

PROF. CARLO BOTTARI

(Ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Bologna)

Io ringrazio gli organizzatori per l'invito rivoltomi ha trattare questa tematica, in particolare l'avvocato Calipari, il professor Alpa, che gentilmente mi hanno indicato una tematica che pur non centrando i temi di questo convegno, si pone come contorno, come cornice di sfondo all'attività del personale sanitario e quindi della struttura stessa. In questi ultimi anni mi è capitato spesso di partecipare a degli incontri dedicati a questa tematica e l'impressione che generalmente se ne ricava è che quando si parla di pubblico e privato nel SSN, il pubblico rappresenta la parte buona e il privato, non diciamo la parte cattiva, ma la parte meno buona in quanto è la parte che lucra sulle spalle dello Stato. Si dice svolge un'attività imprenditoriale a spese dello Stato. Ritengo che questa sia una visione alquanto riduttiva e soprattutto non appropriata che non tiene conto del ruolo fondamentale che è stato svolto dalle strutture sanitarie private nel nostro Paese. Quando parlo di strutture sanitarie private, mi riferisco in particolar modo a quelle strutture che sono nate con finalità tipicamente solidaristiche quelle che, mi insegna il prof. Alpa, appartengono al cosiddetto privato sociale, vale a dire il privato che svolge una funzione sociale. Ecco, cosa sarebbe il SSN oggi se non ci fosse questa esperienza alle spalle, cosa sarebbe il SSN oggi se non ci fosse stato per quasi duecento anni una esperienza di carattere sanitario fornita proprio da questa particolare tipologia di strutture. Se noi molte volte non si riflette abbastanza su questi aspetti, ma quando io parlo di strutture nate con finalità solidaristiche, mi riferisco non soltanto alle strutture sanitarie private, mi riferisco anche a tutte quelle altre associazioni, enti, istituzioni che sono nate altrettanto con queste finalità e che hanno svolto ruolo fondamentale proprio per la nascita e la implementazione di un sistema di assistenza sanitaria. Pensiamo, per esempio, soltanto al ruolo svolto dalle Casse di Risparmio e oggi dalle Fondazioni Casse di Risparmio. Pensate che da quasi duecento anni, io faccio riferimento all'esperienza che conosco più da vicino che è quella di Bologna, la Cassa di Risparmio di Bologna, nasce nel 1837, quelle venete credo che nascano anche prima del 1837, quella di Treviso mi pare che è del 1928, ecco, pensate che da 200 anni queste istituzioni, ogni anno elargiscono fondi per la sanità. E perché oggi abbiamo un servizio sanitario efficiente al Nord, nel Veneto, in Lombardia, in Emilia Romagna, in parte nelle Marche, perché? Perché erano zone dove vi era una grande influenza da parte di queste Casse di Risparmio. Se noi scendiamo verso il centro, poi soprattutto verso il sud, queste istituzioni sono state assenti. E quindi non hanno potuto contribuire, non hanno potuto svolgere questo ruolo di supporto nella gestione della sanità. Una sanità che è stata prevalentemente privata, erogata da questa tipologia di strutture che soltanto dopo l'entrata in vigore della costituzione del 1948 diventa anche pubblica. Noi il testo unico delle legge sanitarie, là dove si introducono delle norme sulla sanità, ma sono tutte norme legate a ragioni di pubblica sicurezza. Le normative erano affidate al ministro dell'interno, che era l'autorità che doveva vigilare perché fosse tutelata la pubblica sicurezza, l'ordine pubblico. Una vera normativa di carattere sanitario nasce nel nostro ordinamento soltanto dopo l'entrata in vigore della costituzione del 48 che per la prima volta afferma all'articolo 32 il diritto alla tutela della salute dei cittadini. Il diritto alla tutela della salute dei cittadini che troverà però una sua concreta attuazione soltanto quasi 40 dopo con la legge 833 del 1978 istitutiva del SSN. Perché fino a quel momento, nel nostro Paese vi era un sistema di assistenza sanitaria legato, non all'articolo 32, bensì all'articolo 38 della Costituzione là dove si prevedono degli interventi in caso di malattia nei confronti dei lavoratori malati. Il cosiddetto sistema di carattere mutualistico, quel sistema che assicurava attraverso una contribuzione da parte del privato e da parte del datore di lavoro, una serie di prestazioni sanitarie, quelle prestazioni che poi hanno dato vita a varie disparità di trattamento,

hanno creato quella situazione che andava sempre più degenerando che ha portato, questa con altre motivazioni, alla istituzione nel 1978 del SSN.

Ma volendo soffermarci più da vicino sul rapporto tra pubblico e privato nella gestione della sanità dobbiamo individuare quattro diversi momenti.

Il primo è quello che trova origine nella legge ospedaliera del 1968, la cosiddetta legge Mariotti.

Il secondo è quello che trova una sua nuova definizione con la legge del 1978, 833 del 1978, istitutiva del SSN

Poi abbiamo una riforma molto importante, radicale, degli anni novanta, e quindi il D.L. 502 del 1992

E da ultimo il decreto Bindi del 1999 che è intervenuto nuovamente per riformare questo rapporto tra pubblico e privato. E avverto fin d' adesso, riallacciandomi a quanto che diceva il prof. Arpa precedentemente, non sappiamo se oggi siamo alla vigilia di un'ennesima riforma perché se il referendum darà un parere favorevole alla riforma approvata nel 2005 noi avremo una nuova distribuzione di competenze in materia, avremo una competenza esclusiva in materia di assistenza e organizzazione sanitaria attribuita alle regioni e quindi, probabilmente, una nuova definizione dei rapporti tra pubblico e privato all'interno di ogni regione. Ma questo è ancora "de iure condendo", quindi soffermiamoci brevemente anche per cercare di restare nei tempi assegnati a queste prime quattro fasi.

Quindi, dicevo, dapprima si è ritenuto che il rapporto fosse concorrenziale e competitivo in due ambiti ben delineati e distinti. Con l'approvazione della legge ospedaliera del '68 si sostenne che fosse mutata la disciplina dell'attività e di conseguenza la collocazione delle case di cura privata nell'ambito degli organismi che prestano assistenza ospedaliera. Si registrò un cambiamento radicale nell'organizzazione ospedaliera attraverso la espressa previsione della coesistenza di una rete ospedaliera privata accanto a quella pubblica, riconoscendo in tal modo, anche alle case di cura private l'esplicazione di un servizio pubblico oggettivamente qualificabile. Così, si disse, le stesse case di cura private non sono più sottoposte, come nel precedente ordinamento, solamente ad un controllo estrinseco di polizia, affinché come sosteneva la dottrina, fosse assicurata l'osservanza delle norme di pubblica sicurezza, ma al contrario, venne resa l'organizzazione stessa giuridicamente rilevante come centro esponenziale di molteplici interessi e rientrando pertanto nei fini della attività assistenziale, l'attività delle case di cura private viene sottoposta ad indirizzo e controlli al pari di quella pubblica. E qui faccio rinvio poi ai primi scrimi di decreti ministeriali che verranno fuori nel '71, nel '75 e nel '77.

Dicevo che il secondo momento di questa evoluzione interpretativa lo abbiamo in conseguenza dell'approvazione della legge di riforma sanitaria del 1978 e in particolare attraverso l'applicazione del nuovo sistema convenzionale. Si è ritenuto di poter affermare che l'entrata in vigore di tale nuovo sistema abbia delineato l'esistenza da un lato di una rete ospedaliera pubblica primaria e dall'altro di una rete ospedaliera privata secondaria, che avrebbe dovuto svolgere una funzione integrativa e di supporto della prima. Ciò determinato dal fatto che, tanto la legge del '68 prima, quanto la legge di riforma del '78 dopo, hanno preso decisamente e definitivamente atto della realtà costituita dall'insufficienza della rete ospedaliera pubblica in rapporto dalle esigenze manifestatesi ed hanno affidato notevoli e numerosi compiti di assistenza in regime di ricovero ad organizzazioni private riconosciute di rilievo pubblico: le case di cura private. L'atto convenzionale in questa nuova convenzione rappresenterebbe il titolo di legittimazione all'espletamento da parte del privato di un servizio di carattere pubblico con le stesse modalità e garanzie dell'esercizio del medesimo servizio da parte della struttura pubblica. La convenzione tra quella che originariamente era la l'Unità Sanitaria Locale e l'istituzione sanitaria privata pone quest'ultima nella condizione di soggetto esercente un pubblico servizio. Concorrenzialità, parità, sussidiarietà rappresentano in

estrema sintesi tre diversi momenti di caratterizzazione giuridica del rapporto alla luce della normativa succedutasi nel tempo. In realtà, da un punto di vista meramente sostanziale, questi tre aspetti sono sempre stati presenti nel nostro sistema sanitario e lo sono di certo ancora oggi, ma con le dovute distinzioni di carattere strettamente territoriale locale. E' chiaro infatti, al di là del dato normativo, là dove la struttura pubblica è praticamente inesistente, la presenza e l'organizzazione privata dovrà essere di necessità sussidiaria e integrativa. Così come là dove esistono qualificate strutture pubbliche e private il rapporto sarà indubbiamente concorrenziale o di integrazione nell'eventualità della costituzione di un rapporto convenzionale. Ma in ogni caso la struttura pubblica e quella privata devono intendersi sul piano di assoluta parità poiché entrambe, pur se in diversi ambiti e con differente modalità, svolgono sempre ed ogni momento un servizio pubblico quale quello dell'assistenza sanitaria ai cittadini. E' evidente che con il convenzionamento la struttura privata viene chiamata ad integrare un servizio pubblico, facendo quindi venir meno il rapporto di concorrenzialità, ma ciò non toglie che anche la struttura non convenzionata svolga ugualmente un servizio pubblico regolato dalla legge, purché siano assicurate le opportune garanzie in ordine alle modalità del suo esercizio, servizio che potrà risultare concorrenziale con quello svolto dalle strutture pubbliche, ma che di certo, se svolto in termini di legge, non è in contrasto con i fini e gli interessi del SSN del quale entra a far parte più o meno direttamente.

La situazione cambia radicalmente negli anni '90. Cambia soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Maastricht e della normativa comunitaria che è seguita. Noi fino a quel momento eravamo abituati a ritenere la pubblicità di un servizio legata al soggetto pubblico che erogava quel servizio. Maastricht ci insegna che tutto ciò non è vero, che pubblico e privato debbono restare all'interno di qualsiasi settore economico alla pari e che la pubblicità del servizio non dipende dal soggetto che lo eroga, bensì dalla finalità che il servizio intende raggiungere. Ecco quindi che un servizio pubblico come quello sanitario può essere tranquillamente esercitato tanto da una struttura pubblica quanto da una struttura privata. Questa è una riforma radicale che trova attuazione nel nostro ordinamento con il decreto 502 del 1992 e in particolare con l'articolo 5 al paragrafo 8. Cosa dice la cosiddetta riforma De Lorenzo del '92. Che l'USL che in quel momento però si modifica, perché viene aziendalizzata e quindi diventa l'Azienda Unità Sanitaria Locale, non è più il soggetto tenuto a erogare le prestazioni sanitarie. L'Azienda USL è chiamata ad assicurare le prestazioni sanitarie ai propri cittadini, ma queste prestazioni sanitarie l'Azienda USL potrà erogarle direttamente o potrà acquistarle sul mercato, tanto da altre strutture pubbliche, mi riferisco alle Aziende Ospedaliere, per esempio dalle Università, per esempio dagli Ospedali Militari, quanto dalle strutture private. In questo senso tanto da quelle strutture sanitarie private che hanno una finalità di tipo solidaristico, quanto da quelle strutture private che hanno invece una finalità di lucro, che sono delle vere e proprie imprese.

Ecco 502 apre un nuovo scenario, dove il soggetto che diventa l'arbitro della situazione diventa il cittadino. La libertà di scelta del medico e del luogo di cura. E' il cittadino che deve scegliere dove andare a farsi curare, scegliere la struttura di riferimento. E dove potrà andare? O nelle strutture pubbliche o in quelle strutture private che ricevono dal servizio pubblico un marchio di garanzia. In che cosa consiste questo marchio di garanzia? Nel cosiddetto accreditamento. Nasce come si suol dire la seconda A. La prima A era l'autorizzazione che era quella di pubblica sicurezza che era nata con il testo unico delle leggi sanitarie degli anni '30. Con la 502 nasce la seconda A: l'esigenza dell'accreditamento. Ma che cos'è l'accreditamento. E' soltanto il riconoscimento di determinati requisiti di qualità che deve avere la struttura e soprattutto l'accettazione da parte della struttura privata di un sistema tariffario prestabilito a livello nazionale e a livello regionale. Al momento in cui la struttura dimostra la qualità del servizio offerto e accetta il sistema tariffario, la struttura diventa "accreditata". Accreditata con requisiti che devono essere uniformi tanto nelle strutture

pubbliche quanto nelle strutture private. E' questa la novità fondamentale della riforma 502. perché in realtà diciamo che l'accreditamento vero e proprio non è partito. Noi ci troviamo in tutte le regioni italiane ancora in una fase di accreditamento provvisorio. Ma perché è ancora un accreditamento provvisorio? Non perché le qualità, le strutture, non le abbia il settore privato, è perché quei requisiti di qualità previsti dalla norma non le hanno le strutture pubbliche. Se noi consideriamo alcuni ospedali, io faccio riferimento a Bologna, penso per esempio al Sant'Orsola, che il Policlinico Universitario, la maggior parte degli ambulatori e poliambulatori sono tutti nei sotterranei. Tutte strutture che dovrebbero essere chiuse. Si attende che vengano messe a norma per poter poi partire con un vero e proprio accreditamento definitivo.

Questa evoluzione del servizio cambia però con il 1999 con la riforma della Bindi, perché la Bindi, per una esigenza del tutto legittima di contenimento della spesa sanitaria, considerate che dal 1978 ad oggi, tutti gli interventi normativi che si sono succeduti nel tempo, sono tutti interventi di contenimento della spesa, anche lo stesso ultimo decreto Bindi del 1999 è un intervento per contenere la spesa nel settore sanitario. E in che modo la Bindi intende mantenere la spesa? Aggiungendo la cosiddetta terza "A". Non basta più l'autorizzazione, non basta più l'accreditamento e ci vuole l'accordo. Ma l'accordo in base a che cosa viene stipulato tra la struttura privata e la Azienda Sanitaria? Sulla base di una programmazione che deve essere fatta dalla regione. La regione deve decidere annualmente il budget, decidere quanto di spesa vuole destinare alle strutture private e sulla base di quel budget le Aziende andranno poi a sottoscrivere gli accordi con le case di cura private. Badate bene che questo è un sistema abbastanza complesso, perché, almeno io lo vedo nel caso dell'Emilia Romagna, ma penso che sia analogo, tranne che in Lombardia e in parte del Veneto, in quasi tutte le regioni italiane, si prevede un sistema tariffario di tipo regressivo. Cosa vuol dire un sistema tariffario di tipo regressivo? Significa che la struttura privata è chiamata dalla struttura pubblica ad erogare un tot di prestazioni che le saranno pagate una determinata cifra. Se la struttura privata, anziché erogare 100 prestazioni, ne eroga 150, la somma che alla fine la struttura privata andrà a incassare sarà sempre la somma che era stata stabilita per le 100, perché le ulteriori prestazioni verranno pagate meno rispetto a quello che sono state pagate le prime, in modo tale da rientrare alla fine nel budget preassegnato. Ma voi comprendete bene come questo sistema viola, almeno dal mio punto di vista, ma non soltanto dal mio punto di vista, ma anche dall'autorità ant-trust che più volte è intervenuta in questa materia, viola qualsiasi principio di libera concorrenza. Perché la struttura privata non avrà alcun interesse ad erogare prestazioni in numero superiore di quelle che sono state concordate con la struttura pubblica perché altrimenti andrà a rimmetterci. E' questo rapporto basato sulla programmazione, basato sugli accordi dal mio punto di vista è un rapporto che viola la normativa comunitaria e in particolare viola i principi della libertà di concorrenza.

Ma in conclusione, si condivide, per quanto sin qui dimostrato, l'assunto di chi rilevato che se la concorrenza è un'opzione reversibile per la sanità e non un vago sentimento di emulazione come pure spesso appare, è indispensabile dettare nuove regole per una competizione su basi paritarie tra pubblico e privato, in quanto con le vecchie regole la concorrenza rischia di essere sleale.

Può tuttavia ritenersi sufficiente, ed è l'altra via interpretativa, affinare attraverso le esperienze applicative che l'ordinamento vigente fornisce, delle nuove regole, entro le quali i cittadini possono esercitare il proprio diritto fondamentale alla tutela della salute, nel rispetto dei principi dell'effettività e concretezza delle forme di garanzia, nonché nel contesto di un'attenta ed acculata programmazione delle risorse.

Invero la soluzione che a legislazione invariata si presenta come il giusto temperamento delle diverse e molteplici esigenze poste alla base di un efficace ed efficiente SSN, non può prescindere dall'applicazione di un sistema di concorrenza regolata. Cioè di un sistema in cui le logiche

concorrenziali possono e debbono trovare piena esplicazione, seppur nell'ambito di un mercato delle prestazioni sanitarie, che risulta essere quantitativamente predeterminato da un provvedimento autorizzativo dell'amministrazione responsabile titolare della complessa gestione del servizio, ovvero da parte della regione. Peraltro se si vuole dare un concreto contenuto al proclamato principio della concorrenza, non si può non applicare anche a questo peculiarissimo servizio pubblico il principio della separazione tra i soggetti che governano e finanziano e i soggetti che gestiscono ed erogano. In altri termini: si vuole delineare un livello delle prestazioni sanitarie in cui da una parte la regione sia obbligata ad individuare sulla base delle risorse disponibili il complessivo budget di prestazioni sanitarie erogabili con l'esclusione di qualsiasi funzione autorizzativa di programmazione in capo alle ASL e dall'altra le prestazioni così individuate siano allocate senza alcuna preferenza per una erogazione da parte del pubblico o del privato, bensì esclusivamente sulla base di criteri obbiettivi di efficacia, efficienza ed economicità. Questo invero sembra essere l'approccio più corretto che tenendo presente il ventaglio delle diverse esigenze proprie del settore sanitario sia capace di dare ai concetti di concorrenza, programmazione e qualità, un contenuto nuovo, segnatamente reale e concreto alla stregua di una vera e propria "regola iuris" e non di un mero "flatus vocis" programmatico, sì da farsi ritenere che lo stesso diritto alla tutela della salute sia implementato di tali significati. Vi ringrazio.