiti che presentano, sia sul piano strutturale e competitivo che su quello del regime giuridico applicabile, notevoli differenze.

Il primo, che interessa i privati non convenzionati con il SSN, è quello propriamente di libero mercato, nell'ambito del quale le strutture private esercitano liberamente – pur in presenza di una specifica regolamentazione pubblicistica e di un'attività di carattere conformativo posta in essere dai pubblici poteri a tutela degli interessi pubblici sottesi all'esercizio di tali servizi⁵³ – le attività sanitarie al di fuori di qualsivoglia legame con il servizio pubblico, in virtù di un titolo autorizzatorio rilasciato dall'ente competente ai sensi dell'art. 8-ter del d.lgs. 502/1992.

Il secondo, che interessa i privati convenzionati (o la quota parte di attività convenzionata) con il SSN, è invece quello in virtù del quale gli operatori privati erogano le prestazioni sanitarie non in regime di libero mercato bensì all'interno del perimetro del servizio pubblico (operando «*per conto*» e «*a carico del Servizio sanitario nazionale*»⁵⁴), risultando tali soggetti legati da un nesso di col-

52 R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 199, il quale sottolinea come «*le procedure di selezione e di coinvolgimento degli operatori privati accreditati – e conseguentemente, la loro presenza, più o meno massiccia e qualificata, per quantità e qualità, nei modelli regionali – giocano un ruolo assolutamente generale e sistemico al punto da orientare e fortemente plasmare l'intero modello, in tutti i suoi gangli vitali e persino nei segmenti e negli angoli più riposti e periferici. E non solo sul versante della spesa sanitaria [...] ma anche per la straordinaria – e forse persino inattesa – capacità di rimodulare sul piano funzionale la presenza sul territorio delle principali strutture istituzionali del servizio pubblico (unità sanitarie locali e aziende ospedaliere) il cui ruolo, nel concreto al di là delle formule legislative, spesso enfatiche e suggestive, non potrà non risultare condizionato dal dispiegamento, nello stesso bacino di utenza, di una rete più o meno massiccia e attiva di operatori privati accreditati*».

53 Dello stesso avviso, R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 205, il quale evidenzia come l'autorizzazione ex art. 8-ter del d.lgs. 502/1992 rappresenti un «*provvedimento conformativo del diritto d'impresa, nel solco dell'art. 41, ultimo comma, Cost., non dissimile da tanti altri seppure qualificato dalla specialità e dalla natura sensibile degli interessi di vita coinvolti*».

54 V. Cons. Stato, 10 febbraio 2021, n. 1252: «*deve rilevarsi che l'attività sanitaria "per conto", in particolare, presuppone che la struttura privata, ai fini della realizzazione dei livelli di assistenza che fanno carico al SSN, instauri la relazione diagnostica o curativa direttamente con l'utente che la elegge, nell'esercizio di una sua libera facoltà di scelta, quale fornitrice della prestazione medica di cui abbisogna e che ha titolo all'ottenimento della stessa, ponendone il costo a carico del SSN: l'accreditamento, da questo punto di vista, legittima la*

legamento funzionale ai pubblici poteri in forza del regime di accreditamento/accordo disciplinato dagli artt. 8-quater e 8-quinquies del d.lgs. 502/1992.

4. La libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie tra libera concorrenza ed esigenze di programmazione

Nel nostro ordinamento, parlare di concorrenza nell'ambito dell'erogazione dei servizi sanitari, tanto nell'ambito degli spazi di libero mercato quanto del servizio pubblico, richiede tutt'ora alcune precisazioni in ragione della rilevanza costituzionale di tale funzione del benessere e del suo stretto collegamento con gli obiettivi democratico-sociali perseguiti dalla nostra Costituzione economica.

La questione, come è stato sottolineato da alcuni autori⁵⁵, non è di facile soluzione posto che l'evoluzione del sistema legislativo che interessa la materia sanitaria evidenzia un rapporto variabile e non privo di conflittualità tra i diversi interessi in gioco, tra i quali il diritto alla salute, la libertà di scelta del singolo utente, la libertà di iniziativa economica, il rispetto del livello delle prestazioni e la compatibilità finanziaria delle stesse.

Alla luce dell'assenza di qualsivoglia esplicito richiamo alla concorrenza nell'ambito della disciplina positiva, a fronte invece dell'affermazione, nelle fonti di rango primario, del principio della libera scelta del soggetto erogatore⁵⁶, quale diretta emanazione dell'art. 32 Cost., sembrerebbe lecito ritenere che nel settore dei servizi sanitari – coerentemente sia con le tesi che ricostruiscono la libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. non quale diritto asso-

struttura privata a "proporsi" quale esecutrice della prestazione medica e garante della sua diretta esecuzione, con il trasferimento degli oneri alla sfera pubblica».

55 C.E. GALLO, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private*, cit., p. 253.

56 Per una ricostruzione si rinvia a P. MASALA, *La libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza e i suoi limiti. Una ricostruzione critica a partire dalla giurisprudenza europea in materia di "libera circolazione dei pazienti"*, in *Federalismi.it*, 26 novembre 2014.

luto bensì in funzione e nei limiti del perseguimento dell'utilità sociale⁵⁷, sia con la ricostruzione del diritto alla salute quale espressione della sovranità popolare⁵⁸ – la concorrenza venga promossa e tutelata non in quanto valore assoluto meritevole di tutela in quanto tale, bensì solo in quanto strumentale all'esercizio della libera scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie da parte del consumatore (nel caso di prestazioni non erogate dal SSN) e/o dell'utente (nel caso di prestazioni a carico del SSN) e pur sempre nel rispetto della programmazione e dei vincoli di finanza pubblica⁵⁹.

Intesa in termini di strumentalità rispetto all'esercizio del principio di libera scelta dell'erogatore, dovendosi altresì escludere qualsivoglia rilevanza sul piano dell'efficienza della spesa⁶⁰ alla luce dello specifico regime che disciplina la remunerazione delle prestazioni sanitarie sulla base di tariffe predefinite in via amministrativa, la tutela della concorrenza nel settore dei servizi sanitari non presenta dunque carattere assoluto⁶¹, dovendo essere temperata con altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle risorse finanziarie disponibili.

57 Si v. in particolare, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 45 ss.

58 L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'Autorità*, Dir. Pubblico, 2013, p. 1 ss.

59 Cfr. Corte Cost., 26 ottobre 2012, n. 236 secondo cui «il diritto alla libertà di scelta del luogo della cura in tutto il territorio nazionale non ha carattere assoluto, dovendo essere temperato con altri interessi costituzionalmente protetti, anche in considerazione dei limiti oggettivi derivanti dalle risorse finanziarie disponibili (ex multis, sentenze n. 248 del 2011, n. 94 del 2009, n. 200 del 2005). Dunque, non è vietato al legislatore sacrificare la libertà di scelta del paziente, a condizione che il sacrificio risulti necessitato dall'esigenza di preservare altri beni di rango costituzionale, quale ad esempio un'efficiente ed efficace organizzazione del sistema sanitario».

60 Con riferimento a tale accezione della tutela della concorrenza quale strumento del benessere collettivo nell'ottica dell'efficienza economica si v. in senso critico M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, p. 326.

61 In questo senso Corte Cost., 28 luglio 1995, n. 416 secondo cui la libertà di scelta «pur rafforzata per accentuare il regime di competizione cui devono essere sottoposte anche le strutture pubbliche, in una logica applicazione della qualificazione aziendale già attribuita» non è affatto illimitata perché la «libertà di scegliere da parte dell'assistito chi chiamare a fornire le prestazioni non comporta affatto una libertà sull'an e sull'esigenza delle prestazioni, restando confermato il principio fondamentale secondo cui l'erogazione delle prestazioni soggette a scelte dell'assistito è subordinata a formale prescrizione a cura del servizio sanitario nazionale».

Se con riferimento all'area del libero mercato – ferme restando le esigenze di pianificazione che anche in tale ambito rilevano a tutela del diritto alla salute e della stessa tutela della concorrenza⁶² – sembrerebbe pur astrattamente possibile parlare di concorrenza tra gli operatori privati nell'erogazione dei servizi sanitari al di fuori del SSN, secondo il costante orientamento della giurisprudenza, sarebbe invece improprio parlare di concorrenza nell'ambito della partecipazione dei privati all'erogazione del servizio pubblico. Ciò in quanto «*il rapporto di accreditamento, a metà strada tra concessione di servizio pubblico e abilitazione tecnica idoneativa, non è strutturato in base a criteri di mercato, ma a criteri di servizio pubblico di erogazione delle prestazioni sanitarie a carico dell'erario pubblico*»⁶³ con la conseguenza che «*nel complesso sistema pubblico-privato, gli operatori privati accreditati sono soggetti accomunati dal raggiungimento di fini di pubblico interesse di particolare rilevanza costituzionale, qual è il diritto alla salute, e non semplici fornitori di servizi sanitari operanti in un ambito puramente contrattuale, come tale sorretto da principi di massimo profitto e di totale deresponsabilizzazione circa il governo del settore*»⁶⁴.

62 Come recentemente evidenziato dal Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2019, n. 1589 «*lo strumento di pianificazione, previsto dall'art. 8-ter, comma 3, d.lgs. 502 del 1992, assolve alla funzione di garantire la corretta distribuzione, sul territorio, delle apparecchiature in modo che siano adeguatamente servite tutte le zone, anche quelle a bassa redditività, che in mancanza di tale strumento non sarebbero coperte. Come la costante giurisprudenza di questo Consiglio non smette di ripetere, infatti, «il sistema, per essere in equilibrio, presuppone la garanzia di una certa redditività che discende dal contingentamento delle apparecchiature: ove vi fosse la liberalizzazione vi sarebbe una distorsione del mercato in quanto gli operatori economici che operano privatamente sarebbero indotti a moltiplicare gli impianti nelle zone a maggiore redditività, lasciando di conseguenza scoperte le zone meno remunerative, con pregiudizio per la popolazione ivi residente» (v., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 21 febbraio 2017, n. 792). Proprio per queste essenziali ragioni, che attengono non solo alla tutela della salute, quale irrinunciabile interesse della collettività (art. 32 Cost.), ma anche alla tutela della concorrenza, questa Sezione non può che ribadire come l'autorizzazione per la realizzazione delle strutture sanitarie e socio-sanitarie, ai sensi dell'art. 8-ter, comma 3, del d. lgs. n. 502 del 1992, debba necessariamente – e si rimarca necessariamente – restare inserita nell'ambito della programmazione regionale, in quanto la verifica di compatibilità, effettuata dalla Regione, ha proprio il fine di accertare l'armonico inserimento della struttura in un contesto di offerta sanitaria rispondente al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di garantire meglio l'accessibilità ai servizi e di valorizzare le aree di insediamento prioritario delle nuove strutture (Cons. St., sez. III, 4 settembre 2017, n. 4187; Cons. St., sez. III, 11 ottobre 2016, n. 4190)».*

63 Cons. Stato, Sez. III, 22 gennaio 2016, n. 2017, recentemente ripresa da Cons. Stato, Sez. III, 3 febbraio 2020, n. 824.

64 Cons. Stato, Sez. III, 3 febbraio 2020, n. 824; in senso conforme, Cons. Stato, Sez. III, 29 luglio 2011, n. 4529; 14 giugno 2011, n. 3611; 13 aprile 2011, n. 2290. Cfr. anche Corte Cost., 28 luglio 1995, n. 416.

Se di competizione (sebbene amministrata) si deve parlare in tale ambito occorre, infatti, piuttosto fare riferimento ad un concetto di “concorso”⁶⁵ tra erogatori pubblici e privati funzionale all’esercizio da parte dell’utente del diritto di libera scelta⁶⁶, inizialmente introdotto dal d.lgs. 502/1992 e nel tempo fortemente ridimensionato per effetto – in particolare ad opera del d.lgs. 229/1999 – della riconduzione di tale sistema nell’ambito della programmazione sanitaria⁶⁷.

Se il d.lgs. 502/1992, così come modificato dal d.lgs. 517/1993 e dalla l. 724/1994, aveva infatti inizialmente delineato un sistema potenzialmente aperto (non a caso detto di “quasi-mercato”), improntato sul diritto dell’assistito alla libera scelta dell’erogatore e sulla tendenziale equiordinazione degli erogatori pubblici e privati operanti nel perimetro del servizio pubblico, fondata sulla separazione tra i soggetti che governano e finanziano il servizio e quelli che erogano le prestazioni⁶⁸, come puntualmente evidenziato dalla dottrina, a tale

65 G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Bologna, 2012, p. 399; R. FERRARA, *L’ordinamento della sanità*, cit., p. 207.

66 In questo senso, sottolineando la profonda differenza tra il sistema delle tre “A” di cui al d.lgs. 502/1992 e l’affidamento in “service” dei servizi mediante procedure ad evidenza pubblica, si v. Cons. Stato, Sez. III, 10 febbraio 2021, n. 1252, che rileva come «l’accreditamento – con le stringenti verifiche circa il possesso dei necessari requisiti organizzativi, tecnologici e qualitativi che il suo rilascio presuppone – è appunto funzionale a garantire che la scelta dell’esecutore della prestazione sanitaria da parte dell’utente finale avvenga a favore di soggetti preventivamente selezionati al fine di offrire le più ampie garanzie di idoneità, sicurezza e appropriatezza, tenuto conto del coinvolgimento nell’attività di un bene fondamentale quale la salute dei cittadini: tale verifica di idoneità, non potendo essere compiuta in maniera episodica dall’utente, viene infatti operata “a monte” e da parte dell’Amministrazione concedente, trovando espressione, appunto, nell’accreditamento della struttura sanitaria privata interessata ad agire nell’ambito del SSN ed ai fini del perseguimento dei suoi obiettivi».

67 Rileva in proposito C.E. GALLO, *La concorrenza nell’erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private*, cit., p. 253, «la prevalenza del settore pubblico, poi, è ancor più evidente nella disciplina successiva, allorché il meccanismo dell’accreditamento viene perfezionato, con l’introduzione di tre livelli: un primo livello, che è quello dell’autorizzazione sanitaria, indispensabile per qualsivoglia attività; un secondo livello che è quello dell’accreditamento, che significa riconoscimento della idoneità della struttura a poter operare a vantaggio del servizio sanitario nazionale, un terzo livello che è quello dell’accordo, e cioè dell’assegnazione a ciascuna struttura di un volume di affari effettuabile nei confronti del servizio nazionale. Con questo meccanismo viene in realtà introdotta e fatta prevalere l’esigenza di programmazione, e cioè l’esigenza che l’attività della struttura privata venga inserita nelle scelte di carattere programmatico compiute dall’amministrazione pubblica». Nel senso di ritenere ormai le prestazioni erogate in regime di accreditamento, sottoposte a programmazione e tetti di spesa, un sistema chiuso v. Cons. Stato, 30 agosto 2021, n. 6066.

68 Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2003, n. 499 e, più di recente, Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2019, n. 1589.

risultato non si è mai potuti giungere pienamente alla luce della «*commistione, in seno alle unità sanitarie locali, fra compiti e funzioni di programmazione, di governo, di finanziamento e di indirizzo-controllo e compiti di gestione concreta, ossia di erogazione di prestazioni sul territorio*»⁶⁹.

Il sistema inizialmente delineato dal d.lgs. 502/1992, fortemente incentrato sul riconoscimento del diritto di libera scelta da parte dell'utente⁷⁰ e sul rilascio dell'accreditamento agli operatori economici privati previo accertamento del mero possesso dei requisiti minimi richiesti per l'esercizio delle attività sanitarie e l'accettazione del sistema della remunerazione a prestazione secondo le tariffe predeterminate da ciascuna Regione, si presentava certamente come aperto e concorrenziale, ponendo tuttavia alcuni seri problemi di sostenibilità finanziaria in ragione del fatto che «*un numero di operatori non programmabile dal soggetto titolare del servizio (i presidi delle USL e tutti i soggetti esterni che avessero richiesto l'accreditamento) sarebbe stato abilitato ad erogare prestazioni automaticamente a carico del SSN e ciascuno di essi sarebbe stato indotto a fornire prestazioni di qualità elevata per attirare gli utenti e così accrescere la quota di risorse corrisposta dallo stesso titolare, commisurata alla quantità di prestazioni erogate*»⁷¹.

Tale sistema di quasi-mercato, aperto e concorrenziale, oltre a non essere mai stato compiutamente realizzato per le ragioni poc'anzi evidenziate, è stato poi definitivamente abbandonato – con l'avallo della giurisprudenza costituzionale⁷² – per effetto dell'entrata in vigore del d.lgs. 229/1999 che, nel ricondurre

69 R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 203; in senso conforme V. MOLASCHI, *Tutela della concorrenza, vincoli di spesa e rapporti tra Servizio sanitario nazionale e soggetti privati: una riflessione alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, cit. e E. STICCHI DAMIANI, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi e le posizioni delle imprese private*, cit.

70 L'art. 6, comma 6, l. 724/1994 prevedeva infatti che «*la libera scelta da parte dell'assistito si esercita nei confronti di tutte le strutture e dei professionisti accreditati dal Servizio sanitario nazionale in quanto risultino effettivamente in possesso dei requisiti previsti dalla normativa vigente e accettino il sistema della remunerazione a prestazione*».

71 P. MASALA, *La libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza e i suoi limiti. Una ricostruzione critica a partire dalla giurisprudenza europea in materia di "libera circolazione dei pazienti"*, cit., pp. 9-10; Cfr. N. AICARDI, *La sanità*, cit., p. 670.

72 Cfr. Corte Cost., 26 maggio 2005, n. 200; 2 aprile 2009, n. 94; 27 luglio 2011, n. 248.

l'intero sistema all'interno di valutazioni programmatiche ed organizzative discrezionali delle amministrazioni coinvolte, ha fortemente ridimensionato l'ambito di esercizio della libera scelta dell'utente (e, insieme ad essa, alla luce del noto principio secondo cui un eccesso di offerta genera un eccesso di domanda, i confliggenti profili di concorrenzialità del sistema) riservandone una tutela esclusivamente nei limiti della programmazione sanitaria e, dunque, di valutazioni discrezionali connesse all'analisi del fabbisogno e delle risorse disponibili cui è, non a caso, subordinato il rilascio dell'accreditamento e la sottoscrizione degli accordi *ex art. 8-quinquies* del d.lgs. 502/1992.

Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale⁷³ si rileva, altresì, come le limitazioni della libertà di scelta dell'erogatore e della corrispondente limitazione della libertà di iniziativa economica da parte degli operatori privati risultano giustificabili nella misura in cui esse siano funzionali ad assicurare la continuità del soddisfacimento del diritto alla salute mediante il mantenimento di un servizio pubblico nell'interesse dell'individuo e della collettività e nell'adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà⁷⁴. Ne consegue, pertanto, che, al pari del principio di libera scelta, anche la promozione della concorrenza all'interno del servizio pubblico – la quale a sua volta, risulta strumentale tanto all'esercizio di tale libertà degli utenti quanto della libertà di iniziativa economica – dovrebbe ritenersi da un lato un interesse estraneo al contenuto essenziale del diritto alla salute e, dall'altro, sacrificabile in presenza di interessi antagonisti concernenti la preservazione e la sostenibilità nel tempo del servizio pubblico.

Anche dal punto di vista del diritto europeo occorre altresì rilevare come, secondo l'orientamento costante della Corte di Giustizia UE – pur valendo il principio generale secondo cui gli Stati, nell'esercizio degli ampi margini di discrezionalità riconosciuta dai Trattati in relazione all'organizzazione della sanità

73 Cfr. Corte Cost., 26 maggio 2005, n. 200; 2 aprile 2009, n. 94; 27 luglio 2011, n. 248; 26 ottobre 2012, n. 236.

74 P. MASALA, *La libertà di scelta del soggetto erogatore delle prestazioni sanitarie in tutto il territorio nazionale a prescindere dalla Regione di residenza e i suoi limiti. Una ricostruzione critica a partire dalla giurisprudenza europea in materia di "libera circolazione dei pazienti"*, cit., p. 21.

pubblica⁷⁵, non possono introdurre o mantenere ingiustificate restrizioni all'esercizio delle libertà fondamentali⁷⁶ – l'introduzione di limitazioni alla libera prestazione dei servizi può risultare pienamente giustificata e compatibile con l'ordinamento eurounitario se sorretta da una ragione imperativa di pubblico interesse qual è *«l'obiettivo di mantenere, per ragioni di sanità pubblica, un servizio medico ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti»* il quale *«può rientrare parimenti in una delle deroghe giustificate da motivi di sanità pubblica, se un siffatto obiettivo contribuisce al conseguimento di un livello elevato di tutela della salute»*⁷⁷ e, più in generale, l'obiettivo di assicurare, nel territorio dello Stato membro interessato, la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure sanitarie di qualità, ovvero, di garantire un controllo dei costi e di evitare ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane⁷⁸.

5. La natura del rapporto che regola l'erogazione delle prestazioni da parte dei privati accreditati, l'assenza di sinallagmaticità e il nesso accreditamento-accordo

La possibilità che le prestazioni sanitarie siano erogate anche al di fuori delle strutture sanitarie pubbliche risulta coerente con le origini del Servizio Sanitario Nazionale e, in particolare, con il fatto che ben prima della sua istituzione le sue funzioni fossero svolte da soggetti privati mossi dal perseguimento di finalità filantropiche. In epoca fascista, in funzione del perseguimento di obiettivi di salute pubblica, si è assistito ad una parziale pubblicizzazione del settore e, successivamente, nel tentativo di dare piena attuazione all'art. 32 Cost., con la l. 833/1978, all'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale il quale, pur determinando il definitivo superamento del sistema mutualistico a favore di un più ampio ruolo del pubblico secondo lo schema del servizio pubblico universale, non ha però escluso il privato dal novero dei potenziali soggetti erogatori,

75 CGUE, 5 dicembre 2013, C-159/12 e C-162/12; 17 giugno 1997, C-70/95.

76 CGUE, 11 settembre 2008, C-141/07; Id., 1 giugno 2010, C-570/07 e C-571/07.

77 CGUE, 11 dicembre 2014, C-113/13.

78 CGUE, 11 settembre 2008, C-141/07.

relegando tuttavia tale componente ad un ruolo sussidiario, a supporto cioè delle eventuali carenze degli erogatori pubblici.

La collocazione giuridica e fattuale dei privati nell'ambito del SSN risulta tuttavia non priva di incertezze alla luce della peculiare disciplina giuridica che regola l'attività di tali soggetti in modo da rendere compatibile la loro natura giuridica privatistica con il loro inserimento istituzionale, in forza del provvedimento di accreditamento, nel perimetro del servizio pubblico e dunque del loro concorrere all'espletamento di una funzione pubblica di assistenza sanitaria. Come è stato rilevato, infatti, le strutture private operano sul mercato nella loro qualità di imprese e, pertanto, per esse valgono le regole di diritto comune, sebbene il bene della vita di cui si discute e su cui si incide non manchi di determinare alcune inevitabili alterazioni delle tradizionali regolazioni giuridiche di natura sinallagmatica⁷⁹.

Ai sensi degli artt. 8-bis, 8-ter, 8-quater e 8-quinquies del d.lgs. 502/1992, ai privati è consentito erogare prestazioni sanitarie rientranti nel servizio pubblico alla duplice condizione del possesso dell'autorizzazione sanitaria (rilasciata previo accertamento dell'esistenza di requisiti di carattere organizzativo, igienico e tecnico-sanitario) e dell'inserimento del soggetto privato nel servizio sanitario, in regime di "concorso" con le strutture pubbliche mediante accreditamento e successiva sottoscrizione dell'accordo a mezzo del quale viene assegnato un *budget* inderogabile secondo le previsioni dell'art. 32, comma 8 della l. 449/1997.

L'autorizzazione disciplinata dall'art. 8-ter del d.lgs. 502/1992 rappresenta il provvedimento di primo livello necessario per l'esercizio di attività sanitarie ed è volto a verificare la sussistenza in capo all'erogatore privato di taluni standard strutturali e requisiti minimi di sicurezza e qualità delle prestazioni⁸⁰.

79 R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 197.

80 Corte Cost. 22 settembre 2022, n. 195 evidenzia come «il sistema sanitario, come riformato dal d.lgs. n. 502 del 1992 e poi significativamente rimodulato con il d.lgs. n. 229 del 1999, configura il rapporto pubblico-privato dell'offerta sanitaria secondo un sistema progressivo, in base al quale i soggetti che intendono erogare prestazioni sanitarie devono essere autorizzati e solo se autorizzati possono chiedere l'accreditamento

Trattasi, pertanto, di un provvedimento abilitativo a carattere discrezionale inquadrabile nell'ambito dello schema delineato dal comma 3 dell'art. 41 Cost. al fine di contrastare fenomeni di esercizio abusivo della professione sanitaria, il cui possesso è prescritto sia per gli operatori che intendono operare all'interno del SSN sia per quelli che intendono erogare prestazioni in forma privata, secondo le regole del mercato.

L'accreditamento disciplinato dall'art. 8-quater e il successivo accordo *ex art. 8-quinquies* configurano invece una vicenda concessoria⁸¹ che implica l'esercizio di un potere ampiamente discrezionale consistente in un duplice vaglio di natura tecnica e di carattere politico programmatico, vincolato sia al fabbisogno sanitario che alle risorse disponibili⁸². In particolare, l'accreditamento istituzionale delle strutture private in possesso dell'autorizzazione di cui all'art. 8-ter si configura come quel provvedimento – a metà strada tra concessione di servizio pubblico e abilitazione tecnica idoneativa⁸³ – per effetto del quale si configura un nesso di collegamento organico e funzionale di servizio pubblico⁸⁴ a cui l'ordinamento «collega solo ed essenzialmente l'aspettativa del conven-

istituzionale, che li rende potenziali erogatori di prestazioni sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale. Ciò si realizza solo a seguito della conclusione di contratti con l'amministrazione, e nei limiti di spesa ivi previsti. [...] L'autorizzazione, disciplinata dall'art. 8-ter del d.lgs. n. 502 del 1992, si articola sul duplice versante della realizzazione della struttura e dell'esercizio dell'attività sanitaria. Essa è subordinata alla verifica, da parte della Regione interessata, della realizzabilità della struttura in relazione alla localizzazione territoriale, tenuto conto del fabbisogno complessivo di assistenza che considera anche le prestazioni extra livelli essenziali di assistenza (sentenza n. 7 del 2021), e al possesso dei requisiti minimi di tipo strutturale, tecnologico e organizzativo».

81 Coerentemente con la logica pubblicistica reintrodotta a seguito del d.lgs. 229/1999, logico corollario è «la costruzione dei rapporti e dei nessi di servizio pubblico che legano le strutture private convenzionate con il servizio sanitario nazionale alla stregua di concessioni di servizi pubblico, ossia facendosi ricorso al provvedimento amministrativo discrezionale per eccellenza, volendosi, in questo modo, marchiare a fuoco una vera e propria riserva di potestà e di attribuzioni che sarebbero imputabili alle strutture pubbliche della sanità, uniche e vere titolari del potere di gestione e di erogazione delle prestazioni a favore degli utenti» (R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 201).

82 Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. III, 11 novembre 2021, n. 7534; Sez. III, 6 settembre 2021, n. 6224; Cass, Sez. Un., 1 febbraio 1999, n. 15; Cass., Sez. Un., 12 luglio 1995, n. 7641.

83 Cons. Stato, Sez. III, 27 giugno 2022, n. 5230; Cons. Stato, Sez. III, 18 maggio 2022, n. 3917; Cons. Stato, Sez. III, 12 luglio 2021, n. 5245; TAR Lazio, Latina, Sez. I, 25 novembre 2020, n. 432; Cons. Stato, Sez. III, 3 febbraio 2020, n. 824.

84 Sotto altro profilo, il regime dell'accreditamento si differenzia profondamente dall'affidamento dei servizi mediante il contratto di appalto in quanto il primo «sembra essere il più congruente con la volontà di associare i fornitori alle responsabilità di una evoluzione dinamica di servizi che devono ga-

zionamento e non anche l'obbligo di erogare prestazioni per conto del SSN, posto che siffatto obbligo discende unicamente dal contratto con il quale l'amministrazione vincola il soggetto privato a concorrere ad assicurare i livelli essenziali e uniformi di assistenza sul territorio, nel quadro di una regolazione economica in cui le tariffe da rimborsare sono previamente fissate, così come il tetto massimo delle prestazioni erogabili⁸⁵. L'accordo contrattuale, che secondo alcuni sarebbe riconducibile alla figura del contratto di diritto pubblico⁸⁶, si pone dunque nella fattispecie di cui al d.lgs. 502/1992 quale atto conclusivo della procedura amministrativa che instaura il rapporto concessorio per effetto del quale gli erogatori privati sono ammessi ad erogare le prestazioni a carico del SSN.

Sebbene pur sempre astrattamente riconducibile ad un rapporto di tipo concessorio, secondo la più recente giurisprudenza contabile⁸⁷ non sarebbe però corretto ricondurre l'erogazione delle prestazioni a carico del SSN da parte dei privati titolari dell'accreditamento e dell'accordo *ex art. 8-quinquies* d.lgs. 502/1992 «alla mera "vendita"/acquisto di prestazioni sanitarie, traendo origine, anche dopo il passaggio dal regime del c.d. "convenzionamento" a quello del c.d. "accreditamento" sanitario, non da un contratto di diritto privato ma da una concessione amministrativa per l'espletamento di una funzione pubblica – l'assistenza sanitaria – di rilievo costituzionale, *ex art. 32 Cost.*» laddove, «la particolarità del nuovo regime, rispetto a quello preesistente e, in genere, rispetto alla natura ed alla disciplina delle concessioni, consiste nel fatto che si è passati ad un sistema di concessione *ex lege*, nel quale la disciplina dei singoli rapporti e l'individuazione dei diritti e degli obblighi delle parti non è più dettata nelle singole convenzioni ma è contenuta in via generale nella stessa legge pur con rinvii integrativi a norme di secondo grado o regionali [...]. Non v'è dubbio, però, che (così come accadeva in passato

rantire nel tempo una qualità intesa come costante adeguamento delle caratteristiche degli stessi al mutare delle esigenze degli utenti» (C. BOTTARI, *La tutela della salute: lavori in corso*, Torino, 2020, p. 134).

85 TAR Lazio, Latina, Sez. I, 25 novembre 2020, n. 432; Cons. Stato, Sez. III, 21 ottobre 2020, n. 6372.

86 R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 206; in senso critico G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.

87 Corte Conti, Sez. II, Giur. Centr. App., 21 aprile 2021, n. 123.

all'atto della stipula delle singole convenzioni) attraverso l'accreditamento sia demandata anche al soggetto privato in possesso dei requisiti richiesti dalla legge la realizzazione dell'interesse pubblico, di rango costituzionale, alla salute dei cittadini e che l'attività sanitaria esercitata dalla struttura o dal professionista accreditati si concreti nell'erogazione di un servizio pubblico, il cui esercizio è sottoposto, come riconosciuto dalla stessa ricorrente, al potere di direzione e di controllo dell'amministrazione ed è remunerato con risorse pubbliche. L'instaurazione del rapporto concessorio di accreditamento comporta, in buona sostanza, l'inserimento dell'accreditato, in modo continuativo e sistematico, nell'organizzazione della P.A. relativamente al settore dell'assistenza sanitaria».

Una volta rilevata la peculiarità di tali rapporti concessori, laddove l'accreditamento sarebbe riconducibile alla figura della concessione amministrativa e l'accordo *ex art. 8-quinquies* d.lgs. 502/1992 ad un contratto di diritto pubblico privo della sinallagmatica tipica dei negozi di diritto privato, occorre soffermarsi sul nesso esistente tra provvedimento di accreditamento e accordo contrattuale. Si tratta, in altri termini, di verificare l'autonomia di tali atti sotto il profilo della fattispecie concessoria in parola e, dunque, la loro effettiva scindibilità ai fini dell'introduzione di meccanismi competitivi tali da permettere la contendibilità dei *budget* regionali tra soggetti accreditati.

L'art. 8-*quater* del d.lgs. 502/1992 prevede che *«la qualità di soggetto accreditato non costituisce vincolo per le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale a corrispondere la remunerazione delle prestazioni erogate, al di fuori degli accordi contrattuali di cui all'art. 8-quinquies»*. Se, come è stato evidenziato dalla giurisprudenza, tale disposizione deve essere intesa nel senso che *«nessuna erogazione di prestazione sanitaria finanziariamente coperta dalla mano pubblica è possibile ove non sussista un provvedimento amministrativo di competenza regionale che riconosca alla struttura la qualità di soggetto accreditato e al di fuori di singoli, specifici rapporti contrattuali»⁸⁸*, essa non pare però legittimare letture tese a ritenere possibile l'apertura del sistema dell'accreditamento in favore di strutture private pure in assenza del successivo accordo.

88 Cass., Sez. Un., n. 17591/2018.

Da un lato, una simile interpretazione farebbe venir meno il carattere concessorio del sistema, sganciandolo dall'analisi del fabbisogno e delle risorse disponibili, circoscrivendo il rilascio dell'accREDITAMENTO entro il perimetro del mero giudizio di idoneità tecnico-abilitativa; dall'altro essa si porrebbe in contrasto con l'espressa previsione del comma 2-quinquies dell'art. 8-quinquies che espressamente prevede che *«in caso di mancata stipula degli accordi di cui al presente articolo, l'accREDITAMENTO istituzionale di cui all'art. 8-quater delle strutture e dei professionisti eroganti prestazioni per conto del Servizio sanitario nazionale interessati è sospeso»*.

Una conferma in tal senso si rinviene anche nella recente giurisprudenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana il quale, nel sindacare una fattispecie di mancata contrattualizzazione di un erogatore privato già accREDITATO, richiamando l'orientamento più risalente espresso dal Consiglio di Stato (n. 4574/2013), ha avuto modo di rilevare l'esistenza di un vero e proprio *«diritto alla convocazione per la contrattualizzazione (laddove non vi ostino plausibili e giustificati impedimenti connessi all'esercizio della pianificazione regionale)»* con la conseguenza che *«la scelta dell'amministrazione regionale di impedire nei fatti (o di rendere estremamente difficoltoso) l'accesso alla contrattualizzazione deve essere dichiarata illegittima»* in quanto *«non vi è dubbio che una volta individuati i soggetti accREDITATI tali operatori devono essere messi in condizione di stipulare contratti con l'amministrazione non potendo la Regione rivolgersi a tempo indefinito solo ai soggetti che per anni hanno avuto accesso al mercato e fare riferimento solo al criterio della spesa storica che evidentemente avvantaggia solo coloro che operano in un mercato chiuso all'accesso di nuovi operatori»*, *«fermo restando infatti il tetto di spesa, la ripartizione dei budget tra i soggetti accREDITATI dovrebbe essere operata in base ad appositi criteri idonei a garantire condizioni di parità tra i soggetti»*⁸⁹.

Se, come correttamente sostiene il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, il soggetto accREDITATO vanta un'aspettativa giuridicamente tutelata non tanto al conseguimento del bene della vita consistente nell'attribuzione di un determinato *budget* di prestazioni da erogare agli utenti,

⁸⁹ CGARS, 5 giugno 2019, n. 520; più recentemente ripresa da CGARS, 23 luglio 2021, n. 745.

che rimane pur sempre rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione contraente, bensì alla convocazione per la stipula dell'accordo *ex art. 8-quinquies*, deve, da un lato, negarsi la possibilità per le amministrazioni regionali di provvedere all'accreditamento di un numero maggiore di erogatori privati rispetto alla programmazione dei fabbisogni e delle risorse destinate alla copertura degli stessi e, dall'altro, di conseguenza, dubitare che sia astrattamente configurabile la possibilità di operare, ai fini della selezione degli erogatori privati con cui stipulare gli accordi, una selezione competitiva tra più soggetti accreditati posto che ciascuno di essi, per il sol fatto di aver ottenuto l'accreditamento (fermo restando il potere di revoca di cui al comma 8 dell'art. 8-quater del d.lgs. 502/1992 in presenza di una capacità produttiva superiore al fabbisogno stimato ai fini del rilascio dell'accreditamento), vanta una aspettativa giuridicamente tutelata alla stipula del contratto e alla successiva erogazione delle prestazioni pur nei limiti di quanto assegnato alla singola struttura sanitaria.

La natura delle situazioni giuridiche vantate dai soggetti titolari dell'accreditamento rispetto alla successiva stipula degli accordi contrattuali e l'esistenza di un nesso di accessorietà esistente tra provvedimento di accreditamento e accordo *ex art. 8-quinquies*, evidentemente non considerata o sottovalutata dall'estensore dell'art. 15 della l. 118/2022, paiono tali – a parere di chi scrive – da mettere seriamente in discussione la loro compatibilità con il nuovo testo del comma 1-bis dell'art. 8-quinquies del d.lgs. 502/1992, nella parte in cui sembra subordinare la stipula degli accordi al previo esperimento di procedure competitive tra più soggetti accreditati, interessati ad aggiudicarsi una parte del *budget* regionale, secondo le logiche – che non rilevano, neppure in linea di principio e/o astratta, in relazione alle peculiari fattispecie concessorie rinvenibili nell'ordinamento amministrativo sanitario – più propriamente disciplinate dalla Direttiva 23/2014 e dalla normativa di recepimento (d.lgs. 50/2016).

6. (Segue): L'irrilevanza eurounitaria della fattispecie concessoria di cui al d.lgs. 502/1992 e l'esclusione dall'ambito di applicazione del d.lgs. 50/2016

Il sistema di accreditamento e convenzionamento illustrato nel precedente paragrafo – delineando un rapporto contrattuale conformato da finalità pubblicistiche, in virtù del quale mediante l'accreditamento l'offerta di prestazioni sanitarie da parte della struttura privata viene inserita nell'ambito della programmazione sanitaria pubblica, previa fissazione di tariffe remunerative e, attraverso la stipula degli accordi *ex art. 8-quinquies*, delimitazione del tetto massimo di spesa⁹⁰ – si pone, dunque, come una evidente deroga alla disciplina concernente l'acquisto dei servizi da parte della pubblica amministrazione secondo le regole dell'evidenza pubblica e, dunque, le previsioni del d.lgs. 50/2016.

Tale deroga, che trova giustificazione nell'irrilevanza di tale fattispecie concessoria sul piano del diritto europeo, rappresenta un ulteriore indice della sua peculiarità riconducibile in parte a ragioni di natura strutturale connesse all'operatività nell'ambito del servizio pubblico del principio di libera scelta dell'utente e, dunque, alla diversa dinamica attraverso cui si realizza l'erogazione delle prestazioni a carico del SSN, in parte alla non equiparabilità di tale fattispecie concessoria con la concessione di servizi disciplinata dalla Direttiva 23/2014⁹¹.

Sul piano del diritto positivo occorre evidenziare come proprio il paragrafo 13 delle premesse della Direttiva 23/2014 – conformemente a quanto in precedenza previsto dalla Direttiva 123/2006 (c.d. Direttiva Bolkestein) al paragrafo 22 e all'art. 2, comma 2, lett. f) – escluda espressamente dal proprio ambito di applicazione «*i regimi in cui tutti gli operatori che soddisfano determinate condi-*

90 C. BOTTARI, *La tutela della salute: lavori in corso*, Torino, 2020, p. 137 ss. (in particolare p. 139).

91 *Contra* V. PADOVANI, *La "concorrenza" in sanità tra staticità del fabbisogno assistenziale e discrezionalità amministrativa. I vincoli all'accesso dei nuovi erogatori. Nota a Consiglio di Stato, Sez. III, 04/02/2021, n. 1043*, in *Federalismi.it*, 2021, 13.

zioni sono autorizzati a svolgere un determinato compito, senza selettività, come i sistemi basati sulla libera scelta del cliente e i sistemi di buoni servizio [...] compresi quelli fondati su accordi giuridici tra l'autorità pubblica e gli operatori economici. Tali sistemi si basano generalmente su una decisione dell'autorità pubblica che definisce le condizioni trasparenti e non discriminatorie applicabili all'accesso continuo da parte degli operatori economici alla fornitura di servizi specifici, quali i servizi sociali, consentendo ai clienti di scegliere tra tali operatori».

Sul piano giurisprudenziale l'irrilevanza eurounitaria della fattispecie è stata invece più volte affermata motivando l'esclusione dall'ambito di applicabilità del d.lgs. 50/2016 del concorso dei privati all'erogazione delle prestazioni a carico del SSN sulla base del fatto che «*gli operatori economici interessati non sono selezionati dal "mercato" ma sono comunque quelli, e solo quelli, già destinatari di un provvedimento di natura concessoria, qual è l'accreditamento istituzionale, in forza del fabbisogno sanitario stabilito secondo le funzioni sanitarie individuate dal Piano sanitario regionale per garantire i livelli essenziali e uniformi di assistenza*»⁹².

L'estraneità dei rapporti concessori di cui al d.lgs. 502/1992 alla disciplina dell'evidenza pubblica e, in particolare, al d.lgs. 50/2016 trova altresì giustificazione nella peculiare natura pubblicistica della fattispecie concessoria in parola laddove le regole dell'accreditamento, da un lato, non sembrano permettere la configurazione di un "mercato" dei soggetti titolari dell'accreditamento in relazione al quale applicare, ai fini della stipula degli accordi *ex art. 8-quinquies*, le regole degli appalti pubblici; e, dall'altro, un regime che, sebbene astrattamente riconducibile alla concessione di pubblico servizio, si distanzia da quest'ultima in quanto «*il provvedimento di accreditamento sanitario neppure comporta l'attribuzione in sé e per sé di un vantaggio economico, dato che l'obbligo di erogare prestazioni sanitarie per conto del SSR, e il correlativo diritto di esigerne la remunerazione, discende*

92 Cons. Stato, Sez. III, 26 aprile 2022, n. 3183; Cons. Stato, Sez. III, 19 marzo 2018, n. 1739.

solo dal successivo contratto con il quale l'Amministrazione, previa definizione del budget, vincola il privato a concorrere ad assicurare i livelli di assistenza sul territorio»⁹³.

Laddove, peraltro, neppure l'accordo *ex art. 8-quinquies* – da ritenersi, contrariamente alla concessione di servizi di cui al d.lgs. 50/2016, comunque privo di natura sinallagmatica in virtù del divieto per le amministrazioni di corrispondere la remunerazione in relazione alle prestazioni eccedenti il budget assegnato – sembrerebbe suscettibile di applicazione del d.lgs. 50/2016 e della Direttiva 24/2014 in quanto funzionale non a configurare una relazione contrattuale a prestazioni corrispettive, bensì esclusivamente a fissare negozialmente il tetto di spesa assegnato all'erogatore privato, imprimendo così un vincolo di destinazione sulle risorse pubbliche e liberando l'erogatore privato da qualsivoglia obbligo in ordine all'erogazione di prestazioni eccedenti il tetto negozialmente stabilito⁹⁴.

7. La posizione critica dell'ACGM e i recenti richiami giurisprudenziali in tema di libertà di accesso al servizio pubblico

In questo contesto deve tuttavia registrarsi la posizione critica espressa in più occasioni dall'AGCM e, successivamente, recepita nella segnalazione ai sensi degli artt. 21 e 22 della l. 287/1990 inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri avente ad oggetto «*proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021*».

Come si legge nella suddetta segnalazione, «*per garantire una più efficiente allocazione delle risorse pubbliche e una maggiore libertà di scelta degli assistiti in termini di luogo di cura e di medico, si ribadisce la necessità di un intervento che aumenti le condizioni di concorrenza nell'accesso delle strutture private all'erogazione delle prestazioni sanitarie. Nel settore sanitario, l'apertura alla concorrenza deve, infatti, essere perseguita come strumento che, incentivando la libera scelta dei medici, assistiti e terzo pagante, consente l'alloca-*

93 TAR Lazio, Latina, Sez. I, 25 novembre 2020, n. 432.

94 In tal senso, *ex multis*, Cass., Sez. I, 19 marzo 2020, n. 7469; Cass., Sez. III, 29 ottobre, 2019, n. 27608.

*zione efficiente delle risorse, sia sotto il profilo dell'efficacia delle prestazioni sanitarie che sotto quello del rispetto del vincolo di spesa». Secondo l'AGCM l'apertura alla concorrenza «in grado di aumentare l'offerta dei servizi sanitari e la loro efficienza» dovrebbe realizzarsi: i) eliminando gli ostacoli che limitano l'accesso dei privati all'esercizio di attività sanitarie non convenzionate con il SSN (e dunque quello che è stato prima definito l'ambito di libero mercato); ii) riformando il sistema di accreditamento, eliminando il regime dell'accREDITAMENTO provvisorio; iii) prevedendo selezioni periodiche regionali ed adeguatamente pubblicizzate ai fini della sottoscrizione degli accordi *ex art. 8-quinquies* del d.lgs. 502/1992; iv) garantendo un'informazione piena sulle *performance* delle strutture pubbliche e private.*

Si noti che tale segnalazione fa seguito sia ad un parere (AS1522 – Regione Basilicata – Accreditamento delle strutture sanitarie) reso in data 18 aprile 2018, sia ad alcuni contenziosi promossi dall'AGCM nei confronti della Regione Basilicata e della Regione Puglia, nell'ambito dei quali veniva contestata la legittimità, nel primo caso, delle previsioni che impedivano la presentazione delle istanze di accreditamento nelle more della ridefinizione dei criteri di determinazione del fabbisogno delle prestazioni e, nel secondo caso, delle delibere che vincolavano il rilascio delle autorizzazioni *ex art. 8-ter* all'esercizio di un potere di pianificazione regionale.

Ciò su cui si sofferma l'AGCM nell'ambito di tali interventi è, da un lato, la prassi seguita da talune regioni di bloccare gli accreditamenti a tempo indeterminato in ragione della mancata mappatura del fabbisogno che, come tale, determinerebbe una ingiustificata barriera all'ingresso, consolidando in tal modo la posizione di quegli erogatori privati già accreditati e convenzionati nell'ambito del SSR; e, nel caso della Regione Puglia, la compatibilità con i principi e le regole UE del regime autorizzatorio configurato dalla normativa nazionale e regionale con riferimento al rilascio dei titoli per la costruzione di nuove strutture sanitarie e l'esercizio dell'attività.

Quanto alla prima questione, concernente la legittimità del blocco degli accreditamenti di nuovi erogatori privati, la posizione espressa dall'AGCM sembrerebbe essere stata recepita da alcuni recenti interventi giurisprudenziali nella misura in cui è stato affermato che *«il vizio di fondo della posizione regionale, nella interpretazione delle norme in materia e della loro “ratio”, è quello di considerare il fabbisogno regionale, statico e potenzialmente immutato per lungo tempo, quale condizione necessaria e sufficiente per “congelare” la situazione degli accreditamenti già concessi, e quindi precludere l'indizione dei bandi per l'accredito; questi ultimi, in effetti, non possono essere considerati recessivi rispetto alla mera reiterata conferma dei soggetti già accreditati, giacché, al contrario, un sistema basato sulla sussidiarietà orizzontale tra operatori pubblici e privati accreditati non può sfuggire alle regole, operanti per qualunque settore del mercato, della concorrenzialità volta sia a valutare l'ingresso di nuovi operatori, sia a verificare periodicamente gli operatori già accreditati, sia, conseguentemente, a valutare eventualmente il livello, e gli eventuali necessari miglioramenti, dell'efficientamento e della razionalizzazione della rete. Non a caso, osserva ancora il Collegio, l'accredito istituzionale ha durata limitata nel tempo, e cioè cinque anni; la rinnovabilità, pure consentita dalla legge regionale 32/2007, non è incondizionata bensì subordinata sia alle esigenze di programmazione, sia al rispetto di ulteriori requisiti orientati al miglioramento continuo della qualità dell'assistenza. Ciò è coerente con il principio per cui l'accredito attribuisce al suo titolare una posizione concorrenziale di plusvalore rispetto agli altri operatori privati – definita dall'art. 8 quater D.Lgs. 502/1992 come “qualità di soggetto accreditato” – e dunque con il principio, da applicare anche in questa materia, per cui il mero, reiterato rinnovo dell'accredito finisce con il rappresentare il consolidamento della stessa posizione di plusvalore concorrenziale a scapito della necessaria verifica, periodica e trasparente, della eventuale maggiore efficienza e qualità di soggetti aspiranti, alla luce della necessità che l'offerta sanitaria sia costantemente verificata, aggiornata e rinnovata»⁹⁵.*

95 Cons. Stato, 4 febbraio 2021, n. 1043; cfr. V. PADOVANI, *La “concorrenza” in sanità tra staticità del fabbisogno assistenziale e discrezionalità amministrativa. I vincoli all'accesso di nuovi erogatori*, in *Federalismi.it*, 2021, 13.

Tale posizione del Consiglio di Stato, nel suggerire l'introduzione di elementi di instabilità nel rapporto concessorio che si instaura con l'erogatore privato in funzione dell'esigenza di rendere contendibile – specularmente a quanto avviene in altri settori dell'ordinamento pubblicistico (es. appalti e concessioni) – l'accreditamento di nuovi soggetti potenzialmente interessati a erogare prestazioni a carico del SSN⁹⁶, superando di fatto l'esistente modello basato sullo stabile inserimento della struttura privata «*in modo continuativo e sistematico nell'organizzazione della pubblica amministrazione*»⁹⁷ e sul riconoscimento degli operatori privati non quali «*semplici fornitori di servizi sanitari operanti in un ambito puramente contrattualistico*» bensì quali soggetti accomunati dal raggiungimento di fini di pubblico interesse risultando in tal modo responsabilizzati circa il governo del settore⁹⁸, si presta a diverse critiche.

Da un lato essa si discosta da taluni condivisibili precedenti giurisprudenziali che, con maggiore equilibrio e capacità di bilanciamento dei diversi interessi in gioco, avevano evidenziato come «*se è vero che il regime dell'accreditamento limitato non può garantire “una rendita da posizione” e un inammissibile privilegio alle strutture già accreditate, come questo Consiglio ha già rilevato nella sopra citata sentenza n. 4574/2013, è anche vero che l'accesso di nuove strutture al sistema dell'accreditamento non può essere, a monte, aperto, incontrollato e indiscriminato, poiché in questa materia il cogente vincolo del fabbisogno, da un lato, e la impellente necessità di contenere la spesa pubblica, dall'altro, costringono necessariamente la logica concorrenziale e gli interessi particolari dei*

96 Nel senso di negare che l'accreditamento sanitario comporti l'attribuzione in sé per sé di un vantaggio economico, dato che l'obbligo di erogare prestazioni sanitarie per conto del SSR, e il correlativo diritto di esigerne la remunerazione, discende solo dal successivo contratto con l'Amministrazione, previa definizione del *budget* v. TAR Lazio, Latina, Sez. I, 25 novembre 2020, n. 432.

97 Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2021, n. 783.

98 È proprio valorizzando tale aspetto, del resto, che la giurisprudenza ha potuto ritenere pienamente legittime le norme che, con effetto retroattivo, hanno tagliato i tetti di spesa e ridotto i corrispettivi per le prestazioni già erogate (cfr. Corte Cost., 28 luglio 1995, n. 416; Cons. Stato, Ad. Plen., 12 aprile 2012, n. 3; Cons. Stato, Sez. III, 30 agosto 2021, n. 6066; Sez. III, 12 luglio 2021, n. 5245; Sez. III, 28 febbraio 2018, n. 1256; Sez. III, 29 luglio 2011, n. 4529).

soggetti aspiranti all'accreditamento ad un ruolo subalterno rispetto alle specifiche e primarie esigenze della domanda sanitaria e ad un oculato regime di spesa»⁹⁹.

Dall'altro, essa sembra ispirata al perseguimento di un modello di promozione della concorrenza nel settore dei servizi sanitari che, per un verso, risulta estraneo al quadro normativo e al modello "politico programmatico"¹⁰⁰ che caratterizza il sistema vigente il quale, come rilevato in precedenza, non essendo «strutturato in base a criteri di mercato ma a criteri di servizio pubblico di erogazione delle prestazioni a carico dell'erario pubblico»¹⁰¹, tutela la concorrenza non quale valore assoluto ma in quanto funzionale all'esercizio della libera scelta dell'utente e, per altro verso, non trova giustificazione alcuna nell'ordinamento eurounitario¹⁰² se non nei limiti della generale esigenza di garantire che eventuali limitazioni all'esercizio della libertà economica risultino pur sempre ragionevoli e proporzionate rispetto all'interesse pubblico perseguito dal legislatore nazionale.

Sotto questo profilo, pertanto, ciò che merita di essere condiviso della posizione dell'AGCM e della tesi recentemente espressa dal Consiglio di Stato è semplicemente il fatto che le amministrazioni regionali sono tenute a rivalutare con cadenza regolare il proprio fabbisogno e, pertanto, a concedere nuovi accreditamenti alla luce di eventuali maggiori esigenze non coperte dall'attuale

99 Cons. Stato, Sez. III, 25 giugno 2014, n. 3219.

100 Così Cons. Stato, Sez. III, 30 aprile 2020, n. 2773.

101 Cons. Stato, Sez. III, 30 aprile 2020, n. 2773; Sez. III, 3 febbraio 2020, n. 824; Sez. II, 11 dicembre 2019, n. 8412; Sez. III, 30 ottobre 2019, n. 7426; Sez. III, 23 luglio 2019, n. 5216; Sez. III, 13 agosto 2018, n. 4936; Sez. III, 18 luglio 2018, n. 4378; Sez. III, 20 giugno 2018, n. 3810; Sez. III, 19 marzo 2018, n. 1739; Sez. III, 22 gennaio 2016, n. 207.

102 Cfr. TAR Lazio, Latina, Sez. I, 25 novembre 2020, n. 432 il quale rileva come «da quanto sopra esposto si evince che, allo stato attuale della legislazione vigente, né a livello statale né a livello regionale il rilascio del provvedimento di accreditamento sia subordinato all'esperienza di procedure ad evidenza pubblica di sorta o, men che meno, alla specifica disciplina introdotta dal d.lgs. 50 cit. A giudizio del collegio, tale situazione costituisce una legittima decisione degli organi sovrani della Repubblica Italiana, oltre che di quelli della Regione Lazio, che si fonda sull'applicazione delle suddette esclusioni dagli istituti pro-concorrenziali di matrice europea di cui all'art. 168, comma 7, TFUE, al punto n. 53, dir. n. 2014/23/UE e all'art. 2, comma 2, lett. f), dir. n. 2006/123/CE. Del resto, in materia sanitaria la rilevanza dell'interesse primario tutelato (diritto alla salute) e la diretta incidenza sulla finanza pubblica legittimano la prevalenza della regolazione pubblicistica rispetto alla tutela delle libertà economiche, cui il principio di concorrenza è strumentale».

offerta pubblico-privata e nei limiti delle risorse disponibili, risultando pertanto censurabili in sede di legittimità – e ferma restando l'ampia discrezionalità che connota l'esercizio del potere in questione – esclusivamente quelle situazioni di eventuale saturazione della maggiore domanda sanitaria ad opera dei soli operatori già accreditati, laddove tali da determinare una irragionevole e sproporzionata chiusura anticoncorrenziale del sistema e, più in generale, tali da porsi in contrasto con i principi dell'attività amministrativa.

Quanto alla seconda questione concernente l'auspicata abolizione dei vincoli esistenti ai fini del rilascio delle autorizzazioni *ex art. 8-ter* con riferimento al fabbisogno regionale, non recepita nell'ambito della l. 118/2022, deve invece rilevarsi come in questo caso il Consiglio di Stato – all'esito di un'ampia ricostruzione del quadro normativo vigente e della ricognizione dei diversi interessi in gioco – ha avuto modo di riaffermare il proprio costante orientamento secondo cui *«il legislatore, nel sottoporre anche il rilascio della mera autorizzazione sanitaria alla previa valutazione di compatibilità con la programmazione regionale, ha certamente privilegiato la tutela dei profili pubblicistici, ontologicamente connessi alla attività sanitaria, quali il diritto alla salute ed alla accessibilità a cure di standard qualitativo adeguato e, quindi, ha ritenuto che il vincolo della programmazione di tale attività fosse il mezzo più idoneo, da un lato, a garantire la equa distribuzione sul territorio di varie tipologie di centri di cura e, dall'altro, ad evitare il fenomeno di un'offerta di prestazioni sanitarie con alta remunerazione, che risulti sovradimensionata rispetto al fabbisogno effettivo della collettività e, quindi, dia luogo anche a processi di eccessiva concorrenza, che potrebbero portare ad una inaccettabile caduta del livello della prestazione sanitaria o, comunque, alla utilizzazione di tecniche non virtuose di orientamento della scelta dell'assistito, parimenti non compatibile con la tutela del diritto alla salute del cittadino»*¹⁰³.

L'analisi sin qui svolta della giurisprudenza amministrativa sembra, se non altro, rendere quantomeno lecito mettere in discussione la fondatezza

103 Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2019, n. 1589; in senso conforme, v. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 10 settembre 2018, n. 5310.

dell'apodittica affermazione dell'AGCM secondo cui l'introduzione dei suddetti elementi di concorrenzialità nell'ambito del SSN varrebbe (sempre e comunque) a garantire una più efficiente allocazione delle risorse pubbliche e una maggiore libertà di scelta degli assistiti in termini di luogo di cura e di medico. A parere di chi scrive, piuttosto che chiedersi se sia lecito alla luce del quadro normativo vigente lasciare operare il principio concorrenziale all'interno del perimetro del SSN, occorrerebbe a questo punto soffermarsi su come poter modellare la disciplina del concorso degli erogatori privati all'erogazione del servizio pubblico in funzione degli obiettivi che si intende perseguire attraverso l'operatività della concorrenza alla luce del necessario bilanciamento tra valori economici e valori non economici richiesto dall'art. 32 Cost.

8. Le selezioni di cui all'art. 15 della l. 118/2022 tra rendite politiche, tentativi di recupero dell'efficienza attraverso gli erogatori privati e nuove rendite private

Nel contesto normativo sin qui descritto si pone dunque l'art. 15 della l. 118/2022 che, raccogliendo le recenti sollecitazioni dell'AGCM, nel tentativo di avviare il processo di riforme pro-concorrenziali nella sanità indicato nel PNRR, ha introdotto alcune modifiche all'attuale sistema di accreditamento e convenzionamento delle strutture private introducendo il principio (che spetterà poi alle singole regioni declinare in concreto) del previo esperimento di procedure selettive tra la fase di accreditamento e la stipula degli accordi *ex art. 8-quinquies* del d.lgs. 502/1992.

Il nuovo comma 1-bis dell'art. 8-quinquies del d.lgs. 502/1992, introdotto dall'art. 15 della l. 118/2022, disciplina cioè le modalità attraverso cui provvedere all'individuazione dei privati accreditati ai fini della stipula degli accordi contrattuali, prevedendo che tali soggetti *«sono individuati, ai fini della stipula degli accordi contrattuali, mediante procedure trasparenti, eque e non discriminatorie, previa pubblicazione da parte delle regioni di un avviso contenente criteri oggettivi di selezione, che valorizzino prioritariamente la qualità delle specifiche prestazioni sanitarie da erogare. La sele-*

zione di tali soggetti deve essere effettuata periodicamente, tenuto conto della programmazione sanitaria e sulla base di verifiche delle eventuali esigenze di razionalizzazione della rete in convenzionamento e, per i soggetti già titolari di accordi contrattuali, dell'attività svolta».

Tale disposizione mira così a dar vita ad un mercato tra le strutture sanitarie private accreditate con l'obiettivo di rendere contendibili le risorse del SSN e, dunque, di conseguire obiettivi di efficienza della spesa sanitaria. Essa, tuttavia, sembra far propria una visione meramente utilitaristica della concorrenza – secondo cui la contendibilità delle risorse del SSN tra soggetti accreditati risulterebbe funzionale al conseguimento, da parte del settore pubblico acquirente delle prestazioni erogate dai privati, del cosiddetto *surplus* del consumatore –, la cui compatibilità con l'art. 32 Cost. è stata già posta in discussione nelle pagine precedenti. Tale approccio, infatti, rischia di trascurare, da un lato, le possibili distorsioni del processo concorrenziale laddove non contenuto entro precisi limiti e, dall'altro, la segnalata multidimensionalità che la tutela della concorrenza è necessariamente chiamata ad assumere con riferimento al diritto alla salute in ragione della centralità costituzionale assunta dalla tutela di tale diritto fondamentale nell'ambito del nostro modello democratico-sociale.

Una maggiore concorrenza nel settore sanitario è certamente auspicabile in quanto potenzialmente funzionale sia all'incremento della qualità dell'offerta pubblico-privata attualmente esistente, sia ad una maggiore efficienza della spesa sanitaria, specie con riferimento agli erogatori pubblici. Occorre tuttavia intendersi, alla luce delle considerazioni svolte in precedenza, su quale visione della concorrenza risulti compatibile con l'art. 32 Cost. in funzione del raggiungimento di obiettivi che non possono essere solo economici ma di natura politico-costituzionale quali il massimo godimento possibile del diritto alla salute¹⁰⁴, la libertà di scelta dell'utente e la libera iniziativa economica nell'ambito dei servizi sanitari.

104 F.G. ANGELINI, *L'amministrazione per fini pubblici, vincoli finanziari e organizzazione*, cit.

A parere di chi scrive, occorre in altri termini evitare che la promozione di un malinteso principio concorrenziale nel settore sanitario possa risultare funzionale, piuttosto che alla promozione dei diritti fondamentali della persona e del principio di eguaglianza, ad alimentare rendite politiche¹⁰⁵ e, nello stesso tempo, in ragione delle distorsioni che il processo concorrenziale produce laddove inteso esclusivamente in funzione del conseguimento del *consumer welfare*, un consolidamento dell'offerta privata di servizi sanitari tale da generare rendite private¹⁰⁶ che, a loro volta, alimentano altrettante rendite politiche. Il classico circolo vizioso delle istituzioni estrattive¹⁰⁷.

105 Secondo la ricostruzione di G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, cit., p. 15 ss. le “rendite politiche” si articolano in due macrocategorie: la prima si riferisce alle rendite interne al (sub)sistema politico, derivanti dalle operazioni funzionali al funzionamento del sistema politico-amministrativo in senso stretto (es. i costi della politica, prestazione dei servizi politici); la seconda alle rendite politiche nel (sub)sistema economico, tra cui rientrano quelle percepite dalle persone occupate in impieghi connessi con la produzione, privata o pubblica, di servizi e beni di ogni altro genere, che non sono il corrispettivo di un'effettiva produttività misurata in base alle ragioni di scambio del mercato, ma rappresentano un premio assicurato mediante la costituzione di posizioni di speciale vantaggio per l'intervento diretto o indiretto dell'autorità politica, ovvero, quelle consistenti nella percezione di elargizioni da parte dello Stato o nel godimento di servizi forniti dallo Stato per i quali il percettore e l'utente non hanno pagato o non pagano un corrispettivo o quest'ultimo non copra l'intero costo del servizio. Secondo Boggetti, pur restando connaturale al modello democratico-sociale l'esistenza di tali rendite, in misura certamente superiore rispetto allo Stato liberale ottocentesco, sarebbe proprio l'eccesso di rendite politiche – specie della seconda categoria – a determinare distorsioni tanto sul terreno dei processi di mercato quanto su quello dei processi politico-amministrativi, creando disfunzioni tali da innescare quello che Acemoglu e Robinson hanno chiamato il «circolo vizioso delle istituzioni estrattive» che, dando luogo ad una indebita concentrazione del potere economico e di quello politico, rallentano lo sviluppo economico e sociale generando fenomeni di impoverimento e esclusione. Si verifica un eccesso di rendite politiche quando la loro presenza complessiva determina, non in via passeggera ma strutturale, uno sviluppo disordinato del sistema economico, per esempio in ragione dell'esistenza di forme di intervento pubblico tali da alternare il meccanismo di formazione dei prezzi di mercato o da falsare il gioco della concorrenza. Al fine di evitare tale eccesso di rendite politiche occorre allora che i pubblici poteri, nel correggere il mercato a fini sociali, assicurino uno sviluppo ordinato del sistema economico, garantendo l'operatività di un principio procedurale – come è appunto il principio concorrenziale e quello connesso della stabilità dei prezzi – in grado di preservare l'equilibrio del sistema economico e, con esso, il funzionamento dei processi politico-amministrativi di un ordinamento democratico che si regga sui principi della libertà individuale e dell'eguaglianza politica.

106 G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, cit., 9.

107 Ci si riferisce alla definizione di D. ACEMOGLU e J.A. ROBINSON (*Perché le nazioni falliscono. Alle origini di potenza, prosperità e povertà*, Milano, 2013), secondo cui le istituzioni “estrattive” conducono ad una realtà sociale fondata sulla creazione di monopoli e sullo sfruttamento delle rendite. In tal modo, le istituzioni estrattive riducono gli incentivi e la capacità di iniziativa eco-

Le previsioni della l. 118/2022, se interpretate dalle regioni in sede applicativa alla luce di una visione meramente utilitaristica della concorrenza anziché multidimensionale, rischiano infatti di innescare tale circolo vizioso in quanto si concentrano solo sul meccanismo dell'accreditamento-accordo previsto ai fini dell'erogazione dei servizi a carico del SSN introducendo meccanismi potenzialmente distorsivi della concorrenza che favoriscono le concentrazioni a discapito degli operatori privati di dimensioni più contenute e del cosiddetto privato sociale, rischiando di ridurre anziché aumentare la qualità dell'offerta dei servizi offerti dalle strutture private (a vantaggio di quelle pubbliche).

Un primo rischio, che emerge chiaramente dall'analisi delle norme in esame, è quello di scivolare verso una sorta di "appaltizzazione" della disciplina degli accordi contrattuali *ex art. 8-quinquies* d.lgs. 502/1992 e dell'erogazione delle prestazioni a carico del servizio pubblico che, pur non richiesta dalle direttive europee¹⁰⁸, segna i presupposti per una fuoriuscita della fattispecie dall'alveo pubblicistico della concessione amministrativa e, secondo alcuni, più precisamente, della sovvenzione pubblica¹⁰⁹, nell'ottica di una ricostruzione che colloca il rapporto giuridico che lega il privato erogatore all'amministrazione sul binario della sinallagmaticità delle reciproche prestazioni con effetti nient'affatto trascurabili se sol si pensi alla possibilità per i privati di invocare, sulla base di tale argomento, l'applicazione dei principi civilistici in materia di rapporti negoziali a prestazioni corrispettive, per esempio in relazione alla mancata remunerazione delle prestazioni c.d. "*extra budget*".

Un secondo rischio, che in qualche modo discende dal primo, è poi riconducibile alla scelta del legislatore di collocare la "concorrenza" in sanità nella sola dimensione della "concorrenza per il mercato", preservando l'assetto

nomica trasferendo risorse dall'economia produttiva a quella della rendita. Al contrario, sarebbero qualificabili come istituzioni "inclusive" quelle che permettono, incoraggiano e favoriscono l'economia produttiva e la partecipazione dei cittadini ai processi decisionali pubblici, rendendo possibile a ciascuno il perseguimento dei propri interessi.

108 Direttive UE nn. 23/2014, 24/2014 e 25/2014.

109 V. Corte dei conti, Sez. II Giur. Centr. d'App., 21 aprile 2021, n. 123.

monopolistico del settore pubblico nell'erogazione delle prestazioni a carico del SSN e rinunciando – per evidenti ragioni connesse alle esigenze di bilancio – a dar seguito a quel disegno iniziale, tracciato dal d.lgs. 502/1992 e dalla l. 724/1994, che vedeva gli operatori privati – purché in possesso di determinati standard qualitativi – operare in regime di libero concorso¹¹⁰ e di libera scelta degli utenti, potendo beneficiare dell'erogazione di contributi pubblici (secondo le modalità disciplinate dal d.lgs. 502/1992) a parziale compensazione delle prestazioni erogate in favore degli utenti del servizio pubblico. Tale disegno, fortemente ridimensionato dai successivi interventi del legislatore fino al d.lgs. 229/1999¹¹¹, già in passato aveva dovuto cedere il passo ad un modello di concorrenza amministrata dettato dalla crescente esigenza di contenimento della spesa sanitaria, senza però mai giungere a porre in discussione l'assunto secondo cui tale sistema – benché riconducibile ad una fattispecie concessoria alla stregua del modello suppletivo di intervento dei privati nell'erogazione delle prestazioni introdotto dalla l. 833/1978 – fosse comunque da ritenersi un'eccezione alla disciplina dell'evidenza pubblica e, in particolare, del d.lgs. 50/2016.

Un terzo rischio, connesso alla scelta del legislatore – per molti versi inedita e distante da quella dinamica concorrenziale delineata dal d.lgs. 229/99 al fine di assicurare che il concorso tra pubblico privato si sviluppasse pur sempre all'interno della programmazione dei servizi sanitari – di ricostruire la partecipazione dei privati al SSN secondo le lenti della concessione di servizi e, dunque, della loro contendibilità nell'ottica della concorrenza per il mercato, è quello di finire per negare, se non in tutto almeno in parte, il carattere peculiare

110 E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012, p. 35.

111 Con il d.lgs. 229/1999, il modello introdotto dal d.lgs. 502/1992 – con l'obiettivo di amplificare la libertà di scelta e la libertà di costituzione ed esercizio di servizi erogati dai privati, incentrato sull'attribuzione alla pubblica amministrazione di un potere vincolato di autorizzazione, vigilanza e accreditamento – viene corretto con il recupero dello strumento di programmazione del numero dei soggetti erogatori e delle loro attività e con la costruzione dell'accREDITAMENTO come atto discrezionale e non più vincolato.

del servizio pubblico in questione e dei rapporti giuridici di natura certamente pubblicistica che legano gli operatori privati a quest'ultimo.

Come si è già evidenziato, diversamente dallo schema contrattuale della concessione di servizi, l'offerta di prestazioni sanitarie, rientrando nell'ambito di una programmazione sanitaria, risulta infatti inscindibilmente connessa al preventivo accreditamento istituzionale delle strutture private, reggendosi su un rapporto di circolarità tra accreditamento e accordo contrattuale che, da un lato, è assoggettata a tariffe definite in base a criteri predeterminati dal legislatore statale e poi specificati a livello regionale e, dall'altro, risulta soggetta a un tetto massimo di spesa al superamento del quale – a conferma dell'assenza di sinallagmaticità nell'ambito del suddetto rapporto giuridico – non è prevista alcuna remunerazione in favore del privato¹¹², neanche a titolo di arricchimento senza causa.

La pregnanza dei rischi sin qui evidenziati è dettata dal fatto che le previsioni della l. 118/2022 si inquadrano in un contesto di tendenziale stabilità del finanziamento pubblico del SSN rispetto ad un fabbisogno crescente di prestazioni sanitarie e di una forte spinta inflattiva. Esse pertanto sembrano destinate ad impattare sugli attuali assetti dell'organizzazione del servizio sanitario, rimodulando i rapporti tra pubblico e privato nella direzione di un definitivo abbandono del modello del servizio pubblico oggettivo¹¹³ nel quale pubblico e privato compartecipano all'erogazione di quest'ultimo sulla base di una dinamica concorrenziale che vede pur sempre l'utente come decisore ultimo, a fronte invece di un rafforzamento dei profili soggettivamente pubblici del servizio a cui

112 L'erogazione della spesa sanitaria in favore degli erogatori privati «è rimessa all'ampia discrezionalità amministrativa, non vincolata alla qualità e quantità delle prestazioni effettivamente erogate, nel senso che non è finalizzata alla integrale copertura effettiva dei costi di gestione» (v. Corte dei conti, Sez. II Giur. Centr. d'App., 21 aprile 2021, n. 123 secondo la quale è proprio a partire da questo presupposto che diviene possibile configurare, in caso di inosservanza delle regole stabilite dal regime di accreditamento, un'ipotesi di responsabilità erariale da parte di soggetti formalmente estranei all'amministrazione danneggiata).

113 L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 1, pp. 43-70.

fa da corollario la contestuale apertura alle logiche di mercato sul fronte della selezione degli erogatori privati chiamati a supplire le carenze e le inefficienze degli erogatori pubblici, laddove però la scelta di tali operatori non è più rimessa in capo all'utente bensì in larga parte soggetta al filtro dell'amministrazione regionale, alla stregua di una comune stazione appaltante.

Se da un lato tale tendenza implicherebbe un deciso passo indietro sul fronte della sussidiarietà orizzontale, il cui ruolo equilibratore tra concorrenza e coesione sociale non sembra poter essere posto in discussione¹¹⁴, alla luce del peculiare sistema di remunerazione delle prestazioni sanitarie non pare che l'introduzione di elementi di contendibilità degli accordi *ex art. 8-quinquies* che gli erogatori privati concludono con gli enti del SSN possa dar luogo a strutturali risparmi di spesa per l'erario. Ciò, ovviamente, laddove non venga messo in discussione l'attuale sistema amministrato di remunerazione delle prestazioni sanitarie a favore dell'adozione di un meccanismo di formazione dei prezzi sul nuovo mercato creato dalla disposizione in commento.

Il superamento – sia esso realizzato consapevolmente ovvero quale indiretta conseguenza del mancato allineamento delle tariffe delle prestazioni all'inflazione reale – dell'attuale regime amministrato della remunerazione delle prestazioni erogate dai privati accreditati a carico del SSN con un meccanismo di formazione dei prezzi strutturato sulla base del modello della concorrenza per il mercato avrebbe quale conseguenza quella di innescare dinamiche anti-concorrenziali che, anziché ampliare la libertà di scelta dell'utente, la libertà di iniziativa economica nel settore sanitario e promuovere la sussidiarietà orizzontale, condurrebbero all'opposto e, dunque, ad una concentrazione dell'offerta privatistica dei servizi sanitari a vantaggio degli operatori più grandi, in grado cioè di realizzare quelle economie di scala necessarie a rendere sostenibile la contrazione delle tariffe e o il loro mancato adeguamento all'inflazione reale, nonché una potenziale riduzione della qualità dei servizi offerti a diretto van-

114 M. LIBERTINI, *Concorrenza e coesione sociale*, cit.

taggio degli erogatori pubblici che potrebbero così consolidare la propria posizione privilegiata di erogatore nell'ambito del servizio pubblico.

Le attuali limitazioni alla libertà di scelta dell'erogatore sono giustificate dall'esigenza di programmazione su cui si regge l'intero sistema. Pertanto, è solo per effetto di un allentamento di tali vincoli finanziari e di una piena equiparazione tra operatori pubblici e privati nella prospettiva della sussidiarietà orizzontale¹¹⁵ che potrebbe derivare un incremento dell'offerta concorrenziale dei servizi tale da generare una maggiore libertà di scelta da parte dell'utente. Al contrario, l'introduzione di regole volte a rendere periodicamente contendibili i budget assegnati ai singoli erogatori privati, laddove non corrispondente, alternativamente, ad una ripermetrazione dell'offerta pubblica esistente o ad un maggiore fabbisogno e dunque ad un ampliamento delle risorse disponibili, pare del tutto ininfluenza ai fini dell'esercizio del diritto in parola ed anzi tale da ridurre progressivamente il pluralismo degli erogatori privati nell'ambito del servizio pubblico e, con esso, gli spazi riservati all'esercizio della sovranità della persona.

Le considerazioni sin qui svolte portano dunque a ritenere che l'eventuale incremento delle dinamiche competitive all'interno del SSN – laddove si voglia adottare una visione normativa anziché utilitaristica della concorrenza, che a parere di chi scrive sarebbe l'unica compatibile con la posizione costituzionale occupata dal diritto alla salute – non possa che passare da un allentamento degli attuali vincoli finanziari di cui al d.l. 95/2012 funzionale ad un ampliamento della libertà di scelta dell'utente coerente con l'originario modello disciplinato dal d.lgs. 502/1992.

9. La necessità di un diverso paradigma concorrenziale per il SSN: la discrezionalità amministrativa tra efficienza allocativa e coesione sociale

115 G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, p. 93.

Le perplessità sin qui esposte in relazione al tentativo dell'art. 15 l. 118/2022 di introdurre una maggiore concorrenza nel settore sanitario e i rischi che una non corretta definizione da parte delle regioni delle procedure attraverso cui si procederà all'individuazione dei soggetti privati che potranno stipulare gli accordi *ex art. 8-quinquies* del d.lgs. 502/1992, al fine di erogare prestazioni a carico del SSN, paiono in definitiva rinviare al sempre attuale interrogativo che connota l'intera riflessione di Feliciano Benvenuti circa la possibilità che l'esercizio delle libertà e dei diritti possa condurre gli uomini a dar vita ad assetti istituzionali estrattivi tali da finire per sopprimere le libertà fondamentali e la sovranità della persona.

A parere di chi scrive, per scongiurare tale rischio occorrerebbe guardare alla tutela della concorrenza riconoscendo la multidimensionalità di quest'ultima, cogliendo quindi pienamente il suo significato in termini non meramente utilitaristici ma anche normativi di criterio ordinatore degli scambi sociali che si realizzano sulla sfera privata e su quella pubblica funzionale alla salvaguardia di alcuni valori fondanti dell'ordine democratico-costituzionale.

Nel nostro assetto costituzionale, sulla scorta di quell'impostazione teorica che ricostruisce l'ordinamento democratico come ordine giuridico delle libertà¹¹⁶, una lettura normativa del principio concorrenziale – quale libertà di scelta, espressione della sovranità della persona e dunque diritto fondamentale di quest'ultima – sembra possibile alla luce del suo ancoraggio al principio della sovranità popolare di cui all'art. 1, laddove la sovranità della persona si esprime all'interno del complesso intreccio di diritti e doveri costituzionali espressione dell'art. 2 Cost. sempre in funzione della realizzazione dell'unità politica e della coesione sociale nelle forme e nei modi dell'art. 3 Cost.

In questa prospettiva, la tutela della concorrenza perde dunque quel carattere autodistruttivo e disaggregante rinvenibile nella sua concezione utilitaristica in virtù del riconoscimento della sua parzialità e, dunque, della necessità di

116 G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 61 ss.

un potere pubblico (“forte”, cioè impermeabile ai tentativi di collusione tra potere economico e potere politico¹¹⁷, ed “efficiente”, secondo il paradigma della *public choice* del «*mutual gains from joint commitment to rules*»¹¹⁸) chiamato a intervenire nell'economia e nella società non in chiave dirigista o costruttivista, bensì al fine di preservare nel tempo l'operatività del principio procedurale concorrenziale, da un lato, applicando la sussidiarietà orizzontale e, dall'altro, preservando il pluralismo economico e sociale quale condizione affinché, nell'ordinamento democratico-sociale, le libere scelte individuali possano raccordarsi in funzione di quel progetto di trasformazione economico-sociale delineato dai costituenti¹¹⁹, preservando il corretto funzionamento dell'ordinamento stesso.

117 Come evidenziato da G. AMATO (*Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, cit.) il diritto della concorrenza non fu inventato dagli studiosi del diritto commerciale, né dagli economisti (che pure contribuirono a fornirgli un retroterra culturale e, con il passare del tempo, a orientarne l'applicazione sul terreno dell'economia del benessere attraverso il ricorso a complessi modelli matematici). Il diritto della concorrenza ha, al contrario, sia negli Stati Uniti che in Europa, una fortissima radice politico-culturale che risiede nel tentativo di fornire una risposta a un problema centrale dell'ordinamento democratico: il potere privato, nascente dall'impresa espressione di una fondamentale libertà dell'individuo, privo di legittimazione e capace di attentare non solo alla libertà economica degli altri individui ma anche di influenzare i processi decisionali pubblici in ragione della sua forza prevaricatrice e delle sempre possibili collusioni tra potere economico e potere politico.

118 Il modello teorico elaborato da James Buchanan applica agli scambi che avvengono nella sfera pubblica il modello del *gains from trade*. Per cui, condizione per la loro efficienza è che essi siano in grado di generare *mutual benefit from exchange* il che, nella prospettiva della *public choice*, richiede regole tali che, se rispettate da tutte le parti, siano in grado di generare tali risultati. Nella prospettiva della *constitutional political economy*, tale paradigma viene dunque esplicitato con la formula *mutual gains from joint commitment to rules*, ad evidenziare come proprio il comune rispetto delle regole sia tale da generare benefici comuni (cfr. J.M. BUCHANAN, *The Economics and Ethics of Constitutional Order*, The University of Michigan Press, 1991, p. 81 ss. che lo spiega evidenziando l'attenzione «on the question of how people realize mutual gains by their voluntary joint commitment to rules»). Nella prospettiva della *public choice*, il compito delle regole del gioco sarebbe quello di creare benessere sociale migliorando i meccanismi di cooperazione volontaria all'interno del processo politico-amministrativo, secondo lo schema del *mutual gains from joint commitment to rules* piuttosto che quello classico proposto dall'economia del benessere. Facendo cioè in modo che il benessere generato dallo scambio politico-amministrativo venga allocato in capo ai cittadini piuttosto che ai pubblici poteri, secondo la logica del “surplus” del consumatore. Il paradigma della *constitutional economics*, diversamente da quello dell'economia del benessere, guarda dunque alla massimizzazione del benessere sociale non direttamente, mediante l'assegnazione di specifici obiettivi macroeconomici, ma indirettamente, attraverso la definizione di regole dei processi decisionali pubblici in grado di favorire la cooperazione volontaria tra i cittadini e lo Stato.

119 Cfr. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, cit.

La soluzione recepita nella disposizione in commento, laddove prevede procedure competitive ai fini del convenzionamento, non pare invece in linea né con i cardini dell'impianto normativo vigente, né con la giurisprudenza amministrativa che afferma chiaramente che chi è accreditato non può non ottenere l'accordo (vantando una aspettativa giuridicamente tutelata in tal senso, fatta salva l'eventuale revoca dell'accreditamento). Essa si fonda su una erronea equiparazione del modulo organizzativo che vede la partecipazione dei privati all'erogazione dei servizi nell'ambito del SSN al sistema degli appalti/concessioni, laddove invece la giurisprudenza ha da tempo chiarito che la vicenda concessoria disciplinata dal d.lgs. 502/1992 configura una fattispecie peculiare che resta impermeabile¹²⁰, nei limiti di quanto evidenziato nel presente lavoro, rispetto ai principi e alle regole europee poste a tutela della concorrenza.

L'esigenza di promuovere la concorrenza nel settore sanitario evitando, come indicato dalla giurisprudenza amministrativa, la chiusura anticoncorrenziale del sistema, si riduce piuttosto all'esigenza di ribadire l'obbligo per le amministrazioni regionali di esercitare correttamente la discrezionalità di cui dispongono in relazione alle scelte organizzative connesse al funzionamento dei Servizi Sanitari Regionali. Ciò implica innanzitutto la necessità di modellare la propria organizzazione in funzione del massimo godimento possibile del diritto alla salute piuttosto che dell'espansione delle rendite politiche che, solo entro certi limiti, possono dirsi connaturali al (e dunque sostenibili per il¹²¹) modello democratico-sociale; e, in seconda battuta, l'obbligo di rivalutare periodicamente il proprio fabbisogno concedendo, nel rispetto dei principi di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza di cui alla l. 241/1990, nuovi accreditamenti alla luce di eventuali maggiori esigenze non coperte dall'attuale offerta pubblico-privata e nei limiti delle risorse disponibili, evitando in tal modo situazioni di eventuale saturazione della maggiore doman-

120 C. BOTTARI, *La tutela della salute: lavori in corso*, cit., p. 137 ss.

121 Così G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983, p. 15 ss.

da sanitaria ad opera dei soli operatori già accreditati, tali da determinare concentrazioni.

La promozione della concorrenza in funzione esclusivamente della riduzione dei costi sostenuti dagli operatori privati al fine di assorbire le inefficienze del settore pubblico non appare invece affatto coerente con la segnalata multidimensionalità della tutela della concorrenza in quanto non risponde pienamente né all'utilità sociale né alla sovranità della persona. Come è stato evidenziato, tale approccio utilitaristico alla concorrenza risponde esclusivamente a logiche di efficienza della spesa tralasciando l'esistenza di ulteriori valori e interessi che il principio concorrenziale dovrebbe essere in grado di promuovere nell'ambito del SSN, operando sul terreno della ripermetrazione all'interno del SSN del ruolo degli erogatori pubblici e privati in un'ottica di una piena concorrenza imperniata sul diritto di scelta degli utenti, tale da innescare dinamiche che aumentino il pluralismo all'interno della componente privata promuovendo la sussidiarietà orizzontale, evitando talune situazioni di consolidamento del potere economico privato e le possibilità che quest'ultimo possa colludere con il potere politico generando situazioni che, in un ordinamento democratico, creano sempre disfunzioni rispetto ai fini perseguiti e producono effetti negativi sul corretto funzionamento dei processi democratici e in generale sui processi decisionali pubblici.

10. Riflessioni conclusive

L'analisi sin qui svolta sembra suggerire che, anziché rincorrere il mercato sul terreno di una maggiore contendibilità della possibilità per i privati di erogare prestazioni nell'ambito del perimetro del servizio pubblico, sia necessario superare quella visione contrapposta tra pubblico e privato che, oltre a non operare alcuna distinzione qualitativa all'interno di tale seconda componente, non ha sin qui consentito uno sviluppo sinergico e complementare delle due componenti erogatrici del SSN, determinando sia una staticità sul lato

dell'offerta dei servizi sanitari non in linea con l'evoluzione dei fabbisogni espressi dai territori anche luce degli attuali *trend* demografici, sia talune ingiustificate rendite di posizione a beneficio, a seconda dei casi, degli erogatori pubblici e di quelli privati.

Si tratta di un grave problema la cui soluzione, proprio alla luce dei bisogni crescenti di assistenza e della contestuale scarsità di risorse disponibili, non sembra passare – diversamente da quanto emerge dalla lettura dell'art. 15 della l. 118/2022 – per una maggiore concorrenza per il mercato degli accordi con il SSN e, dunque, per una marginalizzazione dell'offerta privata (specie quella sociale) ma, al contrario, per una diversa e più moderna *governance* del sistema.

L'affidamento ai privati dell'erogazione dei servizi sanitari in convenzione con il SSN secondo le logiche degli appalti pubblici o delle concessioni di servizi non pare rappresentare una soluzione a tale problema, determinando piuttosto dinamiche competitive in grado di indebolire sia la componente privatistica sia il servizio pubblico nel suo complesso. Tale soluzione, come si è detto, non la impone il diritto europeo che, anzi, pone un'esplicita eccezione con riferimento al settore sanitario, né tantomeno risulta compatibile con lo schema giuridico che regola nel nostro ordinamento la partecipazione dei privati al SSN, il quale privilegia al contrario una presenza istituzionale di tale componente erogatrice quale espressione di principi costituzionali quali la solidarietà sociale, il pluralismo, la sussidiarietà orizzontale oltre che della tutela della libera iniziativa economica.

In questa prospettiva emerge piuttosto l'esigenza di ridisegnare il perimetro del servizio pubblico privilegiando un modello di amministrazione oggettivata che permetta, da un lato, alle istituzioni pubbliche di governare l'offerta dei servizi sanitari in funzione della reale evoluzione dei fabbisogni di salute, allocando in modo efficiente le risorse e preservando l'universalità del servizio; e, dall'altro, a tutti gli erogatori di sviluppare un'offerta sinergica, qualitativamente

e tecnologicamente adeguata, in grado di cogliere le opportunità derivanti non solo dal collegamento tra ricerca accademica e assistenza clinica, ma anche dalle potenzialità offerte dal perseguimento di una strategia di sviluppo integrato dei servizi di prevenzione, di riabilitazione e per la terza età secondo i migliori *standard* internazionali. Perseguendo in tal modo il triplice obiettivo di migliorare il servizio pubblico, attirare nuovi investimenti e fare del SSN un'infrastruttura strategica in grado di fare da volano al settore immobiliare, agli investimenti energetici, al settore alimentare, e così via.

Ciò però non significa affatto rinunciare a perseguire l'efficienza allocativa nell'ambito del SSN e, dunque, preservare l'appropriatezza dei mezzi rispetto ai fini perseguiti; bensì, più semplicemente, individuare una modalità di perseguimento di tale obiettivo che possa risultare più coerente con la funzione istituzionale svolta dal SSN nell'ambito del nostro modello democratico-sociale.

Un esempio, nella direzione dell'efficientamento della spesa sanitaria e dei suoi assetti organizzativi, pur nel rispetto dei caratteri sociali e istituzionali che contraddistinguono il servizio sanitario, è rappresentato dalla proposta di istituire un'autorità indipendente per la valutazione delle *performance*, la cui attività dovrebbe supportare un progressivo processo di revisione delle attuali modalità di remunerazione delle prestazioni sanitarie, spesso inadeguate a coprire i costi di produzione e, in larga parte, disfunzionali rispetto agli obiettivi universalistici su cui si regge il SSN. Si tratta di una proposta che sembra cogliere nel segno, pur richiedendo alcune ulteriori precisazioni.

Sebbene tale attività di valutazione delle *performance*, interessando tutti gli erogatori (pubblici, privati no profit e privati for profit), contribuirebbe a superare quella disparità di trattamento che, ancora oggi, caratterizza il sistema, non si può fare a meno di evidenziare come la definizione degli *standard* prestazionali non possa essere delegata ad un'amministrazione tecnica, non soggetta al controllo democratico. Essa, alla luce della rilevanza costituzionale del servizio

sanitario, richiederebbe quale necessario contraltare un rafforzamento del ruolo di programmazione e di definizione *ex ante* delle politiche sanitarie da parte di amministrazioni legittimate democraticamente quali il Ministero della Salute e le Regioni.

L'attuazione di tale proposta richiederebbe un evidente cambio di passo in relazione alle modalità con cui le amministrazioni sanitarie, pur con significative differenze regionali, hanno sin qui affrontato i problemi dettati dal necessario bilanciamento tra diversi principi e valori costituzionali, privilegiando un approccio qualitativamente diverso rispetto alla tradizionale ricerca del consenso attraverso le cosiddette rendite politiche.

In altri termini, occorrerebbe (non meno ma) più discrezionalità nella selezione degli obiettivi e nell'allocazione delle risorse finanziarie necessarie al loro perseguimento e, nello stesso tempo però, al fine di contrastare le rendite politiche, più oggettività, più partecipazione in fase di esercizio dei poteri di programmazione e più trasparenza nella valutazione delle *performance* al fine di indirizzare correttamente il sistema verso il raggiungimento degli obiettivi di salute pubblica costituzionalmente garantiti e funzionali all'attuazione del nostro paradigma garantista, attraverso il contrasto a quelle sacche di inefficienza che persistono nel SSN e l'attrazione di nuovi investimenti, sia mediante il corretto impiego delle risorse del PNRR sia creando le condizioni per una sempre maggiore movimentazione delle risorse private verso il SSN e, più in generale, la filiera delle *life sciences*.