AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO
Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione
a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttore: Prof. Giuseppe Di Gaspare

LA DELEGA PER IL RIORDINO DEGLI ISTITUTI DI RICOVERO E CURA A CARATTERE SCIENTIFICO: CRITERI ISPIRATORI E PROSPETTIVE EVOLUTIVE DELLA RIFORMA

di Elena Griglio[1]

1. Introduzione – 2. Tappe evolutive della riforma degli Irccs - 2.1. La prima configurazione degli Irccs nel DPR n. 616 del 1977 e nella legge istitutiva del SSN, n. 833 del 1978 - 2.2. La rigidità del modello di Irccs delineato dal DPR n. 617 del 1980 - 2.3. La mancata applicazione del d.lgs. n. 269 del 1993, attuativo della legge delega n. 421 del 1992 - 2.4. L'estensione agli Irccs del modello aziendale nel d.lgs. n. 229 del 1999 - 2.5. I recenti interventi di "privatizzazione": a) la sperimentazione di cui all'art.28, comma 8 della legge finanziaria per il 2002; b) la delega per la trasformazione degli Irccs in fondazioni nel collegato sulla pubblica amministrazione per il 2002 - 3. I criteri ispiratori della riforma - 3.1. Il rapporto tra la delega per il riordino degli Irccs e il processo di regionalizzazione della sanità – 3.2. La possibile autonomia imprenditoriale dei futuri Irccs-fondazioni. - 3.2.1. La necessaria applicazione alle future fondazioni delle sei forme di autonomia già riconosciute dal d.lgs. n. 269 del 1993 - 3.2.2. Il possibile riconoscimento di ulteriori forme di autonomia agli Irccs trasformati - 3.3. L'apertura alla partecipazione dei soggetti privati. - 3.3.1 L'esigenza di ripensare l'intervento pubblico nella sanità - 3.3.2. Soggetti e forme della partecipazione ai futuri Irccs-fondazioni - 3.3.3. Un nuovo modo di manifestarsi del pubblico - 4. Case-study: la trasformazione sperimentale dell'IRCCS Ospedale Maggiore nella Fondazione Policlinico Francesco Sforza di Milano – 5. Conclusioni

1. *Introduzione*

Il processo di riforma del Servizio Sanitario Nazionale avviatosi nei primi anni '90 con il decreto legislativo 30 dicembre 1992, n.502 ha determinato una vera e propria rivoluzione nei meccanismi di erogazione delle prestazioni sanitarie e nei moduli di organizzazione delle relative strutture ambulatoriali ed ospedaliere. Il sistema pre-esistente, introdotto dalla legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale n.833 del 1978, risultava infatti fondato essenzialmente sulla centralità delle competenze e sulla natura pubblica delle strutture erogatrici (ambulatori e presidi delle USL), caratteristiche queste che negli anni '90 sono apparse del tutto inadeguate a sostenere l'istanza di riforme avvertita in riferimento sia ai livelli territoriali di governo che ai modelli gestionali applicati alle strutture sanitarie.

Da una parte, infatti, la riforma del Servizio Sanitario nazionale ha coinciso significativamente con il generale processo di decentramento delle competenze amministrative verso livelli di governo territoriali più vicini al cittadino. Non è superfluo ricordare, al riguardo, che il D.Lgs. n. 502/92 e la successiva "riforma-ter" del SSN (attuata dal d.lgs. 19 giugno 1999, n.209) hanno seguito di pari passo due tappe importanti del processo di decentramento delle competenze amministrative, le leggi n.142 del 1990 e n. 421 del 1992 e la legge n.59 del 1997. Dall'altra parte, invece, l'incipit della riforma del SSN è stata accompagnata dall'esplosione della crisi economica del 1992-1993, che ha sollecitato un risanamento dei conti pubblici a partire dalla sanità. Proprio la sanità, infatti, pur

[1] Il presente contributo è stato pubblicato sul fascicolo n. 4 – anno 2003 della Rivista "Sanità pubblica a privata", p. 377-446.

costituendo una delle maggiori voci passive a carico del bilancio statale, stava sperimentando negli anni '90 un cospicuo incremento di domanda di servizi e prestazioni da parte dei cittadini[2].

Da qui l'esigenza di una ridefinizione delle modalità di erogazione delle risorse che tenesse conto sia delle necessità di quadratura dei bilanci che della crescente domanda di servizi sanitari proveniente da una popolazione in progressivo invecchiamento.

La duplice spinta derivante, da un lato, dal processo interno di ridefinizione delle competenze istituzionali dei livelli territoriali di governo e, dall'altro lato, dalla tendenza a privilegiare modelli gestionali improntati all'efficienza ed all'economicità nell'utilizzo delle risorse ha così determinato, all'interno del SSN, un cambiamento radicale, orientato lungo tre principali linee direttrici[3].

In primo luogo, la direttrice della regionalizzazione, per cui a partire dai primi anni '90 le Regioni hanno progressivamente conquistato un ruolo-chiave nel governo della Sanità, venendo a rappresentare i principali interlocutori delle Aziende Sanitarie in riferimento sia all'allocazione delle risorse che alla definizione dei programmi di intervento sanitari. Il processo di regionalizzazione, che ha attribuito alle Regioni un ruolo basilare nel governo della sanità, ha rappresentato, a partire dal decreto legislativo n. 502 del 1992, un vero e proprio caposaldo del processo di riforma del settore, confermato anche dai più recenti interventi normativi, seppure in un sistema di luci ed ombre che in alcuni settori (tra cui, come si evidenzierà in seguito, nel governo degli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico) ancora stenta a trovare un suo equilibrio stabile[4].

In secondo luogo, alla base della riforma della sanità è rinvenibile anche quel processo di aziendalizzazione, che ha determinato il riconoscimento di maggiori spazi di autonomia alle U.s.l., ridenominate A.s.l., e agli ospedali, autorizzati a costituirsi in aziende autonome previa verifica di determinati requisiti. Collegato a questo fenomeno è il crescente ricorso alle tecniche aziendali di contabilità economica, che si sono diffuse in parte per ottemperare alle prescrizioni di legge, in parte per effetto emulativo nei confronti delle prime aziende pilota.

In terzo luogo, infine, l'apertura ad una logica tendenzialmente concorrenziale di gestione della sanità ha determinato una riforma globale del sistema di accreditamento, che ha portato le strutture pubbliche a competere in efficienza con quelle private, così rivoluzionando il meccanismo di

---

[2] Sullo specifico legame sussistente tra la riforma del servizio sanitario nazionale ed i tagli alla spesa pubblica nel settore, cfr., in particolare, G.BERTOCCHI, *Dal controllo di gestione alla qualità delle cure* in C.E.GALLO e B.PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, p. 95 ss., che ha collegato tale momento evolutivo del SSN con la più generale tendenza, comune ai processi di riforma dei sistemi sanitari dei maggiori paesi industrializzati degli ultimi vent'anni, alla ricerca di "meccanismi atti a responsabilizzare i diversi livelli decisionali sul contenimento dei costi". Per una prospettiva originale sulla tematica, cfr. invece G.MOR, *Il riordino della sanità nella crisi dello Stato sociale e della Costituzione materiale* in *Le Regioni*, 1994, p. 986: secondo l'Autore, infatti, "essendo centralizzato il governo della finanza pubblica, quando si ritenne necessario procedere a tagli nella spesa, si è naturalmente preferito non toccare i servizi direttamente gestiti dal Governo, per colpire invece quelli affidati ad un'altra sezione della classe politica, quella operante in periferia". Il che sembrerebbe implicare che la politica volta al contenimento della spesa pubblica nel settore sanitario è stata ispirata non solo da una valutazione economica dell'eccessiva onerosità del Servizio Sanitario Nazionale, ma anche da una valutazione politica della dimensione propriamente periferica del governo del settore.

[3] Sulle tre linee direttrici delle riforma sanitaria, cfr. in particolare G.RICCIARELLI, *Le trasformazioni istituzionali del Ssn: dalla l. 4 aprile 1991, n. 111 alla l. 30 dicembre 1991, n. 412 al d.m. 29 gennaio 1992 e al progetto di piano sanitario nazionale 1992/1994, I parte* in *Sanità pubblica*, 1992, p. 867-873; E. BORGONOVI e G.FATTORI, *Prefazione* in E.ANESSI PESSINA e E.CANTU' (a cura di), *L'aziendalizzazione della sanità in Italia,* Milano, EGEA, 2002, p. XIII-XIV.

[4] Sul processo di regionalizzazione della sanità, cfr. in particolare, L.ZANETTI, *Commentario al decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, recante conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni ed agli Enti Locali, in attuazione del Capo I della Legge 15 marzo 1997, n. 59 - art.114* in *Le regioni*, numero 3-4, 1998, p. 842-843; C.BOTTARI, *Nuovi modelli organizzativi per la tutela della salute*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 40 ss; G.MOR, *Il riordino della sanità nella crisi dello Stato sociale e della Costituzione materiale,* op. cit., p. 960-61.

assegnazione delle risorse, ripartite non più esclusivamente secondo logiche capitarie (fondate sui consumi storici), bensì su meccanismi di tariffazione delle prestazioni.

Questa breve sintesi dei principali aspetti del percorso di riforma della sanità dagli anni '90 ad oggi è fondamentale per inquadrare il cammino evolutivo degli IRCCS, a partire dalla legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale n. 833 del 1978, fino alla recente delega al Governo per la trasformazione in fondazioni degli istituti in esame. Gli IRCCS, infatti, rappresentando la "punta di diamante" del sistema sanitario nazionale, risentono necessariamente in maniera amplificata di tutte le esigenze e le pressioni interne al SSN. Nel contributo, si cercheranno pertanto di analizzare le varie tappe evolutive degli IRCCS in parallelo con le contestuali trasformazioni degli altri centri operativi del SSN, verificando se è possibile individuare alla base di entrambi i processi di riforma un minimo comune denominatore, costruito su analoghe esigenze di base e su obiettivi di cambiamento affini. Nella seconda parte del contributo, ci si soffermerà invece con particolare attenzione sul processo di trasformazione in atto degli IRCCS in fondazioni, cercando di individuarne i principali tratti distintivi e di anticiparne i possibili sviluppi. Le osservazioni emerse da quest'analisi teorica verranno vagliate sull'esperienza del primo caso sperimentale di IRCCS riformato, quello relativo alla Fondazione Policlinico Francesco Sforza di Milano. Nella conclusione, si cercherà di formulare una valutazione conclusiva sulla possibile trasferibilità del nuovo modello di IRCCS alle altre Aziende ospedaliere e sanitarie.

Tutta l'analisi sarà condotta con specifico riferimento ai tre ordini di interessi che il sistema sanitario, nel suo complesso, deve tendere a soddisfare o almeno a prendere in considerazione: gli interessi dei destinatari del servizio, ovvero i cittadini fruitori delle prestazioni sanitarie; gli interessi dell'amministrazione, titolare del "dovere di conformare l'azione pubblica nel campo dei servizi – non solo sanitari – a criteri di efficienza e di economicità, secondo il principio di "buon andamento" enunciato dall'art. 97 Cost."; gli interessi delle imprese private e dei professionisti, cui deve essere riconosciuta non solo la "libertà di fornire servizi a pagamento", ma anche una vera e propria "pretesa a concorrere, in condizioni di parità con le altre imprese private", all'erogazione di prestazioni a carico del servizio pubblico[5].

[5] Sul punto, cfr. N.AICARDI, *I soggetti erogatori delle prestazioni* in *Sanità pubblica*, 2000, p. 222-223.

2. *Tappe evolutive della riforma degli Irccs:*

2.1. La prima configurazione degli Irccs nel DPR n. 616 del 1977 e nella legge istitutiva del SSN, n. 833 del 1978

Gli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico (IRCCS) sono enti nazionali ospedalieri che riunificano, all'interno della medesima struttura, sia attività diagnostico-terapeutiche che attività di ricerca di elevatissimo livello. Struttura fondamentale del SSN, gli IRCCS sono fondati sull'assunto che non esiste soluzione di continuità fra ricerca di base, ricerca applicata e trasferimento delle conoscenze del laboratorio sperimentale al letto dell'ammalato. Sotto il profilo prettamente scientifico e sanitario, gli IRCCS rappresentano ospedali di eccellenza sia dal punto di vista della ricerca biomedica che dal punto di vista dell'assistenza al malato. Le conoscenze tecnico ed operative sviluppate all'interno degli IRCCS sono messe a disposizione del SSN, tanto nell'esercizio delle funzioni assistenziali quanto nella realizzazione degli obiettivi di ricerca individuati nel Piano Sanitario Nazionale e nella formazione del personale.

Al di là del contributo di altissima specialità offerto dagli IRCCS a livello scientifico-sanitario, anche sotto il profilo dell'organizzazione e gestione dei servizi gli IRCCS presentano interessanti spunti di analisi. Introdotti dalla legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (art.42 della legge 27 dicembre 1978, n. 33), che delegava il Governo ad un riordino dei presidi esistenti[6], gli IRCCS sono stati inizialmente configurati come istituti aventi personalità giuridica di diritto pubblico o di diritto privato[7]: in virtù del secondo comma dell'art.42, il riconoscimento del carattere scientifico di tali istituti doveva infatti essere effettuato con decreto del Ministero della sanità, di intesa con il Ministero della pubblica istruzione, sentite le Regioni interessate e il Consiglio Sanitario Nazionale.

Disciplinando gli Irccs e le modalità di riconoscimento di tali enti, l'art.42 della legge n. 833 del 1978 (come già l'art.28 del DPR n. 616 del 1977) ha pertanto esplicitamente escluso gli istituti in questione dalla disciplina generale in materia di assistenza ospedaliera e sanitaria. La peculiarità degli enti in esame derivava d'altronde dalla loro duplice natura di organismi di ricerca e di soggetti che svolgono attività di cura e di assistenza, che li ha posti, sotto il primo profilo, all'interno di una competenza esclusiva statale e, sotto il secondo profilo, in una materia di potestà concorrente. Da qui la caratterizzazione degli Irccs come "punto di confluenza non solo di due poteri normativi - regionale e statale -, ma anche di esigenze diverse"[8].

---

[6] Già prima dell'entrata in vigore della legge istitutiva del SSN, alcuni presidi ospedalieri svolgevano prestazioni di ricovero e cura connesse ad atti di ricerca scientifica biomedica; per tali enti, tuttavia, non era prevista una disciplina differenziata rispetto ai normali presidi ospedalieri. Per una ricostruzione storica delle principali caratteristiche di tali istituti, cfr. G.DE CESARE, *Voce "Istituti di ricovero e di cura a carattere scientifico"* in *Novissimo Digesto*, Torino, Unione Tipografica – Editore Torino, 1983, p. 470.

[7] Si ritiene opportuno specificare che, a differenza delle altre aziende sanitarie, unità sanitarie locali e presidi ospedalieri, che hanno assunto personalità giuridica solo per effetto del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, gli istituti scientifici avevano conseguito la trasformazione in enti pubblici già con l'art. 28 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, consolidata e confermata dalla legge 23 dicembre 1978, n. 833.

[8] Così O.PICCOLOMINI, *La normativa applicabile o comunque rilevante in materia di istituti di ricerca e cura a carattere scientifico (Irccs) in Rivista critica di diritto del lavoro,* fasc. 3, 1999, p. 616. La "duplice imputazione funzionale" è stata messa in evidenza dallo stesso Consiglio di Stato già con un parere del 1966 (poi ripreso da due successivi pareri del 1971 e del 1974), riferito all'Istituto Fisioterapici Ospedalieri di Roma: in relazione al ricovero, all'assistenza e alla cura degli ammalati, il Consiglio di Stato ha infatti ritenuto equiparabile l'attività dell'Istituto a quella propria degli enti ospedalieri, mentre i compiti scientifici e di studio venivano ricondotti all'esplicazione di attribuzioni direttamente riconosciute come proprie dello Stato. Da qui derivava la peculiare collocazione degli Irccs nel riparto di competenze Stato-Regioni: il Consiglio di Stato ha infatti evidenziato l'autonomia degli Istituti Fisioterapici ssoprattutto in relazione all'attività ospedaliera, mentre il potere regolamentare dello Stato investiva al contrario le attribuzioni di ricerca e di studio per cui l'Ente era direttamente dipendente dallo Stato, alla stregua di altri organi tecnici statali, tra cui, in particolare, l'Istituto Superiore di Sanità. Sul punto, cfr. G.DE CESARE, *op. cit.*, p. 470-471

Sempre in virtù del citato art.42, gli IRCCS di diritto pubblico sono stati qualificati, per la parte assistenziale, presidi ospedalieri multizonali delle Unità Sanitarie Locali competenti per territorio, mentre gli IRCCS di diritto privato venivano chiamati a stipulare con le Regioni convenzioni per assistenza sanitaria, sulla base degli schemi tipo approvati dal Consiglio dei Ministri. Su entrambi i tipi di IRCCS, la Regione è stata autorizzata ad esercitare le funzioni rispettivamente svolte nei confronti degli ordinari presidi ospedalieri delle Usl o delle case di cura private convenzionate.

Questo duplice rilievo funzionale degli Irccs evidenziato dall'art.42 della legge n. 833 del 1978 (sulla base di quanto già previsto dall'art. 28 del D.P.R. n. 616 del 1977) ed amplificato dalla riconduzione degli enti in esame in parte alle competenze statali ed in parte alle competenze regionali, ha creato un equivoco di fondo sulla natura di questi istituti, che venivano ad essere non solo "contesi tra Stato e Regioni", ma anche subordinati ad un sistema di controlli estremamente ambiguo e controverso, nonché ad un flusso di finanziamenti ristretti per l'assistenza e pressoché inesistenti per la ricerca[9].

Tutti gli ulteriori aspetti della disciplina degli IRCCS (la composizione degli organi di amministrazione interni, i sistemi di controllo sugli atti relativi all'attività non assistenziale, le procedure per la formazione dei programmi di ricerca ed i relativi finanziamenti, la disciplina dello stato giuridico e del trattamento economico del personale) sono invece stati demandati al potere normativo del Governo, delegato ad emanare entro un anno uno o più decreti aventi valore di legge.

2.2. La rigidità del modello di Irccs delineato dal DPR n. 617 del 1980.

La delega in esame è stata esercitata dopo due anni dall'entrata in vigore della legge n.833 del 1978, con il decreto del presidente della Repubblica 31 luglio 1980, n.617 (e non quindi con un decreto avente valore di legge), che ha dettato norme puntuali in materia di organi, controlli, attività di ricerca e personale degli IRCCS. Dal complesso delle disposizioni del D.P.R. 617/80, è emersa una disciplina tendenzialmente rigida e centralistica, in cui allo Stato o alle Regioni erano riservati puntuali poteri di controlli sia di merito che di legittimità su tutti gli atti adottati negli enti in esame, mentre la stessa erogazione dei finanziamenti avveniva secondo moduli poco flessibili. La burocratizzazione delle procedure interne agli istituti in questione si è peraltro accompagnata ad un'uniformità dei moduli organizzativi e delle attività di ricerca, comunque subordinate al vaglio finale della Commissione per la ricerca scientifica biomedica istituita presso il Ministero della sanità.

La mancanza di flessibilità organizzativa presente nelle disposizioni dell'art.42 della legge n.833/78 e del d.P.R. n. 617/80 è pertanto rilevabile da molteplici punti di vista:

a) *dal punto di vista delle attività svolte*, si coglie una netta separazione tra ricerca scientifica ed assistenza ospedaliera, motivata più da ragioni burocratiche che non da esigenze di differenziazione della disciplina delle funzioni materialmente svolte nei due ambiti. Da una parte, infatti, le attività assistenziali erano fatte ricadere nella disciplina dei presidi ospedalieri ordinari, caratterizzata da un sostanziale dirigismo organizzativo ed istituzionale. Dall'altra parte, invece, all'attività di ricerca veniva riconosciuta una maggiore flessibilità organizzativa, legata alla circostanza che la formazione dei programmi di ricerca ed i relativi

[9] Nell'art. 28 del DPR n. 616 del 1997, tale ambiguità era dovuta alla contraddittorietà tra il primo comma, che confermava il potere delle Regioni sull'attività assistenziale svolta dagli Istituti, e il secondo comma, in cui si riconosceva allo Stato una competenza sulle funzioni relative all'ordinamento degli istituti ed alla provvista degli organi direttivi, mentre il terzo comma attribuiva il controllo sugli atti agli organi regionali, vietando tuttavia l'annullamento delle deliberazioni adottate in deroga alle disposizioni regionali, ma autorizzate dal Ministero della Sanità per le finalità scientifiche degli istituti. L'ambiguità insita nell'art. 28 del DPR n. 616 è stata peraltro confermata dall'art. 42 della legge n. 833 del 1978. *Ibidem*, p. 472

finanziamenti venivano definiti in appositi piani, sempre coordinati a livello centrale, ma predisposti di volta in volta anche in riferimento agli obiettivi del piano sanitario nazionale. La distinzione compiuta dal legislatore del 1978 tra i due tipi di attività ha pertanto inevitabilmente appesantito la parte assistenziale degli IRCCS, ostacolando di fatto la realizzazione di un sistema organico di coordinamento tra le ricerche compiute in ambito scientifico e la loro sperimentazione ed attuazione in campo assistenziale. Era evidente, viceversa che lo speciale regime degli IRCCS avrebbe richiesto il riconoscimento di spazi speciali di autonomia anche in riferimento all'attività assistenziale[10];

b) *dal punto di vista della natura dell'istituto*, emerge una netta distinzione tra istituti di diritto pubblico ed istituti di diritto privato. Pur svolgendo materialmente le stesse funzioni di base, le due tipologie di IRCCS venivano ricondotte, per la parte assistenziale, rispettivamente alla disciplina dei presidi ospedalieri, se istituti di diritto pubblico, o alla disciplina delle strutture convenzionate, se istituti di diritto privato. La stessa distinzione interna tra IRCCS di diritto pubblico e IRRCS di diritto privato veniva mantenuta anche a livello delle procedure per la formazione dei programmi di ricerca biomedica: per gli istituti di diritto pubblico, era infatti prevista l'approvazione di specifici piani di ricerca, coordinati a livello nazionale ed articolati per settore. Per gli istituti di diritto privato, viceversa, era il Ministero della Sanità a dover stipulare apposite convenzioni anche per l'attuazione dei programmi di ricerca. Gli unici percorsi comuni ai due tipi di istituti previsti dal d.P.R. 617/80 erano quelli relativi ai controlli e alle modalità di erogazione dei finanziamenti, che prevedevano per entrambi la medesima presenza invasiva dello Stato o della Regione di appartenenza: anche l'attività degli IRCCS di diritto privato risultava pertanto altrettanto "ingessata" quanto quella degli IRCCS diritto pubblico;

c) *dal punto di vista dei controlli*, si evidenzia che tutte le deliberazioni degli IRCCS di diritto pubblico erano sottoposte al controllo preventivo di legittimità e di merito dello Stato o delle Regioni, a seconda della materia trattata. Alle deliberazioni degli IRCCS di diritto privato erano invece estesi solo i controlli preventivi statali previsti per gli IRCCS di diritto pubblico. E' evidente come tali previsioni potessero determinare non solo una profonda confusione di ruoli in relazione all'individuazione degli organi di controllo competenti per materia[11], ma anche un notevole appesantimento dell'attività decisionale degli istituti in esame, nonché una tendenziale uniformità di funzionamento ed organizzazione;

d) *dal punto di vista dei finanziamenti per la ricerca*, l'unica fonte di reperimento delle risorse era il Fondo Sanitario Nazionale. I meccanismi di erogazione dei fondi risultava inoltre estremamente rigido, dal momento che le somme destinate ai programmi di ricerca venivano versate in rate semestrali anticipate. Solo in caso di particolari esigenze, era prevista la

[10] Sulla difficoltà pratica di instaurare un equilibrio tra attività assistenziale e attività di ricerca, per cui "è quasi ineluttabile che una delle due attività receda rispetto all'altra, sì da renderla al limite embrionale", cfr G.DE CESARE, *op. cit.*, p. 471, che, nel DPR n. 617 del 1980, individua "il ritorno alla prevalenza dell'attività di ricerca sull'assistenza", con conseguente capovolgimento della situazione pre-esistente, che tendeva a considerare primaria l'attività scientifica rispetto alla cura e all'assistenza agli infermi. Il ritorno in auge dell'assistenza rispetto alla ricerca nel DPR n. 617 del 1980 è fatto coincidere dall'autore con la riserva di una quota del FSN a favore dell'attività di ricerca degli Irccs, nonché con l'istituzione di una Commissione per la ricerca scientifica biomedica con compiti di programmazione e di indirizzo.

[11] Come già nell'art. 28 del DPR n. 616 e nell'art. 42 della legge n. 833 del 1978, anche nel DPR n. 617 del 1980 si riconfermava la complessità e la farraginosità dei meccanismi di controllo, per cui, mentre alcune delibere erano sottoposte al controllo di legittimità e di merito del Ministero della Sanità (tra queste, in particolare l'adozione del regolamento organico e della pianta organica, l'approvazione del bilancio preventivo, le modifiche statutarie, le convenzioni in materia di ricerca scientifica, etc.), altre delibere (assunzione del personale e trattamento economico, stipulazione di contratti di ricerca, istituzione di borse di studio, etc.) venivano assegnate al vaglio dei Comitati regionali di controllo. *Ibidem*, p. 473.

possibilità di una anticipazione aggiuntiva pari al 20% del finanziamento previsto per l'esercizio in corso;

e) *dal punto di vista delle procedure di predisposizione dei programmi di ricerca*, emerge con chiarezza l'estremo centralismo e la tendenziale uniformità cui era ispirato il sistema di approvazione dell'attività di ricerca scientifica biomedica degli IRCCS. Spettava infatti alla Commissione per la ricerca scientifica biomedica istituita presso il Ministero della sanità proporre gli indirizzi per la ricerca scientifica biomedica degli IRCCS in relazione anche agli orientamenti emersi nel Piano Sanitario Nazionale. La Commissione, inoltre, era chiamata ad esprimere un parere scientifico e finanziario sulla fattibilità dei programmi di ricerca biomedica proposti dagli istituti e sui criteri per la loro utilizzazione. Solo sulla base del parere della Commissione ed in virtù di un rigido adeguamento del programma di ricerca alle osservazioni proposte dalla medesima, il progetto definitivo veniva inserito dal Ministero nei piani di ricerca nazionali e risultava assegnatario di un ammontare di finanziamenti. La complessa procedura era pertanto un sintomo della scarsa libertà d'azione riconosciuta agli istituti nella predisposizione dei programmi di ricerca e, soprattutto, della loro totale dipendenza dai finanziamenti stanziati a livello centrale

Dal quadro delineato, emerge l'immagine di un IRRCS "ingessato" nelle procedure autorizzative o di controllo di Stato e Regioni e soprattutto vincolato nelle modalità di reperimento delle (scarse) risorse a disposizione.

2.3. La mancata applicazione del d.lgs. n. 269 del 1993, attuativo della legge delega n. 421 del 1992

Come si è anticipato nell'introduzione, la situazione è cambiata radicalmente con l'inizio degli anni '90, quando il nuovo clima di riforme volto ad uno snellimento dell'apparato amministrativo e ad un decentramento delle relative funzioni ha coinvolto anche il funzionamento degli IRCCS. E' stata infatti proprio la legge 23 ottobre 1992, n.421 ad introdurre il riordino degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (art.1, comma 1, lett. h) tra i principi ed i criteri direttivi che il Governo doveva rispettare nell'esercizio della delega volta ad una riforma complessiva del Servizio Sanitario Nazionale. Tale inclusione della delega al riordino degli Irccs nella riforma generale dell'intero SSN è significativa, in quanto tendenzialmente indicativa della stretta connessione della riforma degli Istituti scientifici con le principali tendenze evolutive dell'ordinamento verso il decentramento delle funzioni e la valorizzazione delle relative forme di autonomia.

Nello specifico, è possibile affermare che la previsione dell'art.1, comma 1, lett. h) della legge n.421/92 sul riordino degli IRCCS si collegava idealmente con l'affermazione di cui all'art.1, comma 1. lett. d) della medesima legge, che prevedeva l'aziendalizzazione delle Unità Sanitarie Locali, secondo i principi individuati nella legge n.142 del 1990[12]. Il richiamo alla legge n.142 del 1990 implicava infatti un ripensamento complessivo del rapporto tra lo Stato, le Regioni, gli Enti locali e le amministrazioni sanitarie locali, improntato non più su un'idea di uniformità, bensì sulla diversificazione degli enti a seconda del diverso ruolo loro assegnato. Ne derivava la valorizzazione della programmazione sanitaria della Regione, quale livello di coordinamento delle varie autonomie

[12] Nello specifico, la lett. d) dell'art.1, comma 1 della legge n.421 del 1992 prevedeva che alle Unità Sanitarie locali trasformate in aziende fossero attribuiti propri organi di gestione, tra cui il direttore generale e il collegio dei revisori. Parallelamente, tra i criteri direttivi della delega si faceva riferimento anche all'esigenza di attribuire agli organi di direzione degli enti locali (il sindaco ovvero la conferenza di sindaci ovvero dei presidenti delle circoscrizioni di riferimento territoriale) l'esame del bilancio di previsione e del conto consuntivo, nonché le verifiche generali sull'andamento delle attività finalizzate alla predisposizione delle linee di indirizzo per le ulteriori programmazioni.

infraregionali, a fronte del riconoscimento di concreti spazi di autonomia a favore delle Usl trasformate in aziende e, parallelamente, anche degli IRCCS[13].

Se, tuttavia, da una parte è possibile cogliere tra le intenzioni del legislatore l'esigenza di armonizzare la disciplina in materia di Irccs con la riforma complessiva del SSN, dall'altra parte la legge delega n. 421 del 1992 ha confermato in maniera esplicita la separazione degli Irccs rispetto alle altre strutture sanitarie - già delineata dalla legge n. 833 del 1978 -, disciplinando la riorganizzazione degli istituti in esame in un apposito principio di delega, diverso e distinto rispetto a quelli contenuti nelle lett. c) e d) dell'art. 1 della legge n. 421 del 1992[14]. In particolare, si evidenzia come la legge n. 421 del 1992, disponendo a favore della trasformazione in aziende delle U.s.l., non abbia inteso estendere tale principio anche agli Irccs, ma si sia limitata a parlare genericamente di un "riordino"[15].

La particolarità della riforma degli istituti scientifici è stata peraltro confermata dal d.lgs. n. 269 del 1993, attuativo della delega di cui alla legge n. 421, che, estendendo agli Irccs il riconoscimento delle sei autonomie (autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica[16]) già previste dal d.lgs. n. 502 del 1992 per le aziende U.s.l., ha continuato a qualificare tali istituti come "enti nazionali", seppure dotati di personalità giuridica di diritto pubblico o di diritto privato[17]. Anche a questo proposito, si conferma insomma l'intenzione del legislatore di adeguare in

---

[13] Non è possibile in questa sede soffermarsi ad analizzare la portata della legge n.142 del 1990 sull'autonomia degli enti e delle amministrazioni locali. Per un discorso generale sul significato della riforma, si rinvia a F.STADERINI, *Diritto degli enti locali,* CEDAM, Padova, 1999, p. 216 ss.
Per quanto riguarda nello specifico il sistema sanitario, si evidenzia che il rinvio, nella legge delega n. 421 del 1992, ai principi ispiratori della legge n. 142 del 1990 sull'ordinamento delle autonomie locali non è da interpretarsi come esaustivo: in particolare, se è possibile desumere dalla legge n. 142 alcuni principi generali in materia di valorizzazione dell'autonomia delle aziende U.s.l., non è tuttavia possibile tentare di assimilare le aziende sanitarie ad alcuna delle forme di gestione dei servizi pubblici locali di cui all'art.22 della legge n. 142, "neanche alle due che più si avvicinano loro, quella dell'azienda speciale e dell'istituzione". Sul punto, cfr. E.MENICHETTI, *L'aziendalizzazione del servizio sanitario nazionale: profili di organizzazione e della dirigenza* in R.BALDUZZI e G.DI GASPARE (a cura di), *L'aziendalizzazione nel d.lgs. 229/99*, Milano, Giuffrè editore, 2001, p. 55. In tal senso, anche A.CAPPUCCI, *Il processo evolutivo della sanità italiana: dagli "spedali" alle aziende sanitarie* in *Ragiusan*, n. 215/216, 2002, p. 12
Una tesi opposta è invece sostenuta da M.CLARICH, *Le nuove aziende sanitarie tra ente pubblico ed impresa* in *Ragiusan*, 1993, n.109/110, p. 7, secondo il quale "il rinvio alla legge di riforma delle autonomie locali va inteso pertanto nel senso che le aziende sanitarie devono essere disciplinate secondo il modello dell'azienda speciale risultante dagli artt. 22 e 23 della L. N. 142 che disciplinano in via generale le forme di gestione dei servizi pubblici locali".

[14] Sul punto, cfr. O.PICCOLOMINI, *La normativa applicabile o comunque rilevante in materia di istituti di ricerca e cura a carattere scientifico, op. cit*., p. 617, che evidenzia come, in relazione alle norme sul riordino degli Irccs, la legge delega non abbia posto vincoli al governo, lasciandolo libero di procedere alla riorganizzazione secondo proprie discrezionali valutazioni. Ne consegue che "non solo aziende sanitarie e Irccs vengono mantenuti ben distinti, ma sono diverse e distinte anche le modalità di esercizio della delega fissate dal Parlamento per le due ipotesi".

[15] Come si vedrà più avanti, sarà il d.lgs. n. 229 del 1999 a cercare di recuperare questo divario, prevedendo esplicitamente l'applicazione agli Irccs del modello aziendale già attuato nelle aziende U.s.l. e nelle aziende ospedaliere.

[16] In virtù della definizione di cui all'art.1, comma 3 del D.Lgs. n.269 del 1993, si è inteso estendere agli IRCCS il principio già previsto dall'art.1, comma 1 della lett. n) della legge n. 421/92 , per cui agli ospedali di rilievo nazionale e di alta specializzazione – compresi i policlinici universitari – nonché agli ospedali regionali destinati a centro di riferimento della rete di servizi di emergenza doveva essere attribuita autonomia di bilancio, finanziaria, gestionale e tecnica (si ricorda infatti che l'art.1, comma 3 del D.Lgs. n. 269 del 1993 ha qualificato gli IRCCS come "ospedali di rilievo nazionale e di alta specializzazione", assoggettati alla disciplina per questi prevista, in quanto compatibile). La citata lett. n.) ha inoltre previsto che anche la gestione degli altri presidi delle USL fosse informata al principio dell'autonomia economico-finanziaria.

[17] La constatazione in esame si ricollega con le interpretazioni volte ad evidenziare "le precarietà, se non proprio il carattere illusorio del formale riconoscimento di autonomia dell'azienda sanitaria" (A.ROMANO TASSONE, *L'azienda sanitaria tra democrazia e tecnocrazia in Sanità pubblica*, 1997, p. 391) e "la fragilità e il mancato riscontro in concreto della portata omnicomprensiva della personalità giuridica" (E.MENICHETTI, *op. cit.*, p. 45). Ciò che si vuole sostenere, in particolare, è che l'esplicito riconoscimento di sei distinte forme di autonomia a favore degli Irccs si

parte la disciplina in materia di Irccs ai principi generali di riforma del SSn, ferma restando l'esigenza di mantenere in capo agli istituti in esame un'organizzazione ed una struttura peculiari, distinte da quelle degli altri centri assistenziali.

Da un punto di vista pratico, l'obiettivo del legislatore di valorizzare l'autonomia degli Irccs è tuttavia rimasto quasi interamente irrealizzato. Le previsioni del D.lgs. n. 269 del 1993 non hanno infatti mai trovato compiuta attuazione, non essendo state esercitate le deleghe al Governo ad adottare i regolamenti di esecuzione del decreto legislativo medesimo. Mancando tali regolamenti attuativi, tutte le norme sull'autonomia degli Irccs sono rimaste mere manifestazioni di intenti, mentre gli istituti hanno continuato per anni (e tuttora continuano) a funzionare sotto commissariamento. Ai fini della nostra analisi, è tuttavia importante analizzare il contenuto ideale di evoluzione della normativa in materia di Irccs prevista dal d.lgs. n. 269, per comprendere appieno il grave ritardo del settore, che solo i recenti interventi di riforma del 2001-2002 hanno cercato di sanare.

Le principali modifiche configurate nel D.Lgs. n. 269 possono essere così suddivise;

a) ridefinizione degli interventi del Ministero della Salute, ora ridotti a quattro settori: il riconoscimento e la revoca del carattere scientifico degli istituti[18]; la definizione dei criteri generali per la redazione degli statuti e dei regolamenti degli istituti; l'alta vigilanza e i controlli[19]. Tutte queste forme di intervento dello Stato nei confronti dell'attività degli IRCCS avrebbero dovuto essere definite in dettaglio con un successivo regolamento governativo che, come anticipato, non è mai stato adottato. Questa significativa lacuna attuativa non ci consente di valutare effettivamente gli spazi di autonomia realmente riconosciuti ai singoli Istituti. Dal disegno complessivo del D.Lgs. n.269, sembra comunque emergere l'intenzione del riformatore di riportare l'attività di controllo statale non ad un vaglio puntuale preventivo di ogni

---

è comunque accompagnato con il mantenimento di un'implicita dipendenza degli istituti in esame dai livelli di governo territorialmente competenti, soprattutto considerando che tali sei forme di autonomie non sono state supportate da una riorganizzazione degli istituti in aziende (anche se, sulla limitata rilevanza della qualificazione di "azienda" ai fini della valorizzazione dell'autonomia delle relative strutture, cfr. A.ROMANO TASSONE, *op. cit.*, p. 390-391, secondo il quale "la definizione del nuovo ente come "azienda" (…) non aiuta che in minima parte a risolvere il problema fondamentale relativo all'effettiva autonomia della unità sanitaria rispetto ai centri di riferimento e di direzione").

[18] Si ricorda che la lett.a), comma 1 dell'art.2 del D.Lgs. n.269 del 1993 è stata dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale (sent. n. 338 del 1994), nella parte in cui non ha previsto il coinvolgimento delle Regioni nelle procedure di riconoscimento e revoca del carattere scientifico degli IRCCS, come peraltro già riconosciuto dallo stesso d.P.R. n. 617 del 1980.

[19] Si evidenzia che le funzioni riservate dal D.lgs. n. 269 del 1993 allo Stato sono poi state confermate dall'art.11 del D.lgs. n. 112 del 1998, che, nel disciplinare il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di vigilanza sugli enti, ha specificato che "ferme restando le competenze regionali aventi ad oggetto l'attività assistenziale degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (...), sono conservati allo Stato il riconoscimento, il finanziamento, la vigilanza ed il controllo, in particolare sull'attività di ricerca corrente e finalizzata, degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico pubblici e privati (...)". Come evidenziato da C.TUBERTINI, *Commentario al decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, recante conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni ed agli Enti Locali, in attuazione del Capo I della Legge 15 marzo 1997, n. 59 - art.121* in *Le regioni*, numero 3-4, 1998, p. 874-875, la soluzione adottata dal d.lgs. n. 112, che in materia di Irccs ha derogato palesemente al criterio generale di riparto delle competenze di Stato e Regioni, fondato sulla dimensione rispettivamente nazionale o ultraregionale e regionale o infraregionale dell'ente, era l'unica possibile. Da una parte, infatti, si doveva tenere conto dell'esclusione della materia ricerca scientifica dall'ambito delle funzioni conferibili (art.1, comma 3, lett. p) della legge n. 59 del 1997); dall'altra parte, invece, non era possibile sottrarre alle Regioni competenze già in atto esercitate (come sancito dall'art.1, comma 4 del decreto). Secondo l'Autrice, tuttavia, "la generica conservazione in capo allo Stato delle funzioni di vigilanza, operata dal comma 2 dell'articolo 121, risulta incompleta, non contenendo la menzione della necessaria audizione della Conferenza Stato-Regioni richiesta invece dalla legislazione vigente (art.2 d.lgs. 269/1993) in sede di riconoscimento e revoca del carattere scientifico dell'istituto, né contenendo alcun riferimento al necessario parere della Regione interessata, reso obbligatorio dalla Corte Costituzionale" (cfr. la citata sentenza 25 luglio 1994, n. 338).

deliberazione dell'Istituto, bensì ad una funzione di alta vigilanza, ovvero di verifica generale delle scelte strategiche dell'ente;

b) la previsione di un direttore generale a capo degli organi degli Istituti: la nomina di un direttore generale è coerente con l'attribuzione agli enti in esame di una effettiva autonomia organizzativa, patrimoniale, etc[20]. Si riconferma, anche a questo riguardo, il parallelismo con l'art.1, lett. d) della legge n.421 del 1992, che, nell'ambito dell'aziendalizzazione delle U.s.l., ha introdotto il direttore generale come figura di nomina politica (spetta infatti alla Giunta regionale nominare e revocare l'incarico a direttore generale); a differenza di quanto previsto per le aziende sanitarie, alle Autorità di governo ed amministrative incaricate di redigere il regolamento è stata tuttavia lasciata ampia libertà di dare criteri sia per la nomina di tale organo, sia per il trattamento giuridico ed economico dei Direttori sanitari in carica. Si evidenzia inoltre come, a differenza del d.P.R. n.617 del 1980, il D.lgs. n.269 non abbia previsto una nomina ministeriale per il direttore generale e per gli altri organi amministrativi degli IRCCS, ma si sia limitato a delegare al regolamento governativo di attuazione la definizione delle modalità di nomina, durata, composizione, etc. dei suddetti organi. In analogia con quanto previsto dal D.Lgs. n. 502 del 1992 per i direttori generali delle Asl, sarebbe stato logico aspettarsi una nomina di tipo politico di comune intesa con le Regioni competenti per territorio ed un incarico perennemente revocabile sulla base di valutazioni legate all'efficienza, all'efficacia e all'economicità della gestione delle risorse disponibili da parte del direttore generale;

c) maggiore autonomia nello svolgimento della ricerca: il d.lgs. n. 269 ha infatti previsto la possibilità di stipulare convenzioni tra gli istituti per realizzare programmi comuni nel settore della ricerca biomedica, nella organizzazione e gestione dei servizi sanitari, nella sperimentazione di interesse generale e nella formazione continua professionale. Si è inoltre introdotta la possibilità di svolgere ricerche finalizzate e a pagamento. Sempre nell'intento di valorizzare l'autonomia decisionale dei singoli enti, si è riconosciuta la possibilità di compiere a livello decentrato, presso i comitati etici istituiti presso ogni Irccs, la valutazione etica dell'attività di ricerca e di sperimentazione clinica[21]. Queste laconiche previsioni, che avrebbero poi dovuto essere specificate nel regolamento governativo di attuazione, sono in realtà sufficienti ad evidenziare l'esigenza del riformatore di prevedere una maggiore flessibilità organizzativa nella predisposizione dei programmi di ricerca e nel reperimento delle relative risorse;

d) in relazione al finanziamento degli Irccs, il d.lgs. n. 269 ha richiamato le norme del d.lgs. n. 502 del 1992 sia per l'attività di ricerca (il riferimento è all'art.12, comma 2 del d.lgs. n. 502, che ha riservato una quota pari all'1 per cento del Fondo sanitario nazionale per l'attività di ricerca corrente e finalizzata, svolta dalle strutture elencate, tra cui compaiono anche gli Irccs), sia per l'attività di assistenza sanitaria (finanziata dalla Regione competente per territorio, sulla base delle disposizioni sugli ospedali di rilievo nazionale e di alta specialità di cui al d.lgs. n. 502 del 1992).

---

[20] A parte il Direttore generale - che ha sostituito la figura del Presidente, cui il precedente d.P.R. n.617/80 attribuiva il compito di presiedere il C.d.a. dell'Istituto -, il D.lgs. n.269 ha confermato gli organi già previsti dal d. P.R. n.617/80, tra cui, in particolare, il Consiglio di Amministrazione, il collegio dei revisori, il comitato tecnico-scientifico ed il direttore scientifico, la cui figura è stata considerevolmente valorizzata dal D.Lgs. n.269. All'art. 2, comma 2, lett. l) del D.Lgs. n. 269, si è infatti attribuita al direttore scientifico la responsabilità complessiva delle attività di ricerca anche in relazione alle risorse ad essa destinate nel quadro della programmazione dell'Istituto.

[21] Al riguardo, è necessario specificare che l'originaria versione del d.lgs. n.269 manteneva alla Commissione centrale per la ricerca sanitaria già prevista dal d.P.R. n.617/80 la determinazione degli stanziamenti destinati alla ricerca scientifica. Tale riferimento è stato tuttavia abrogato dal regolamento di semplificazione di cui al d.P.R. n. 213 del 2001, che, nell'ambito della semplificazione del procedimento per il finanziamento degli Ircss, ha sostituito alla Commissione centrale per la ricerca sanitaria i comitati etici istituiti presso ogni struttura.

Nel complesso, si evidenzia come il D.Lgs. n. 269 del 1993, pur se informato – almeno nei criteri di delega – all'esigenza di estendere agli Irccs il processo di regionalizzazione dell'organizzazione sanitaria, abbia di fatto realizzato l'accentramento di alcune funzioni, a volte addirittura sottraendo funzioni già precedentemente trasferite. Proprio sulla base di queste argomentazioni, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune disposizioni del D.Lgs. n. 269 del 1993[22], bloccando in concreto il processo di emanazione dei regolamenti di attuazione, in mancanza dei quali non si è potuto dare seguito alla modifica dei regolamenti dei vari Istituti.

La mancata attuazione del D.Lgs. n. 269 del 1993 ha così determinato, a partire dal 1° luglio 1994, il commissariamento di tutti gli Irccs pubblici[23], con conseguente allontanamento dagli obiettivi di riforma perseguiti e profonda alterazione degli equilibri di competenze originari. Mentre nel resto del SSN era in fase di implementazione il processo di aziendalizzazione e di regionalizzazione delle strutture e delle funzioni sanitarie, agli Irccs continuavano infatti ad essere applicate, in quanto compatibili con le regole sul commissariamento, le disposizioni di cui al D.P.R. n. 617 del 1980, la cui abrogazione ai sensi dell'art. 8 del D.Lgs. n. 269 del 1993 era stata esplicitamente subordinata all'entrata in vigore dei suddetti regolamenti attuativi[24].

2.4. L'estensione agli Irccs del modello aziendale nel d.lgs. n. 229 del 1999

Tale situazione di estrema incertezza amministrativa e giuridica ha incominciato a sollecitare, a partire dalla fine degli anni '90, un intervento del legislatore; nella scorsa legislatura, in particolare, vi è stato il tentativo di approvare un testo organico di riordino degli Irccs, che tuttavia non ha avuto alcun esito[25].

Un significativo intervento a sostegno del problema degli Irccs è invece rinvenibile nel d.lgs. n. 229 del 1999, che, modificando l'art. 4, comma 1 del d.lgs. n. 502 del 1992, per cercare di risolvere la situazione di grave disagio degli istituti in questione, ha incluso gli Irccs tra gli enti che possono essere costituiti o confermati in aziende "per specifiche esigenze assistenziali, di ricerca scientifica, nonché di didattica del Servizio Sanitario Nazionale"[26]. Lo strumento per la trasformazione in questione è stato individuato nella delega legislativa di cui all'art.11, comma 1, lett. b) della legge

---

[22] Ci si riferisce alla già citata sent. n. 338 del 19 maggio 1994, conclusiva del processo per conflitto di attribuzioni sollevato dalle Regioni Emilia Romagna e Lombardia, che hanno impugnato il d.lgs. n. 269 del 1993 per presunta appropriazione (o riappropriazione) da parte dello Stato di funzioni di spettanza regionale.

[23] Facendo seguito ad una lunga catena di decreti-legge decaduti per decorrenza dei termini (D.L. n. 419 del 1994, D.L. n. 410 e n.510 del 1995, D.L. n. 35, n. 177 e n. 298 del 1996), il decreto-legge 19 giugno 1997, n. 171, convertito in legge 31 luglio 1997, n. 258 ha infatti previsto che, sino all'avvenuto riordinamento degli Irccs, in sostituzione degli organi ordinari di amministrazione, siano nominati con decreto del ministro della Sanità Commissari straordinari, i quali devono cessare le loro funzioni non appena vengano insediati gli organi ordinari sulla base dei regolamenti di riordinamento degli Irccs.

[24] L'art. 8 del D.Lgs. n. 269 del 1993 ha infatti subordinato l'abrogazione del DPR n. 617 del 1980 all' "entrata in vigore dei regolamenti previsti dal presente decreto, in relazione alle materie di rispettiva competenza".

[25] Ci si riferisce al disegno di legge Bindi-Berlinguer (AC 3856; AS 4720), che prevedeva una riforma complessiva degli Irccs attraverso un procedimento di semplificazione normativa della disciplina degli istituti in questione, fondata sull'emanazione di uno o più regolamenti governativi. L'iter parlamentare di tale ddl di riforma degli Irccs, in seguito a tre successive approvazioni da parte di Camera e Senato, non ha potuto essere concluso a causa della decorrenza della legislatura.

[26] Sulla specifica configurazione dei requisiti in esame come "pre-condizione generale per la costituzione o la conferma in aziende degli istituti e delle aziende indicate nell'art.4", cfr., in particolare, R.BALDUZZI, *Commento all'art. 4 "Aziende ospedaliere e presidi ospedalieri"* in F.ROVERSI-MONACO (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale,* Rimini, Maggioli Editore, 2000, p. 183-184, secondo il quale per gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico "le specifiche esigenze di ricerca e di didattica sono, per così dire, in *rebus ipsis*", mentre "per le altre aziende ospedaliere la sussistenza delle specifiche esigenze assistenziali va motivata puntualmente e distintamente dall'attestazione circa la presenza dei requisiti di cui ai commi 1 bis e 1 ter".

15 marzo 1997, n. 59, finalizzata, tra gli altri obiettivi, anche a "riordinare gli enti pubblici nazionali operanti in settori diversi dalla assistenza e previdenza".

Il principio in esame ha rappresentato – almeno sotto il profilo teorico – un'innovazione di non indifferente portata dei rapporti sussistenti tra la disciplina in materia di Irccs e le regole generali applicate alle aziende sanitarie. Prima dell'emanazione del D.Lgs. n. 229 del 1999, non vi era infatti alcuna norma che consentisse di estendere agli Irccs la disciplina prevista per le aziende ospedaliere del SSN[27]. Viceversa, l'autorizzazione a costituire gli Irccs in azienda, seppure circondata da particolari cautele e da specifici moduli procedurali, ha portato alcuni a concludere che la citata disposizione di cui al d.lgs. n. 229 del 1999 presenta "un evidente rilievo sistematico, confermando che le disposizioni del d.lgs. n. 229 (e dunque dei d.lgs. n. 502 del 1992 e n. 517 del 1993, che questo va a modificare) si pongono come normativa generale dell'assistenza sanitaria, con tutte le conseguenze che derivano da tale qualificazione (possibilità di ricavarne principi generali, stretta interpretazione per le disposizioni ad essa derogatorie, e così via)"[28].

Tale conclusione, sicuramente condivisibile nel suo significato più profondo, non deve tuttavia essere intesa come parificazione od omologazione degli Irccs alle restanti strutture assistenziali del SSN. La peculiarità degli istituti in questione, intrinseca alla loro doppia natura di centri assistenziali e di ricerca, difficilmente infatti avrebbe consentito un'estensione in via analogica agli Irccs delle disposizioni in materia di aziendalizzazione; molto probabilmente, il modello aziendale avrebbe dovuto essere opportunamente adeguato alle peculiari caratteristiche degli Irccs, ferma restando la dipendenza dai medesimi principi generali e dai medesimi criteri di riforma[29]. L'esigenza di un coordinamento normativo ai fini dell'attuazione delle previsioni in materia di Irccs di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 209 del 1999 è d'altronde confermata dagli esiti storici dell'intera vicenda: la mancata attuazione della delega di cui all'art.11, lett. b) della legge n. 59 del 1997 non ha infatti consentito di applicare il modello aziendale agli istituti in questione, anche se parte della dottrina ha evidenziato come alcuni profili dell'aziendalizzazione fossero invece direttamente estendibili agli Irccs (anche in mancanza di un decreto attuativo)[30].

---

[27] Sul punto, cfr. in modo particolare l'ord. della Pretura di Milano del 10 maggio 1999 nel ricorso presentato avverso l'Ospedale Maggiore di Milano, in seguito al provvedimento di privazione delle funzioni del Direttore sanitario di Irccs e di nomina di un nuovo Direttore sanitario in applicazione delle disposizioni vigenti nelle Aziende sanitarie locali. La Pretura di Milano, nello specifico, ha evidenziato "la non diretta e totale applicabilità agli Irccs del D.Lgs. n. 502 del 1992, come si evince anche dalla numerosa decretazione d'urgenza susseguitasi dal 1994 in ordine alla gestione amministrativa degli Irccs stessi, fino all'ultimo DL 171/97, convertito in L. 258/97, in attesa dell'apposita legge di iniziativa governativa all'esame del Parlamento (del resto, l'applicabilità nella specie del D.Lgs. n. 502/92 appare in contrasto con la stessa esistenza di un commissario straordinario)". Conseguentemente, anche in materia di personale la Pretura conclude nel senso che "il rinvio dell'art.4 del D.Lgs. 269/93 in materia di "personale" al D.Lgs. n. 502/02 e alla l.29/93 vada in ogni caso circoscritto alla disciplina dei rapporti di lavoro (art.15) e non già anche ai poteri di gestione e organizzazione (…), diversamente regolati dall'art.3 (…)".

[28] *Ibidem*, p. 177

[29] Sempre sotto il profilo dell'interpretazione normativa, si confermerebbe così l'intenzione del legislatore, già evidenziata in relazione alla legge delega n. 421 del 1992, di estendere agli Irccs i principi generali in materia di riforma del SSN, pur nella distinzione degli istituti in esame dalle altre strutture sanitarie. Il fatto che il legislatore abbia scelto di disciplinare l'aziendalizzazione degli Irccs nello stesso comma in cui si conferma l'applicazione del modello aziendale alle aziende ospedaliere non deve infatti trarre in inganno circa la permanenza di una netta distinzione (che è d'altronde intrinseca alle strutture oggetto di comparazione) tra gli Irccs e le aziende ospedaliere.

[30] Così R.BALDUZZI, *ibidem*, p. 178 (nota n.9), per cui "la mancata indicazione dell'applicabilità immediata delle disposizioni concernenti la direzione generale non dovrebbe essere valutata come assolutamente ostativa dell'applicazione dell'art. 3, cardine del completamento stesso". La stessa insufficienza di principi e di criteri per l'adozione dell'atto aziendale di diritto privato non avrebbe dovuto costituire, secondo l'Autore, causa ostativa all'esercizio dell'autonomia regolamentare degli Irccs-aziende, posto che si sarebbe potuto ricorrere ad un apposito accordo in sede di Conferenza Stato-Regioni. A conferma della tesi sostenuta, l'Autore ha addotto anche l'elemento letterale, evidenziando come il comma 1 dell'art. 4 esplicitamente prevedesse che le aziende da costituire o confermare dovevano essere "disciplinate dall'articolo 3". L'Autore ha infine ricordato che, in netta contraddizione con il criterio generale di cui all'art.4 del d.lgs. n. 229/99, il d.d.l. governativo di riforma recante nuova disciplina degli istituti,

Oltre all'aziendalizzazione degli istituti scientifici, l'art.4, comma 1 del d.lgs. n. 229/99 ha inoltre previsto che in via transitoria, fino all'emanazione delle disposizioni attuative sugli Irccs, si applichino ad essi le disposizioni relative alla dirigenza sanitaria, ai dipartimenti, alla direzione sanitaria e amministrativa aziendale e al collegio di direzione contenute nel decreto medesimo.

Solo queste ultime innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 229 del 1999 hanno trovato applicazione. La mancata attuazione della delega contenuta nella l. n. 59 del 1997 per la trasformazione in aziende degli Irccs, unita all'estensione della disciplina organizzativa generale[31] in materia di aziende sanitarie, ha così dato origine ad una situazione del tutto ibrida. Da una parte, infatti, gli enti in questione rimanevano commissariati; dall'altra parte, trovavano applicazione nei medesimi alcune disposizioni innovative, tra cui quelle relative all'esclusività del rapporto di lavoro della dirigenza sanitaria, alla dipartimentalizzazione degli istituti, ai criteri di nomina e di revoca della direzione amministrativa, etc.

Nonostante il tentativo di appianare la situazione di grave disordino degli Irccs compiuto dal d.lgs. n. 229 del 1999, il protrarsi del commissariamento ed il rilevante divario esistente tra la disciplina applicabile a tali enti ed i criteri generali di funzionamento del SSN hanno arrecato agli istituti in esame numerosi problemi gestionali e di funzionamento, riferibili:

a) ai pregnanti poteri di intervento tuttora riservati allo Stato, sia in riferimento alla nomina dei commissari, sia in riferimento agli atti gestionali degli istituti;
b) alla generale insoddisfazione delle Regioni, che, sebbene chiamate a contribuire in maniera rilevante al finanziamento degli Irccs, non si vedono riconosciuto alcun potere di nomina, né alcuna possibilità di intervento nel merito dell'attività svolta o nella programmazione dei programmi assistenziali e di ricerca;
c) al problema delle risorse: tutti gli Irccs pubblici presentano vistosi disavanzi, sia perché le Regioni spesso non corrispondono loro le risorse dovute, sia perché i fondi statali destinati alla ricerca sono in fase di continua riduzione;
d) al problema degli Irccs privati, prevalentemente organizzati in Fondazioni, che, pur essendo gestiti con le regole del diritto privato, affluiscono agli stessi canali di finanziamento degli istituti scientifici pubblici;

---

presentato nella XIII legislatura, ha invece previsto la soppressione del principio che dispone l'estensione agli Irccs del processo di aziendalizzazione.

In relazione al dibattito sull'auto-applicatività del modello aziendale agli Irccs, sorgono tuttavia alcune perplessità in relazione alla possibilità di applicare direttamente le disposizioni di cui all'art.3 agli istituti in esame: in primo luogo, sotto il profilo letterale, l'art.4 del d.lgs. n. 229 sembra esplicitamente far dipendere la costituzione degli Irccs in aziende dal rispetto delle particolarità procedurali ed organizzative previste dall'attuazione della delega di cui all'art.11, comma 1, lett. b) della legge n. 59 del 1997. Lo stesso riferimento, al secondo periodo dell'art.4, comma 1 del d.lgs. n. 229 del 1999, alle disposizioni transitorie da applicare "sino all'emanazione delle disposizioni attuative sugli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico" sembrerebbe confermare la non auto-applicatività del modello aziendale agli Irccs.

In secondo luogo, sotto un profilo sostanziale, si ritiene che le disposizioni di cui all'art.3, commi 1, 1 bis e 1 ter potessero sì essere intese, in mancanza di diversa disposizione, come principi generali ispiratori della riforma degli Irccs, ma che le medesime non potessero altresì consentire di procedere fattualmente alla trasformazione in aziende degli istituti in esame. L'esigenza di adeguare l'assetto organizzativo aziendale alle specifiche esigenze degli Irccs (in particolare per quanto riguarda le figura del direttore generale); la presenza, all'interno dei medesimi, di attività di ricerca che influiscono direttamente sulla struttura e sull'organizzazione dell'azienda; la peculiare difficoltà della transizione al modello aziendale, dato il protrarsi della situazione di commissariamento degli Irccs al momento dell'emanazione del d.lgs. n. 229 del 1999, etc: tutti questi elementi sembrano testimoniare la necessità di mediare l'applicazione del criterio generale di cui all'art.4, comma 1 del d.lgs. n. 229 del 1999 attraverso la predisposizione di una fonte attuativa statale di grado primario.

[31] R.BALDUZZI, *ibidem*, p. 180, puntualizza al riguardo che il d.lgs. n. 229 del 1999 ha esteso agli Irccs la disciplina organizzativa generale "salvo per quanto concerne la composizione e le attribuzioni degli organi (direttore generale e collegio sindacale), rispetto alle quali l'esigenza di differenziazione potrebbe porsi in misura più marcata, anche in relazione alla pluralità di funzioni (alcune statali, altre regionali) che fanno capo a tali istituti".

e) al problema della rigidità delle formule di gestione e di organizzazione degli Irccs, irrigidite all'interno di continui oneri burocratici, vincolate al rispetto dell'uniformità imposta dall'alto e limitate nelle aspirazioni di collaborazione esterna.

2.5. I recenti interventi di "privatizzazione"[32]:

a) la sperimentazione di cui all'art.28, comma 8 della legge finanziaria per il 2002

La consapevolezza di questo stato di profondo disagio degli IRCCS ha offerto lo stimolo per una riforma complessiva degli istituti in esame, anticipata in forma sperimentale dall'art.28, comma 8 della legge finanziaria per il 2002 (legge n. 448 del 2001) e poi confermata dall'art.42 del collegato sulla pubblica amministrazione per il 2002 (legge n. 3 del 2003).

In primo luogo, la legge finanziaria per il 2002, all'art.28, comma 8, include gli Irccs all'interno del più generale processo di trasformazione di enti pubblici in società per azioni o fondazioni di diritto privato, finalizzato a "conseguire gli obiettivi di stabilità e di crescita", " ridurre il complesso della spesa di funzionamento delle amministrazioni pubbliche", "incrementarne l'efficienza e migliorare la qualità dei servizi". Nello specifico, il citato art.28, comma 8, estendendo la trasformazione in questione agli Irccs, detta per gli enti in esame tre regole specifiche: innanzitutto, si specifica che il riassetto degli Irccs è meramente sperimentale, in quanto volto a verificare che effettivamente il riordino possa consentire agli istituti scientifici di raggiungere gli obiettivi generali ispiratori della riforma (ovvero il conseguimento della stabilità e della crescita, la riduzione delle spese correnti, la promozione dell'efficienza e della qualità dei servizi). In secondo luogo, viene evidenziato il ruolo delle Regioni interessate, che devono essere "sentite" ai fini della trasformazione degli Irccs, mentre un analogo principio non è esplicitamente previsto per gli altri enti pubblici e le altre amministrazione in fase di trasformazione. Infine, si sottolinea che la riorganizzazione degli Irccs ed il ricorso a strumenti privatistici non intacca la natura pubblica degli istituti medesimi, richiamando sul punto le previsioni di cui all'art.1 del d.lgs. n. 269 del 1993.

Tutte e tre queste regole sono intrinsicamente legate allo specifico campo d'azione degli Irccs, in riferimento sia al diritto alla salute costituzionalmente garantito, sia alle regole generali di funzionamento del Servizio Sanitario nazionale di cui gli Irccs fanno parte.

Rinviando all'analisi della recente delega di cui all'art.42 della legge n. 3 del 2003 le osservazioni sul rapporto della trasformazione degli Irccs con il ruolo delle Regioni e con il diritto alla salute, è opportuno in questa fase evidenziare soprattutto il legame funzionale della previsione di cui all'art.28 della finanziaria per il 2002 con i successivi sviluppi della questione. In particolare, si evidenzia come l'avvio della sperimentazione abbia coinciso con il perseguimento dei seguenti obiettivi[33]:

---

[32] Si puntualizza, riservandosi di fornire spiegazioni più approfondite nel proseguo del discorso, che il termine privatizzazione qui utilizzato è da intendersi in un'accezione larga, che non coincide con l'attribuzione di una natura di diritto privato agli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, ma che si limita ad evidenziare la tendenza al ricorso, nel processo di riordino degli enti in esame, a modelli organizzativi e funzionali tipici dell'universo privato.
E' peraltro necessario specificare che il termine "privatizzazione" cui si fa riferimento non deve neanche essere inteso come mera "destatalizzazione", perché, come si spiegherà in maniera più dettagliata nei prossimi paragrafi, la legge delega sembra voler mantenere un potere di ingerenza statale non indifferente sugli Irccs trasformati.
In sintesi, la "privatizzazione" degli Irccs sembra corrispondere non tanto ad un processo rivolto all'esterno, finalizzato cioè a far uscire dal servizio sanitario pubblico istituti o competenze di natura amministrativa, quanto più ad un processo rivolto verso l'interno, che cerca di assorbire nuove risorse, nuove logiche funzionali e nuovi strumenti operativi all'interno del tradizionale apparato amministrativo sanitario.

[33] L'elenco è tratto dalla nota sulla sperimentazione sugli Irccs pubblici del 26 febbraio 2002, presentata dal Ministro Sirchia alla I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati nel corso dell'esame in sede referente del collegato sulla pubblica amministrazione per il 2002 (A.C. 2122 *bis*).

a) coinvolgere le Regioni nella rappresentanza degli organi di governo degli Irccs trasformati: in particolare, il nuovo strumento organizzativo sarebbe finalizzato a consentire l'apporto di capitali privati, ferma restando la natura pubblica dell'ente, e a costituire un Consiglio di amministrazione a maggioranza pubblica, che consenta una maggiore flessibilità nelle politiche decisionali, senza tuttavia compromettere la finalità pubblica dell'operato dell'istituto;
b) attivare e/o partecipare società che gestiscono attività produttive al fine di produrre risorse da reinvestire nella ricerca e nell'attività assistenziale degli Irccs;
c) appaltare la gestione dei servizi in tutto (per i soli Irccs di nuova istituzione) o in parte a terzi, ferma restando la natura di diritto pubblico del contratto di lavoro del personale dipendente.

b) la delega per la trasformazione degli Irccs in fondazioni nel collegato sulla pubblica amministrazione per il 2002

Tali modalità organizzative rappresentano l'elemento di collegamento che unisce l'intervento di cui alla legge finanziaria per il 2002 con la successiva riforma prevista nella legge n. 3 del 2003, che contiene una delega al Governo per l'adozione di un decreto legislativo recante norme per il riordino della disciplina degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico di diritto pubblico. Nello specifico, tra i criteri direttivi della delega, si indica la trasformazione degli Irccs in "fondazioni di rilievo nazionale, aperte alla partecipazione di soggetti pubblici e privati e sottoposte alla vigilanza del Ministero della Salute". Il legame tra le due disposizioni, evidente da un punto di vista letterale, è tuttavia più teorico che pratico: al momento dell'approvazione della delega di cui all'art.42 della legge n. 3 del 2003, un solo Irccs era infatti stato trasformato in via sperimentale in fondazione, ma tale esperienza era ancora troppo recente per poter trarre valutazioni concrete sull'efficacia di tale riforma e sull'effettivo raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 28, comma 1 della legge n. 448 del 2001[34].

Se, quindi, siamo costretti a riconsiderare il legame funzionale complessivamente sussistente tra la sperimentazione di cui all'art.28 della finanziaria per il 2002 e la recente delega di cui all'art.42 della legge n. 3 del 2003, vi è tuttavia un aspetto peculiare delle recente riforma degli Irccs che consente di rivalutare l'utilità della trasformazione in via sperimentale avviata ai sensi del citato art.28. La delega prevista dall'art.42 del collegato sulla pubblica amministrazione era infatti stata disposta, nelle originarie intenzioni, per rendere definitiva quella riconversione di *tutti* gli IRCCS di diritto pubblico, che la finanziaria 2002 indicava come sperimentale (dalla lett.a) dell'originario art. 42 sembrava infatti desumersi l'obbligatorietà di tale trasformazione). Tale

[34] Ci si riferisce, nello specifico, alla trasformazione dell'Irccs pubblico Ospedale Maggiore di Milano nella Fondazione Policlinico Francesco Sforza, la cui costituzione è stata siglata dall'accordo di programma dell'11 febbraio 2002. Se si considera che il disegno di legge recante disposizioni in materia di pubblica amministrazione è stato presentato alle Camere il 19 dicembre 2001, si può facilmente cogliere come alla base della delega in esame non vi possa essere stata la considerazione dell'efficacia della sperimentazione di cui all'art.28 della legge finanziaria per il 2002, ma l'esigenza di dare comunque continuazione a quella riforma, a prescindere dal giudizio fattuale sui suoi esiti. La considerazione non cambia se ti tiene presente il momento dell'approvazione della legge n. 3 del 2003, anziché quello della presentazione del relativo d.d.l. governativo: la legge è infatti stata approvata il 20 dicembre 2002, quando l'esperienza della Fondazione Policlinico Sforza era sicuramente troppo recente per poter trarre risultati conclusivi sull'efficacia della sperimentazione (il relativo statuto è infatti stato sottoscritto solo l'11 febbraio 2002).
Sulla necessità di precisare il rapporto tra la disciplina prevista dall'art.42 della legge n. 3 del 2003 e quella dettata dall'art.28, comma 8 della legge n. 448 del 2001, si era peraltro espresso lo stesso Comitato per la legislazione della Camera dei Deputati nel parere espresso in data 14 febbraio 2002. Il Ministero della salute ha cercato di fornire chiarimenti al riguardo, presentando alla I Commissione della Camera una memoria (cui si è già fatto riferimento nella precedente trattazione), che tuttavia non sembra presentare elementi decisivi per risolvere giuridicamente il collegamento tra le due disposizioni.

previsione, tuttavia, è stata modificata nel corso dell'iter parlamentare, al punto che, nella versione finale dell'art.42, la lettura combinata della lett. a) e della lett. p), comma 1 sembra chiaramente qualificare la trasformazione degli IRCCS di diritto pubblico in fondazioni come meramente eventuale e facoltativa: spetta infatti al Ministero della Salute, d'intesa con le Regioni interessate, la scelta discrezionale sulla trasformazione o meno in fondazione dei 15 Istituti di ricovero e cura di diritto e pubblico esistenti in Italia.

Numerosi possono essere i motivi di una tale riconversione dell'originario intento di procedere ad una riforma globale ed uniforme di tutti gli Irccs di diritto pubblico. Tra le varie spiegazioni possibili, non è da sottovalutare il legame con la sperimentazione avviata ai sensi della finanziaria per il 2002: il legislatore sembra infatti aver preferito vagliare adeguatamente i risultati delle prime trasformazioni sperimentali, procedendo solo in secondo momento, dopo aver verificato il raggiungimento degli obiettivi di stabilità, riduzione delle spese e miglioramento dell'efficienza, alla riconversione di tutti gli altri istituti.

Ma la discrezionalità nella trasformazione degli Irccs è legata probabilmente anche alla volontà di valorizzare l'autonomia decisionale delle Regioni, consentendo loro di procedere alla trasformazione degli IRCCS solo qualora vi siano le condizioni ottimali per la conversione. Il fatto che alla *lett. a)* si coinvolgano le Regioni nelle decisioni legate alla riqualificazione degli IRCCS (d'intesa con il Ministro della Salute) è infatti sintomo dell'intenzione di continuare sul cammino di co-decisione già previsto dalla legge finanziaria per il 2002.

Riservandosi di rinviare ai paragrafi successivi la descrizione dettagliata dei singoli principi e criteri direttivi ispiratori della delega, si intende qui rilevare come, dietro la determinazione di rendere discrezionale la trasformazione degli IRCCS, vi sia anche un giudizio implicito sugli effetti della conversione e sulla possibilità di conseguire analoghi risultati con una semplice modifica delle modalità di funzionamento interno degli IRCCS – enti di diritto pubblico.

Nel disciplinare la delega al Governo, l'art.42 introduce infatti tra i criteri direttivi la previsione che gli IRCCS dovranno essere ispirati al principio della separazione tra funzioni di indirizzo e di controllo, che ai medesimi dovranno essere trasferiti il patrimonio ed i rapporti passivi "in assenza di oneri" dei vecchi istituti, che si dovranno prevedere strumenti che valorizzino e tutelino la proprietà dei risultati scientifici e che dovrà altresì essere favorita la collaborazione tra i nuovi enti, le Università ed i centri di ricerca o di assistenza sanitaria. E' significativo osservare come tali criteri siano previsti sia per gli IRCCS trasformati che per quelli non trasformati[35].

L'estensione di tali parametri a tutti gli IRCCS sembra indicare che, al di là della trasformazione o meno in fondazioni, vi è una generale esigenza di ristrutturazione degli Istituti in questione, che consenta di rendere più flessibile il loro funzionamento interno e di favorire la cooperazione con i soggetti esterni. Rimane, tuttavia, da verificare se effettivamente, come sembra indicare il legislatore, vi sia una "fungibilità" tra gli IRCCS trasformati e quelli non trasformati, puntualizzando quale differenze effettive siano destinate a rimanere tra i due modelli organizzativi.

3. I criteri ispiratori della riforma

Come è emerso dall'analisi delineata nei precedenti paragrafi, l'attuale processo di riordino degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico rappresenta una tappa assolutamente doverosa dell'evoluzione storica degli istituti in esame. Il protrarsi del commissariamento, il carattere

[35] Alla *lettera p),* comma 1 dell'art.42 si afferma infatti che gli IRCCS di diritto pubblico non trasformati in fondazioni dovranno comunque essere ristrutturati al fine di adeguare la propria organizzazione ed il proprio funzionamento ad alcuni principi e criteri direttivi dell'art.42, comma 1, tra cui la separazione tra funzioni di indirizzo e di controllo, la cooperazione con le Università ed i centri di ricerca, etc..

frammentario della normativa applicata[36], il mancato completamento del processo di aziendalizzazione sollecitano infatti un cambiamento organico della disciplina in materia di Irccs, soprattutto considerando che tali enti, che sotto il profilo medico-sanitario rappresentano i centri di eccellenza del nostro sistema, sotto il profilo giuridico-amministrativo appaiono del tutto inadeguati a sostenere le nuove spinte di riforma della sanità.

Se, da un lato, quindi, era del tutto auspicabile un cambiamento globale nella disciplina degli istituti in questione, dall'altro lato non era certo prevedibile una trasformazione così profonda come quella prevista dalla legge finanziaria per il 2002 e dal collegato sulla pubblica amministrazione relativo al medesimo esercizio finanziario. In particolare, suscita particolare stupore la decisione di non procedere sul cammino già tracciato dal d.lgs. n. 229 del 1999 (finalizzato, come si è detto, al completamento del processo di aziendalizzazione), ricorrendo per la riforma degli enti in questione ad un istituto, quella della Fondazione, non certo nuovo in sanità[37], ma in qualche modo estraneo al modello aziendale ormai consolidato all'interno del SSN.

Il riordino degli Irccs previsto nei recenti interventi del legislatore risulta peraltro non solo profondamente innovativo del settore, ma anche di non agevole lettura, data la configurazione delle disposizioni contenute nella legge delega n. 3 del 2003 come principi o criteri direttivi e considerata l'ambiguità delle espressioni letterali ivi utilizzate. Nello specifico, il primo grande elemento di ambiguità deriva dalla definizione di cui all'art. 42, comma 1, lett. a) della legge n. 3 del 2003, che dispone la trasformazione degli istituti in esame in "fondazioni di rilievo nazionale, aperte alla partecipazione di soggetti pubblici e privati e sottoposte alla vigilanza del Ministero della salute e del Ministero dell'economia e delle finanze, ferma restando la natura pubblica degli istituti medesimi". Gli elementi di ambiguità derivano infatti innanzitutto dalla mancanza di un'esplicita qualificazione del modello di fondazione come di "diritto pubblico" o di "diritto privato". In secondo luogo, manca del tutto un riferimento normativo che consenta di inquadrare in maniera chiara ed univoca il processo di trasformazione in esame[38]: in particolare, è completamente assente

---

[36] Come si è visto nei paragrafi precedenti, il tentativo compiuto dal d.lgs. n. 229 del 1999 di estendere agli Irccs il modello aziendale non ha avuto esito compiuto. Ne deriva che ancora adesso continuano ad essere applicate agli Irccs le disposizioni di cui al DPR n. 671 del 1980, in quanto compatibili con il commissariamento, fermo restando che, in materia di dirigenza, dipartimentalizzazione, etc., vengono applicati i principi di cui al d.lgs. n. 229 del 1999 (come previsto, in via transitoria, dall'art.4, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 229 del 1999).

[37] Prima della trasformazione della sanità in un "servizio pubblico", molti degli enti che si occupavano di erogare assistenza sanitaria agli indigenti (quali gli ospedali, gli asili, le opere pie, etc.) erano infatti costituiti sotto forma di fondazione di diritto privato. Per un'analisi storica di tale processo di evoluzione dalla sanità "privata" alla sanità "pubblica", cfr. A.CAPPUCCI, *Il processo evolutivo della sanità italiana: dagli "spedali" alle aziende sanitarie* in *Ragiusan*, n. 215/216, 2002, p. 6 ss.
Anche nel sistema attuale, numerose sono le fondazioni private operanti nel settore della sanità: secondo i dati emersi dal censimento ISTAT sulle istituzioni non profit in Italia, pubblicato nel dicembre 2001 e riferito al 31 dicembre 1999, le Fondazioni attive in Italia nel settore della sanità costituirebbero il 5,6% di tutte le fondazioni esistenti in Italia, pari a 167 unità su 3.008. Si ricorda, inoltre, che anche la maggior parte dei quindici IRCCS di diritto privato attualmente esistenti in Italia sono configurati sotto forma di Fondazione.

[38] Entrambe queste forme di ambiguità sono legate al fatto che, sotto la denominazione di "fondazione", sono incluse molteplici tipologie organizzative. La fondazione, infatti, come "patrimonio destinato ad uno scopo" corrisponde ad una forma organizzativa che può assumere infinite connotazioni e funzionalizzazioni. Questa stessa potenziale poliedricità è implicita nella definizione proposta dall'*European Foundation Centre* di Bruxelles, che qualifica le fondazioni come "enti senza finalità di lucro con una propria fonte di reddito che deriva, normalmente, ma non esclusivamente, da un patrimonio. Questi enti hanno un proprio organo di governo. Essi usano le loro risorse finanziarie per scopi educativi, culturali, religiosi, sociali o altri scopi di pubblico beneficio, sia sostenendo associazioni ed istituzioni o persone, sia organizzando e gestendo direttamente programmi". Sul punto, cfr. Consiglio italiano per le Scienze Sociali, *Libro Bianco sulle Fondazioni in Italia* in *Queste istituzioni*, n. 127, gennaio 2003, p. 6.
Sulla pluralità dei modelli concreti di fondazione, cfr., in particolare, A.ZOPPINI, *Le fondazioni, dalla tipicità alla tipologie*, Napoli, Jovene editore, 1995, p. 6, per cui "l'essere (nei fatti) venuto meno il modello socio-economico che il legislatore storico ha visualizzato come antecedente ipotetico generale dell'istituto" induce a constatare che "a fronte di

il collegamento con la già citata disposizione di cui all'art.8, comma 8 della legge finanziaria per il 2002 (legge n. 448 del 2001)[39], che, disponendo l'applicazione in via sperimentale agli Irccs della previsione di cui al comma 1, sembrerebbe riferirsi ad una trasformazione degli Irccs in "fondazioni *di diritto privato*", "ferma rimanendo la natura pubblica degli istituti medesimi"[40].

Nella legge n. 3 del 2003 non si fa invece mai riferimento alla circostanza che la riforma in esame è destinata a ricondurre gli Irccs all'interno di modelli privatistici, pur nella salvaguardia della missione pubblica svolta dagli Istituti medesimi[41]. Nella predisposizione della delega al Governo, il legislatore sembra infatti essersi preoccupato più di circondare il riordino in esame delle opportune cautele circa il mantenimento in capo agli enti in esame di finalità, controlli e connotati di natura pubblica che non di specificare il collegamento dell'intervento con il processo di "privatizzazione" (inteso in senso lato) della pubblica amministrazione. Solo nella relazione illustrativa del disegno di legge di iniziativa governativa, si afferma chiaramente che gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico dovranno essere trasformati in "fondazioni di diritto pubblico di rilievo nazionale", specificando che "tale modello è stato ritenuto idoneo, in quanto consentirà di attuare una gestione sanitaria di tipo privatistico salvaguardando, nel contempo, la missione pubblica che le strutture in questione perseguono".

Tale puntualizzazione, se da una parte contribuisce ad eliminare alcuni dubbi circa la natura di diritto pubblico o di diritto privato delle fondazioni ivi disciplinate, dall'altra parte mantiene un elevato grado di ambiguità e di contraddittorietà. Da un lato, infatti, non è chiaro lo specifico legame sussistente tra l'esplicitazione della natura di diritto pubblico delle fondazioni e il riferimento alla gestione sanitaria di diritto privatistico. Dall'altro lato, è opportuno chiarire quale spazio di azione sia riservato ai soggetti privati chiamati a compartecipare alle future fondazioni, ferma restando la natura pubblica delle medesime. Come si spiegherà più approfonditamente nel proseguo dell'analisi, il riferimento compiuto nella relazione illustrativa alle fondazioni come soggetti di diritto pubblico sembra comunque trovare sufficienti conferme non solo nell'esplicito

---

un modello (pensato come) unitario, siano rintracciabili in punto fenomenico una pluralità di contenuti eterogenei che si abbinano allo schema fondazionale".

[39] Anche prescindendo dal collegamento con l'art.28, comma 8 della legge n. 448 del 2001, il riferimento alla trasformazione degli Irccs in "fondazioni di rilievo nazionale" avrebbe potuto risultare molto più chiaro se, ad esempio, si fosse prescelto di fare riferimento al processo di riordinamento degli enti pubblici nazionali, di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 491, attuativo della delega di cui agli artt. 11 e 14 della legge n. 59 del 1997 (come, peraltro, previsto già dall'art.4, comma 1 del d.lgs. n. 229 del 1999). Si evidenzia, peraltro, che nella delega manca altresì il riferimento alle previsioni del codice civile in materia di fondazioni, da cui si sarebbe desunta la natura di diritto privato delle fondazioni in cui trasformare gli Irccs di diritto pubblico.

[40] Il ricorso al condizionale è giustificato, in tale caso, dalla constatazione che il comma 8 dell'art.28 si limita ad estendere genericamente, in via sperimentale, agli Irccs, la previsione di cui al comma 1, che si riferisce a più processi di trasformazione tra loro profondamente diversi (l'art.28, comma 1 parla infatti di "trasformazione in società per azioni o in fondazioni di diritto privato", "fusione o accorpamento con enti od organismi che svolgono attività analoghe o complementari", ovvero di "soppressione e messa in liquidazione"). Nel caso degli Irccs, sembra tuttavia possibile interpretare il riferimento al comma 1 come limitato alla prima tipologia di trasformazione (in società per azioni o in fondazioni di diritto privato), fermo restando il problema di conciliare tale previsione con il mantenimento in capo ai suddetti istituti di una natura di diritto pubblico. Rinviando alla trattazione successiva la risoluzione di tale quesito, si ritiene opportuno osservare che l'unico modo per sciogliere il nodo in questione è quello di guardare nel concreto all'unico caso di attuazione della sperimentazione di cui al citato art.28, comma 8, quello relativo alla creazione della Fondazione – Policlinico Francesco Sforza.

[41] Nel testo della delega, l'unico riferimento all'universo privato si ha infatti al comma 1, lett. a), quando si specifica che gli Irccs trasformati in fondazioni saranno aperti alla "partecipazione di soggetti pubblici e privati" e al comma 1, lett. c), in riferimento alla possibilità, per il personale già in servizio, di optare per un contratto di lavoro di diritto privato. Nessuna di queste due previsioni è tuttavia decisiva per qualificare chiaramente il tipo di fondazione in cui trasformare gli istituti in esame. In particolare, si evidenzia come alla lett. m), delegando il Governo a regolamentare i criteri generali per il riconoscimento delle nuove fondazioni e le ipotesi e i procedimenti per la revisione e la eventuale revoca dei riconoscimenti già concessi, non si chiarisca se la personalità dei nuovi soggetti sarà di diritto pubblico o di diritto privato.

riferimento al mantenimento di una natura di diritto pubblico in capo agli istituti in esame, ma anche nelle disposizioni in materia di designazione degli organi direttivi o di devoluzione del patrimonio.

Nella consapevolezza che molte di queste ambiguità potranno essere risolte solo con l'emanazione del decreto legislativo attuativo della delega in esame, in virtù di un'analisi interpretativa non meramente letterale, sembra comunque possibile inquadrare il processo di trasformazione in atto all'interno del generale processo di applicazione degli schemi di diritto privato all'interno della sanità. In particolare, il modello cui il legislatore sembra guardare direttamente è quello della "fondazione di partecipazione", già ampiamente utilizzata in via sperimentale nelle aziende ospedaliere lombarde[42]: nella Regione Lombardia, infatti, già da alcuni anni si stanno prendendo iniziative per trasformare alcuni centri in società miste pubblico-privato, dove il mantenimento di una natura formalmente pubblicistica non impedisce, come nel caso pratico che verrà studiato nell'ultimo paragrafo, di promuovere S.p.a. per gestire servizi[43].

Focalizzandosi sull'analisi degli obiettivi sostanziali di riforma e rinviando ad un successivo momento la descrizione della tendenziale configurazione dei futuri Irccs-fondazioni, si ritiene pertanto lecito affermare che il mantenimento di una personalità di diritto pubblico non impedisce di applicare anche agli istituti in esame quei modelli privatistici ormai ampiamente affermatisi all'interno della sanità come nel resto della pubblica amministrazione[44]. In particolare, non è possibile ignorare il legame ideale che sembra collegare il riordino degli Irccs attualmente in esame con la previsione dell'art. 9 bis del D.Lgs. n. 502 del 1992, che delega le Regioni e le Province Autonome ad autorizzare programmi di sperimentazione aventi ad oggetto nuovi modelli gestionali che prevedano forme di collaborazione tra strutture del Servizio Sanitario Nazionale e soggetti privati, anche attraverso la costituzione di società miste a capitale pubblico e privato[45].

La riforma sembra infatti inquadrarsi idealmente all'interno della "legislazione con finalità di ridimensionamento del settore pubblico", che, nella congerie di interventi normativi volti a disciplinare il passaggio da enti pubblici a fondazioni, ricorrendo a modelli estremamente variegati e non sempre pienamente riconducibili alla fattispecie delineata dal Codice civile, "autorizza

---

[42] In tal senso, cfr. G.CILIONE, *La riforma degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico* in *Sanità pubblica e privata*, n. 2, 2002, p. 1. Sulla fondazione di partecipazione, cfr. in particolare Consiglio italiano per le Scienze sociali, *op. cit*., p. 35-36, in cui si definisce l'istituto come "un patrimonio a struttura aperta", particolarmente adatto a favorire la collaborazione tra il settore pubblico e quello privato, attraverso il quale si intende realizzare "un'equilibrata sintesi del'elemento personale, proprio delle associazioni, e dell'elemento patrimoniale tipico delle fondazioni".

[43] Per un approfondimento sulle caratteristiche e sui riferimenti normativi del modello di ospedale lombardo in discussione, si rinvia al successivo paragrafo 3.3.

[44] Per una sintesi delle principali tappe storiche del processo di "*re-engineering*" della Pubblica amministrazione, a partire dal rapporto Giannini del 1980, cfr. V.RAFTI, *Il processo di aziendalizzazione nella sanità attraverso le riforme* in *Sanità pubblica*, 1999, p. 306.

[45] Il collegamento ideale con la previsione di cui all'art. 9 bis del D.Lgs. n. 502 del 1992 (come modificato dall'art. 10 del d.lgs. n. 229 del 1999) è confermato non solo dall'esplicito richiamo di tale disposizione nello Statuto della Fondazione Policlinico Sforza, di cui si parlerà approfonditamente più avanti, ma anche dalla consonanza tra i criteri direttivi della delega di cui alla legge n. 3 del 2003 e i criteri ispiratori del programma di sperimentazione di cui all'art. 9 bis, comma 2 el D.Lgs. n. 502. In particolare, si evidenzia il criterio di cui all'art. 9 bis, comma 2, lett. a), che afferma l'esigenza di "privilegiare nell'area del settore privato il coinvolgimento delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale".
Sull'interesse dell'autorità centrale alla realizzazione concreta delle sperimentazioni gestionali, data "l'attesa per il loro esito sulla economia di gestione e sul miglioramento della qualità dei servizi di volta in volta interessati", nonché considerata "la connessione fra sperimentazione e ricerca di nuovi modelli di gestione mutuati dal <<mercato>> o con esso compatibili, cfr. G.RICCIARELLI, *op.cit*., II parte, p. 1026-1028.
Si ricorda che le Regioni e le Province Autonome hanno acquisito una competenza autonoma in materia di autorizzazione alle sperimentazioni gestionali, sostituendosi in tale funzione alla Conferenza Stato-Regioni, in virtù dell'art.3 del decreto legge 18 settembre 2001, n. 347 (convertito in legge 16 novembre 2001, n. 405)

soltanto a parlare di fondazioni di diritto speciale"[46]. Nello specifico, l'elemento comune a questa complessa legislazione di riordino (presente nella stessa delega per il riordino degli Irccs) è rinvenibile nella circostanza per cui "le fonti di finanziamento di ciò che era ente pubblico, o di ciò che viene scorporato come ente pubblico, cessano di essere esclusivamente a carico dei bilanci pubblici. Quasi mai, in ogni caso, i contributi pubblici possono essere integralmente sostituiti da risorse finanziarie private". In sintesi, "il vero effetto al quale tendono le leggi di trasformazione degli enti pubblici in fondazioni è la creazione di nuove forme di *partenariato pubblico-privato*"[47].

All'interno di questo processo generale, tra i vari modelli di fondazione rinvenibili, il riordino degli Irccs, come configurato nelle linee generali dalla legge delega, sembra far riferimento alla nuove figure di fondazione promosse da molti enti e amministrazioni pubbliche, con particolare riguardo alle fondazioni costituite o partecipate dal Ministero per i beni e le attività culturali ai sensi del D.Lgs. 20 ottobre 1998, n. 368, che, per la tipologia dei poteri di intervento riservati all'autorità ministeriale, per le modalità di composizione degli organi di controllo e per la devoluzione delle risorse in caso di scioglimento o estinzione della fondazione, sembrano avvicinarsi di più al modello delineato in nuce dall'art.42 della legge n. 3 del 2003[48]. Ma il riferimento potrebbe essere esteso anche alle fondazioni bancarie, che, nonostante la titolarità di una personalità giuridica di diritto privato, mantengono un forte legame (soprattutto dal punto di vista dei controlli) con gli organi pubblici e risultano ispirate a quei principi di funzionamento che il legislatore sembra volere applicare anche ai nuovi Irccs-fondazioni[49].

Rimane, tuttavia, da compiere un'analisi comparata del nuovo tipo di fondazione proposto dal legislatore con il modello di azienda sanitaria configurato nei d.lgs. n. 502 del 1992 e n. 229 del 1999, cercando soprattutto di evidenziare come il riordino degli Irccs si ponga nei confronti dei tre principali profili di riforma del sistema sanitario evidenziati nell'introduzione. In particolare, si cercherà di valutare il rapporto della recente riforma con il processo di regionalizzazione della sanità, con il processo di aziendalizzazione (inteso come applicazione di modelli organizzativi improntati all'efficienza, all'economicità e al miglioramento della qualità dell'erogazione[50]) e,

---

[46] Cfr. Consiglio italiano per le Scienze Sociali, *op.cit.*, p. 37, specificando che "il rinvio alle norme del Codice civile sulle fondazioni, quando c'è, è puramente residuale: valgono per quanto non disposto dalla singola legge e, comunque, in quanto compatibili".

[47] *Ibidem,* p. 38

[48] L'art. 10 del d.lgs. n. 368 del 1998 prevede infatti la possibilità, per il Ministero per i beni e le attività culturali, di costituire o partecipare a fondazioni per la gestione e la valorizzazione del patrimonio culturale nazionale. Al patrimonio delle associazioni, delle fondazioni e delle società il Ministero può partecipare anche con il conferimento in uso di beni culturali che ha in consegna. L'atto costitutivo e lo statuto delle associazioni, delle fondazioni e delle società devono prevedere che, in caso di estinzione o di scioglimento, i beni culturali ad esse conferiti in uso dal Ministero ritornino nella disponibilità di quest'ultimo. Anche questo particolare modello di fondazione è destinato, in ultima istanza, a favorire la cooperazione per attività non lucrative tra soggetti pubblici e soggetti privati. La disciplina organica sulle fondazioni in esame è stata dettata con il decreto ministeriale 27 novembre 2001, n. 491, che prevede pregnanti poteri del Ministero sulle istituzioni in questione, e in particolare le funzioni di sorveglianza generale quali l'approvazione delle modifiche statutarie, l'adozione di atti d'indirizzo generale, la sospensione temporanea dei membri del Consiglio di Amministrazione, etc.

[49] Ci si riferisce, in particolare, al principio dell'ottimizzazione degli impieghi del patrimonio per aumentare le risorse da destinare a scopi di pubblica utilità, che sembra condiviso anche dalle legge delega per il riordino degli Irccs (per un approfondimento sull'argomento, si rinvia al paragrafo dedicato all'analisi dello Statuto della Fondazione Policlinico Sforza, che fa esplicito riferimento al suddetto principio). L'analogia con le fondazioni di origine bancarie è rivolta in particolare alla categoria delle fondazioni cosiddette "operating" (o operative), che assumono la gestione diretta di un'attività di pubblica utilità. Sul punto, cfr. A.MALTONI, *Le fondazioni di origine bancaria secondo il ddl Ciampi-Visco: verso l'attuazione di uno status charitable?* In *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, p. 321.

[50] Per una compiuta definizione del termine "aziendalizzazione", si rinvia a V.RAFTI, *Il processo di aziendalizzazione nella sanità attraverso le riforme*, *op. cit.,* p. 306-307, che parla di "un processo il quale, riconoscendo alle strutture sanitarie la personalità giuridica, mira a concedere una reale autonomia di gestione, così potenziando i servizi resi e, aumentando la responsabilizzazione degli organi direttivi, consente di manovrare i fattori produttivi, economici,

infine, con il processo di "privatizzazione" (da intendersi come apertura alla partecipazione dei soggetti privati). L'obiettivo di questa analisi è quello di determinare quali siano le caratteristiche essenziali del modello di fondazione cui sembra far riferimento la legge delega, cercando di isolare i potenziali effetti della riforma sia sul miglioramento dell'assetto organizzativo e funzionale degli Irccs, sia sulla razionalizzazione delle risorse, sia sul sistema di rapporti Stato-Regioni, sia ancora sulla qualità del servizio erogato agli utenti finali.

3.1. Il rapporto tra la delega per il riordino degli Irccs e il processo di regionalizzazione della sanità.

Come si evince dalla nota esplicativa presentata dal Ministro Sirchia alla I Commissione della Camera dei Deputati nel corso dell'esame della legge delega, il riordino degli Irccs è finalizzato, tra i numerosi obiettivi, anche a consentire un "fattivo coinvolgimento" delle Regioni nella rappresentanza e nella gestione degli istituti in esame. Come si è evidenziato nella prima parte del contributo, per lungo tempo le Regioni sono state escluse dal governo degli Irccs, pur essendo chiamate a compartecipare in maniera significativa al finanziamento dei suddetti enti. Tale situazione è stata determinata in parte dalla condizione di arretratezza della normativa applicata agli Irccs, in parte dalla peculiare configurazione degli enti in esame, che, svolgendo anche attività di ricerca oltre che attività assistenziale, tendono mantenere, a differenza degli altri ospedali, un legame più forte con gli organi di governo statali. E' tuttavia evidente che l'esigenza di garantire un maggiore coinvolgimento delle Regioni nella gestione degli Irccs è legata non solo alla necessità di placare il persistente malumore dei governi regionali[51], ma anche al tentativo di favorire nel settore il decentramento delle competenze, attraverso interventi modulati sulle specifiche esigenze del territorio e coordinati con le politiche locali.

Numerose sono, in questa direzione, le previsioni della legge delega volte a promuovere, almeno formalmente, un ruolo più attivo delle Regioni nella gestione complessiva degli Irccs: in primo luogo, è significativo che l'art.42, comma 1, lett. a) della legge n. 3 del 2003 specifichi che l'esercizio della delega debba realizzarsi "nel rispetto delle attribuzioni delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano". Rimane ovviamente, anche a questo proposito, il problema di individuare fino a che limite possa spingersi la normativa statale senza ledere le attribuzioni regionali costituzionalmente riconosciute. In particolare, si evidenzia come il provvedimento in esame si colleghi, da una parte, con la materia di potestà esclusiva statale di cui all'art,117, comma 2, lett. g) (ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali) e, dall'altra parte, con la "tutela della salute" come materia di potestà

---

patrimoniali, ottenendone una effettiva razionalizzazione del servizio sanitario nazionale". Sulle principali caratteristiche intrinseche al modello dell'aziendalizzazione, *ibidem*, p. 313.

[51] Si ricorda che il malumore delle Regioni si è manifestato già a partire dall'inizio degli anni '90, quando la Regione Emilia Romagna e la Regione Lombardia hanno impugnato di fronte alla Corte Costituzionale il d.lgs. n. 269 del 1993, ritenendolo irrispettoso delle loro competenze (cfr., sul punto, le note n. 17 e 21).
Neanche l'approvazione della legge delega per il riordino degli Irccs è riuscita peraltro a placare gli animi dei governi regionali: molte regioni hanno infatti cercato di far valere le loro competenze rivolgendosi alla Corte Costituzionale; la Regione Lombardia, invece, si è fatta promotrice di una legge regionale che prevede di trasferire dal Ministero della Salute alla Regione Lombardia la gestione del Policlinico Francesco Sforza, del Besta e dell'Istituto dei Tumori di Milano; del San Matteo di Pavia e dell'Ircss di Casatenovo. Nello specifico, il disegno di legge regionale approvato dalla Giunta della Regione Lombardia (che dovrà ora passare al vaglio del Consiglio) prevede che gli Irccs lombardi siano guidati da un Consiglio di Amministrazione di otto membri, nominati in modo paritetico dalla Regione e dal Ministero della Salute, cui spetterà nominare il direttore generale. A sua volta, il direttore generale dovrà scegliere il responsabile sanitario ed il responsabile amministrativo. Al Ministero resteranno invece le competenze sull'attività di ricerca, coordinate dal direttore scientifico nominato dal Ministero medesimo

concorrente[52]. Per i profili più spiccatamente attinenti alla materia sanitaria, il decreto delegato per il riordino degli Irccs dovrebbe pertanto limitarsi a dettare norme di principio, suscettibili di un'ulteriore specificazione a livello di legislazione regionale, fermo restando che solo la Corte Costituzionale potrà valutare se effettivamente l'emanando decreto delegato sarà rispettoso o meno del riparto di competenze costituzionale.

Passando rapidamente in rassegna i principi ed i criteri di delega che prevedono esplicitamente una valorizzazione del ruolo regionale in materia di Irccs, si evidenzia, alla lett. b), il chiaro coinvolgimento della Regione nella procedura di nomina dell'organo di indirizzo, composto dal consiglio di amministrazione e dal presidente eletto dal consiglio di amministrazione, in cui vi deve essere una presenza maggioritaria di membri designati dalle istituzioni pubbliche (Ministero della salute, regioni e comuni[53]), con rappresentanza paritetica del Ministero della salute e della regione interessata. Dell'organo di gestione fanno parte il direttore generale-amministratore delegato, nominato dal consiglio di amministrazione, e il direttore scientifico responsabile della ricerca, nominato dal Ministero della salute, sentita la regione interessata. La previsione in esame segna una netta rottura con quanto previsto dal d.lgs. n. 269 del 1993, che prevedeva che il direttore generale e gli altri organi di governo fossero nominati dal Ministero della Salute[54].

E' tuttavia evidente che tali disposizioni non contribuiscono certo a fare dell'organo direttivo degli Irccs-fondazioni un organo politicamente dipendente dalle Regioni, come invece è, per le A.u.s.l., il direttore generale[55], ma sembrano piuttosto portare ad una necessaria "coabitazione" dei membri di nomina statale con i membri di nomina regionale. Al di là dei problemi politici di un consiglio di amministrazione diviso al suo interno dalla presenza di orientamenti partitici contrapposti, è tuttavia possibile auspicare che proprio questo pluralismo di prospettive, ridimensionando il legame politico con gli organi di governo istituzionali, possa condurre ad una valorizzazione dell'indipendenza tecnico-manageriale dei membri del consiglio di amministrazione degli Irccs-fondazioni e del direttore generale-amministratore delegato da questo nominato[56]. Né si può ignorare, nell'analisi degli aspetti positivi del nuovo assetto organico

---

[52] Bisogna tuttavia tenere presente che il provvedimento coinvolge anche altri settori materiali, come quello della ricerca scientifica, che rientra nelle materie di potestà concorrente, o come quello del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, sulla cui collocazione la dottrina è divisa: alcuni, infatti, fanno rientrare il lavoro privatizzato nella materia ordinamento civile; altri, invece, sostengono che la disciplina del rapporto, anche se privatizzato, rientra nella competenza residuale regionale, in quanto strettamente connesso con l'organizzazione ed il funzionamento degli enti. In relazione alla definizione degli strumenti e dei modelli giuridici che riguardano i rapporti tra privati e pubbliche amministrazioni, parte della dottrina ha invece sostenuto che la materia non rientrerebbe nell'ordinamento civile. Per una ricognizione dottrinale sulla tematica, si rinvia a M.CARLI, *L'attuazione del nuovo Titolo V della Costituzione alla prova dei fatti*, disponibile on-line: http://www.federalismi.it/federalismi/vdoc.cfm?id=855&idmegas=31, p. 4.

[53] Sulla valorizzazione del ruolo dei Comuni nella gestione delle future fondazioni che il riordino in esame sembrerebbe suggerire, si rinvia alla nota n. 183.

[54] Il D.Lgs. n. 269 del 1993 non specificava invece a chi spettava nominare gli organi di governo degli Irccs, rinviando il compito ai regolamenti attuativi.

[55] Il tema della dipendenza dei direttori generali delle A.s.l. dalle Regioni si estrinseca, a livello dottrinale, nel dibattito sulla prevalenza dell'elemento tecnico-manageriale rispetto a quello politico nella figura in esame. E' evidente, tuttavia, che, in relazione alle A.s.l., la dipendenza politica dell'organo direttivo dalla Regione è indubbiamente favorita dal carattere monocratico della figura del direttore generale. Cfr. al riguardo, G.GIORGI, *Le aziende sanitarie* in *Sanità pubblica*, 2000, p. 806-807, secondo il quale "il rapporto diretto stabilito dalla normativa tra regione e azienda, non inframezzato dalla presenza di consigli di amministrazione aziendale (...) evidenzia tutta la responsabilità della regione". In maniera analoga anche V. PAPADIA, *I profili organizzativi della nuova azienda Usl e degli ospedali persona giuridica pubblica nella legge delega (art. I, legge 23 ottobre 1992, n. 421)* in *Sanità pubblica*, 1993, p. 43, secondo il quale l'azienda persona giuridica pubblica "riceve e non sceglie" il direttore generale, "stante la "*nomina*" ad opera della Regione". Sul tema, cfr. anche G.MOR, *Il riordino della sanità, op. cit.,* p. 963, A.CAPPUCCI, *Il processo evolutivo della sanità italiana: dagli "spedali" alle aziende sanitarie, op. cit.,* p. 19 e, per una prospettiva storica, F.LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1996.

[56] Grazie alla presenza di due interlocutori istituzionali (Stato e Regioni) e all'intermediazione del consiglio di amministrazione tra direttore generale dell'Irccs-fondazione e mondo della politica, potrebbe infatti trovare soluzione la

delineato dalla legge delega, la significativa introduzione di un organo collegiale nella direzione dell'ente, che, a differenza della soluzione monocratica proposta dalle riforme bis e ter per le aziende sanitarie ed ospedaliere, offrirà sicuramente maggiori momenti di confronto e di discussione, destinati a giovare all'organizzazione dell'ente prima ancora che ai destinatari finali del servizio[57].

Un assetto parzialmente diverso è invece previsto per gli Irccs non trasformati in fondazioni, per i quali l'art.42, comma 1, lett. p) della legge n. 3 del 2003 dispone che l'organo di indirizzo sia composto da soggetti designati per la metà dal Ministro della salute e per l'altra metà dal Presidente della Regione e dal presidente dell'istituto (nominato dal Ministro della salute), e che le funzioni di gestione siano attribuite a un direttore generale (nominato dal consiglio di amministrazione), assicurando comunque l'autonomia del direttore scientifico (nominato dal Ministro della salute, sentito il Presidente della Regione interessata). In relazione a questa categoria di istituti, emerge infatti uno squilibrio più netto a favore del Ministero della Salute, al quale, attraverso la nomina del presidente dell'istituto, è riservato un controllo politico decisamente più compenetrante, che non sembra peraltro trovare una plausibile ragion d'essere[58].

Un ulteriore elemento teso alla valorizzazione del ruolo delle Regioni è rinvenibile alla lett. d), dove si fa esplicito riferimento al "rispetto con la programmazione regionale", ai fini dell'individuazione delle misure di collegamento e di sinergia con le altre strutture di ricerca e di assistenza sanitaria, pubbliche e private, e con le università, per elaborare e attuare programmi comuni di ricerca, assistenza e formazione. Il richiamo in questione è particolarmente rilevante,

---

contraddizione evidenziata da A.ROMANO TASSONE, *L'azienda sanitaria tra democrazia e tecnocrazia, op. cit.,* p. 394: "da una parte", infatti, "sembrerebbe che la gestione aziendalistica della nuova struttura sanitaria sia garantita proprio attraverso il riconoscimento al direttore generale di una stabilità reale (e coercibile!) alla carica, che diventa sinonimo di effettiva indipendenza dalla regione; dall'altra, v'è il timore di snaturare in tal modo l'assetto manageriale che pure si vorrebbe attribuire alla sanità pubblica, allontanando la figura del direttore generale da quella del dirigente privato".

[57] Sulla necessità di introdurre momenti di confronto e di discussione, che richiedono necessariamente la presenza di organi collegiali interni, cfr. C.E.GALLO, *Organizzazione sanitaria e diritto alla salute* in C.E.GALLO e B.PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, p. 149: "la partecipazione non è soltanto la presenza di cittadini all'interno della struttura, non è soltanto la possibilità del cittadino di discutere le scelte, di poter intervenire nel procedimento, ma è anche un criterio di organizzazione interna" osserva infatti l'Autore. "L'esistenza di un organo collegiale consente un dibattito interno all'ente, e, pertanto, in un'ottica di tradizionale organizzazione amministrativa, giova proprio all'ente prima ancora che al destinatario dell'attività. E ciò vale soprattutto quando occorre far convergere personalità differenti, espressione di diverse sensibilità ed interessi, come avviene proprio nella sanità". Tale osservazione assume una peculiare rilevanza nel processo di riordino degli Irccs in esame, che, tra gli obiettivi prioritari, presenta proprio quello dell'apertura degli istituti alla partecipazione dei soggetti pubblici e privati.
Non sembra, comunque, che la semplice introduzione di un consiglio di amministrazione come organo collettivo riesca, da sola, ad orientare il nuovo modello organizzativo dei futuri Irccs-fondazioni verso formule spiccatamente di tipo politico-rappresentativo: non solo, infatti, negli Irccs non si rinvengono quelle assemblee generali che la legge n. 833 aveva configurato come organi ad ampia rappresentatività strettamente ancorati al sistema degli enti territoriali minori, ma nelle future fondazioni è comunque confermata la figura del direttore generale, che invece sembra rappresentare l'incarnazione dell'alternativo modello tecnocratico. Sull'opzione tra un modello politico-rappresentativo ed un modello tecnocratico, entrambi ricondotti rispettivamente al cittadino-elettore e all'utente, cfr. M.CLARICH, *Le nuove aziende sanitarie tra ente pubblico ed impresa* in *Ragiusan*, 1993, n.109/110, p. 7.

[58] Con tale affermazione, si intende sostenere che la mancata trasformazione degli Irccs in Fondazioni non sembra comunque rappresentare un valido motivo per mantenere in capo al Ministero un pregnante controllo politico sulla nomina del Presidente dell'istituto, che, come previsto alla lett. b), dovrebbe essere nominato dal Consiglio di amministrazione. E' invece logicamente conseguente alla mancata trasformazione la previsione che dispone che il consiglio di amministrazione degli Irccs non trasformati sia composto interamente da membri nominati dalle istituzioni pubbliche, mentre per gli Irccs-fondazioni è prevista solo una "presenza maggioritaria" di membri di nomina pubblica. Infine, un'ultima differenza tra i procedimenti di nomina di cui alle lett. b) e p) è data dal coinvolgimento, alla lett. b), anche dei Comuni nelle procedure di nomina del consiglio di amministrazione degli Irccs-Fondazioni.

perché solo attraverso un inserimento organico nella programmazione regionale sarà possibile riuscire a responsabilizzare le Regioni sul ripianamento dei disavanzi egli Irccs[59].

A fronte di queste previsioni che si allineano positivamente con l'obiettivo della regionalizzazione del governo degli Irccs, ve ne sono tuttavia altre orientate su una direzione marcatamente più statalista. In particolare, suscita alcune perplessità il mancato riferimento, alla lett. m) relativa alle procedure per il riconoscimento delle fondazioni, al ruolo che deve essere garantito alle Regioni ai sensi di quanto stabilito dalla Corte Costituzionale nella già citata sentenza n. 338 del 1994[60]. Nella medesima lettera, non si comprende peraltro perché, nell'ambito della revisione e dell'eventuale revoca dei riconoscimenti già concessi, si faccia riferimento solo alla "programmazione nazionale riferita ad ambiti disciplinari specifici secondo criteri di qualità ed eccellenza" e non anche alla programmazione regionale.

In secondo luogo, si evidenzia come allo Stato siano mantenuti poteri pregnanti su numerosi profili attinenti alla ricerca scientifica, soprattutto se rapportati con quanto previsto dall'art. 12-bis del d.lgs. n. 502 del 1992 (come modificato dal d.lgs. n. 229 del 1999) in relazione alla medesima materia[61]. Seppure tenendo presente quanto specificatamente previsto sull'attività di ricerca dall'art.121, comma 2 del d.lgs. n. 112 del 1998 (di cui si parlerà a breve), ci si domanda se, nel settore, non sarebbe stato possibile attribuire alle Regioni un diverso e più significativo ruolo[62]. In particolare, la lett. f) prevede che spetti al Ministro della salute assegnare a ciascuna fondazione, o a fondazioni aggregate a rete, diversi e specifici progetti finalizzati di ricerca, senza richiamare la formula del rispetto con la programmazione regionale, già utilizzata alla lett. d), che invece potrebbe consentire di realizzare un maggiore coordinamento tra il livello statale e quello regionale

---

[59] Si ricorda infatti che tutti gli Irccs di diritto pubblico presentano al momento vistosi disavanzi, in parte dovuti al fatto che le Regioni, ribellandosi alla loro condizione di emarginazione nella gestione degli Irccs, spesso si rifiutano di versare le somme dovute.

[60] La mancanza di un esplicito riferimento, nel d.lgs. n. 112 del 1998, al necessario coinvolgimento delle Regioni nel riconoscimento degli Irccs non deve peraltro far ritenere sorpassata la citata giurisprudenza costituzionale: come rilevato da C.TUBERTINI - *Commento all'art. 121, Vigilanza* in *Commentario al decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, recante conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni e agli Enti Locali, in attuazione del Capo I della Legge 15 marzo 1997, n. 59, Le Regioni*, n.3-4, maggio-agosto 1998, p. 875, "la generica conservazione in capo allo Stato delle funzioni di vigilanza, operata dal comma 2 dell'articolo 121, risulta incompleta, non consentendo la menzione della necessaria audizione della Conferenza Stato-Regioni richiesta invece dalla legislazione vigente (art. 2 d.lgs. 269/1993) in sede di riconoscimento e revoca del carattere scientifico dell'istituto, né contenendo alcun riferimento al necessario parere della Regione interessata, reso obbligatorio dalla Corte Costituzionale (...). Alla luce di queste considerazioni, è inevitabile rilevare come il legislatore abbia forse perduto l'occasione per consolidare il ruolo della Regione nella importante fase del riconoscimento del carattere scientifico dell'ente".

[61] L'art. 12-bis del d.lgs. n. 502 del 1992, al comma 3, prevede infatti che il programma di ricerca sanitario sia adottato dal Ministero della Salute *d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni*. Inoltre, il comma 11 dell'art. 12 bis prevede esplicitamente che le Regioni formulino proposte per la predisposizione del programma di ricerca sanitaria e che le medesime possano assumere la responsabilità della realizzazione di singoli progetti finalizzati, assicurando il monitoraggio sulla applicazione dei conseguenti risultati nell'ambito del servizio sanitario regionale

[62] L'elemento sicuramente più controverso della questione è dato non tanto dal mantenimento in capo allo Stato di numerosi poteri in materia di attività di ricerca, ma soprattutto dalla mancata predisposizione degli opportuni strumenti di concertazione con le Regioni, che garantiscano che i progetti di ricerca autorizzati dallo Stato e predisposti secondo la disciplina statale siano comunque armonizzati con la politica sanitaria regionale e, in particolare, con il PSR.
Si evidenzia, infatti, che, in virtù del principio del parallelismo fra responsabilità di disciplina e di controllo e responsabilità finanziaria (per il quale si rinvia alla nota successiva), le competenze statali in materia di ricerca sono strettamente connesse con la disposizione di cui all'art 12, secondo comma, lett. a) del d.lgs. 502/92, che dispone la destinazione dell'uno per cento del fondo sanitario nazionale all'attività di ricerca corrente e finalizzata svolta, tra gli altri Istituti, anche dagli Irccs. La Corte Costituzionale, con la sent. n. 355 del 1993, ha escluso che tale riserva di risorse leda le competenze regionali; ma, sul punto, cfr. G.MOR, *op. cit.*, p. 967, secondo il quale "la prima e fondamentale lesione sta nella riduzione delle risorse disponibili per le Regioni, o meglio nella determinazione in misura rigida e arbitraria della quota, senza nessuna valutazione comparativa dei costi e delle funzioni regionali e di quelle svolte a livello nazionale: l'1% può essere troppo o troppo poco".

in relazione alla ricerca finalizzata. Analogamente, appare imperniato su una logica centralista il principio di cui alla lett. h), che delega il Governo a disciplinare i rapporti di collaborazione con ricercatori e scienziati su progetti specifici, anche di altri enti e strutture, caratterizzati da flessibilità e temporaneità: considerando che, in seguito alla riforma del Titolo V, la ricerca scientifica rappresenta una materia di potestà concorrente, la presente disposizione potrebbe infatti favorire la predisposizione, nel decreto delegato, di norme eccessivamente invasive delle attribuzioni regionali.

La legge delega prevede inoltre a favore del Ministero della Salute un ruolo di vigilanza sui nuovi Irccs-fondazioni, senza tuttavia specificare che tale funzione è rivolta esclusivamente all'attività di ricerca degli enti in esame, come dovrebbe essere ai sensi dell' art. 121, comma 2 del D.lgs. n. 112 del 1998. Mentre infatti il d.lgs. n. 112 aveva correttamente distinto tra attività assistenziale degli Irccs, riservata alle competenze regionali, e attività di ricerca, sotto la vigilanza dello Stato, la lett. a) della legge delega parla genericamente di "vigilanza del Ministero della salute", nella quale sembrerebbero pertanto essere ricomprese sia le attività assistenziali che le attività di ricerca[63]. E' questa una previsione che apre allo Stato un campo potenzialmente molto vasto di intervento sull'attività degli Irccs[64], anche se solo in seguito all'emanazione del decreto delegato sarà possibile valutare in concreto la consistenza materiale della generica funzione di "vigilanza del Ministero della Salute", che, di per sé, è suscettibile di un'estensione in alto o in basso[65].

---

[63] La disposizione in esame appare pertanto non in linea né con il comma 1, né con il comma 2 dell'art.121 del D.lgs. n. 112 del 1998. L'art. 121, comma 1 prevede infatti che siano conservate allo Stato le funzioni di vigilanza e di controllo sugli enti pubblici e privati che operano su scala nazionale o ultraregionale. Il criterio utilizzato dal legislatore per ripartire le competenze di Stato e Regioni in materia di enti pubblici e privati è pertanto quello della dimensione territoriale degli enti medesimi, per cui le strutture operanti su scala nazionale o ultraregionale rimangono sotto la competenza statale e quelle operanti su scala regionale vanno alle Regioni. Si osserva che l'espressione usata dal legislatore ("enti che operano su scala nazionale o ultraregionale") è sufficientemente chiara per non essere confusa con la nozione di rilievo, locale o nazionale, di un ente. Ne consegue che gli Irccs, che sono esplicitamente qualificati dal legislatore come "enti di rilievo nazionale", dovrebbero – a rigore di logica – rientrare nelle funzioni di competenza regionale, proprio perché il loro ambito operativo è infraregionale.
A questa regola generale deve tuttavia essere sovrapposta la disposizione di cui all'art. 121, comma 2, che detta per gli Irccs una sorta di eccezione a tale criterio della dimensione territoriale: "per tali enti, infatti, anche se radicati in un certo contesto geografico, il legislatore ha ritenuto necessario conservare in capo allo Stato le funzioni riconducibili in senso lato alla vigilanza sull'attività di ricerca scientifica". (C.TUBERTINI - *Commento all'art. 121, op. cit.*, p. 872). Ne consegue che, ai sensi del secondo comma dell'art.121, spettano alle Regioni le funzioni di vigilanza e di controllo sull'attività assistenziale degli Irccs e allo Stato le funzioni di vigilanza e di controllo sull'attività di ricerca dei medesimi enti.
Si evidenzia che tale suddivisione appare pienamente coerente con "il principio del parallelismo fra responsabilità di disciplina e di controllo e responsabilità finanziaria, cosi' interpretando, conformemente al dettato costituzionale, lo spirito del requisito di efficienza, e quindi quello dell'equilibrio finanziario, valevole, a norma dell'art. 97 Cost., anche per il sistema pubblico di assistenza sanitaria nel suo complesso" (Corte Costituzionale, sent. n. 355 del 1993, poi ripresa dalla sent. n. 724 del 1994).

[64] Si pensi, ad esempio, al sistema regionale di controllo e di valutazione "esterno" in cui sono inquadrate le aziende sanitarie (ma che, a rigore di logica dovrebbe essere esteso anche agli Irccs) e che non sembrerebbe trovare ponderazione nella disposizione della legge delega in esame. Tale sistema di controlli è fondato, infatti, sul controllo di tipo programmatorio, che agisce sull'offerta dei servizi sanitari, e sul controllo derivante dal cosiddetto "mercato amministrato", che "agisce sulla domanda e spinge i responsabili delle aziende sanitarie a ridurre i costi unitari di produzione, ad eliminare le prestazioni inutili, superflue, improprie, a ricercare maggiori risorse per rispondere ai bisogni di salute rispetto ad altri bisogni". Sul punto, cfr. G.GIORGI, *op. cit.,* p. 818.

[65] Il comma 1 dell'art.121 del D.lgs. n. 112 del 1998 si limita infatti a specificare che, nella nozione di vigilanza, rientrano sicuramente "le funzioni di approvazione degli statuti e di autorizzazione a modifiche statutarie nei confronti degli enti summenzionati". Secondo L.ZANETTI, *Commento all'art. 114 - Conferimenti alle Regioni, Ibidem,* p. 841, "la norma, alla lettera, riguarda solo i rapporti tra lo Stato e gli enti nazionali, e non anche le competenze svolte da questi ultimi; essa sembra però presupporre che tali competenze rimangano integre, dato che altrimenti il ruolo di vigilanza rimarrebbe del tutto sterile, esercitandosi su apparati ormai "svuotati" almeno in parte".

E' quindi proprio da quest'ultima osservazione che si intende partire per rilevare come la delega per la trasformazione delle Fondazioni in Irccs, nonostante l'intento di valorizzare il ruolo delle Regioni, abbia, con disposizioni alterne, confermato un intervento preponderante dello Stato nella gestione degli istituti in questione, sia nelle procedure di nomina degli organi direttivi, sia nella gestione delle attività di ricerca, sia ancora nelle funzioni di vigilanza e di controllo.

Di fronte a tale constatazione, potrebbero essere richiamate la giurisprudenza e la dottrina che, seppure con diversità di toni e di accenti, in virtù dell'esigenza di privilegiare la garanzia degli interessi unitari nel settore[66], hanno continuato per lungo tempo a giustificare il permanere di un diritto statale di intervento nella tutela della salute anche al di là dei principi, giungendo così a sancire la peculiarità dell'assistenza sanitaria ospedaliera rispetto agli altri settori di competenza regionale[67].

Tale orientamento giurisprudenziale e dottrinale, che aveva una sua ragione d'essere in relazione alla formulazione del Titolo V – Parte II della Costituzione antecedente alla riforma costituzionale del 2001, sembra ora trovare un contesto argomentativo meno favorevole. Senza addentrarsi nell'argomento, si osserva che la garanzia degli interessi unitari sembra ora essersi concentrata sui livelli essenziali delle prestazioni, per cui, una volta assicurati tali standards assistenziali, è sicuramente più difficile riuscire a giustificare ulteriori interventi statali a garanzia dell'interesse unitario. Ne consegue, per quanto più da vicino riguarda il nostro argomento di analisi, che, qualora il decreto legislativo in materia di riforma di Irccs effettivamente entrasse a disciplinare anche aspetti di dettaglio rientranti nella materia "tutela della salute", non sarebbe più

---

[66] Sulla peculiare configurazione dell'interesse unitario nell'ambito del diritto alla salute, si ricordano, in particolare, le sentenze della Corte Costituzionale n. 335 del 1993, n. 116 del 1994 e n. 373 del 1995, che sono state oggetto di diverse interpretazioni. Parte della dottrina ha infatti colto nelle citate sentenze soprattutto l'implicito riconoscimento della priorità dell'interesse unitario, tale da consentire allo Stato di intervenire anche al di là della definizione dei principi (cfr. a questo proposito, quanto rilevato dalla corte nella sent. n. 355 del 1993 sul d.lgs. n. 502 del 1992: "l'art. 3, decreto legislativo n. 502 del 1992, nel dettare le regole organizzative per la ristrutturazione delle UU.SS.LL., contiene molteplici disposizioni aventi carattere di norme di dettaglio che, tuttavia, non violano i limiti delle competenze regionali, in quanto esse o sono organicamente legate ai principi affermati, al fine di definirne piu' precisamente il senso, o stabiliscono requisiti minimi, rispondenti a un interesse nazionale che le regioni debbono rispettare"): in questo senso, cfr. F.LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1996, nota n. 91 "il diritto alla salute è generalmente riconosciuto a tutti i cittadini della Repubblica, e questo riconoscimento non può non essere uniforme su tutto il territorio nazionale, allo scopo di assicurare eguaglianza di trattamento e di evitare squilibri o disomogeneità. In ragione di questi obiettivi, (...) allo Stato devono essere riconosciuti poteri più penetranti di quelli che – ad esempio – lo Stato ha in materia di turismo, ove pure le Regioni hanno competenza concorrente". Sul carattere necessariamente rigoroso del sindacato di costituzionalita' sulla rispondenza delle norme di dettaglio della legge statale all'interesse nazionale, v., inoltre, S. n. 177/1988.
Un'altra parte della dottrina ha invece colto in questa giurisprudenza costituzionale soprattutto la creazione di un obbligo di motivazione in capo allo Stato ogni qual volta esso decida di intervenire nel dettaglio, a sottolineare il carattere di eccezionalità di tale intervento, giustificato in ragione della tutela dell'interesse unitario: sul punto, cfr, in particolare, D.DONATI, *Commento all'art. 115 – Ripartizione di competenze* in *Commentario al decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, op. cit.*, p. 847. Sull'obbligo di motivazione, si veda, in particolare, la S. n. 116 del 1994.

[67] Sul punto, cfr. la sentenza n. 245 del 5 settembre 1984, che ha affermato che "l'assistenza sanitaria ospedaliera (...) non si risolve in una materia pienamente assimilabile agli altri settori di competenza regionale, sia per la particolare intensità dei limiti cui sono in tal campo sottoposte la legislazione e l'amministrazione delle regioni, sia per le peculiari forme e modalità di finanziamento della relativa spesa pubblica, sia, soprattutto, per i tipici rapporti che l'ordinamento vigente stabilisce fra le varie specie di enti ed organismi cooperanti ed interagenti nella materia medesima".
Per una lettura della materia sanitaria non come "settore" separato dal resto dell'ordinamento, ma come complesso di rapporti strettamente integrato con l'ordinamento costituzionale esterno, cfr. invece S.BARTOLE, *Stato e Regioni nel governo del settore sanitario* in *Le Regioni*, 1982, p. 771-772: "non sembra facile applicare la figura dommatica dell'ordinamento sezionale o settoriale ad un complesso di rapporti quale quello in cui si articola il servizio sanitario nazionale" – osserva infatti l'Autore - "nel caso", infatti, "sussiste, in larga se non in esclusiva misura, quell'apertura all'ordinamento costituzionale esterno che nel pensiero di Vittorio Bachelet caratterizzava l'attuale fase di istituzionalizzazione degli apparati pubblici e delle loro relazioni con gli enti e le formazioni operanti nello Stato-ordinamento".

possibile addurre, come è stato fatto per il d.lgs. n. 502 del 1992, la giustificazione delle norme di "riforma economico-sociale"[68] o della garanzia degli interessi unitari.

E' evidente che una maggiore soglia di invasività potrebbe probabilmente essere accordata allo Stato in materia di Irccs proprio in virtù della doppia natura degli istituti in esame e del loro carattere di centri di eccellenza, le cui prestazioni di alta specializzazione hanno una portata che non si esaurisce nell'ambito del territorio regionale[69]. Rimane tuttavia la constatazione che l'individuazione di un peculiare interesse unitario statale in materia non potrebbe essere disgiunto dal riconoscimento dell'intreccio di competenze stato-regioni sussistente e dalla valorizzazione delle forme di collaborazione necessarie al coordinamento degli interventi e all'ottimizzazione della divisione di ruoli[70]. Nella delega in esame, al di là del citato raccordo di cui alla lett. d), non si rinviene invece alcuna previsione volta a valorizzare la "leale cooperazione"[71] tra Stato e Regioni nel governo degli Irccs- fondazioni.

In conclusione, si ritiene comunque importante evidenziare, collegandosi al tema del prossimo paragrafo, che, al di là dell'individuazione del livello istituzionale detentore dei poteri più incisivi di intervento nella gestione degli Irccs, è importante valutare se e come il nuovo assetto sia destinato a favorire l'autonomia decisionale degli Irccs-fondazioni. In questo senso, si rileva come la presenza di un doppio livello di governo Stato-Regioni in materia di Irccs potrebbe effettivamente tradursi in una valorizzazione dell'indipendenza delle future fondazioni dalla politica[72], a patto, tuttavia, che tra il Ministero e la Giunta regionale si realizzi un effettivo

---

[68] Sul punto, cfr. in particolare la già citata sent. della Corte Costituzionale n. 355 del 1993: "Secondo quanto affermato costantemente dalla Corte, posto che neppure una riforma economico-sociale puo' integralmente estromettere le regioni dalle materie di loro competenza, le disposizioni dirette a porre i principi concernenti l'organizzazione delle UU.SS.LL. vanno considerate come norme fondamentali delle riforme economico-sociali, le cui eventuali disposizioni di dettaglio sono tali da vincolare l'esercizio delle competenze regionali soltanto ove le disposizioni stesse siano legate con i principi della riforma da un rapporto di coessenzialita' e di necessaria integrazione". Sulla possibilità che in una legge statale destinata ad incidere su materie di competenza regionale o provinciale siano qualificati "norme fondamentali di riforma economico-sociale" soltanto i principi desumibili dalle disposizioni in essa indicate, cfr. invece S. n. 354/1994

[69] Tale constatazione potrebbe giustificare in parte il mantenimento di un potere di controllo ministeriale limitato non solo alla legittimità, ma esteso anche al merito degli atti delle future fondazioni, il cui fondamento teorico dovrebbe essere individuato nella "sussistenza di un duplice nesso inscindibile, da un lato, tra il rafforzamento del sistema dei controlli ed il tipo di finalità realizzata dall'ente e, dall'altro, tra il processo di revisione del sistema dei controlli e la modificazione della disciplina fiscale": come rilevato da A.MALTONI, *Le fondazioni di origine bancaria*, *op.cit.,* p. 326 e p. 368 in relazione alle fondazioni bancarie (ma il discorso potrebbe essere esteso anche agli Irccs-fondazioni in esame), "l'imposizione di controlli di merito, nonché la previsione di distinti organi di indirizzo, amministrazione, controllo (...) appaiono strettamente funzionali all'effettivo ed esclusivo perseguimento delle finalità di utilità sociale che, nel rispetto dell'art.3, comma 2 Cost., consentono la promozione del pieno sviluppo della persona umana. Per quanto sia innegabile una certa compressione della sfera di autonomia delle fondazioni di origine bancaria, il rispetto del principio di ragionevolezza-proporzionalità, sulla base della considerazione della particolare meritevolezza delle finalità di utilità sociale perseguite, potrebbe in questo caso essere raggiunto, in modo inequivocabile, con la previsione di agevolazioni particolari sotto il profilo fiscale per tali enti e per coloro che intendessero effettuare ad essi donazioni, contributi, ecc.".

[70] In questo senso, cfr. F.LIGUORI, *op. cit.,* nota n. 91

[71] Sul punto, si ritiene necessario richiamare quella "concezione relazionale" dell'autonomia regionale e locale in sanità richiamata da L.VANDELLI, *Commento all'art. 116 – Pianificazione, Ibidem,* p. 853, concezione che implica "un deciso mutamento dei modi di assunzione delle decisioni dello Stato ed una disciplina attenta ad individuare tecniche e strumenti mediante i quali ciascun livello concorre a definire gli obiettivi e a coordinarne l'azione" .

[72] Introducendo temi che saranno affrontati in maniera più dettagliata nei prossimi paragrafi, si specifica che il concetto di autonomia che qui si intende adottare è quello dell' "autonomia relazionale", che deve essere valutata rispetto ad uno o più soggetti terzi. Due, nello specifico, sono le modalità di manifestazione dell'autonomia relazionale degli Irccs: da una parte, *l'autonomia dalla politica* (che coincide con l'indipendenza degli Irccs dallo Stato o dalla Regione di cui si parlava innanzi e che si traduce in una valorizzazione dell'elemento tecnico-manageriale rispetto a quello politico), dall'altra parte, *l'autonomia per la partecipazione* (che si configura nel riconoscimento alle future fondazioni di una serie di strumenti organizzativi, volti a consentire un più ampio coinvolgimento dei soggetti terzi nella gestione

equilibrio di poteri ed una reale collaborazione, senza la quale le fondazioni rischiano effettivamente di trasformarsi in passivi fautori della volontà dello Stato o, all'inverso, della Regione[73].

3.2. La possibile autonomia imprenditoriale dei futuri Irccs-fondazioni.

E' ormai ampiamente riconosciuta dalla dottrina la peculiare rilevanza del profilo organizzatorio all'interno delle attività di prestazione dei servizi pubblici, inclusi i servizi di assistenza sanitaria: è infatti implicito nel dettato di cui all'art. 32 Cost. il principio per cui "l'interesse pubblico della collettività risiede non nella semplice presenza dell'attività di servizio (...), bensì anche nella relativa conduzione in termini rispondenti alle finalità per cui il servizio è stato istituito ed alle modificazioni economiche e sociali"[74]. Da qui l'attenzione che il legislatore ha sempre dimostrato, a partire dalla riforma bis, nei confronti di quei cambiamenti organizzativi volti, in ultima istanza, al miglioramento dell'efficienza e della qualità del servizio. In particolare, si ricorda che il decreto legislativo n. 502 del 1992 è stato animato soprattutto dall'esigenza di "ottimizzare e razionalizzare l'utilizzazione delle risorse destinate al Ssn perseguendo la migliore efficienza (costi/attività) a garanzia del cittadino, l'equità distributiva ed il contenimento della spesa sanitaria"[75].

Considerando il percorso storico degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, sarebbe stato logico attendersi, nella delega al riordino, un accento prioritario proprio sui profili organizzativi degli Irccs volti al completamento di quel processo di "aziendalizzazione" avviato grazie al d.lgs. n. 229 del 1999, ma mai portato a termine. Invece, nell'art.42 della legge n. 3 del 2003, da una parte non si fa riferimento alla trasformazione avviata con la riforma-ter, dall'altra parte non si parla mai di efficienza, economicità, flessibilità organizzativa, autonomia imprenditoriale, tutti termini questi che, nelle A.s.l., così come nelle Aziende ospedaliere, hanno ormai trovato ampia affermazione. Analogamente, non si ripropone nella delega il principio introdotto dal d.lgs. n. 229 del 1999 della "coesistenza (...) di un assetto istituzionale pubblicistico con un assetto gestionale privatistico", per cui le aziende, "pur essendo pubbliche, si organizzano, gestiscono i fattori della produzione e interagiscono con gli altri soggetti secondo il diritto privato e non per atti amministrativi"[76].

---

dell'ente, nonché nell'erogazione delle prestazioni). E' evidente, peraltro, che tali due risvolti dell'autonomia degli Irccs-fondazioni sono strettamente connessi tra di loro.

[73] Solo attraverso la "leale cooperazione" sembra infatti possibile superare quella "cultura dei controlli plurimi ed incrociati, delle divisioni di competenze, dei legami politici", che rende difficile il processo di ammodernamento verso una cultura manageriale. Cfr. A.CAPPUCCI, *op. cit.,* p. 19-20.

[74] Così A.CAPPUCCI, *op. cit.,* p. 10. Sul punto, cfr. anche N. AICARDI, *op.cit.,* p. 221-222.

[75] Così V. PAPADIA, *I profili organizzativi della nuova azienda Usl e degli ospedali persona giuridica pubblica nella legge delega (art. I, legge 23 ottobre 1992, n. 421)* in *Sanità pubblica*, 1993, p. 38, evidenziando le sei "irrazionalità" della legge n. 833 del 1978 che hanno sollecitato l'approvazione di un intervento legislativo correttivo. Tra queste, si evidenziano in particolare l'irrazionalità "di pensare che senza una testa di vertice "manageriale" e burocratico o tecnocratico si potesse operare con il coordinamento sanitario ed amministrativo di volta in volta" e l'irrazionalità "di mantenere una contabilità pubblica tradizionale senza introdurre la contabilità economica per centri di costo con sistemi di analisi e controllo di gestione". In modo analogo anche S.CORONATO*, L'atto aziendale di diritto privato di organizzazione e funzionamento delle aziende sanitarie* in *Diritto Sanitario Moderno*, n. 1, gennaio-marzo 2001, p.30

[76] Così G.GIORGI, *op. cit*., p. 803. Tale coesistenza, nell'organizzazione delle A.s.l., di elementi pubblicistici e di elementi privatistici è data dall'introduzione, ai sensi dell'art. 3, commi 1, 1-bis e 1-ter del d.lgs. n. 229, dei principi per cui l'organizzazione ed il funzionamento sono stabiliti con una disciplina di diritto privato (l'atto aziendale) e per cui l'azienda agisce mediante atti di diritto privato.
In relazione agli Irccs, si ribadisce che l'unico riferimento alla riforma in esame come strumento di introduzione di schemi gestionali privatistici nelle future fondazioni è rinvenibile nella relazione illustrativa del relativo d.d.l. governativo.

L'unica disposizione in materia di organizzazione rinvenibile nel testo della delega è quella di cui all'art. 42, comma 1, lett. b), dove si introduce il principio della separazione tra le funzioni di indirizzo e controllo da un lato (attribuite al consiglio di amministrazione e al presidente dell'istituto), e gestione e attuazione dall'altro (di cui sono destinatari il direttore generale-amministratore delegato e il direttore scientifico responsabile della ricerca). La previsione in esame, pur confermando il superamento del modello della cosiddetta "amministrazione integrata"[77], propone un modulo di separazione tra funzioni di indirizzo e di gestione parzialmente confermativo di quello previsto dal d.lgs. n. 269, ma sostanzialmente differente da quello delineato dal d.lgs. n. 502 del 1992 per le A.u.s.l.[78]. Se, infatti, nelle A.s.l., la riforma bis ha affidato al direttore generale (responsabilità tecnica) un potere di gestione sull'attività delle aziende, mentre l'indirizzo rimaneva in capo all'organo politico[79], nella delega per il riordino degli Irccs anche la funzione di indirizzo viene introitata, in virtù dell'esplicita qualificazione, da parte della lett. b), del consiglio di amministrazione come "organo di indirizzo"[80].

In assenza del decreto di attuazione dei principi di delega, è difficile preventivare quali conseguenze potrebbero derivare da questa affermazione; si può comunque tentare un ragionamento in astratto sulle forme di autonomia e sui possibili criteri organizzativi che agli Irccs-fondazioni dovrebbero essere riconosciuti proprio in virtù dell'internalizzazione della funzione di indirizzo, nonché in considerazione della peculiare caratterizzazione scientifica degli istituti in esame[81]. In

---

[77] Tale modello prevedeva, infatti, il "coinvolgimento, nella stessa materia, di una pluralità di soggetti di diverso livello, e con commistione di responsabilità in capo a comitati di gestione che rappresentavano una varietà di enti e di collocazioni politiche (con presenza, dunque, di rappresentanti di maggioranza e opposizioni dei comuni coinvolti)". Così L.VANDELLI, *Introduzione al Convegno: "La razionalizzazione del SSn: novità e prospettive"* in *Sanità Pubblica*, 1999, p. 157

[78] Sulla demarcazione di competenze e responsabilità tra organi politici ed organi tecnici nella legge n.421 del 1992, specificamente volta a "superare l'anomalia della confusione, della sovrapposizione e della interferenza dei ruoli largamente accertata nell'attuale ordinamento", nonché ad introdurre una "struttura in chiave aziendalistica e <<personificata>>, tutta polarizzata sul principio della imputazione della competenza quale *condicio sine qua non* della imputazione della responsabilità", cfr. G.RICCIARELLI, *op. cit*., I parte, p. 869.

[79] In tal senso, cfr. G.MARTINO, *La riorganizzazione delle aziende sanitarie: il modello gestionale, responsabilità manageriale e controlli di gestione; le prestazioni sanitarie ed il d.lgs. n. 229 del 1999* in R.BALDUZZI e G.DI GASPARE (a cura di), *L'aziendalizzazione nel d.lgs. 229/99*, Milano, Giuffrè editore, 2001, p. 160-161: da una parte, "la *funzione di indirizzo e controllo* è svolta dalle Regioni che, uniformandosi alle indicazioni del Piano Sanitario Nazionale, devono definire i modelli organizzativi dei servizi in funzione delle specifiche esigenze del territorio e delle risorse effettivamente a disposizione (art.1 D.lgs. n. 502 del 1992)" osserva infatti l'Autore. Dall'altra parte, "la *funzione gestionale-operativa* è svolta dalle strutture sanitarie ed in essa si rileva un *ruolo organizzativo* in cui emerge il Direttore generale".
Sul principio di separazione tra momento programmatorio e momento gestionale nella riforma bis del Ssn, si rinvia, in particolare, a C.BOTTARI, *Commento all'art. 6* in AA.VV., *La nuova sanità* (con il coordinamento di F.ROVERSI MONACO), Rimini, Maggioli, 1995, p. 161-164.

[80] Per una definizione del potere di indirizzo del consiglio di amministrazione dei futuri Irccs-fondazioni, si richiama quanto rilevato da M.CLARICH, *Le nuove azienda sanitarie tra ente pubblico e impresa, op. cit*., p. 8 in relazione ai c.d.a. delle aziende speciali come configurati nell'art.23 della legge n. 142 del 1990: "il consiglio di amministrazione assume il ruolo di organo rappresentativo atto a far confluire all'interno dell0azuienda speciale gli interessi che sono espressione diretta dell'ente territoriale e indiretta della comunità locale. Un consiglio di amministrazione così concepito non deve ingerirsi nella gestione (e dunque non ha nulla a che spartire con i vecchi Comitati di gestione delle U.s.l. disciplinati dalla L. n. 833). Deve fungere soltanto da raccordo tra U.s.l. e ambiente esterno attraverso l'esercizio di poteri di indirizzo generale e di controllo. Si tratta di poteri concettualmente analoghi a quelli che caratterizzano la dialettica interna alle società per azioni tra assemblea degli azionisti e organo amministrativo (amministratore unico e consiglio di amministrazione)".

[81] Al riguardo, si ricorda che già la legislazione antecedente alle riforme bis e ter della sanità riconosceva a tali istituti un'autonomia scientifica, finanziaria ed organizzativa sicuramente maggiore rispetto a quella concessa agli altri presidi ospedalieri, proprio in virtù della peculiare rilevanza scientifica degli enti in esame. Sullo stretto legame sussistente tra la caratterizzazione scientifica degli Irccs e i profili autonomistici loro riconosciuti sotto il profilo giuridico, cfr. G.DE CESARE, *op. cit*., p. 470, che parla esplicitamente di un'autonomia organizzativa, di gestione, finanziaria, di bilancio.

particolare, è possibile affermare che l'attribuzione della funzione di indirizzo ai consigli di amministrazione dei futuri Irccs-fondazioni sia un elemento che, da solo, riesce a controbilanciare il mancato riconoscimento esplicito di alcuna forma di autonomia agli istituti in esame[82], presupponendo a favore dell'organo direttivo collegiale una serie di facoltà dispositive che non possono che accompagnarsi ad un modello organizzativo ad avanzata autonomia e a forte decentramento delle responsabilità[83].

3.2.1. La necessaria applicazione alle future fondazioni delle sei forme di autonomia già riconosciute dal d.lgs. n. 269 del 1993.

Alla luce di queste considerazioni, è lecito affermare che ai futuri Irccs-fondazioni dovrebbero essere riconosciute almeno le sei autonomie già previste dal d.lgs. n. 269 del 1993, che in larga misura trovano il loro fondamento nel riconoscimento della personalità giuridica. In primo luogo, non potrà essere negata agli Irccs-fondazioni l'*autonomia organizzativa*, che rappresenta non solo il "derivato logico e naturale" dell'essere gli istituti dotati di propri organi, ma anche lo strumento necessario per consentire agli organi di indirizzo di raggiungere le finalità programmate[84]. E' ovviamente inclusa in questo tipo di autonomia anche l'opzione verso forme di dipartimentalizzazione delle funzioni dell'istituto, a conferma di quanto già applicato agli Irccs in virtù dell'art.4, comma 1 del d.lgs. n. 229 del 1999[85]. Il modello della dipartimentalizzazione, anche se non esplicitamente richiamato nella legge delega, sembra peraltro pienamente in linea con l'intento del legislatore di introdurre negli Irccs moduli di funzionamento privatistici, fondati su di un utilizzo ottimale delle risorse, sull'introduzione di meccanismi maggiormente flessibili di funzionamento, nonché una verifica dei risultati ottenuti in relazione agli obiettivi clinici.

In secondo luogo, non può ovviamente essere negata agli Irccs-fondazioni l'*autonomia amministrativa*, che è implicita nel riconoscimento della personalità giuridica e che si sostanzia

---

[82] Bisogna infatti considerare che nella nozione di "indirizzo" è inclusa l'esercizio di una decisionalità propriamente politica, libera sia in relazione ai fini che in relazione ai mezzi.

[83] E' evidente, tuttavia, che il valore dell'autonomia deve essere necessariamente confrontato con l'altro valore della solidarietà, anch'esso derivante dall'art.2 Cost: il problema del bilanciamento di questi due valori si è presentato in riferimento alle fondazioni di origine bancaria, per le quali la Corte Costituzionale (sent. n. 550 del 1993), giudicando secondo un principio di ragionevolezza-proporzionalità, ha ritenuto legittime le restrizioni all'autonomia fatte nel nome della solidarietà, pur insistendo sul "carattere circoscritto delle prescrizioni impositive (e sul presupposto della natura pubblica degli enti conferenti". Sul punto, cfr. A.MALTONI, *Le fondazioni bancarie, op. cit*., p. 368. Il criterio in esame può essere ritenuto valido, almeno in linea di principio, anche in riferimento ai futuri Irccs-fondazioni, fermo restando che nei nuovi enti il valore della solidarietà dovrà essere bilanciato non solo con il valore dell'autonomia delle formazioni sociali ex art. 2 Cost., ma soprattutto con il valore dell'autonomia istituzionale ex art. 5 Cost.

[84] Sul fatto che l'apparato organizzativo sia da considerarsi sempre "servente rispetto alle finalità da raggiungere", cfr. A.CAPPUCCI, *op. cit.,* p. 14, che evidenzia come il contenuto dell'autonomia organizzativa si esprima "nel potere che la direzione generale ha di stabilire quali siano le articolazioni del proprio assetto organizzativo, di distribuire competenze, ruoli e, di conseguenza, di individuare responsabilità secondo l'assegnazione delle funzioni di coordinamento, controllo, direzione, comunicazione, ecc". Sull'esigenza di prevedere un'autonomia organizzativa non solo in riferimento all'ordinamento dei servizi e degli uffici, ma anche in relazione alla pianta organica, una volta verificati gli standards modulari e i carichi funzionali ed operativi di lavoro, cfr. V.PAPADIA, *Il nuovo ordinamento del Servizio Sanitario Nazionale* in *Sanità pubblica*, 1993, p. 753.

[85] Cfr., sul punto, G.GIORGI, op. cit., p. 814 e 815, che collega la dipartimentalizzazione con la funzione di governance dei comportamenti clinico-aziendali: : il governo clinico delle diverse autonomie – osserva infatti l'Autore – richiede strategie di sistema, metodi e strumenti, ma soprattutto una chiara e accettata definizione dei ruoli e delle responsabilità cliniche e manageriali. In questo senso, l'istituzione dei dipartimenti rappresenta "lo strumento per una direzione e una gestione aziendale più condivisa dagli operatori anche in quanto più decentrata nei poteri di gestione delle risorse in funzione del risultati clinici da assicurare". "La riorganizzazione del lavoro in senso dipartimentale" continua più avanti l'Autore "costituisce un'irripetibile occasione per ottimizzare l'utilizzo delle risorse professionali e tecnologiche"

nell'attribuzione a tutta l'area della dirigenza di proprie delegate responsabilità. Intesa come "potere di assumere provvedimenti amministrativi che esplicano sia l'esercizio della potestà pubblica ma possono avere anche un'efficacia immediata"[86], l'autonomia amministrativa appare assolutamente funzionale alla responsabilizzazione tecnico-manageriale del personale con incarichi dirigenziali degli Irccs-fondazioni, con conseguente valorizzazione del decentramento decisionale e della flessibilità della gestione.

In terzo luogo, non può essere estranea agli Irccs trasformati neppure l'*autonomia patrimoniale*, nonostante l'apparente contraddizione sussistente tra questa forma di autonomia e la nozione di fondazione come "patrimonio destinato ad uno scopo"[87]. La tradizionale intolleranza nei confronti del cosiddetto "patrimonio autonomo" è infatti stata oggetto[88], nel corso degli anni, di una progressiva erosione, tanto che ora " la logica classificatoria dei concetti non impedisce di cogliere, nella pluralità dei regimi desumibili dalla disciplina, il falso antagonismo tra unità (intesa come *inerenza al soggetto*) del patrimonio ed autonomia (*della responsabilità*) patrimoniale"[89]. Dal che deriva che la separazione patrimoniale "si risolve nelle connotazioni di realtà che arricchiscono, e qualificano, la posizione gestoria. Attraverso il vincolo d'indisponibilità connesso al diritto 'reale' d'amministrazione si realizza la scomposizione degli attributi proprietari e l'opponibilità della scomposizione patrimoniale, grazie ai quali possono essere realizzati una pluralità di obiettivi che vanno dalla tutela dell'investitore al dinamismo della gestione caratteristico di un mercato finanziario evoluto"[90]. Si desume, conseguentemente che l'autonomia patrimoniale non è di per sé in contrasto con il vincolo di destinazione, fermo restando l'obbligo di disporre del patrimonio in modo funzionale alle finalità e agli interessi della fondazione e fermo restando altresì il divieto di distribuzione degli utili tra i soci[91].

In relazione all'autonomia patrimoniale dei futuri Irccs-fondazioni, si evidenzia comunque che la delega, alla lett. c), ha disposto a favore del trasferimento, in assenza di oneri, ai nuovi soggetti del patrimonio, dei rapporti attivi e passivi e del personale degli istituti trasformati. L'esplicito riconoscimento della titolarità delle fondazioni sul patrimonio dei vecchi Irccs non esclude, ovviamente, che si tratti di "beni pubblici", sottoposti ad un regime differenziato anche da un punto di vista fiscale[92]. Ma non può essere negato agli Irccs trasformati il potere di disporre del patrimonio aziendale attraverso atti di cessione, acquisizione, amministrazione, (rispondendo direttamente per lo stesso e secondo il regime della proprietà privata), introdotto per le A.s.l. dal

---

[86] Così A.CAPPUCCI, *op. cit.,* p. 14

[87] Si specifica che il termine di "autonomia patrimoniale" qui utilizzato deve essere inteso *latu sensu*, senza pretendere di attribuire ad esso il significato che assume nelle imprese sotto forma di società di capitali, che rispondono dei debiti contratti solo con il "patrimonio dell'azienda". Sul punto, cfr. V.PAPADIA, *Il nuovo ordinamento del Servizio Sanitario Nazionale, op. cit.,* p. 754

[88] Sul tendenziale disfavore per la fondazioni nelle codificazioni del passato, derivante dalla convinzione per la quale la destinazione senza limiti di tempo di un determinato patrimonio ad uno scopo potessa nuocere all'economia complessiva di un paese, cfr. G.PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 1996, p. 75.

[89] Così A.ZOPPINI, op. cit., p. 47. Sul concetto di "patrimonio autonomo", cfr., in particolare, la nota n. 95, in cui è evidenziata l'oscillazione tra diverse concezioni della nozione in esame, con particolare riguardo al passaggio dalla prospettiva "(soggettiva e ipostatizzante) della titolarità" alla prospettiva "oggettiva ed analitica" del vincolo di destinazione".

[90] *Ibidem*, p. 52. Il che trova conferma nella definizione delle fondazioni come "persone giuridiche qualificate dall'elemento patrimoniale con reale capacità redittuale". Così Consiglio Italiano per le Scienze Sociali, *op. cit*., p. 60.

[91] Sulla *"non distribution constraint",* a conferma del principio per cui il conferimento del patrimonio è a fondo perduto ed esula dalla nozione di "investimento di capitali", cfr. G.PONZANELLI, *op. cit.*, p. 115 ss. L'argomento sarà ripreso nel prossimo paragrafo della nostra trattazione.

[92] Sul punto, cfr. V.PAPADIA, *I profili organizzativi della nuova azienda Usl*, op. cit., p. 60-61, in relazione ai "beni pubblici" delle Aziende Usl dopo la riforma bis della sanità. Si ricorda, peraltro, che non esiste un vero regime fiscale per le fondazioni come categoria a sé stante. Per approfondimenti, cfr. Consiglio Italiano per le Scienze Sociali, *op. cit.,* p. 64-69.

d.lgs. n. 502 del 1992[93] ed esteso agli Irccs dall'art. 5, comma 1 del d.lgs. n. 269 del 1993. Il che non esclude che anche per gli Irccs, come per le aziende sanitarie, gli atti di disposizione possano riguardare solo il patrimonio disponibile e da reddito, ad esclusione quindi del patrimonio legato con vincolo di destinazione all'attività ospedaliera e sanitaria (cosiddetto "patrimonio indisponibile", finalizzato al perseguimento dei fini istituzionali), sulla base delle previsioni dello statuto.

Maggiori dubbi rimangono invece in relazione alla possibile estensione agli Irccs della disposizione di cui all'art.5, comma 2 del d.lgs. n. 229 del 1999, per cui negli atti di trasferimento a terzi di diritti reali su immobili – appartenenti al patrimonio disponibile e da reddito –, la volontà del Direttore generale è assoggettata alla previa autorizzazione della Regione. Tale limitazione, strettamente legata ad una valutazione della "valenza strategica del patrimonio"[94], trova il suo fondamento, da un lato, nella funzione di indirizzo politico attribuita alle Regione sulla gestione dalle Asl e, dall'altro lato, nella sua funzione di controllo sui presupposti e sull'opportunità del compimento di un negozio giuridico da parte di un ente pubblico[95]. Trasponendo l'intera disciplina agli Irccs-fondazioni, si può osservare che l'autorizzazione regionale di cui all'art.5, comma 2 del d.lgs. n. 229 del 1999 non avrebbe ragione di sussistere nei nuovi enti, qualora nel procedimento si ritenesse prevalente la funzione di indirizzo regionale; a conclusioni diverse si dovrebbe ovviamente pervenire qualora nella suddetta autorizzazione si identificasse prevalentemente una funzione di controllo[96]. In linea di massima, l'esigenza di garantire ai futuri enti una reale capacità dispositiva sul patrimonio disponibile, nonché la constatazione del valore strategico di quest'ultimo, ci portano a ritenere decisamente preferibile la prima opzione che, eliminando ogni forma di autorizzazione sugli atti di disposizione degli Irccs-fondazione, è funzionale, in ultima istanza, all'ottimizzazione del valore economico dei relativi patrimoni e al riconoscimento di una reale autonomia gestionale ai relativi consigli di amministrazione.

Connessa all'autonomia patrimoniale è indubbiamente la quarta forma di *autonomia*, quella *contabile*, anch'essa implicita nel concetto di personalità giuridica. Nello specifico, è possibile affermare che il riordino degli Irccs non possa prescindere dall'estensione alle future fondazioni della nuova filosofia del bilancio e della contabilità che si è recentemente affermata nelle aziende sanitarie ed ospedaliere. Ricordando che già l'art.5 del d.lgs. n. 269 del 1993 aveva esteso agli Irccs le norme sul "controllo di gestione"[97] introdotte dal d.lgs. n. 502 del 1992, si ritiene infatti

---

[93] Per un'analisi approfondita dell'autonomia patrimoniale riconosciuta alle A.s.l. dai d.lgs. n. 502 del 1992 e n. 229 del 1999, si rinvia ad A.CAPPUCCI, *op. cit.,* p. 16-17.

[94] I*bidem*

[95] Si veda, sul punto, quanto rilevato da A.CAPPUCCI (*ibidem*): "La Regione deve apprezzare discrezionalmente la corrispondenza fra la richiesta di autorizzazione all'alienazione fatta dall'A.s.l. e il programma complessivo di valorizzazione e strumentalizzazione del patrimonio a fini strategici ed istituzionali della singola azienda e regionali (...). Siamo, infatti, di fronte ad un'ipotesi di autorizzazione al compimento di un negozio giuridico da parte di un ente pubblico, legato al diritto di proprietà, in cui l'autorizzazione svolge una funzione di controllo o meglio di verifica dell'esistenza del presupposto e dell'opportunità del compimento del negozio stesso".

[96] Se l'autorizzazione svolgesse prevalentemente una funzione di indirizzo, la relativa competenza dovrebbe infatti essere trasferita al consiglio di amministrazione dell'Irccs-fondazione, ai sensi di quanto previsto nella lett. b) della delega; viceversa, se nell'autorizzazione fosse da rinvenirsi in via prioritaria l'esercizio di una funzione di controllo, la relativa competenza dovrebbe passare – a rigore di logica – al Ministero della salute, chiamato a svolgere la funzione di vigilanza ai sensi della lett. a) della delega.
Ad ogni modo, dalla natura pubblica dei beni dei futuri Irccs-fondazioni deriva comunque la subordinazione ai medesimi al testo unico in materia di tutela dei beni artistici e storici (D.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490) e al regolamento disciplinante le alienazioni di beni immobili del demanio storico-artistico (DPR 7 settembre 2000, n. 283), che sottopongono gli atti di disposizione del patrimonio ad un ulteriore aggravio nei procedimenti di autorizzazione.

[97] Per un'analisi approfondita della nozione di "controllo di gestione" come "il processo mediante il quale un'organizzazione si assicura che i propri obiettivi siano raggiunti in modo efficace ed efficiente", si rinvia a G.MARTINO, op. cit., p. 168; P.CITONI, *La "Nuova Sanità" – Riflessioni sul controllo direzionale Pianificazione strategica – Controllo di gestione nelle Aziende sanitarie* in *Diritto sanitario moderno*, n. 2, aprile-giugno 2001, p. 100

necessario che anche nei futuri Irccs-fondazioni si compia il passaggio dalla tradizionale contabilità finanziaria ad una nuova contabilità economica ed analitica, che consenta una ponderazione dei risultati ottenuti sulla base delle risorse impiegate e dei costi sostenuti[98]. In particolare, considerando che la contabilità economica ed analitica è uno strumento funzionale all'equilibrio economico[99], si può comprendere come il ricorso a tale sistema di rendicontazione sia assolutamente necessario per procedere al risanamento economico-finanziario degli istituti in esame e per evitare che si riproducano in futuro i disavanzi attualmente presenti in molti dei bilanci degli Irccs di diritto pubblico[100]. Si osserva, infine, che tale contabilità economico-analitica, coniugando norme di diritto pubblico (come quelle sul bilancio di cassa e di competenza o quelle sui residui attivi e passivi) e norme del codice civile[101], è assolutamente in linea con la doppia origine pubblicistica e privatistica delle risorse che affluiranno ai futuri Irccs-fondazioni.

Proseguendo nella nostra analisi delle varie forme di autonomia di cui dovranno essere dotati i futuri Irccs-fondazioni, è necessario soffermarsi sull'*autonomia gestionale*, intesa come il complesso di operazioni amministrative e produttive necessarie al funzionamento dell'ente e al conseguimento dei risultati economici[102]. E' inevitabile osservare come l'autonomia gestionale, intrinsicamente legata alle altre forme di autonomia già descritte, sia connaturata al modello di fondazione delineato dal legislatore nella legge delega per il riordino degli Irccs. Lo stesso principio della separazione, di cui alla lett. b), tra indirizzo e gestione è infatti funzionale, in ultima istanza, al riconoscimento del valore autonomo della gestione come forma di determinazione degli obiettivi della mission, di progettazione delle attività, di allocazione delle risorse disponibili, di definizione dei criteri di organizzazione del lavoro. In questo senso, è auspicabile che anche negli Irccs trasformati si provveda ad introdurre una logica propriamente manageriale di gestione delle risorse e di programmazione delle attività, facendo ricorso a strumenti gestionali derivati dall'universo

---

ss. Per un'analisi critica degli effetti del ricorso ai sistemi di budget, alla contabilità analitica e al reporting nelle A.s.l. e nelle aziende ospedaliere, sulla base dei dati emersi dalle indagini statistiche, cfr. G.CASATI e F.FROSINI, *La gestione del budget nelle aziende sanitarie: aspetti critici* in A.A.V.V., *L'aziendalizzazione della sanità in Italia* – Rapporto OASI 2001, (a cura di) E.ANESSI PESSINA e E.CANTU', Milano, EGEA, 2002, p. 713 ss.
Si ricorda che la transizione dalla contabilità finanziaria a quella economica ha segnato il passaggio dal bilancio tradizionale (limitato alla classificazione delle spese) ad un bilancio per funzioni (nel quale la classificazione delle spese era eseguita sulla base di un'analisi funzionale ed era volta ad evidenziare l'origine delle singole uscite in relazione alle diverse aree d'intervento), fino ad un bilancio per programmi (che consiste nell'adottare "una tipologia di classificazione delle spese strettamente aderente alle indicazioni derivate da documenti di pianificazione generali e7o settoriali cui il bilancio si collega allo scopo di poter considerare la "gestione" in termini di obiettivi da realizzare"): cfr. P.CITONI, *op. cit*., nota n. 1.

[98] Si specifica che il concetto di "risorse" deve essere inteso in modo estensivo, in modo da includervi non solo i "dati economico/finanziari", ma anche le "variabili di carattere fisico e non da ultime quelle del carattere introspettivo e/o astratte e/o immateriali". Così P.CITONI, *op. cit.,* p. 102.
La preferenza per la contabilità analitica è in larga misura legata alla peculiare natura dei fattori di quantificazione dei bilanci degli Irccs, che sono costituiti non da funzioni pubbliche, bensì da servizi (sul punto, cfr. V.PAPADIA, *I profili organizzativi della nuova azienda Usl*, op. cit., p. 58). E' quindi intrinseca alla natura del servizio assistenziale-ospedaliero svolto dagli Irccs l'esigenza di ponderare il costo di una prestazione, di un ricovero, di un'operazione, etc., fermo restando che, al di là dei costi variabili, dovranno essere ponderati anche i costi fissi (personale, funzionamento ordinario delle strutture, etc,) ed in particolare i costi derivanti dallo svolgimento di attività di ricerca, che invece non si estrinseca nell'erogazione di un servizio, ma che sembra piuttosto configurare una funzione pubblica.

[99] In tal senso, A.CAPPUCCI, *op. cit*., p. 14

[100] Si evidenzia che, in virtù della lett. c) della delega, è previsto che le future fondazioni entrino in possesso del patrimonio e dei rapporti dei vecchi Irccs *in assenza di oneri*, il che comporta il ripianamento dei disavanzi attualmente presenti.

[101] In tal senso, cfr. V.PAPADIA, *I profili organizzativi della nuova azienda Usl*, op. cit., p. 58

[102] Così A.CAPPUCCI, *op. cit.,* p. 15, che evidenzia come tali poteri, che rappresentano "l'estrinsicazione di un modello impianto manageriale" dell'A.s.l., spettino principalmente alla direzione generale. Sul punto, cfr. anche V.PAPADIA, *Il nuovo ordinamento del servizio sanitario nazionale, op. cit.,* p. 756

economico privato, tra cui le analisi di marketing interno ed esterno[103], i sistemi di autocontrollo interno[104], la pianificazione strategica[105], etc.

Infine, l'*autonomia tecnica*, per la quale non può che ripetersi il discorso già fatto per le altre forme di autonomia: quale "naturale e necessario corollario della funzionalizzazione dell'attività" dei futuri Irccs-fondazioni, la competenza tecnica va infatti intesa come "autonomia, autosufficienza strumentale ed impiantistica (...) per le attività di produzione, erogazione, di controllo e di ricerca"[106].

3.2.2. Il possibile riconoscimento di ulteriori forme di autonomia agli Irccs trasformati

Al di là di queste sei forme di autonomia, rimane da valutare in quale misura dovrebbe essere riconosciuta alle future fondazioni anche un'autonomia di indirizzo: in questo ambito, tuttavia, nonostante l'esplicita qualificazione del consiglio di amministrazione e del Presidente dell'istituto come "organi di indirizzo", non è possibile, sulla base dei soli principi di delega, tentare una ricostruzione dei rapporti tra la programmazione interna agli Irccs trasformati e la programmazione esterna, operante sia a livello regionale che a livello statale. In linea di principio, non sembra lecito immaginare un indirizzo delle fondazioni totalmente separato dal piano sanitario nazionale (almeno in relazione alla ricerca) e al piano sanitario regionale (per quanto più da vicino riguarda l'assistenza ospedaliera); il che non preclude che, nel limite degli orientamenti di massima delineati dagli organi di governo istituzionali, al consiglio di amministrazione delle singole fondazioni sia riconosciuto uno spazio di azione concreto per una programmazione che non sia solo meramente esecutoria di quanto stabilito a livello politico.

Si può, infine, discutere sull'esigenza di riconoscere anche agli Irccs-fondazioni quell'autonomia imprenditoriale introdotta dal d.lgs. n. 229 del 1999 a sostituzione delle sei autonomie previste dal d.lgs. n. 502 del 1992, che, come riconosciuto dalla dottrina, rappresenta un

---

[103] Sull'utilità del ricorso agli strumenti di marketing nella sanità, cfr. G.MARTINI, *op. cit.*, p. 163-165, che, evidenziando "l'appartenenza del marketing alla sfera più ampia della pianificazione e controllo dell'azienda che rappresenta la vera novità in atto nel sistema italiano", nonché rilevando come il vero patrimonio dell'azienda sia il suo paziente/cliente, afferma che "il marketing può coadiuvare l'azione di monitoraggio dei bisogni dei clienti, definire obiettivi qualitativi e quantitativi dei bisogni, interagire con la comunità servita attraverso l'interscambio delle informazioni". Fatta questa premessa, si specifica che il marketing interno è finalizzato a diffondere un atteggiamento di "approccio al cliente" all'interno delle risorse aziendale, utilizzando strumenti quali corsi di formazione, motivazione al lavoro, informazione del personale, etc.; viceversa, il marketing esterno è quello rivolto all'analisi della clientela, allo studio della concorrenza, alla definizione della strategia di intervento, etc.

[104] Sul sistema di autocontrollo interno, che nelle A.s.l. è incentrato attorno alla figura del collegio sindacale, cfr. G.GIORGI, *op. cit.*, p. 816, che evidenzia come i controlli manageriali siano volti alla "ricerca del migliore rapporto risultati-risorse di ogni unità produttiva dell'azienda". Per un approfondimento organico sull'argomento, si rinvia a M-TANTURLI, *Il sistema dei controlli interni nelle aziende del S.S.N.* in *Diritto sanitario moderno*, n. 1 gennaio-marzo 2000, p. 25 ss.

[105] Sugli esiti delle prime esperienze di definizione dei piani strategici nelle aziende sanitarie italiane, cfr. C.CUCCURULLO, *La pianificazione strategica nelle aziende sanitarie pubbliche: metodi e strumenti di elaborazione dei piani strategici* in E.ANESSI PESSINA e E.CANTU' (a cura di), *L'aziendalizzazione della sanità in Italia*, *op. cit.*, p. 676 ss. Premesso che "lo scopo principale di un approccio strategico è la ricerca della *coerenza strategica*, ovvero l'individuazione di soluzioni che consentano un'adeguata compatibilità tra obiettivi strategici e valori aziendali, trascelte aziendali e ambiente di riferimento, tra decisioni strategiche e risorse, tra politiche strategiche, strutture organizzative e sistemi di gestione" (*ibidem*, p. 677-678), l'Autore giunge a concludere che "il piano strategico aziendale rappresenta la sintesi dei diversi piani particolari adottati in azienda e inerenti alle linee di intervento sull'organizzazione e sulle dinamiche economico-finanziarie e alle politiche di marketing e d'innovazione gestionale e sanitaria" (*ibidem*, p. 710).

[106] Così A.CAPPUCCI, *op. cit.*, p. 16. In particolare, dato il rilievo dell'attività di ricerca all'interno degli Irccs, è evidente l'importanza che l'autonomia tecnica rivestirà per le future fondazioni. Come afferma V.PAPADIA, *Il nuovo ordinamento del servizio sanitario nazionale, op. cit.,* p. 756, l'autonomia tecnica presuppone infatti "l'autosufficienza della strumentazione moderna".

"quid pluris" rispetto alle sei forme di autonomia sancite nel d.lgs. n. 502 del 1992 e nel d.lgs. n. 269 del 1993[107]. Da una parte, infatti, è innegabile che la peculiare configurazione dell'autonomia imprenditoriale come "<<libertà>> riconosciuta ex lege di agire secondo schemi privatistici ed economici" consentirebbe infatti di realizzare la volontà del legislatore volta all'introduzione di moduli privatistici all'interno degli Irccs-fondazioni, favorendo il raggiungimento di un "punto di equilibrio fra l'esigenza (imprenditoriale) di ridurre il disavanzo e tendere ad un pareggio di bilancio e l'esigenza (istituzionale) di raggiungere e/o mantenere livelli quali-quantitativi di assistenza"[108]. Dall'altra parte, tuttavia, è inevitabile constatare lo stretto legame sussistente tra tale forma di autonomia e la soggettività di diritto privato riconosciuta alle A.s.l. dall'art. 3, commi 1 bis e 1 ter del D.lgs. n. 229 del 1999, che invece non trova pari affermazione nella legge delega in esame[109].

Considerando che, tra le applicazioni pratiche dell'autonomia imprenditoriale, compare in prima linea la facoltà di esternalizzare i servizi e di ricorrere con facilità e secondo schemi civilistici all'outsourcing, un parziale riferimento all'autonomia imprenditoriale è, ad ogni modo, rinvenibile nel principio di cui alla lett. i), che prevede la possibilità per le fondazioni di concedere ad altri soggetti pubblici o privati, nel rispetto degli scopi, dei programmi e degli indirizzi deliberati dal consiglio di amministrazione, compiti di gestione (anche di assistenza sanitaria), in funzione della migliore qualità e maggiore efficienza del servizio reso. E' infatti possibile affermare che la citata disposizione di cui alla lett. i), anche considerata isolatamente, presuppone un'effettiva capacità ed autonomia imprenditoriale nelle future fondazioni, nel senso che richiede una valutazione dell'ente nella sua dimensione economica, una autonomia gestionale funzionale ad obiettivi di economicità, efficienza e qualità dei servizi, nonché una flessibilità organizzativa ispirata a criteri di appropriatezza delle risorse impiegate sulla base degli obiettivi da perseguire.

In sintesi, non è possibile ignorare lo stretto legame di funzionalità che lega l'autonomia imprenditoriale al conseguimento di quegli obiettivi di economicità, efficacia, efficienza e flessibilità[110], che fungono da criterio ispiratore della riforma in esame[111]. Si fa osservare, al

---

[107] In tal senso, cfr., in particolare, G.SANVITI, *Commento all'art. 3* in F.ROVERSI MONACO (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Maggioli, Rimini, 2000, p. 110. Per un'analisi critica dell'autonomia imprenditoriale introdotta dal d.lgs. n. 229 del 1999 cfr., invece, E.MENICHETTI, op. cit., p. 45-54.

[108] Così A.CAPPUCCI, *op. cit*., p. 19. Si specifica, ad ogni modo, che il termine "autonomia imprenditoriale" deve essere inteso non tanto in senso privatistico come "concetto di imprenditorialità", quanto più come "azione del management svincolata da quelle pastoie burocratiche che hanno sempre pervaso la 'gestione della cosa pubblica'"; tale azione "ripropone una impostazione autonomistica in una serie di decisioni gestionali, quali la autonomia negli investimenti, il ricorso a sperimentazioni gestionali (previste dal D.L.vo n. 229/1999), il ricorso all'innovazione e all'ammodernamento quale politica manageriale (previste dal D.P.R. 14 gennaio 1997 e confermate dal più volte citato D.L.vo n. 229/1999)". In tal senso, S.CORONATO, *op. cit*., p. 34. E' evidente, tuttavia, che anche gli Irccs- fondazioni, come le aziende sanitarie ed ospedaliere, mantenendo una natura pubblicistica, non potranno usufruire appieno dell'autonomia nel settore degli investimenti e degli approvvigionamenti, per l'esigenza di "mettere in risalto l'aspetto della trasparenza nei confronti della economicità gestionale, anche a scapito di quest'ultima". Il che conferma l'impossibilità di adottare una "impostazione strettamente privatistica della gestione aziendale", che "verrebbe ad urtare contro il muro di quella personalità pubblicistica" attribuita alle fondazioni.

[109] Dove, come si è detto, non si introduce alcun principio o criterio direttivo volto a sancire che le fondazioni agiscono mediante atti di diritto privato o adottano con atto privato il loro statuto.

[110] Per una definizione dei citati principi, si rinvia a G.SANVITI, *Commento all'art.3, op. cit.,* p. 112-113, che qualifica l'efficienza come "ricerca di un rapporto ottimale fra le risorse impiegate e il prodotto ottenuto" e l'economicità come "la razionalità rispetto allo scopo piuttosto che la razionalità rispetto alla norma". Una natura diversa è riconosciuta al principio di efficacia, "che riguarda il conseguimento degli obiettivi e i loro effetti sull'ambiente esterno", introducendo per il soggetto autonomo la possibilità di prevedere obiettivi ulteriori rispetto a quelli prefissati dagli organi istituzionali. Sull'affermazione della flessibilità a livello di organizzazione infra-aziendale, cfr. invece E.MENICHETTI, *op. cit*., p. 51-52. Sulla specifica attenzione dedicata a tali principi operativi nella legge finanziaria 1997, cfr. M.BRANCA, *L'evoluzione legislativa per la razionalizzazione del SSN* in *Sanità pubblica*, 1999, p. 182.

[111] Il nesso rilevato dipende in larga misura dalla natura tridimensionale del servizio che i soggetti erogatori di prestazioni del SSN sono chiamati ad assicurare; i servizi possono infatti essere analizzati sotto tre profili: oggettivo, in

riguardo, che la legge delega non prevede esplicitamente tali principi in relazione all'organizzazione interna permanente delle fondazioni: i suddetti criteri sono infatti richiamati solamente alle lett. h) ed i) in relazione alle forme di collaborazione e di outsourcing esterne all'attività istituzionale degli enti. Il che potrebbe indurre a pensare che la flessibilità, l'efficienza, l'efficacia siano perseguite più attraverso l'apertura ai soggetti terzi che non attraverso l'introduzione di formule organizzative innovative all'interno delle fondazioni. Tale tesi, tuttavia, non sembra essere pienamente sostenibile, se si considera che l'efficienza e la flessibilità verso l'esterno possono essere perseguite e realizzate solo a condizione che anche l'organizzazione interna sia improntata ai medesimi principi operativi.

E' altresì evidente che la possibilità concreta di perseguire tali obiettivi, in armonia con un assetto di effettiva autonomia imprenditoriale, dipenderà in larga misura dalle previsioni degli statuti che disciplineranno il funzionamento degli Irccs-fondazioni. A questo specifico proposito, si osserva che la legge delega non fa mai riferimento all'autonomia statutaria delle future fondazioni, evitando qualsiasi riferimento al contenuto minimo dei relativi statuti e al relativo regime formale[112]. Ma l'assenza di specifiche disposizioni in materia statutaria non può essere utilizzata come argomento a contrario per l'affermazione del ruolo prioritario di una tale forma di autonomia. E' pertanto auspicabile che nel decreto delegato sia riservata una particolare attenzione alla valorizzazione dell'autonomia statutaria delle fondazioni, senza la quale non si potrebbe realisticamente parlare né di autonomia organizzativa, né tanto meno di autonomia di indirizzo o di autonomia imprenditoriale[113].

3.3. L'apertura alla partecipazione[114] dei soggetti privati.

---

relazione alla tipologia (*quid*), alla quantità (*quantum*) e alla qualità (*quomodo*) delle prestazioni, nonché ai presupposti di accesso alle medesime (*an*); soggettivo, in rapporto all'individuazione dei soggetti erogatori e al collegamento di questi con l'amministrazione titolare dei servizi; relazionale, con riferimento alla rete di rapporti tra gestori ed utenti. In tal senso, cfr. N. AICARDI, *op. cit*., p. 225-226. L'esigenza di coordinare queste tre profili, indirizzandoli a comuni obiettivi di efficacia, efficienza ed economicità, presuppone ovviamente una capacità dispositiva ulteriore a quella connessa all'autonomia organizzativa, che solo l'autonomia imprenditoriale può assicurare.

[112] Si ricorda, infatti, che l'atto aziendale delle aziende sanitarie e ospedaliere deve essere adottato, ai sensi dell'art.3, comma 1 bis del d.lgs. n. 229 del 1999 mediante atto di diritto privato. Per un'analisi critica di tale disposizione in relazione alla personalità di diritto pubblico delle A.s.l. e delle A.o., che porta l'Autore a concludere per il riconoscimento della natura negoziale dell'atto aziendale (che è quindi "libero nel fine", mentre "solo in un secondo tempo si pone il problema di una sua verifica alla luce dell'interesse pubblico"), cfr. G.SANVITI, *Commento all'art.3, op. cit*., p. 110-111. Sulla natura giuridica di tale atto, cfr. anche G.GIORGI, *op. cit*., p. 809.
Sul rapporto tra il regime formale di adozione dell'atto e lo spazio di autonomia riservato al suo contenuto, cfr. E.MENICHETTI, *op. cit.,* p. 52-53, che afferma che "l'accezione <<ampia>> del contenuto dell'atto aziendale, è confortata anche dalla natura giuridica <<di diritto privato>> dello stesso, che appare portatrice – sul modello delle persone giuridiche private e delle associazioni e fondazioni di diritto privato – di una autonomia mai riconosciuta alle u.s.l.: quella statutaria"

[113] Dal momento che la legge delega non contiene alcuna previsione sull'autonomia statutaria delle fondazioni, non è possibile, al momento attuale, fare alcuna presupposizione sul contenuto necessario dello statuto. Il mantenimento, in capo ai futuri enti, di una personalità di diritto pubblico ci porta comunque ad affermare che tale atto di auto-organizzazione (come d'altronde anche l'atto di cui all'art. 3, comma 1 bis del d.lgs. n. 229 del 1999) non potrà avere la medesima forza di un atto aziendale adottato da un'impresa privata. Sul punto, e per maggiori approfondimenti, cfr. S.CORONATO, *op. cit*., p. 35-40. Per un'analisi dettagliata di ciò che deve e di ciò che non può essere contenuto nell'atto aziendale delle A.s.l. e delle A.o., cfr. A.CAPPUCCI, p. 21-22

[114] In relazione al significato del concetto di "partecipazione" nella legge delega, si specifica che il termine non va interpretato secondo la tradizionale logica della partecipazione dei privati cittadini al procedimento amministrativo, introdotta dalla legge n. 241 del 1990 ed in larga misura materializzatasi nel diritto di accesso. Per quanto anche nel caso in esame si abbia a che fare con un processo di coinvolgimento di soggetti privati in un'attività di tipo amministrativo, il concetto di partecipazione cui sembra fare riferimento l'art.42 della legge n. 3 del 2003 è piuttosto quello della "partecipazione societaria", tipica delle persone giuridiche di diritto privato.

3.3.1 L'esigenza di ripensare l'intervento pubblico nella sanità

Scorrendo i vari principi e criteri direttivi della legge delega, emerge con chiarezza il rilievo centrale attribuito, nel processo di trasformazione degli Irccs, all'ingresso dei soggetti privati nella gestione, nel funzionamento e nel finanziamento delle future fondazioni. Non solo, infatti, la lett. a) parla esplicitamente di fondazioni "aperte alla partecipazione di soggetti pubblici e privati", ma numerosi successivi principi di delega introducono forme di collegamento e di partenariato con soggetti privati, sia per la realizzazione di singoli programmi o progetti[115], sia per la costituzione di un sistema di relazioni stabile e duraturo[116]. Il ruolo chiave che le citate disposizioni rivestono all'interno della delega è testimoniato dall'esplicita estensione di tali principi e criteri direttivi anche agli Irccs che non saranno trasformati in fondazioni[117]. Nella legge non si specifica invece in quale misura e con quali poteri di controllo le risorse private potranno partecipare al finanziamento delle future fondazioni, ma, dalla configurazione complessiva della delega, è evidente che l'intento del legislatore è di valorizzare al massimo l'apertura degli enti alle fonti non pubbliche di finanziamento[118].

Per comprendere il disegno complessivo del legislatore, che su tali principi ha imperniato l'intera delega, è necessario fare riferimento a quel processo di "privatizzazione" che ormai da un decennio sta informando la pubblica amministrazione, ed in particolare l'area dei servizi pubblici, qui inteso non come liberalizzazione del settore funzionale alla realizzazione di un vero mercato[119], bensì come "convergenza del momento pubblico e di quello privato" nella gestione economica dei servizi medesimi[120]. Mentre infatti la nozione tradizionale di privatizzazione sembra addurre ad un

---

Alla luce di tali considerazioni, si può affermare che il principio della partecipazione introdotto dalla legge delega in esame non va inteso tanto come principio relazionale, funzionale alla democratizzazione delle logiche relazionali delle future fondazioni, quanto più come un nuovo principio di razionalizzazione del funzionamento degli Irccs, volto alla spartizione degli oneri della spesa sanitaria ed alla specializzazione nelle funzioni connesse all'erogazione delle prestazioni sanitarie e di ricerca. Rimangono, tuttavia, valide le osservazioni fatte alla nota n.56, che evidenziano i vantaggi in termini di "partecipazione relazionale" derivanti dall'introduzione di un organo collegiale – il consiglio di amministrazione – nelle future fondazioni.

[115] Come nel caso della lett. d) (dove si prevedono "forme di collegamento e sinergia con le altre strutture di assistenza sanitaria, pubbliche o private, e con le università, al fine di elaborare e attuare programmi comuni di ricerca, assistenza, formazione") o nel caso della lett. h) (che parla di "rapporti di collaborazione con ricercatori e scienziati su progetti specifici, anche di altri enti e strutture, caratterizzati da flessibilità e temporaneità", delegando il governo a prevedere "modalità di incentivazione, anche attraverso la collaborazione con gli enti di cui alla lett. e))

[116] In questo senso si pongono, ad esempio, le lett. e) ("prevedere strumenti che valorizzino e tutelino la proprietà dei risultati scientifici, ivi comprese la costituzione e la partecipazione ad organismi ed enti privati, anche aventi scopo di lucro, operanti nel settore della ricerca biomedica e dell'industria, con modalità atte a salvaguardare la natura no-profit delle fondazioni") e i) ("disciplinare le modalità attraverso le quali le fondazioni, nel rispetto degli scopi, dei programmi e degli indirizzi deliberati dal consiglio di amministrazione, possono concedere ad altri soggetti, pubblici e privati, compiti di gestione, anche di assistenza sanitaria, in funzione della migliore qualità e maggiore efficienza del servizio reso").

[117] La lett. p) prevede infatti che gli Irccs non trasformati adeguino la propria organizzazione ed il proprio funzionamento ai principi, in quanto applicabili, delle citate lett. d), e) e h).

[118] L'unico riferimento dedicato al tema dei finanziamenti privati è infatti quello della lett. l), dove si prevede che le erogazioni liberali da parte di soggetti privati verso i nuovi enti di diritto privato avvengano in regime di esenzione fiscale.

[119] Sul punto, cfr. A.CAPPUCCI, *op. cit*., p. 11 ss, che evidenzia come, nel settore della sanità (con particolare riguardo alle riforme bis e ter), il legislatore abbia evitato di introdurre un modello totalmente privatistico, come quello delle s.p.a. o delle s.r.l., già utilizzato nella gestione di altri servizi pubblici locali. Tale modello, infatti, pur garantendo alle strutture sanitarie massima agilità e flessibilità, avrebbe snaturato la funzione pubblica delle strutture costitutive del SSN, portandole "a raffrontarsi e a rispondere del proprio operato prevalentemente ai propri azionisti e non alla collettività, ai cittadini utenti".

[120] Sul punto, cfr. F.LIGUORI, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, *op. cit.,* p. 13.

regime di rigida contrapposizione tra universo privato e universo pubblico, l'accezione ora prevalente in dottrina è quella propedeutica ad un coordinamento dei due mondi, non solo nel senso della "complementarietà", ma sempre più nel senso dell' "integrazione", o meglio della "costituitività (...) del ruolo dei soggetti privati nell'ambito di un (ruolo di) coordinamento pubblico dei servizi stessi"[121]. Nella legge delega per il riordino degli Irccs, tale costitutività del ruolo dei soggetti privati si evince sotto un duplice profilo: da una parte, come accesso delle risorse private al finanziamento costitutivo delle future fondazioni; dall'altra parte, come esternalizzazione dei servizi[122].

Il rilievo in questione ha evidenti implicazioni non solo sotto il profilo giuridico-dottrinale, ma anche sotto il profilo più propriamente economico, connesso con l'evoluzione complessiva dei sistemi di Welfare[123]. Numerosi, infatti, sono gli interessi coinvolti: da una parte, vi è l'esigenza, costituzionalmente garantita, di "prendere sul serio" il diritto alla salute come diritto sociale a contenuto prevalentemente programmatico e come valore della persona prima ancora che dell'ordinamento[124]. Dall'altra parte, c'è la tendenza a guardare al vincolo costituzionale per i poteri pubblici più come obiettivo sostanziale che non come obbligo di predisposizione di specifici mezzi, per cui ciò che deve essere misurato non è tanto l'estensione del pubblico intervento, quanto più il grado di tutela effettiva del bisogno, indipendentemente dal soggetto erogatore[125]. Da un'altra parte ancora, continua ad imporsi l'obiettivo di un sistema di garanzia del diritto alla salute economicamente efficiente, che tenga conto non solo del rispetto delle garanzie costituzionalmente tutelate, ma anche dei relativi oneri a carico del bilancio statale, con conseguente riduzione del livello di spesa pubblico[126]. Infine, non si può ignorare la tensione verso modelli di gestione della sanità volti alla realizzazione dei principi costituzionali funzionali alla promozione dell'iniziativa privata e alla realizzazione di una più armonica coesistenza con l'iniziativa pubblica[127]. Tutte queste

---

[121] In tal senso, si veda G.PASTORI, *Pubblico e privato nella sanità e nell'assistenza* in *Sanità Pubblica*, 2002, p. 1282

[122] Sul punto, cfr. E.M. CARUSO, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi sanitari. Esternalizzazione dei servizi e società miste* in *Rassegna amministrativa della Sanità*, aprile-giugno 1999, p. 128-129, che, evidenziando l'inerenza del settore sanitario al processo evolutivo della pubblica amministrazione, definisce le "esternalizzazioni" di servizi come "quei modelli alternativi che contemplano la gestione di taluni servizi mediante affidamento a soggetti esterni o per il tramite di apposite strutture organizzative cui l'Ente partecipa *secondo gli schemi del diritto privato delle Società"*

[123] Utilizzando una terminologia cara agli economisti, L.TORCHIA, *Sistemi di Welfare e federalismo* in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2002, p. 720-721, sostiene che "è dunque da esaminare di volta in volta (...) il "vantaggio comparato" dell'intervento pubblico diretto o dei meccanismi di mercato".

[124] Sul tema, cfr. G.MOR, *Il riordino della sanità nella crisi dello Stato sociale e della Costituzione materiale, op. cit.,* p. 987-988. Sul diritto alla salute come valore assoluto, cfr. C.BOTTARI, *op. cit.,* p. 3 ss.
In relazione al diritto alla salute come "valore della persona", si evidenzia invece che nella stessa finalizzazione personale del diritto alla salute è anticipata l'esigenza di "aprire" la sanità alla partecipazione dei soggetti privati: "la personalizzazione del servizio" osserva infatti G.PASTORI, *op. cit*., p. 1285, "non implica soltanto che siano le persone i destinatari primi e insieme la misura della qualità del servizio stesso, ma vuole significare anche che le persone siano i soggetti attivi del sistema".

[125] Sul punto, sempre G.MOR (*ibidem*, p. 992) afferma che "la domanda fondamentale non riguarda il come, ma chi e in che misura riesce a soddisfare le esigenze vitali garantite dalla Costituzione. E a risultati positivi si perviene attraverso un mix variabile nel tempo di politiche dirette a promuovere e indirizzare lo sviluppo sociale dell'economia e di politiche tese a garantire l'efficacia dei servizi sociali". E ancora, più avanti: "Su questa base, non sulla quota di pubblico o privato presente nell'ordinamento, si valuta il grado di socialità di questo". Sulla non immanenza del rapporto tra il diritto alla salute e l'intervento pubblico, per cui la decisione del *quantum* e dell'*an* dell'intervento pubblico deve essere comunque rimessa alla discrezionalità del legislatore, cfr. C.BOTTARI, *Nuovi modelli organizzativi per la tutela della salute*, op. cit., p. 16

[126] Si evidenzia che l'obiettivo della razionalizzazione della spesa pubblica per il finanziamento dei servizi sanitari si è imposto in Italia fin dai primi anni '80. Per un excursus storico dei principali interventi di razionalizzazione, cfr. M.BRANCA, *L'evoluzione legislativa per la razionalizzazione del SSN* in *Sanità pubblica*, 1999, p. 173-174.

[127] Il riferimento è direttamente all'art. 41 della Costituzione, ma anche all'art. 38 Cost, che, in relazione al settore dell'assistenza sociale (peraltro strettamente connesso con quello dell'assistenza sanitaria) prevede esplicitamente la presenza di iniziative private, pur nell'obbligatorietà dell'intervento pubblico. Sul punto, cfr. C.E.GALLO, *Pubblico e*

tendenze di sviluppo, che pongono chiaramente le riforme sanitarie nel più ampio contesto di ripensamento dei sistemi di Welfare[128], si riassumono nella formula del diritto alla salute come "diritto finanziariamente vincolato", ovvero di diritto la cui configurazione è possibile solo con la necessaria gradualità (secondo un principio consolidatosi nella giurisprudenza costituzionale) e se vi sono adeguate possibilità di bilancio (perciò sotto la "riserva del possibile")"[129].

Il che significa rinunciare, in qualche modo, ai ragionamenti dottrinali sulla configurazione dell'intervento pubblico nella sanità come espressione di una forma superiore di giustizia[130], concentrandosi sulle inefficienze storiche del funzionamento dei sistemi sanitari nei modelli di Welfare[131] e cercando di delineare un nuovo schema di modulazione dei rapporti tra soggetti

---

privato nel Servizio Sanitario nazionale; i presidi sanitari privati, in *Sanità pubblica*, 1997, p. 374; G.CILIONE, *Pubblico e privato nel nuovo sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie assistenziali (in particolare, specialistiche ed ospedaliere)* in *Sanità pubblica*, 2000, p. 78.

[128] L'osservazione trova conferma in quanto rilevato da L.TORCHIA, *op. cit.,* p.716 ss., che riunisce i fattori di crisi dei sistemi di Welfare in due condizioni di fondo, relative alla "nuova percezione dei rischi e dei bisogni rispetto ai quali è necessario garantire sicurezza" e alla "messa in discussione delle regole di distribuzione e redistribuzione delle risorse disponibili". In questo senso, l'apertura ai privati diventa un modo per superare l'"incompletezza del welfare italiano", che "è stata causa e ha trovato, allo stesso tempo, parziale rimedio in fenomeni di supplenza e di eterogenesi dei fini", tra cui, in particolare, la supplenza della famiglia, la supplenza del sistema previdenziale e, nel settore previdenziale, la supplenza del "potere pubblico come intermediario finanziario" (*ibidem*, p. 717).

[129] Così F.LIGUORI, op. cit., p. 29-30, evidenziando che, nonostante "il carattere dell'inviolabilità e della immediata precettività anche per il diritto alle prestazioni sanitarie che del diritto alla tutela della salute costituisce immediata applicazione (...), si avverte, sotto il peso delle 'compatibilità finanziarie', l'esigenza di subordinare l'erogazione al principio di equilibrio finanziario". Per una ricostruzione della nozione di diritto alla salute come "diritto finanziariamente condizionato" sia nella giurisprudenza della Corte Costituzionale che nelle leggi di riordino del SSn, cfr. R.BALDUZZI, *La legge n. 419 del 1988 recante delega per la razionalizzazione del servizio sanitario nazionale: prime considerazioni d'insieme* in *Sanità pubblica*, 1999, p. 165-166; M.BRANCA, *L'evoluzione legislativa per la razionalizzazione del SSN*, *op. cit*., p. 180-18.
A livello giurisprudenziale, sul tema si veda in particolare la sent. n. 455 del 1990, che parla del diritto alla salute come "diritto condizionato dall'attuazione che il legislatore ne dà attraverso il bilanciamento con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento".

[130] Prescindendo quindi dal dibattito sul fondamento del welfare nella "necessità di soddisfare un bisogno che il mercato non può o non vuole soddisfare" (un welfare, quindi, di natura sussidiaria o sostitutiva) ovvero nella rispondenza del medesimo "ad una esigenza di giustizia alla quale il mercato deve sempre e comunque restare estraneo". Così L.TORCHIA, *op. cit.,* p. 720.
A favore della tesi per cui l'assunzione pubblica dei servizi sociali dipenderebbe in via prioritaria da una motivazione politica, quella legata ai cosiddetti beni di merito, che, per la forte pregnanza dell'interesse pubblico, sono strettamente legati alle considerazioni normative del decisore pubblico, cfr. P.DE CARLI, *I servizi alla persona fra privatizzazione ed esternalizzazioni* in *Ragiusan*, n. 217/218, 2002, p. 442-443.

[131] Sui fattori di inefficienza propri dei mercati di Welfare, *ibidem*, p. 443.
F.LIGUORI, *op. cit.,* p. 10-11 collega le inefficienze dei sistemi di welfare ai seguenti problemi: "a) crescita progressiva della spesa sul prodotto interno; b) distribuzione delle risorse tra i vari impieghi nel settore determinata più dagli interessi dei produttori dei servizi che da considerazioni riguardanti gli effetti sulla salute dei cittadini"; c) crescente produzione di servizi sanitari che non sembra dar luogo a miglioramenti evidenti delle condizioni di salute dei cittadini e che pertanto solleva dubbi circa l'efficienza dell'utilizzazione delle risorse". V.RAFTI, *op. cit*., p. 307 ss., collega invece le inefficienze del settore sanitario che in Italia hanno portato all'elaborazione delle riforme bis e ter ai seguenti fattori: a) l'assetto di potere degli organi sanitari, per i profili gestionali e politici, fonte di disfunzioni, clientelismo, inefficienze e particolarismi; b) il quadro economico-finanziario, caratterizzato dall'enorme indebitamento accumulato nelle gestioni delle Usl; c) la pesante insoddisfazione per l'offerta delle prestazioni sanitarie del SSN nella risposta alle esigenze della collettività, soprattutto sotto il profilo qualitativo.
Si evidenzia, peraltro, che la stessa scelta dell'istituto della fondazione come modello di riordino degli Irccs è funzionale all'esigenza di superare le inefficienze del sistema di Welfare: come evidenziato da A.ZOPPINI, *op. cit*., p. 34-35, le organizzazioni "non a scopo di lucro" nascono infatti proprio come alternativa sia alle inefficienze del settore pubblico (*government failure*), sia alle inefficienze del mercato (*contract failure).*

pubblici e privati[132], finalizzato alla realizzazione di una tutela sostanziale del diritto. All'interno di questo processo generale di rinnovamento, attenzione prioritaria deve essere dedicata all'obiettivo dell'ottimizzazione dei meccanismi di erogazione delle risorse, ponendo fine a quel sistema di "finanziamento a cascata (Stato-Regioni-aziende), in cui tutti i ritardi nelle erogazioni a livello superiore si riproducono, ulteriormente aggravati, su quello successivo"[133].

In particolare, è necessario evidenziare come il riordino degli Irccs sia finalizzato a promuovere un nuovo rapporto tra pubblico e privato non in termini di concorrenza interna o di "quasi" mercato[134], ma in termini di cooperazione finalizzata al raggiungimento dei medesimi obiettivi. In altre parole, l'apertura al privato introdotta dalla delega in esame non riguarda la promozione della libertà di scelta del paziente nella scelta del luogo di cura attraverso la predisposizione di un'offerta di servizi quanto più ampia e differenziata, bensì l'attivazione di un nuovo modo di erogare i servizi, nel quale il confronto tra i soggetti pubblici e i soggetti privati attiene ai profili dell'efficienza economica o della "buona amministrazione" più che a quelli della garanzia del diritto. In questo senso, l'apertura al privato si traduce in una nuova formula amministrativa direttamente funzionale alla realizzazione dei principi previsti dall'art. 97 Cost. e solo indirettamente legata alla tutela del diritto alla salute vero e proprio. Per questo, come si affermava all'inizio, il binomio pubblico-privato non può essere letto in termini concorrenziali o in termini di residualità, ma deve essere interpretato come vera e propria integrazione di due modi diversi e paralleli di fare le cose, di due diverse logiche di funzionamento, di due universi organizzativi distinti, ma non per questo inavvicinabili. Una sorta, quindi, di concorrenza non solo interna, ma addirittura interiorizzata[135], il cui unico discriminante è rappresentato dai principi di efficienza e di valorizzazione della qualità dei servizi, nonché dal criterio dell'appropriatezza delle prestazioni.

3.3.2. Soggetti e forme della partecipazione ai futuri Irccs-fondazioni

Rimane, tuttavia, un certo alone di ambiguità intorno alla definizione "apertura alla partecipazione di soggetti pubblici e privati": in particolare, si tratta di chiarire, in primo luogo, quali soggetti privati siano ammessi all'interno delle future fondazioni (solo il privato non lucrativo o anche il privato a scopo di lucro?) e, in secondo luogo, quali forme di compartecipazione siano comprese all'interno di tale espressione. Nella genericità delle formule utilizzate nella delega, alcune indicazioni possono tuttavia essere desunte sia dall'istituto della fondazione proposto per il riordino degli Irccs, sia da alcuni principi di delega (tra cui, in particolare, quelli di cui alle lett. e) e i)), sia, ancora, da un'analisi interpretativa delle intenzioni del legislatore.

---

[132] Il fenomeno può essere efficacemente sintetizzato nella seguente affermazione di P.LOCATELLI, *Il project financing e i nuovi strumenti di finanziamento in un'ottica di gestione imprenditoriale dell'azienda sanitaria* in *Sanità pubblica*, 2000, p. 422: "alla domanda rinnovata di servizi occorre rispondere con prontezza, attraverso la ricerca di soluzioni innovative, con progetti concreti e con il coinvolgimento del maggior numero dei soggetti interessati, sia appartenenti alla sfera pubblica, sia al mondo dei privati",

[133] Così G.MOR, *op. cit*., p. 969.

[134] Sulla concorrenza interna tra pubblico e privato nell'erogazione delle prestazioni sanitarie, fondata sulla separazione delle due funzioni del finanziamento (acquisto) e della produzione (vendita), si rinvia a G.FRANCE (a cura di), *Politiche sanitarie in un sistema di governo decentrato*, Milano, Giuffrè editore, 1999, p. 15 ss.; G.BERTOCCHI, *op. cit*., p. 118 ss; G.CILIONE, *op. cit*., p. 19 ss.; E.MENICHETTI, *op. cit*., p. 40-42

[135] La distinzione riguarda il fatto che, mentre nella concorrenza cd. "interna" si ha una differenziazione di funzioni tra soggetti dotati di una distinta personalità giuridica, sebbene operanti all'interno del SSN, nella concorrenza cd. "interiorizzata" la competizione è tra soggetti pubblici e privati per l'erogazione materiale del servizio o per la gestione delle risorse all'interno della stessa struttura dotata di personalità giuridica (in questo caso, l'Irccs-fondazione).

Per rispondere ai due quesiti di cui sopra, è necessario partire dalla rilevazione della natura non profit[136] dell'istituto della fondazione (peraltro esplicitamente riconosciuta dalla lett. e) della delega), che, a differenza delle società per azioni, rappresenta un ente "a scopo non economico o ideale"[137], caratterizzato precipuamente dal divieto assoluto di lucro soggettivo e quindi dall' "obbligo di non distribuire gli utili conseguiti nel corso di attività economica strumentale al fine ideale"[138]. Tale affermazione, infatti, non deve portare a confondere la non patrimonialità dello scopo con la natura non economica eventualmente scelta dall'ente. Se si pensa alla differenza concettuale tra la nozione di scopo e quella di attività, si giunge infatti a concludere che "l'ente costituito per perseguire un interesse avente natura non patrimoniale (...) può eleggere ad oggetto un'attività economica (...), così come potrebbe, invece, dedicarsi alla mera erogazione di beni e servizi in forma non imprenditoriale, usufruendo dei finanziamenti e contributi esterni"[139].

Entrambe queste forme di attività sono presenti nella legge delega per il riordino degli Irccs: se, infatti, da una parte, l'attività di ricerca delle future fondazioni tenderà a configurarsi in via prioritaria come attività non imprenditoriale, dall'altra parte, la previsione di cui alla citata lett. e), disciplinando (ferma restando la natura non profit della fondazione) l'adozione di strumenti che valorizzino la proprietà dei risultati scientifici anche attraverso la costituzione e partecipazione ad organismi ed enti privati aventi scopo di lucro, prevede esplicitamente lo svolgimento di attività economica anche nell'ambito dell'attività di ricerca dei futuri enti. Nello stesso settore dell'assistenza sanitaria, un riconoscimento indiretto della possibilità delle fondazioni di svolgere attività economica è rinvenibile nel principio di cui alla lett. i), che, riconosce la possibilità di concedere a soggetti privati compiti di gestione anche delle attività più propriamente assistenziali. Da queste considerazioni, si deduce non solo che i futuri Irccs-fondazioni, pur nella loro qualità di enti senza scopo di lucro, saranno chiamati a svolgere anche attività di tipo economico, ma che proprio la costante attenzione per le implicazioni economiche dell'attività istituzionale dell'ente costituirà la chiave di volta per il riordino degli istituti in esame[140].

---

[136] Si specifica che il termine "non profit" deve essere inteso in questa sede in senso lato, dal momento che i futuri Irccs-fondazioni, mantenendo una forte connotazione pubblicistica, non possono essere fatti rientrare all'interno del variegato universo degli enti non profit, che, tra i loro tratti caratterizzanti, presentano anche la "natura privata, nel senso di completa separazione, a livello organizzativo ed istituzionale, dallo Stato". In tal senso, G.PONZANELLI, *op. cit*., p. 5, riprendendo la definizione di organizzazione non profit suggerita dagli studiosi del progetto di ricerca della John Hopkins University di Baltimora, che parlano di un'organizzazione "privata sotto il profilo sostanziale, per esempio che sia/siano di natura privata il/i soggetti che esercitano potere di nomina degli amministartori" (cfr. Consiglio italiano per le Scienze Sociali, *op. cit*., p. 21).

[137] Così G.PONZANELLI, *op. cit.,* p. 109, che evidenzia come, in tale definizione, prevalga "l'attenzione al fatto che i membri dell'ente collettivo tendono a soddisfare interessi di natura non patrimoniale, laddove i soci di una società – attraverso il meccanismo della distribuzione degli utili – vogliono procurarsi vantaggi valutabili economicamente".

[138] *Ibidem*, p. 114. Si specifica che la nozione di lucro soggettivo si riferisce al "momento finale della distribuzione degli utili realizzati tra i soci", mentre il concetto di lucro oggettivo designa – più genericamente – il momento della realizzazione dell'utile.

[139] *Ibidem*, p. 112. La possibilità di svolgere un'attività economicamente rilevante prescinde quindi dall'eventuale rilevazione, all'interno dei futuri Irccs-fondazioni, di uno scopo non prettamente altruistico, ma "ego-altruistico", in virtù del quale la fondazione medesima sarebbe chiamata ad agire come "ente strumentale al conseguimento di obiettivi imprenditoriali" e le finalità assistenziali o di ricerca sarebbero non del tutto disinteressate, ma finalizzate a produrre ritorni vantaggiosi a favore dei soggetti istitutivi della fondazione. Sulla compatibilità dello scopo "ego-altruistico" con l'istituto della fondazione, cfr. A.MALTONI, *Le fondazioni di origine bancaria, op.cit.*, p. 301-302; A.ZOPPINI, op. cit., p. 55.

[140] L'osservazione si collega a quanto rilevato nel paragrafo precedente, dedicato all'autonomia imprenditoriale degli Irccs-fondazioni: il perseguimento degli obiettivi di efficienza, economicità ed efficacia che sono alla base della riforma in esame richiede infatti necessariamente il passaggio ad una nuova gestione degli enti in esame, improntata sui meccanismi funzionali tipici delle imprese private, che sappia coniugare il perseguimento degli scopi altruistici di ricerca o di assistenza sanitaria con lo svolgimento di un'attività economica volta all'ottimizzazione dei risultati.

Fatta questa premessa, si tratta di rispondere al primo dei due quesiti originari, individuando i soggetti privati chiamati a partecipare, assieme con i soggetti pubblici, alla gestione delle future fondazioni: ai nuovi enti potranno infatti accedere solo le organizzazioni non profit, o la partecipazione sarà aperta anche agli enti privati aventi scopo di lucro? Nel silenzio del legislatore, sembrerebbe possibile propendere per la seconda soluzione, a patto che l'eventuale partecipazione di soggetti privati che perseguono scopo di lucro non si traduca in una violazione del "non distribution constraint" e quindi della natura non lucrativa delle future fondazioni[141]. In relazione alla partecipazione delle organizzazioni non profit alle future fondazioni, si osserva invece che il principio dell'apertura di cui alla lett. a) è indicativo dell'intenzione del legislatore di superare la lacuna di cui al d.lgs. n. 229 del 1999, che, pur formalmente finalizzato a porre su un piano di parità le istituzioni pubbliche e quelle del privato sociale, si è di fatto risolto nella mancata integrazione di tali soggetti all'interno del SSN[142]. Nel complesso, per tutte e due le categorie di soggetti, si coglie l'intenzione del legislatore di sviluppare un sistema di concorrenza interna non conflittuale, ma convergente, tra risorse pubbliche e risorse private, entrambe orientate al perseguimento dei medesimi obiettivi e al rispetto delle medesime regole di funzionamento.

In relazione al secondo quesito, volto a puntualizzare le possibili forme di partecipazione dei soggetti pubblici e privati alle future fondazioni, bisogna innanzitutto partire dalla constatazione della pregnanza dell'interesse pubblico nel settore sanitario, che "suggerisce di mantenere (o di introdurre) una normativa di salvaguardia degli interessi generali e di regolazione e di controllo delle attività pubblicamente finanziate"[143]. Proprio a causa di tale preminenza dell'interesse pubblico nel settore sanitario, ai fini della cosiddetta "esternalizzazione" dei servizi, è opportuno distinguere tra attività di servizio con maggiore componente relazionale e professionale (assistenza medica, assistenza infermieristica, etc.) e attività di servizio con minore componente personale e relazionale e con maggiore contenuto tecnico[144]. Mentre, infatti, la prima tipologia di attività riesce più difficilmente ad essere inquadrata nella disciplina degli appalti, ponendosi piuttosto come sovvenzionamento di una attività privata, in relazione alla seconda tipologia di attività si rende pienamente applicabile la forma dell'appalto, fino a configurare una sorta di "contracting out", sul modello del sistema utilizzato negli Stati Uniti per l'acquisto del servizio dai privati.

Tale distinzione di massima tra attività istituzionali dell'ente e attività in qualche modo accessorie è in larga misura superata dalla delega in esame, in virtù dell'esplicito riferimento di cui alla citata lett. i), che estende la concessione anche ai compiti di gestione di assistenza sanitaria[145]. Attraverso tale previsione, si recupera nel riordino degli Irccs il modello organizzativo degli ospedali lombardi, dove si realizza una integrazione tra pubblico e privato nell'erogazione dei servizi assistenziali, a conferma del modello di separazione tra funzioni di garanzia-regolazione

---

[141] Una conferma indiretta alla tesi sostenuta è rinvenibile nella già citata disposizione di cui alla lett. e) della delega (che ritiene non contrastante con la natura non profit delle fondazioni l'eventuale partecipazione ad organismi ed enti privati anche a scopo di lucro per la tutela della proprietà dei risultati scientifici), nonché nella disposizione di cui alla successiva lett. i), sulla quale ci si soffermerà più approfonditamente a breve.

[142] In tal senso, cfr. C.BOTTARI e L.VANDELLI, *Commento all'art.1* in F.ROVERSI-MONACO, *Il nuovo servizio sanitario nazionale,* Rimini, Maggioli Editore, 2000, p. 53-54, rilevando come "il legislatore si ponga in aperta contraddizione con le intenzioni di principio poiché afferma la volontà di sviluppare un sistema realmente concorrenziale nell'erogazione delle prestazioni sanitarie e, viceversa, collocando le istituzioni private e del privato sociale al di fuori del Servizio sanitario nazionale, determina le premesse per sviluppare negli articoli seguenti un sistema che tende ad attribuire loro una funzione semplicemente di tipo residuale".

[143] Così P.DE CARLI, *op. cit*., p. 457.

[144] *Ibidem*, p. 454-455.

[145] La disposizione in esame dimostra così di voler superare la limitazione di cui all'art. 9 bis, comma 2, lett. e) del D.Lgs. n. 502 del 1992, che, disciplinando le modalità di partecipazione dei soggetti privati nelle cosiddette sperimentazioni gestionali, specifica che è precluso il ricorso a forme contrattuali, di appalto o di subappalto, nei confronti di terzi estranei alla convenzione di sperimentazione, per la fornitura di opere e servizi direttamente connessi all'assistenza alla persona.

(riservate ai soggetti pubblici) e funzioni operative-gestionali (sempre più devolute ai soggetti privati)[146].

Fatta questa premessa generale, è necessario passare in rassegna le possibili forme di integrazione pubblico-privato che potrebbero essere applicate alle future fondazioni, in attuazione degli obiettivi di flessibilizzazione e di "privatizzazione" desunti dalla legge delega. Il primo istituto che viene in rilievo è quello della concessione, esplicitamente previsto dalla lett. i) e confermato anche nella nota introduttiva presentata alla I Commissione della Camera dei Deputati dal Ministro Sirchia durante l'esame della delega in materia di riordino degli Irccs. Il richiamo, nel provvedimento in esame, all'istituto della concessione si pone in linea con la diffusione del convenzionamento all'interno del SSN, che, fin dalla legge istitutiva del SSN n.833 del 1978, ha consentito di valorizzare l'attività dei soggetti privati nell'erogazione delle prestazioni sanitarie, ferma restando la natura pubblica del servizio[147].

L'applicazione dei meccanismi di concessione all'interno degli Irccs-fondazioni anche in relazione ai compiti di gestione di assistenza sanitaria pone ovviamente una serie di interrogativi, non solo in relazione al dibattito ormai ricorrente sulla possibilità di prescindere da una procedura di evidenza pubblica nella scelta del contraente, ma soprattutto in relazione alle garanzie pubblicistiche connesse all'erogazione della prestazione in attuazione dell'obbligo costituzionale alla tutela della salute di cui all'art. 32 Cost. In riferimento al problema delle modalità di selezione del contraente, si evidenzia che il mancato riferimento, nella legge delega, alla possibilità per le future fondazioni di agire mediante atti di diritto privato non consente di estendere direttamente agli Irccs quel largo margine di flessibilità per la stipula dei contratti di valore sotto soglia comunitaria che la dottrina ha invece riconosciuto alle A.s.l. in seguito all'emanazione del d.lgs. n. 229 del 1999[148]. Rimane comunque applicabile, per i contratti il cui valore sia inferiore alla soglia comunitaria di 200 D.s.p., il regime giuridico alquanto flessibile di cui al D.P.R. n. 573 del 1994, che prevede il ricorso almeno ad una procedura negoziata e, all'interno della medesima, ad una trattativa diretta con il singolo contraente. Per i contratti il cui valore sia superiore alla soglia comunitaria, si ricorda invece che i servizi alla persona rientrano nell'allegato 1B della direttiva

---

[146] Le principali tappe normative di affermazione del modello lombardo sono rappresentate: a) dalla legge regionale di riordino n. 31 del '97, che prevede la separazione delle funzioni tra Aziende Sanitarie Locali e Aziende Ospedaliere e le delibere di finanziamento annuali, in particolare quella del luglio '96, sulla liberalizzazione dell'offerta; b) dalla delibera sulla "collaborazione pubblico-privato" dell'aprile '99, che prevede una scelta esplicita di privatizzazione delle strutture del Servizio Sanitario regionale; c) dal documento Direttore dell'1.3.2000, che esprime una chiara opzione a favore del sistema assicurativo, criticando il D. Lgs. 229/99 per la scelta a favore di Fondi solo integrativi; d) dal Programma Regionale di Sviluppo per la VII legislatura, che prevede la conferma del percorso delineato con la legge 31/'97, con alcuni sviluppi significativi, come la "sperimentazione di una pluralità di soggetti acquirenti delle prestazioni sanitarie" (Fondi mutualistici e assicurativi) e il progetto inviato alla Conferenza Stato-Regioni per ottenere l'autorizzazione a sperimentare il "modello lombardo" per i prossimi 3 anni.

[147] Si ricorda, infatti, che sia la dottrina che la giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato hanno raggiunto una posizione unitaria sulla qualificazione dei rapporti di convenzionamento come "contratti di diritto pubblico, che danno vita a concessioni amministrative, e delle quali è pertanto competente a conoscere, in sede di giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo". Sul punto, cfr. C.E.GALLO, *Pubblico e privato nel Servizio Sanitario Nazionale*, op. cit., p. 380 ss.

[148] Cfr., al riguardo, A.CAPPUCCI, *op. cit.,* che ha individuato nel comma 1-ter dell'art.3 del d.lgs. n. 229 del 1999 "la previsione che abilita le A.s.l. ad appaltare o contrattare direttamente, secondo le norme del diritto privato, specificate nell'atto aziendale, i contratti di beni e servizi il cui valore sia inferiore alla soglia comunitaria". Grazie a tale disposizione, si verrebbe insomma a creare"un rapporto di non contraddizione tra l'A.s.l. e il fornitore", ovvero "un rapporto di partnership dando responsabilità al fornitore rispetto alle finalità aziendali, riducendo quindi il contenuto sinallagmatico del rapporto contrattuale verso un tentativo di condivisione e di coinvolgimento dello stesso nella gestione dei processi di approvvigionamento e di servizio". Anche in relazione alle A.s.l., l'autrice giunge comunque a concludere che la sottrazione completa all'evidenza pubblica solleva alcune perplessità, in riferimento "agli insuperabili principi di imparzialità, trasparenza e concorrenza che devono sempre presiedere le scelte di una Pubblica amministrazione".

92/50/CEE (recepita in Italia con il d.lgs. n. 157 del 1995), che prevede l'applicazione solo di alcune disposizioni della disciplina degli appalti pubblici, tra cui quelle sulle prescrizioni tecniche e sulla pubblicazione dei risultati dell'appalto. La disciplina residuale varia invece a seconda del soggetto pubblico appaltante, per cui anche in relazione alle concessioni sopra soglia dovrebbe essere riconosciuta alle future fondazioni una notevole discrezionalità nella fissazione dei criteri di aggiudicazione.

In relazione alla garanzie pubblicistiche connesse al rilascio in concessione di compiti di gestione assistenziali, si evidenzia che la tutela del carattere universalistico del servizio risiede non tanto nelle modalità di selezione dei privati contraenti, ma nella permanenza di pregnanti poteri di controllo e di regolazione pubblici sui servizi esternalizzati[149]. La permanenza di tali poteri di vigilanza del soggetto pubblico concedente rispetto al soggetto privato concessionario, infatti, non è altro che una conseguenza della generale configurazione – riconosciuta da parte della dottrina - di quest'ultimo come "organo sui generis della P.A." e del fenomeno della concessione come "organizzazione indiretta" della P.A[150]. Da qui la posizione di supremazia del soggetto concedente rispetto al concessionario, che incardina i servizi oggetto di esternalizzazione in "un sistema pubblicistico di controllo e soggezione nei confronti dell'amministrazione"[151], a garanzia quindi dell'erogazione del servizio nei confronti dell'utente finale[152].

Il secondo istituto che potrebbe esser applicato alle future fondazioni ai fini del coinvolgimento dei soggetti privati nell'erogazione dei servizi assistenziali è quello della partecipazione a società miste pubblico-privato. La costituzione di società miste a capitale pubblico e privato per la gestione di determinati servizi rappresenta infatti lo strumento alternativo ai tradizionali meccanismi di concessione e appalto, introdotto dall'art. 22 della legge n. 142 del 1990 e applicato anche al settore della sanità[153]. Gli obiettivi di attuazione delle nuove formule economico-aziendali, nonché il principio della separazione tra funzioni di indirizzo e funzioni di gestione, offrono infatti, all'interno del settore sanitario, ampi spazi di azione al meccanismo delle società miste, che, rispetto allo strumento dell'appalto, consente di evitare la moltiplicazione dell'assunzione di impegni "esterni", che possono risultare difficili da gestire[154].

Tali considerazioni possono essere estese anche al riordino degli Irccs in esame: in particolare, si evidenzia che la costituzione di società miste è esplicitamente prevista dalla legge delega alla lett. e), in riferimento agli obiettivi di valorizzazione e tutela della proprietà dei risultati scientifici; il che non impedisce, almeno in linea di principio, di ritenere l'istituto applicabile anche

---

[149] C.E.GALLO, *Pubblico e privato nel Servizio Sanitario Nazionale, op. cit*., p. 382-383, sulla base della sentenza della Corte Costituzionale n. 416 del 1995, ha rilevato al riguardo come l'atto di accreditamento corrisponda all'esercizio di un potere della pubblica amministrazione connotato da una discrezionalità "esclusivamente tecnica", per cui "l'autorizzazione per lo svolgimento, in genere, dell'attività sanitaria è un'autorizzazione che deve essere rilasciata previa verifica del possesso dei requisiti tecnici ed organizzativi richiesti per lo svolgimento dell'attività". Il che non esclude, ovviamente, che, dopo l'accreditamento, rimanga "il potere inerente al dovere della regione di svolgere i controlli e le verifiche necessarie sul mantenuto possesso dei requisiti da parte della struttura privata e sull'accettazione delle tariffe. Sussisterebbero, perciò, poteri di autotutela e verifica (…)".

[150] Per una ricognizione dottrinale delle principali posizioni sostenute in materia dalla dottrina, si rinvia a G.CERVATO, *La concessione in sanità* in *Ragiusan*, n. 104, 1993, p. 55, che si schiera alla fine a favore della tesi che vede nella concessione la configurazione di un "rapporto organico <<informato>> ai principi del diritto pubblico", in cui gli effetti giuridici dell'operato del concessionario si trasferiscono in capo all'amministrazione concedente

[151] *Ibidem*, p.56. Il che trova conferma anche negli orientamenti giurisprudenziali in materia di regolazione dei rapporti tra concessionario e soggetti terzi. Sul punto, *ibidem*, p. 58

[152] Sulle peculiari garanzie per l'utente finale presenti nell'istituto della concessione, a differenza dell'istituto dell'appalto, e direttamente conseguenti all'unitarietà del rapporto giuridico sussistente all'interno di tale fattispecie tra amministrazione, struttura d'erogazione e utente finale, cfr. F.LIGUORI, *op. cit.,* p. 237 ss.

[153] Per una ricognizione complessiva dell'istituto alla luce dell'art.22 della legge n. 142 del 1990, si rinvia a G.CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento in servizio* in *Nuova rassegna*, 1995, p. 1082 ss.

[154] In tal senso, cfr. E.M. CARUSO, *op. cit*., p. 132-133.

con riferimento alle altre funzioni delle future fondazioni, come strumento alternativo a quello della concessione di cui alla più volte citata lett. i). Dando quindi per assodata la possibilità di ricorrere, nei nuovi enti, alla forma societaria per la gestione di determinati servizi, si tratta di valutare quali attività possano essere svolte attraverso tale formula operativa e quali criteri consentano di orientare l'opzione tra concessione e società mista quando si tratta di esternalizzare alcuni servizi. In relazione al primo problema, si osserva che la dottrina ha evidenziato l'utilità del ricorso alla forma societaria soprattutto per quelle attività che producono servizi periferici e che sono quindi meno rilevanti sotto il profilo strategico (come i servizi di manutenzione delle apparecchiature tecniche, di mensa, di trasporto dei pazienti, di parcheggio, etc.)[155]. Ma, considerando l'obiettivo del legislatore di superare in qualche modo, nell'esternalizzazione dei servizi, tale distinzione tra attività istituzionali e attività periferiche, non sembra dover essere preclusa a priori la possibilità di applicare il modello delle società miste anche all'erogazione dei servizi di assistenza sanitaria vera e propria[156], in analogia con quanto previsto per le concessioni dalla lett. e) della delega[157]. Ovviamente, e si passa così a rispondere al secondo problema, il ricorso allo schema societario, tanto più se esteso alle attività istituzionali delle future fondazioni, dovrà essere sorretto da adeguate motivazioni, con riferimento alle indicazioni fornite in tale ambito sia a livello legislativo, sia a livello giurisprudenziale[158].

In sintesi, si evidenzia come il ricorso a società miste per lo svolgimento di determinate attività delle future fondazioni si inquadri perfettamente all'interno dei processi volti a valorizzare l'economicità, l'efficienza e la qualità del servizio, senza tuttavia pregiudicare a priori il carattere universalistico delle prestazioni medesime. Come più volte evidenziato dalla dottrina, molto spesso, infatti, i processi di "privatizzazione" o comunque di "esternalizzazione" non comportano "un arretramento della struttura pubblica, ma una sua semplice riorganizzazione, essendo detto meccanismo fondato sull'aumento dei controlli sull'attività privata"[159].

---

[155] Sempre E.M.CARUSO, *ibidem*, p. 133, ha giustificato tale orientamento argomentando sulla base dell' "utile separazione degli interessi generali connessi al fine istituzionale dell'azienda sanitaria da quelli particolari inerenti alle attività profit nella prospettiva di una maggiore stabilità economica che valga ad incentivare ed esaltare le funzioni di indirizzo generale dell'azienda stessa".

[156] Si ricorda, per completezza, che l'art. 9-bis, comma 4 del d.lgs. n. 502 del 1992 vieta invece alle aziende del SSn di costituire società di capitali aventi per oggetto sociale lo svolgimento di compiti diretti di tutela della salute, al di fuori delle sperimentazioni gestionali disciplinate nel medesimo art. 9 bis.

[157] A favore di tale tesi sembra peraltro deporre il più recente orientamento in materia di società miste del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586), che, fermo restando il "collegamento funzionale" con gli interessi della comunità locale e quindi rifiutando una visione prettamente privatistica di tali organismi, ha ammesso la possibilità che le società miste locali possano svolgere anche attività extraterritoriale, svolgendo servizi extra moenia grazie al libero confronto con altri soggetti economici. L'orientamento in esame sembra infatti indicativo dell'esigenza di conciliare funzionalizzazione dell'attività della società mista ai bisogni della collettività e svolgimento di un'attività di tipo imprenditoriale, ferme restando le numerose difficoltà di funzionamento intrinseche a tale modulo gestionale. Per un'analisi critica del fenomeno in esame, cfr. V.DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato* in *Diritto Amministrativo*, n. 2, 2002, p. 315-317.

[158] Sulle motivazioni che debbono sorreggere la scelta per il modello societario, *ibidem*, p. 134-135, che cita: a livello legislativo, l'art.22 della legge n. 142 del 1990 ("…nei casi in cui si renda opportuno in relazione alla natura dei servizi da erogare, la partecipazione di soggetti pubblici o privati"), la legge n. 127 del 1997 ("qualora sia opportuno in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio"), l'art. 9 bis del d.lgs. n. 502 del 1992 ("motivando le ragioni di convenienza, il miglioramento della qualità dell'assistenza e gli elementi di garanzia…"); a livello giurisprudenziale, l'Autore richiama il Parere 1 febbraio 1985, n. 130 del Consiglio di Stato, I Sezione (per cui l'ente non "può avvalersi della forma societaria, anziché delle forme tradizionali, in mancanza di un'adeguata motivazione sull'opportunità di tale scelta"), il Parere della Corte dei Conti, Sez. contr. Enti del 22 luglio 1986, n. 1883 (in cui si evidenzia la necessità che l'attività sociale sia corrispondente agli scopi istituzionali dell'ente azionista) e, infine, sulla necessità di motivare soprattutto sulla convenienza economica, i Pareri del Consiglio di Stato I, 1.2.1985, n. 130 – V, 14.12.1988, n. 818 – IV, 12.3.1990, n. 374.

[159] Così C.E.GALLO, *Pubblico e privato nel Servizio Sanitario nazionale, op. cit.,* p. 377. Non bisogna dimenticare, inoltre, che, nel ricorso alle società miste, lo stesso coinvolgimento del soggetto pubblico nell'erogazione del servizio,

Infine, si ritiene opportuno dedicare un'ultima riflessione alla possibilità di applicare alle future fondazioni anche un terzo strumento di integrazione pubblico-privato: il project financing. Tale particolare forma di concessione potrebbe infatti consentire ai nuovi enti di affidare ad un soggetto terzo (privato, società mista o ad esclusivo capitale pubblico) la realizzazione e successiva gestione[160] di interi ospedali o di una parte di essi, "purché dotati di autonomia funzionale ed economica"[161]. Secondo parte della dottrina, tale coinvolgimento del privato nel progetto di sviluppo di una struttura ospedaliera potrebbe infatti rappresentare "un efficace alternativa al dilagare senza controlli del privato della sanità"[162], ponendosi pertanto in sintonia con gli obiettivi di razionalizzazione delle risorse che sono alla base anche del processo di riordino degli Irccs.

La legge delega n. 3 del 2003 non prevede esplicitamente la possibilità di ricorrere al project financing per i progetti di espansione delle future fondazioni, ma anche a tale proposito non si ritiene opportuno interpretare come preclusiva la mancanza di un riferimento letterale in tal senso. Il ricorso al project financing potrebbe infatti consentire non solo di realizzare il progetto di espansione della fondazione praticamente a costo zero, ma anche di ridurre il personale addetto alle attività temporaneamente dimesse, con conseguente miglioramento della funzionalità complessiva dell'ospedale e con successiva restituzione del settore esternalizzato al soggetto pubblico. La condizione affinché il meccanismo abbia successo è che al soggetto concessionario sia riconosciuta una piena autonomia di gestione, pur nell'ambito dei vincoli stabiliti dall'atto di concessione[163]. A tal fine, si può riflettere sull'opportunità di concedere al soggetto terzo non solo le attività a maggiore contenuto tecnico, ma anche le attività connesse ai fini istituzionali della fondazione: i presupposti teorici necessari per il funzionamento del project financing sembrano far propendere per la prima soluzione[164], che sembrerebbe offrire al concessionario maggiori garanzie di autonomia gestionale e minori rischi economici.

3.3.3. Un nuovo modo di manifestarsi del pubblico

Dal complesso di questa trattazione, emerge, a prescindere dai concreti strumenti di integrazione pubblico-privato che saranno adottati nelle future fondazioni, l'immagine di un "nuovo modo di manifestarsi del pubblico" o, se si vuole, di "un nuovo modello di amministrazione, nel quale interessi individuali e interessi collettivi si fondono attraverso l'azione coordinata di soggetti pubblici e privati – con ruoli, responsabilità e scopi diversi – finalizzata a realizzare i compiti

---

che non si ha invece nella concessione, funge in qualche modo da garanzia del carattere di universalità del servizio nei confronti dell'utente finale.

[160] Trattasi del modello ispirato al classico meccanismo B.O.T. (realizzazione e successiva gestione di una struttura); sulla differenza tra tale meccanismo e la formula di B.L.T. (Build Lease Transfer), che prevede la corresponsione di un canone corrispettivo al concessionario, cfr. F.AMATUCCI e Y.BIONDI, *Project finanze nel settore sanitario italiano: esperienze e modalità di applicazione* in E.ANESSI PESSINA e E.CANTU'(a cura di), *L'aziendalizzazione della sanità in Italia*, op.cit., p. 374 ss. Sui fondamenti teorici e normativi del project financing, si rinvia a A.CORDONI, *Sulla finanza di progetto* in *Ragiusan*, n. 215/216, 2002, p. 73-77.

[161] Sul punto, cfr. P.LOCATELLI, *Il project financing e i nuovi strumenti di finanziamento in un'ottica di gestione imprenditoriale dell'azienda sanitaria* in *Sanità pubblica*, 2000, p. 426.

[162] *Ibidem*

[163] *Ibidem*, p. 427.

[164] Sui presupposti teorici necessari a garantire il corretto funzionamento del project financing, si rinvia sempre a M.LOCATELLI, *op. cit*., p. 423. Il rilievo per cui la dismissione temporanea di alcune attività dovrebbe limitarsi ai servizi periferici delle future fondazioni è confermata dai tre casi innovativi di project financing nel settore sanitario descritti da F.AMATUCCI e Y.BIONDI, *op. cit.,* p. 380-381, dove ai soggetti privati è attribuita solo la gestione di servizi accessori e dove peraltro le risorse private vengono integrate da un contributo pubblico, in quanto la gestione dei servizi accessori e dei servizi commerciali non è in grado di garantire ai concessionari il recupero dell'investimento effettuato con una remunerazione adeguata al capitale di rischio.

primari che la costituzione affida alla repubblica"[165]. Da qui, l'inevitabile interrogativo sul rapporto tra questo nuovo modo di fare amministrazione proposto dal legislatore per il riordino degli Irccs e la nozione di servizio pubblico: dando per assodato che l'attività di erogazione delle prestazioni sanitarie possa essere qualificata come servizio pubblico in senso oggettivo[166], si tratta di valutare come la caratterizzazione del servizio pubblico cambi a seguito del coinvolgimento dei privati in un'attività che, di regola, spetterebbe alla pubblica amministrazione.

Come già anticipato in precedenza, è necessario ricordare che la prestazione di servizi pubblici rappresenta un modulo ad azione amministrativa nel quale assume un'importanza prioritaria il profilo organizzatorio, di norma configurato in forma tipica[167]. E' peraltro indiscutibile che "lo svolgimento di un servizio attraverso strutture erogative promananti dall'amministrazione che ne è titolare (...) costituisce (...) esercizio del potere di autoorganizzazione della pubblica amministrazione, estraneo dunque ad un sindacato di costituzionalità sia dal punto di vista costituzionale, che dal punto di vista comunitario"[168]. Si tratta pertanto di valutare se tale potere di autoorganizzazione si estende fino a comprendere anche il coinvolgimento di soggetti privati esterni all'amministrazione titolare del servizio.

La risposta al quesito non può che essere favorevole, in considerazione sia del prevalente orientamento dottrinale[169], sia della disciplina comunitaria[170], seppure nelle diverse letture fornite dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato[171]. Alla luce di tali considerazioni, si ritiene quindi la disposizione di cui alla lett. i) della delega volta al coinvolgimento attivo dei soggetti privati nell'erogazione anche delle prestazioni di tipo sanitario

---

[165] Così F.LIGUORI, *op. cit.,* p. 14.
[166] Sul punto, cfr. M.CLARICH, *Le nuove aziende sanitarie tra ente pubblico e impresa*, *op. cit*., p. 6.
[167] In tal senso, N.AICARDI, *op.cit*., p. 221-222; G.CILIONE, *op. cit.,* p. 78-79
[168] *Ibidem,* p. 79
[169] F.LIGUORI, *op. cit*., p. 111, giunge a concludere che "il dato rilevante è costituito dalla decisione autoritativa (legislativa o amministrativa) di assunzione delle attività (non autoritativa) in virtù della quale l'a. diventa titolare del servizio, mentre sono indifferenti i modelli (pubblicistici o privatistici) di gestione". Tale affermazione si fonda su una lunga ricostruzione dei principali orientamenti dottrinali (*ibidem*, p. 95 ss.) che fondano la nozione di servizio pubblico rispettivamente: a) sul riferimento diretto allo Stato, di cui il servizio costituisce, in ogni momento del suo esplicarsi, esecuzione di volontà, nonché sulla caratterizzazione di "momento esecutivo di una pubblica funzione" (Zuelli); b) sulla centralità del momento di assunzione del servizio (e dell'interesse sotteso), con conseguente irrilevanza del carattere pubblico o privato degli strumenti utilizzati (Marino); c) sui due aspetti caratterizzanti il servizio pubblico, rappresentati dalla doverosità della sua erogazione e dal particolare rapporto giuridico con l'utenza, ricostruzione questa che dà rilievo al momento della titolarità del servizio anche qualora questa si presenti disgiunta dalla gestione (Cavallo Perin).
[170] Sulla nozione di "servizio pubblico" adottata a livello comunitario, cfr. in particolare, G.OTTAVIANI, *Il concetto di "organismo di diritto pubblico" nelle privatizzazioni*, disponibile on-line: http://www.diritto.it/articoli/amministrativo/concetto.html: "La disciplina comunitaria" osserva l'Autore "si è infatti emancipata dalla nozione formale di ente pubblico accolta nei singoli ordinamenti nazionali, accedendo ad un concetto sostanziale di organismo di diritto pubblico, che comprende anche soggetti che, pur se non formalmente pubblici in base ai canoni ermeneutici interni, possiedono una rilevanza pubblicistica in quanto fungono da strumenti alternativi, rispetto agli organi classici della pubblica amministrazione, per l'esercizio di compiti di questa mediante l'utilizzazione di fondi pubblici".
La norma di riferimento è quella di cui all'art. 1 lett. b) della direttiva 93/37 CEE, che definisce "organismi di diritto pubblico" i soggetti giuridici "istituiti per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, dotati di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è sottoposta a controllo di questi ultimi, oppure i cui organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico". E' evidente, alla luce di questa definizione, che gli Irccs-fondazioni rientrano appieno nella nozione di servizio pubblico rilevante a livello comunitario.
[171] Il dibattito vede schierati su posizioni opposte la Corte di Cassazione, che risolve la questione dando una lettura formalistica della normativa comunitaria, e il Consiglio di Stato, che, sulla scia di precedenti pronunce della stessa Corte Costituzionale, e, ancor di più, della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, tende piuttosto a sottolineare il profilo sostanziale della questione. Per un confronto tra la teoria della Corte di Cassazione, fondata sulla nozione dell' "organo indiretto dello Stato", e la teoria finalistica del Consiglio di Stato, *ibidem*.

sia sufficiente a collocare il riordino degli Irccs all'interno del processo generale di affermazione di una nozione di servizio pubblico in senso oggettivo, nonché di riforma della pubblica amministrazione verso un diritto amministrativo meno autoritario[172].

L'apertura ai privati nella delega per il riordino degli Irccs si inserisce pertanto nel processo di diversificazione del ruolo dei poteri pubblici, chiamati sempre più a funzioni di regolazione e di controllo più che di gestione diretta dei servizi, in "un nuovo intreccio fra schemi di diritto pubblico e schemi di diritto privato, che produce nuovi istituti, nuove forme di interazione e nuove configurazioni giuridiche a carattere settoriale e speciale, grazie alle quali la "specialità" del diritto pubblico si comunica agli istituti di diritto privato e la flessibilità di questi ultimi erode le categorie di diritto pubblico"[173]. E' pertanto proprio questa duplice presenza di elementi pubblicistici e di elementi più tipicamente privatistici all'interno degli Irccs riformati che ci porta a ritenere estensibili alle nuove fondazioni i quattro principi fondamentali già attribuiti dalla dottrina alle a.s.l.: il principio di autonomia, il principio di economicità, il principio del rispetto del diritto comune e, infine, il principio della responsabilità[174].

4. Case-study: la trasformazione sperimentale dell'IRCCS Ospedale Maggiore nella Fondazione Policlinico Francesco Sforza di Milano

In attuazione della disposizione di cui all'art. 28, comma 8 della legge finanziaria per il 2002, nella Regione Lombardia si è proceduto alla prima trasformazione di un Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico in Fondazione: trattasi del'Irccs Ospedale Maggiore di Milano, che, integrandosi con l'Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento, ha dato vita in data 2 luglio 2002 alla Fondazione "Policlinico Francesco Sforza", senza scopo di lucro e con durata illimitata.

Obiettivi, organizzazione, funzionamento, gestione, attività, risorse, etc. della nuova Fondazione trovano le loro linee guida di base nello Statuto presentato l'11 febbraio 2002 dai due Enti fondatori, che disciplina l'integrazione tra le due strutture con l'obiettivo finale di creare a Milano "una moderna struttura sanitaria e di ricerca a livello di eccellenza"[175].

---

[172] Sul punto, cfr. ancora F.LIGUORI, *op. cit*., p. 118-120, che giunge ad affermare che "a parte i servizi riservati (che andrebbero peraltro drasticamente ridotti) tutta l'area dei servizi pubblici andrebbe sostanzialmente dismessa dall'a., non nel senso di trasferire la gestione a terzi (conservando la titolarità), ma nel senso di trasformare radicalmente l'ideologia ispiratrice della propria presenza: non più titolare del servizio pubblico bensì regolatrice delle corrispondenti attività svolte da soggetti privati (per rendere le prestazioni disponibili a tutti gli utenti ad un costo ragionevole)".
Sul processo volto a riconsiderare il rapporto tra autoritarietà dell'amministrazione e organizzazione amministrativa, cfr. in particolare C.E.GALLO, *Organizzazione sanitaria e diritto alla salute, op. cit*., p. 136-137, che, ripercorrendo il processo di privatizzazione della pubblica amministrazione (soprattutto in riferimento al pubblico impiego), giunge a concludere che "se la supremazia non è considerata necessaria per far funzionare l'apparato amministrativo (...), non è dato comprendere perché un rapporto di supremazia sia sempre indispensabile per operare nei confronti del cittadino. Il che può ben significare che la disciplina sull'organizzazione verrà ad avere un riflesso sulla disciplina dell'attività, modificandola profondamente".

[173] Così L.TORCHIA, *op. cit.,* p.723-724. Un esempio concreto di questa convivenza tra logiche di "aziendalizzazione" (qui intesa in senso figurato) e principi del diritto amministrativo è individuata da L.VANDELLI, *Introduzione al Convegno: "La razionalizzazione del SSn: novità e prospettive*", *op. cit*., p. 158 nei meccanismi di nomina dei direttori generali, per la "distanza che esiste tra lo schema tradizionale della motivazione dell'atto amministrativo e un meccanismo di scelta di persone che possono avere delle specificità, delle provenienze, delle culture profondamente diverse". Sul processo di diversificazione del ruolo dei poteri pubblici in sanità, cfr. anche E.M.CARUSO, *op. cit*., p. 131-132

[174] Per una descrizione dettagliata di tali principi, si rinvia a A.CAPPUCCI, *op. cit.,* p. 13-14.

[175] Così si legge nel Documento di indirizzo politico per la costituzione della Fondazione Policlinico Francesco Sforza, sottoscritto l'11 febbraio 2002 dal Ministro della Salute, nonché dal Presidente della Regione Lombardia e dal Sindaco di Milano. Tale espressione è peraltro ripresa dall'art. 3, punto 1 dello Statuto della Fondazione.

La lettura dello Statuto della nuova Fondazione conferma in larga misura alcune delle riflessioni presentate nell'ambito dell'analisi dei connotati principali del riordino degli Irccs configurato nella legge n. 3 del 2003. In primo luogo, si evidenzia come la trasformazione sperimentale dell'Irccs Ospedale Maggiore venga esplicitamente ricondotta nell'ambito delle "sperimentazioni gestionali" previste dall'art. 9 bis del D.Lsg. n. 502 del 1992, finalizzate a consentire la costituzione di società miste a capitale pubblico e privato anche per lo svolgimento di compiti diretti di tutela della salute[176]. In secondo luogo, si osserva come la qualificazione del nuovo ente come "Fondazione" non sia supportata da una puntualizzazione sulla natura di diritto privato o di diritto pubblico del nuovo organismo; il mantenimento di una personalità di diritto pubblico sembra tuttavia confermato dalla disposizione transitoria di cui all'art. 21 dello Statuto (che prevede un'estensione all'intera Fondazione del riconoscimento della qualifica di Irccs già posseduta dall'Ospedale Maggiore di Milano), nonché dalla configurazione complessiva dell'ente in relazione alle procedure di nomina degli organi direttivi, alla natura degli Enti fondatori e dei partecipanti istituzionali, alle regole in materia di devoluzione del patrimonio in caso di scioglimento della fondazione.

I connotati principali della Fondazione Policlinico Sforza, come delineata nel relativo Statuto, possono essere così riassunti:

a) *apertura al reperimento di nuove risorse finanziarie per il finanziamento dell'attività della Fondazione*: tale esigenza è indicata tra le finalità del nuovo ente dall'art.2, punto 5, che si riferisce alla necessità di "acquisire da parte di soggetti pubblici privati risorse finanziarie e beni da destinare allo svolgimento delle attività predette". Tale finalità è ripresa approfonditamente all'art.5 dello Statuto, che include nel fondo di dotazione della Fondazione il denaro ed i beni conferiti non solo dai due Enti fondatori, ma anche dagli altri soggetti pubblici e privati chiamati a partecipare al nuovo organismo. Parallelamente, tra le risorse destinate al funzionamento dell'ente compaiono non solo i contributi versati dallo Stato e dagli altri soggetti pubblici, ma anche gli utili prodotti dall'attività svolta dagli enti e dalle società controllate dalla Fondazione, nonché i corrispettivi ottenuti dallo svolgimento delle relative attività;
b) *natura non profit del nuovo organismo*: nonostante la possibilità di produrre utili attraverso la partecipazione ad enti e società controllate, la fondazione ha scopo non di lucro, come esplicitamente sancito dall'art.1 dello Statuto. Il principio in questione trova il suo corollario nel divieto di distribuzione degli utili o degli avanzi di gestione di cui all'art. 6;
c) *svolgimento di attività economicamente rilevante da parte della Fondazione*: la regola del "non distribution constraint" di cui all'art. 6 non impedisce alla Fondazione di svolgere un'attività economicamente rilevante. In questo senso, un primo indizio è rinvenibile al punto 4 dell'art.2 dello Statuto, che indica esplicitamente tra le finalità della Fondazione l'obiettivo di valorizzazione economica dei risultati della ricerca scientifica dell'ente, da perseguire anche attraverso la costituzione di appositi organismi aperti alla partecipazione dei ricercatori. Indicazioni più specifiche si rilevano poi ai punti 8 e 9 dell'art.3, dove si riconosce alla fondazione la facoltà di compiere le più utili operazioni immobiliari, mobiliari e finanziarie che abbiano in qualsiasi modo attinenza con le finalità ed i compiti dell'ente medesimo, comprese le operazioni di dare garanzie

[176] Sulle sperimentazioni gestionali, si rinvia alle osservazioni della nota n. 44.
La trasformazione in esame dell'IRCCS Ospedale Maggiore nella Fondazione Policlinico Sforza si inserisce pertanto in quel processo volto al riconoscimento di una "possibilità potenzialmente generale di sperimentazione e di differenziazione di formule e modelli organizzativi e gestionali, che trovano peraltro un parametro e un limite nella "qualità del servizio", come identificata dalle prestazioni essenziali determinate dalla legge dello stato e dall'effettiva e concreta resa delle stesse". Così G.PASTORI, *op. cit.*, p. 1288.

o prestare avalli e fideiussioni a favore di terzi; parallelamente, il punto 9 attribuisce alla Fondazione il compito di elaborare un piano di valorizzazione dei beni di proprietà dei due Enti attualmente destinati all'attività sanitaria e di ricerca[177];

d) *obiettivi di razionalizzazione della gestione della struttura sanitaria*: il primo punto dell'art.3 sancisce esplicitamente che la creazione della Fondazione Policlinico Sforza è finalizzata a "sviluppare le massime sinergie, ad evitare duplicazioni di attività e servizi e ad allocare le risorse secondo i criteri di razionalità, di efficienza e di qualità del servizio"; si confermano quindi alla base del riordino degli Irccs quelle medesime esigenze di razionalizzazione che hanno informato la riorganizzazione delle ordinarie strutture ospedaliere nelle riforme bis e ter della sanità;

e) *flessibilità delle formule gestionali di erogazione delle prestazioni e di svolgimento dei servizi*: i punti 4, 5 e 7 dell'art. 3 dello Statuto disciplinano svariate formule di gestione dei servizi, che possono essere raggruppate in quattro categorie generali. Le attività finalizzate all'attuazione del progetto di sperimentazione possono infatti essere svolte: tramite gestione diretta da parte della Fondazione medesima; attraverso forme di collaborazione con altri enti; mediante affidamento a terzi (ovvero attraverso appalto o concessione), nel rispetto della normativa vigente in ambito sanitario; tramite la costituzione di appositi soggetti controllati direttamente dalla Fondazione (è il caso delle società miste di cui si parlava in precedenza). Al punto 7, vi è infine un riferimento implicito al project financing, nel momento in cui si accenna all'esigenza di "procedere alla realizzazione della nuova struttura sanitaria, affidando in tutto o in parte le relative attività ad altri soggetti, anche appositamente costituiti"[178];

f) *apertura alla partecipazione dei soggetti privati*: l'art. 7 dello Statuto individua due categorie di membri della Fondazione: da una parte, gli Enti Fondatori (l'IRCCS Ospedale Maggiore di Milano e l'Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento); dall'altra parte, i partecipanti istituzionali (l'Arcidiocesi di Milano e il Comune di Milano) e non istituzionali (l'art. 9 prevede che possano assumere la qualifica di partecipanti, previa delibera del c.d.a., le Fondazioni bancarie, che, condividendo gli scopi della Fondazione, contribuiscano alla vita della medesima con apporti patrimoniali).

g) *autonomia degli organi gestionali e di indirizzo*: il consiglio di amministrazione, organo di indirizzo della Fondazione, deriva dalla rappresentanza della pluralità dei soggetti fondatori e dei partecipanti istituzionali e non. La necessaria coabitazione, all'interno di

---

[177] Si evidenzia che tali attribuzioni della Fondazione Policlinico Sforza non sembrano trovare un'esplicita conferma tra i principi ed i criteri direttivi della delega di cui alla legge n. 3 del 2003. L'assetto configurato dalla disposizione in esame sembra tuttavia voler applicare anche alla Fondazione Sforza il principio ispiratore del funzionamento delle fondazioni bancarie, chiamate all'impiego dei propri fondi "in modo da ottenerne la massima redditività, il principio di economicità della gestione e l'obiettivo di conservare il valore del patrimonio". In sintesi, lo Statuto della Fondazione Policlinico Sforza sembrerebbe presupporre per tale ente una gestione volta all'ottenimento di un livello di redditività ottimale del patrimonio, che consenta una sempre maggiore spesa per fini assistenziali o di ricerca. Sul principio dell'ottimizzazione degli impieghi del patrimonio per scopi di pubblica utilità nelle fondazioni bancarie, cfr. A.MALTONI, *Le fondazioni bancarie, op. cit.*, p. 299-300.
La possibilità per la Fondazione Policlinico Sforza di svolgere un'attività economicamente rilevante, volta all'ottimizzazione degli impieghi del patrimonio e alla massimizzazione del reddito da reinvestire nelle attività istituzionali dell'ente non è altro che una concreta manifestazione dell'orientamento dottrinale favorevole al riconoscimento della compatibilità degli scopi cosiddetti "ego-altruistici" con l'istituto della fondazione; per approfondimenti sull'argomento, si rinvia alla nota n. 138.

[178] E' significativo osservare come l'elencazione delle possibili formule gestionali per lo svolgimento delle attività integrate non si fondi su alcuna distinzione interna tra attività istituzionali ed attività periferiche della Fondazione, per cui è logico presupporre che l'affidamento a terzi o a società miste possa riguardare anche l'erogazione delle prestazioni a carattere più spiccatamente assistenziale.

tale c.d.a., di una pluralità di orientamenti politici potrebbe rappresentare una valida occasione di valorizzazione delle potenzialità manageriali dell'organo nei confronti degli interlocutori politici dell'ente. In questa direzione, sembra peraltro rivolgersi anche la disposizione di cui all'art. 12, che prevede che i soggetti designanti alla nomina di componenti del Consiglio di Amministrazione siano in possesso "di idonei e documentati requisiti di indipendenza, di professionalità e di onorabilità, nonché di qualificata esperienza nella organizzazione e gestione aziendale o nella organizzazione e gestione dell'attività sanitaria e/o della ricerca scientifica". Anche le previsioni in materia di nomina e funzioni del direttore generale sembrano finalizzate a delineare una figura dotata di autonomia decisionale ed indipendenza, finalizzata ad introdurre nella direzione della Fondazione una prospettiva gestionale di tipo manageriale: il direttore generale, infatti, non solo è frutto dell'intesa di due diversi livelli di rappresentanza politica (il Ministro della Salute e il Presidente della Regione), ma deve essere in possesso dei requisiti previsti per l'accesso all'incarico di Direttore Generale di Azienda Sanitaria[179].

Per quanto riguarda le attribuzioni dei due organi in esame, dal confronto tra l'art.13 e l'art.16 emerge una stretta integrazione di competenze tra le funzioni di indirizzo del c.d.a. ed i compiti gestionali del direttore generale, che è responsabile del raggiungimento degli obiettivi prefissati dal c.d.a., della realizzazione dei programmi adottati e dei risultati attesi. Se, quindi, sulla base delle sole procedure di nomina, non sembra instaurarsi un rapporto di tipo fiduciario tra i due organi, di fatto vi sono altre previsioni che conducono a conclusione opposte: in primo luogo, è infatti evidente che la stretta integrazione di competenze tra i due organi presuppone la sussistenza di un rapporto fiduciario implicito tra consiglio di amministrazione e direttore generale, senza il quale si creerebbe indubbiamente una palese discrasia tra gli obiettivi da perseguire e le strategie operative implementate. In secondo luogo, non è casuale che anche la permanenza del direttore generale venga fatta coincidere, almeno in linea di massima[180], con la durata del consiglio di amministrazione che lo ha visto salire alla carica[181]. Nel

[179] Il riferimento è, ovviamente, all'art. 3-bis, comma 3 del d.lgs. n. 402 del 1992, che richiede il diploma di laurea e l'esperienza almeno quinquennale.

[180] Per le ipotesi di decadenza anticipata del direttore generale dalla carica, l'art. 16, comma 3 dello Statuto fa esplicito riferimento alla revoca anticipata nelle ipotesi previste dal codice civile. L'espressione in esame dice più di quanto potrebbe sembrare all'apparenza, in quanto pare confermare l'applicabilità al direttore generale della Fondazione Policlinico Sforza della disposizione di cui all'art. 3-bis, comma 8 del d.lgs. n. 502 del 1992, che specifica che il contratto di lavoro del direttore generale delle aziende sanitarie è di diritto privato e che il medesimo è stipulato in osservanza delle norme del titolo terzo del libro quinto del codice civile. Parallelamente, il mancato richiamo delle disposizioni di cui all'art.3-bis, comma 7 del d.lgs. n. 502 del 1992 sembrerebbe invece escludere la permanenza anche nella Fondazione in esame dei pregnanti poteri regionali di risoluzione del contratto in caso di grave disavanzo, di violazione di leggi o del principio di buon andamento e di imparzialità della amministrazione. Il che conferma quanto rilevato in precedenza sulla determinazione a garantire al direttore generale della Fondazione Policlinico Sforza un'effettiva autonomia gestionale ed operativa, scevra dai poteri di ingerenza regionali che ancora permangono a livello delle aziende sanitarie ed ospedaliere (e che tendono peraltro ad essere enfatizzati dai più recenti interventi legislativi; sul punto, cfr. a titolo esemplificativo la disposizione di cui all'art. 52, comma 4, lett. d) della legge 27 dicembre 2002, n. 289). Sulla difficile coesistenza tra la natura pubblicistica della nomina del direttore generale e la natura privatistica del contratto di lavoro, cfr tuttavia V.PAPADIA, *Il nuovo ordinamento del servizio sanitario nazionale*, op. cit., p. 749.

[181] Il testo della Statuto parla di "Consiglio di amministrazione che lo ha nominato", anche se formalmente la nomina spetta al Ministro della Salute, d'intesa con il presidente della Regione. E' evidente tuttavia, e non solo per questo riferimento letterale, che la nomina del direttore generale da parte degli organi politici rappresentativi deve fondarsi sulle proposte di incarico presentate dal consiglio di amministrazione, anche se nello Statuto non si prevede esplicitamente che la nomina avvenga "d'intesa" con il c.d.a., o almeno "sentito" il medesimo. In mancanza di tale accordo implicito, vi sarebbe infatti il rischio di ingessare l'attività della Fondazione nei contrasti tra l'organo di

complesso, all'interno della Fondazione Policlinico Sforza, emerge una duplice tendenza, da un lato volta a valorizzare il ruolo e l'indipendenza degli organi direttivi (sia attraverso un ridimensionamento del loro legame con gli organi politici rappresentativi, sia attraverso un'enfatizzazione delle loro caratteristiche ed attribuzioni manageriali[182]), dall'altro lato volta a stimolare il confronto ed il dibattito tra personalità diverse (tendenza questa che è propedeutica, in ultima istanza, alla valorizzazione del criterio della partecipazione già all'interno dell'organizzazione dell'ente[183]).

Dall'analisi delle disposizioni statutarie della Fondazione Policlinico Sforza, emerge pertanto l'immagine di un modello di ospedale profondamente diverso da quello applicato alle aziende del SSN, non solo per la presenza di un'attività di ricerca scientifica di norma assente nelle altre strutture ospedaliere, ma anche per il diverso assetto organizzativo previsto per lo svolgimento di tutte le attività dell'ente, comprese quelle di natura più spiccatamente assistenziale. In relazione agli organi direttivi, ai rapporti con gli organi istituzionali di rappresentanza politica[184], alle risorse finanziarie, agli impieghi del capitale, alle formule organizzative di gestione dei servizi, etc., la Fondazione Policlinico Sforza presenta infatti una connotazione distinta rispetto al modello di aziendalizzazione ormai imperante nelle altre strutture del SSN, che tende piuttosto ad accostarla al modello della cosiddetta "fondazione di partecipazione"[185]. Rimane, tuttavia, l'interrogativo di fondo sulle motivazioni che hanno portato il legislatore ad improntare il riordino degli Irccs a tale istituto, specificando, in particolare, se la deroga al modello aziendale sia giustificata dalla duplice

---

indirizzo e quello di gestione, per cui è sicuramente preferibile una procedura di nomina il più possibile concertata e condivisa.
Per quanto riguarda la durata del Consiglio di amministrazione, si ricorda che l'art. 12 dello Statuto attribuisce all'organo una durata quinquennale.

[182] Tale tendenza si pone peraltro in linea con il più generale processo volto alla creazione di enti che presentano una commistione di elementi tipici delle associazioni (tra cui, in particolare, l'adozione in sede statutaria di distinti organi di di indirizzo, di amministrazione e di controllo) e di elementi caratteristici delle fondazioni (attraverso la sottolineatura dell'importanza fondamentale rivestita dal patrimonio nel perseguimento degli scopi di utilità sociale) disciplinate dal codice civile. Su tale processo di "ibridazione in punto di struttura e di funzioni dei fenomeni associativo e fondazionale", cfr. A.ZOPPINI, *Le fondazioni, op. cit*., p. 65; A.MALTONI, *Le fondazioni di origine bancaria, op. cit*., p. 297 e 364.
Oltre al direttore generale e al consiglio di amministrazione, gli altri organi esplicitamente previsti dallo Statuto sono: il *Presidente della Fondazione*, che è nominato tra i rappresentanti degli enti fondatori, d'intesa tra il Ministero della Salute e il Presidente della Regione, che non solo ha la legale rappresentanza della Fondazione, ma che ha anche il potere di adottare gli atti necessari in caso di urgenza, previa sottoposizione dei medesimi al vaglio del c.d.a.; il *Collegio sindacale*, organo di controllo contabile della Fondazione, che vigila sulla gestione economico-patrimoniale della stessa, accertando la regolare tenuta delle scritture contabili ed esaminando le proposte di bilancio; il *Comitato tecnico-scientifico*, che, nell'ambito dell'attività di ricerca della Fondazione, svolge funzioni consultive e di supporto tecnico-scientifico, nonché funzioni di monitoraggio e coordinamento dell'attività scientifica svolta dai soggetti terzi controllati dalla Fondazione; il *Direttore scientifico*, che presiede il Comitato tecnico-scientifico e che è nominato dal Ministro della salute.

[183] Sull'importanza della presenza di un organo collegiale come momento di partecipazione all'interno dell'organizzazione di un ente, si rinvia alla osservazioni fatte alla nota n.56.

[184] Si evidenzia, al riguardo, che la legge delega in esame presenta profili interessanti non solo in relazione alla riconsiderazione del rapporto tra Stato e Regioni in materia di Irccs, ma anche in relazione al tentativo, per ora solo accennato, di valorizzare l'Ente Comune nella gestione delle future Fondazioni. Sulla scia della rivalutazione del ruolo del sindaco in qualche modo suggerita dal d.lgs. n. 229 del 1999, lo Statuto della Fondazione Policlinico Sforza attribuisce infatti al Comune di Milano l'importante ruolo di partecipante istituzionale dell'ente, cui è riconosciuta la facoltà di nominare uno dei sette membri del consiglio di amministrazione. Si evidenzia che, sotto questo specifico profilo, il riordino degli Irccs si pone pienamente in linea con il programma di riforma del sistema sanitario annunciato dal Ministro della salute Girolamo Sirchia, che ha più volta manifestato l'intenzione di rivalutare e ridefinire il ruolo dei Comuni nella gestione delle strutture ospedaliere.

[185] Per un approfondimento sui caratteri principali di tale modello, che è quello che si sta attualmente affermando all'interno delle strutture sanitarie della Regione Lombardia, si rinvia alla nota n 145.

attività svolta dagli Irccs o se invece la trasformazione sia da intendersi come sperimentazione di una nuova formula organizzativa destinata ad essere estesa all'intero SSN. Fermo restando che la risposta al quesito potrà essere confermata solo dall'esperienza della concreta attuazione del nuovo modello di fondazione, è comunque possibile affermare che i criteri ispiratori del riordino in esame non sembrano dipendere integralmente dalla peculiare configurazione degli Irccs e dal peculiare rapporto di tali istituti con gli organi di governo territoriali[186].

5. Conclusioni

Partendo dall'enunciazione dei tre principali profili di riforma del Servizio Sanitario Nazionale negli ultimi vent'anni, il presente contributo ha cercato di ripercorrere le più significative tappe evolutive degli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico, al fine di stabilire se anche l'attuale processo di riordino è ispirato ai medesimi criteri di regionalizzazione, aziendalizzazione e privatizzazione introdotti dalle riforme bis e ter della sanità.

Dall'accostamento della trasformazione sperimentale degli Irccs in fondazioni di cui all'art.28, comma 8 della legge finanziaria 2002 e della delega di cui all'art.42 della legge n. 3 del 2003, si è evidenziata la netta prominenza del profilo dell'apertura ai soggetti privati rispetto agli altri due profili della regionalizzazione e dell'introduzione di logiche organizzative di stampo aziendale. In relazione alla regionalizzazione, la legge delega conferma infatti un assetto di poteri Stato-regioni ancora controverso e per certi versi ambiguo. Il mantenimento di una significativa competenza ministeriale sia nella nomina degli organi, sia nella vigilanza degli enti in esame da una parte può trovare una sua logica giustificativa nella peculiare missione degli Irccs nell'ambito della ricerca sanitaria; dall'altra parte, tuttavia, non è possibile ignorare il cambiamento introdotto anche nel settore in esame dalla riforma del Titolo V della Costituzione, che, riportando nell'ambito della competenza ripartita anche la ricerca scientifica, tende a minimizzare quella duplice configurazione costituzionale degli Irccs, che nell'assetto previgente era stata posta in collegamento diretto con la duplice attribuzione funzionale di tale strutture ospedaliere e di ricerca[187]. E' peraltro evidente che la presenza di una pluralità di referenti istituzionali potrebbe offrire alle future fondazioni l'occasione per il conseguimento di un'effettiva indipendenza dalle logiche decisionali politiche, a favore di una più agevole transizione verso logiche spiccatamente manageriali ed aziendali.

Sotto il profilo dell'organizzazione, la legge delega non prosegue lungo il cammino di aziendalizzazione avviato dal d.lgs. n. 229 del 1999, sia perché il riordino non propone per gli Irccs il modello dell'azienda sanitaria ormai diffuso nel SSN, sia perché del tutto minoritaria risulta l'attenzione, nei principi e nei criteri di delega, per le diverse forme di autonomia ormai riconosciute alle A.u.s.l. e alle A.o. Nella delega, ad esempio, non si fa riferimento a termini quali quelli di dipartimentalizzazione, autonomia imprenditoriale, atto aziendale, contabilità economico-patrimoniale per centri di costo, etc., che nelle altre strutture del SSn costituiscono ormai i capisaldi di un modello volto alla promozione dell'efficienza, dell'economicità e della flessibilità del servizio. Ma è proprio a partire da questi ultimi valori, che indubbiamente costituiscono i principi

[186] Se, infatti, originariamente, alla duplicità di funzioni degli Irccs corrispondeva anche un duplice rapporto con le competenze statali - rispettivamente esclusive in materia di ricerca scientifica e concorrenti in materia di assistenza ed organizzazione ospedaliera -, tale peculiare posizione in relazione al riparto di competenze costituzionali è stata attenuata in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione, che ha riconosciuto una potestà legislativa concorrente regionale sia in riferimento alla tutela della salute, sia in riferimento alla ricerca scientifica. Ne deriva che, in rapporto alle competenze costituzionali, la diversità degli Irccs rispetto alle altre strutture del SSn risulta ora in larga misura ridimensionata.

[187] Sulla duplice imputazione funzionale degli Irccs in rapporto al previgente Titolo V della Costituzione, cfr. la nota n.7.

ispiratori anche della legge delega in esame, che si è cercato di argomentare a favore della necessaria estensione di ampie forme di autonomia a favore delle future fondazioni[188].

Se, pertanto, l'obiettivo prioritario del legislatore, nel processo di riordino degli Irccs, è quello di consentire una più ampia partecipazione[189] dei soggetti privati ed un più ampio coinvolgimento delle risorse private nella gestione delle future fondazioni, non è possibile prescindere da una riflessione conclusiva sui possibili esiti di una tale riforma nei confronti della configurazione dell'assistenza sanitaria come servizio universale e del diritto alla salute come diritto costituzionalmente garantito.

Il punto di partenza necessario è quello teso ad individuare, nel processo di privatizzazione in esame *latu senso* inteso[190], non certo una ritrazione del settore pubblico o un declassamento dell'interesse generale ad esso sotteso[191], quanto una diversa configurazione di ruoli tra soggetti pubblici e privati, entrambi tesi al perseguimento dei medesimi obiettivi ed entrambi posti in una logica non tanto di competizione, quanto più di condivisione e di compartecipazione[192]. In questo processo di trasformazione, ai poteri pubblici sarebbe pertanto riservato non solo un nuovo ed ancora più intrusivo ruolo nei settori della regolazione e dell'alta vigilanza[193], ma anche un rinnovato potere di intervento in relazione all'allocazione delle funzioni tra i diversi soggetti, pubblici e privati, coinvolti, che può essere riassunto nel termine di "coordinamento"[194].

---

[188] Sulla duplice dimensione del concetto di autonomia applicato agli Irccs-fondazioni, si rinvia alle considerazioni presentate alla nota n.71.

[189] Sul significato del termine "partecipazione" utilizzato nella legge delega, cfr. la nota n. 113.

[190] Una puntualizzazione del significato tendenziale del termine "privatizzazione" qui impiegato per connotare il generale processo di riordino degli Irccs, è rinvenibile alla nota n.31.

[191] Sul punto, cfr. M.DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?* in *Diritto Amministrativo*, n. 1, 2002, p. 171-172, che, nell'analisi dei processi di oscillazione tra pubblico e privato, giunge ad escludere che il passaggio si accompagni alla "morte di un più vecchio interesse pubblico" o al suo "declassamento a interesse individuale", parlando piuttosto di "un'ordinazione più o meno sistematica degli interessi, nuovi e vecchi, senza che si possa apprezzare una significativa espulsione di interessi dal quadro".

[192] Sull'esigenza di passare, nel settore sanitario, ad una nuova ed effettiva integrazione tra soggetti pubblici e privati, fondata non più sulla complementarietà delle competenze, bensì sulla "costituitività (...) del ruolo dei soggetti privati nell'ambito di un (ruolo di) coordinamento pubblico dei servizi stessi", si richiama, ancora una volta, G.PASTORI, *Pubblico e privato nella sanità e nell'assistenza, op. cit.,* p. 1282.
Si evidenzia che la compresenza di elementi pubblicistici e privatistici nei futuri enti sembra peraltro pienamente in linea con la duplice natura dell'istituto della fondazione, da un lato come autonomia d'iniziativa (ovvero come "strumento di esaltazione del potere creativo della volontà individuale, che nell'oggettivizzazione dell'idea del fondatore – come siano avvertiti dalla <<metafisica dei costumi>> - trova la ragione e il limite della propria esistenza"), e, dall'altro lato, come subordinazione all'autorità ("all'elevarsi di un patrimonio ad <<autonomo organismo sociale>> sembra (...) conseguire, quale implicazione necessaria, il sacrificio dell'autonomia individuale"), che porta A.ZOPPINI, *Le fondazioni, op. cit*., p. 17-19 a concludere che la fondazione "solo geneticamente appartiene al diritto privato, perché nel momento stesso in cui viene ad esistenza tradisce la sua origine per assumere una connotazione rigorosamente pubblicistica".

[193] Tale conclusione si fonda sull'orientamento dottrinale sostenuto, da ultimo, da M.DUGATO, *op. cit.*, p. 175 s, per cui "nella descrizione oggettiva del panorama attuale, la riduzione della sfera pubblica rappresenta l'irraggiungibile, perché l'ordinamento ha scelto la regolazione come risposta alla complicazione dei rapporti intersoggettivi e all'emersione dei nuovi interessi".

[194]Sulla funzione in esame, si richiama la definizione fornita da V.BACHELET, *Voce "Coordinamento"* in *Enciclopedia del diritto*, 1958, p. 631-634, che ha descritto il "coordinamento" come "una figura (almeno tendenzialmente) di sovraordinazione predisposta per realizzare la unità di indirizzo di uffici od enti dotati di autonomia", evidenziandone la caratterizzazione di "manifestazione tipica di una società democratica e pluralistica, che intende ottenere l'armonico orientamento di individui, gruppi, istituzioni verso fini determinati, senza però annullare la libertà o l'iniziativa di tali individui, gruppi o istituzioni; e in particolare manifestazione tipica di un sistema ad economica mista, che non ritiene automatica la realizzazione di tale armonico contemperamento delle libere iniziative (come affermava invece la teoria liberista classica), ma neppure la abolisce in un assorbimento totalitario nella collettività sociale, che faccia dei soggetti e dei gruppi dei meri esecutori e delle cinghie di trasmissione del comando dello Stato (come sostengono le varie dottrine stataliste)".

Presupponendo quindi che alla base del processo di riordino in esame non vi sia solo un obiettivo di partecipazione nella regolazione, ma anche di regolazione della partecipazione[195], si tratta di valutare se il modello di integrazione pubblico-privato proposto dal legislatore sia ottimale ai fini del razionale funzionamento dei futuri Irccs-fondazioni. Se, infatti, l'immagine di una "fondazione di partecipazione", che sappia coniugare la tutela del valore universalistico del diritto alla salute con il perseguimento di principi organizzativi propriamente privatistici, sembra ottimale per la razionalizzazione delle potenzialità operative degli Irccs, non è tuttavia possibile prescindere da una considerazione critica sugli incerti esiti che le società miste hanno offerto nel settore della riorganizzazione della pubblica amministrazione. Il tentativo di "impiantare" logiche privatistiche in un assetto connotato da una consistente permanenza di regole pubblicistiche non sempre, infatti, riesce a trovare una mediazione ideale tra l'esigenza di modernizzazione del servizio e l'esigenza di mantenere la prestazione nell'orbita delle regole del diritto amministrativo[196]. Il rischio più prossimo è infatti quello di una "crisi di identità" dell'istituto a doppia connotazione pubblica e privata, "diviso fra le concrete (e consuete) esigenze e finalità di erogare il servizio ai cittadini e quelle nuove (ma non meno concrete) di accrescere il valore della sua partecipazione societaria"[197].

Nella consapevolezza che solo l'esperienza concreta delle cose consentirà di esprimere un giudizio fattuale sull'effettiva auspicabilità di un tale modello organizzativo, è necessario guardare soprattutto ai possibili effetti finali della trasformazione nei confronti del diritto alla salute costituzionalmente inteso[198]. In tal senso, la prospettiva maggiormente condivisibile è quella che guarda al processo di ridefinizione dell'organizzazione degli Irccs in senso più spiccatamente privatistico non come ridimensionamento delle posizioni pretensive del cittadino nei confronti dell'amministrazione sanitaria, bensì come trasformazione che non può ostacolare quella tendenza alla valorizzazione delle nuove sfumature della tutela della salute come diritto alla qualità delle prestazioni, all'efficienza del servizio, o, più in generale, come diritto di libertà[199].

L'applicazione di tale istituto al caso in questione deriva dalla considerazione per cui, tra i soggetti pubblici e quelli privati chiamati a compartecipare alle future fondazioni, sembra esservi effettivamente quella distinzione di ruoli e quella presenza di spazi diversi di esplicazione delle relative attività, che l'Autore individua come presupposti teorici della figura del coordinamento. In virtù di tali considerazioni, sembra quindi possibile prescindere in qualche modo dalla tesi sostenuta da F.TRIMARCHI BANFI, *Pubblico e privato nella sanità*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 14-15, che, riferendosi nello specifico al rapporto con le strutture private soggette a convenzionamento, veniva ad escludere l'ipotesi di un "coordinamento" delle iniziative pubbliche e private, in virtù della considerazione per cui non sembrava possibile includere l'offerta attuale e potenziale dei servizi privati nel calcolo del fabbisogno che deve essere soddisfatto dal servizio sanitario nazionale. Il caso in questione è, evidentemente, di natura diversa, perché non riguarda tanto le prestazioni ulteriori che i soggetti privati possono garantire rispetto alle prestazioni erogate dai soggetti pubblici, quanto più la qualità e l'efficienza dei servizi prestati dall'una o dall'altra modalità organizzativa.

[195] Nel senso che, da una parte, è necessario promuovere un fattuale confronto tra i soggetti pubblici e privati ai fini della gestione integrata e concordata del servizio, mentre, dall'altra parte, non si può prescindere dalla riserva di un ruolo generico di "supervisione" a favore del pubblico rappresentante nei confronti dei privati partecipanti.

[196] In questo senso, cfr. V.DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato, op. cit*., p. 311, secondo il quale "la società è espressione e portatrice di propri valori, non necessariamente coincidenti con quelli del diritto amministrativo e dei soggetti che vi operano, cosicché la previsione di società a partecipazione pubblica fra le forme di svolgimento dei servizi pubblici ha portato i valori privatistici a confrontarsi con un istituto – quello del "servizio pubblico" – che è parte notevole della storia del diritto amministrativo e nel quale (il diritto amministrativo) ha elaborato molti dei suoi principi fondamentali".

[197] *Ibidem,* p. 312.

[198] Sulla peculiare influenza che l'organizzazione sanitaria (intesa non solo come problema di funzionalità interna del complesso) esercita sul diritto alla salute come posizione soggettiva del destinatario dell'attività, cfr. C.E.GALLO, *Organizzazione sanitaria e diritto alla salute, op. cit.,* p. 133-134.

[199] Sulla contestuale compresenza, accanto al processo di ridefinizione dell'organizzazione sanitaria in senso privatistico, di una tendenza all'espansione e alla più ampia articolazione del diritto alla salute del cittadino, come "diritto di libertà (possibilità di rifiutare trattamenti sanitari), come pretesa (diritto di conseguire la propria integrità psico-fisica), come nascita di nuove posizioni soggettive (tutela della privacy, diritto alla conoscenza del proprio stato di salute, ecc.)", cfr. V.RAFTI, *Il processo di aziendalizzazione nella sanità attraverso le riforme, op. cit*., p. 307.