

dsg

Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Università di Torino

nuova serie

16

Nella stessa collana:

nuova serie

1. *Valori e principii del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)*, a cura di Andrea Trisciuoglio, 2009.
2. *La dimensione tacita del diritto*, a cura di Raffaele Caterina, 2009.
3. *L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto (Torino, 16-18 settembre 2008)*, a cura di Patrick Nerhot, 2009.
4. *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, a cura di Rosanna Gambini e Margherita Salvadori, 2009.
5. *La funzione giurisprudenziale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche - VII Edizione, Torino 9-10 ottobre 2009*, a cura di Alberto Oddenino, Elisa Ruozzi, Annamaria Viterbo, Lorenza Mola, Francesco Costamagna e Ludovica Poli, 2010.
6. *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, a cura di Stefano Sicardi, 2010.
7. *I diritti sociali come diritti della personalità*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Leonardo Lenti, Gabriella M. Racca e Alessandra Rossi, 2010.
8. GIANLUCA RUGGIERO, *Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sugli elementi normativi soggettivamente pregnanti della fattispecie penale*, 2011.
9. *La lezione di Leopoldo Elia*, a cura di Mario Dogliani, 2011.
10. SERGIO DELLAVALLE, *Dalla comunità particolare all'ordine universale*, vol. I, *I paradigmi storici*, 2011.
11. *Le autonomie territoriali e funzionali nella provincia di Cuneo in prospettiva transfrontaliera (alla luce del principio di sussidiarietà)*, in corso di stampa.
12. GIORGIO LOMBARDI, *Scritti scelti*, 2011.
13. GEO MAGRI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*, 2011.
14. LUDOVICA POLI, *La responsabilità di proteggere e il ruolo delle organizzazioni internazionali regionali. Nuove prospettive dal continente africano*, 2011.
15. *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale*, a cura di Adolfo Angeletti, 2011.

FRANCESCO COSTAMAGNA

I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo

L'applicazione delle norme dell'Unione europea
in materia di concorrenza, aiuti di Stato
e libera circolazione dei servizi



Edizioni Scientifiche Italiane

Il volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Torino.

COSTAMAGNA, Francesco

I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo

L'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di concorrenza, aiuti di Stato e libera circolazione dei servizi

Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Torino

nuova serie, 16

Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011

pp. XII+268; 24 cm

ISBN 978-88-495-2283-9

© 2011 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.

80121 Napoli, via Chiatamone 7

00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it

E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO)

Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano - tel. e fax 02-809506; e-mail: aidro@iol.it

A Sara

Un sentito ringraziamento alla prof.ssa Porchia per il costante supporto durante tutto il lavoro. Al prof. Greppi, per i consigli preziosi. Al prof. Munari per gli utilissimi suggerimenti.

Ad Alberto, Andrea, Anna, Federica, Francesca, Ludovica, Monica e Stefano per il sostegno, non solo morale.

Ai miei genitori e ai miei nonni perché, ovviamente, senza il loro decisivo contributo tutto questo non sarebbe stato possibile.

A Sara, per tutto.

Indice

<i>Abbreviazioni</i>	XI
CAPITOLO I – Introduzione	1
1. Il <i>welfare State</i> negli Stati membri dell'Unione europea	1
2. Le competenze dell'Unione europea in materia di servizi socio-sanitari	6
2.1. Dal Trattato di Roma al Trattato di Nizza	6
2.2. Le principali innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona	11
3. Il compromesso alla prova del mercato interno: oggetto e piano del lavoro	17
CAPITOLO II – Servizi Socio-Sanitari e Regole di Concorrenza	21
1. Introduzione	21
2. Nozione di 'impresa' e ambito applicativo delle norme <i>antitrust</i>	23
2.1. L'interpretazione funzionale della nozione di 'impresa'	23
2.2. L'esercizio di un'attività economica. L'atteggiamento di maggiore cautela adottato dalla Corte in riferimento ai servizi socio-sanitari	27
2.3. Irrilevanza dell'assenza di uno scopo di lucro da parte del prestatore	31
3. L'esonero delle attività aventi carattere sociale	37
3.1. Attività sociali e definizione in negativo della nozione di 'impresa'	37
3.2. Il principio di solidarietà	39
i) <i>La dimensione interistituzionale del principio di solidarietà nell'ordinamento dell'Unione europea</i>	40
ii) <i>La dimensione interindividuale del principio: la 'solidarietà sociale'</i>	43
iii) <i>Il principio di solidarietà come limite all'applicazione del diritto dell'Unione sulla concorrenza</i>	48
iv) <i>Le incertezze nella distinzione tra attività sociali e attività economiche: il difficile ruolo del principio di solidarietà</i>	52
3.3. Il controllo da parte dello Stato	54

3.4. Gli elementi non decisivi ai fini della qualificazione dell'attività	54
<i>i) La funzione sociale dell'ente</i>	55
<i>ii) Il carattere obbligatorio del ricorso all'attività</i>	56
4. La tutela della missione di interesse generale dei servizi socio-sanitari: L'applicazione dell'articolo 106(2) TFUE	58
4.1. Monopoli sociali e articolo 106 TFUE	58
4.2. Interesse economico generale e servizi socio-sanitari	66
<i>i) L'applicabilità della clausola di deroga nei confronti dei servizi socio-sanitari: la portata dell'aggettivo 'economico'</i>	66
<i>ii) La definizione dell'interesse generale tra competenze nazionali e controllo sovranazionale</i>	67
<i>iii) Servizi socio-sanitari e il concetto comune di servizio di interesse generale</i>	71
<i>iv) Il riferimento alla funzione sociale</i>	75
4.3. Il carattere ostativo delle norme di concorrenza rispetto alla missione di interesse generale perseguita dai servizi socio-sanitari	76
<i>i) Il significato del termine 'ostare'</i>	76
<i>ii) Test di proporzionalità affievolito e competenze statali in materia di servizi socio-sanitari</i>	81
CAPITOLO III – Finanziamento dei servizi socio-sanitari e disciplina degli aiuti di Stato	87
1. Introduzione	87
2. La qualificazione del finanziamento dei servizi di interesse generale alla luce della prassi delle istituzioni dell'Unione	90
2.1. La tesi 'aiuto di Stato' e la tesi compensativa	90
2.2. La presenza di profili problematici in entrambe le impostazioni e l'elaborazione di una possibile 'terza via'	95
2.3. I criteri elaborati nella sentenza <i>Altmark</i>	99
3. L'applicazione delle condizioni <i>Altmark</i> ai servizi socio-sanitari	102
3.1. I principali profili di criticità: la quarta condizione <i>Altmark</i>	102
3.2. La rivisitazione del test <i>Altmark</i> : il caso <i>BUPA</i>	106
3.3. L'evoluzione successiva: verso un test differenziato per i servizi socio-sanitari?	111
4. 'Pacchetto Monti' e servizi socio-sanitari	116
4.1. Gli obiettivi generali del 'Pacchetto Monti'	116
4.2. L'esonero dall'obbligo di notifica degli aiuti concessi a determinate categorie di servizi socio-sanitari	117
4.3. L'applicazione dell'articolo 106(2) TFUE agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione per obblighi di servizio pubblico	122
4.4. Verso la modifica del 'Pacchetto Monti': quali conseguenze per i servizi socio-sanitari?	127

CAPITOLO IV – Servizi sanitari e libera prestazione dei servizi	135
1. Introduzione	135
2. L'accesso alle cure mediche in un altro Stato membro ai sensi della disciplina sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale	137
3. L'accesso alle cure mediche in un altro Stato membro attraverso l'applicazione delle norme sulla libera prestazione dei servizi	142
3.1. I trattamenti sanitari come 'servizi' ai sensi del diritto dell'Unione europea	142
3.2. L'autorizzazione preventiva come restrizione alla libera prestazione dei servizi	152
3.3. L'ammissibilità della restrizione per talune categorie di trattamenti: i dubbi circa la loro individuazione	154
3.4. Il requisito dell'autorizzazione preventiva al vaglio della Corte	159
i) <i>Il controllo sugli aspetti procedurali</i>	165
ii) <i>Il controllo su aspetti sostanziali: a) la determinazione dei trattamenti da rimborsare</i>	166
iii) <i>b) la tempestività del trattamento quale fattore rilevante per la legittimità dell'obbligo di autorizzazione</i>	169
3.5. La determinazione del rimborso attraverso l'applicazione congiunta dell'articolo 56 TFUE e della normativa sul coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale	173
3.6. Le implicazioni quantitative e qualitative della giurisprudenza sulla mobilità dei pazienti	178
4. La risposta sul piano politico: il diverso atteggiamento di Stati e Commissione	182
5. La Direttiva sull'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera	187
5.1. La genesi di un atto controverso	187
5.2. La rimborsabilità delle cure ricevute in un altro Stato membro	193
i) <i>I trattamenti che possono essere subordinati ad autorizzazione preventiva</i>	193
ii) <i>Le condizioni di ammissibilità dell'autorizzazione preventiva</i>	196
iii) <i>I requisiti per la concessione dell'autorizzazione</i>	198
iv) <i>Le modalità di rimborso: il rapporto con la normativa sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale</i>	200
5.3. L'individuazione degli obblighi dello Stato di cura	202
5.4. La cooperazione in materia di cure sanitarie	207
5.5. La Direttiva e il sistema delle competenze	209
i) <i>La controversa individuazione della base giuridica dell'atto</i>	210
ii) <i>Direttiva e principio di sussidiarietà</i>	214
iii) <i>Direttiva e principio di proporzionalità</i>	218

CAPITOLO V – Osservazioni conclusive e prospettive di sviluppo	223
1. L'impatto del mercato interno sui sistemi nazionali di <i>welfare</i>	223
1.1 Mercato interno e competenze statali in materia di servizi socio-sanitari	224
1.2. Verso una più ampia applicazione delle norme sul mercato interno nei confronti delle attività socio-sanitarie?	227
1.3. Mercato interno e tutela dei valori sociali	229
1.4. L'apertura di un 'nuovo fronte': l'applicazione delle norme sulla libertà di stabilimento nel settore socio-sanitario	232
2. Verso una progressiva sistematizzazione della materia: risultati e prospettive	238
2.1. La Direttiva sui diritti dei pazienti transfrontalieri: una soluzione di compromesso in risposta all'attivismo della Corte	238
2.2. I servizi socio-sanitari come servizi di interesse generale: quali prospettive per una disciplina organica della questione?	240
<i>Bibliografia</i>	249
<i>Monografie</i>	249
<i>Articoli e Contributi su collettanee</i>	255

Abbreviazioni

Cah. Dr. Eur.	Cahiers de droit européen
Cambr. YELS	The Cambridge Yearbook of European Legal Studies
CMLR	Common Market Law Review
Colum. J. Eur. L.	Columbia Journal of European Law
Columbia L.R.	Columbia Law Review
DCI	Diritto del commercio internazionale
DCSI	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
Dir. Econ.	Il diritto dell'economia
Dir. Merc. Lav.	Diritto del mercato del lavoro
Dir. Pubbl.	Diritto pubblico
DO	Droit ouvrier
DPCE	Diritto pubblico comparato ed europeo
DPUE	Diritto e politiche dell'Unione europea
DUE	Il diritto dell'Unione europea
Duke L.J.	Duke Law Journal
EBLR	European Business Law Review
ECLR	European Competition Law Review
EJHL	European Journal of Health Law
EJPH	European Journal of Public Health
ELR	European Law Review
EStAL Quart.	European State Aid Law Quarterly
Eur. Const. L.R.	European Constitutional Law Review
Germ. L.J.	German Law Journal
Giur. It.	Giurisprudenza italiana
Istit. Feder.	Istituzioni del federalismo
ICL-Journal	Vienna On-Line Journal on International Constitutional Law
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
JCMS	Journal of Common Market Studies
Journ. L. & Soc.	Journal of Law and Society
LIEI	Legal Issues of Economic Integration
Mercato conc. reg.	Mercato, Concorrenza, Regole
MJECL	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MLR	The Modern Law Review
Quad. Cost.	Quaderni costituzionali

Rass. For.	Rassegna Forense
RCDP	Rivista critica del diritto privato
RDI	Rivista di diritto internazionale
Reg. & Gov.	Regulation & Governance
RGL	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
RIDPC	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
RISP	Rivista italiana di scienza politica
Riv. dir. eur.	Rivista di diritto europeo
RDSS	Rivista del diritto della sicurezza sociale
RMUE	Revue du marché unique européen
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
Serv. Pubbl. App.	Servizi pubblici e appalti
Soc. Pol. & Admin.	Social Policy and Administration
Studi integr. eur.	Studi sull'integrazione europea
Urb. e app.	Urbanistica e appalti
YEL	Yearbook of European Law
Wis. Int'l L.J.	Wisconsin International Law Journal
World Comp.	World Competition
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
TCE	Trattato che istituisce la Comunità europea
TFUE	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
TUE	Trattato sull'Unione europea

CAPITOLO I

Introduzione

SOMMARIO: 1. Il *welfare State* negli Stati membri dell'Unione europea. – 2. Le competenze dell'Unione europea in materia di servizi socio-sanitari. – 2.1. Dal Trattato di Roma al Trattato di Nizza. – 2.2. Le principali innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona. – 3. Il compromesso alla prova del mercato interno: oggetto e piano del lavoro.

1. *Il welfare State negli Stati membri dell'Unione europea*

L'Europa e, soprattutto, gli Stati protagonisti del processo di integrazione europea, hanno rappresentato la culla del *welfare State*¹, nonché il luogo della sua massima espressione. Di converso, l'affermarsi del modello in parola ha inciso profondamente sulla natura di questi Paesi, rappresentando un momento fondamentale nella loro evoluzione. Come osservato dagli studiosi più attenti, «[l]o sviluppo del welfare state [...] ha implicato una trasformazione fondamentale dello Stato stesso, della sua struttura, delle sue funzioni, della sua legittimità»². L'adozione di misure a favore del benessere generale ha rappresentato, soprattutto nell'Europa occidentale del secondo dopoguerra, uno dei principali strumenti di legittimazione dello Stato nazionale.

Non sorprende, dunque, che gli Stati abbiano tradizionalmente rifiutato ogni forma di interferenza nella loro 'sovranità sociale'³, come

¹ Il concetto è utilizzato per indicare «un insieme di politiche pubbliche connesse al processo di modernizzazione tramite le quali lo Stato fornisce ai propri cittadini protezione contro rischi e bisogni prestabiliti, sotto forma di assistenza, assicurazione e sicurezza sociale, introducendo, fra l'altro, specifici diritti sociali, nonché specifici doveri di contribuzione finanziaria». La definizione è tratta da M. FERRERA, *Le politiche sociali*, Bologna 2006, pp. 15-17. Nel corso della trattazione si userà anche l'espressione italiana 'Stato sociale'.

² P. FLORA e A.J. HEIDENHEIMER, *Il nucleo storico e il cambiamento dei confini del 'welfare State'*, in P. FLORA e A.J. HEIDENHEIMER (a cura di), *Lo sviluppo del Welfare State in Europa e in America*, Bologna 1983, p. 34.

³ Sul concetto si vedano R. LATHAM, *Social Sovereignty*, in *Theory, Culture and*

dimostra la scelta, tanto per limitarsi a quello che costituirà l'oggetto del presente lavoro, di ridurre al minimo la capacità di intervento dell'Unione europea in questo ambito. L'evoluzione del processo di integrazione europea ha, però, modificato la situazione, contribuendo all'erosione della discrezionalità statale quanto all'organizzazione dei sistemi di protezione sociale⁴. Il presente lavoro si concentra su uno degli aspetti più controversi di questo fenomeno, analizzando le ricadute derivanti dalla graduale estensione delle norme sul mercato interno rispetto alle attività del settore socio-sanitario.

Prima di procedere oltre nell'analisi, conviene soffermarsi brevemente sull'evoluzione che ha interessato il *welfare State* in Europa, così da estrapolarne le caratteristiche salienti. Lo sviluppo del modello ha conosciuto varie fasi⁵, a partire dalla fine del XIX secolo quando venne introdotta l'assicurazione obbligatoria per alcune categorie di lavoratori, prima in Germania, sotto il cancelliere Bismarck⁶, e poi anche in altri Paesi europei⁷. L'innovazione segnava un punto di svolta rispetto al passato, quando gli interventi previdenziali avevano natura occasionale e non davano vita ad alcun tipo di diritto in capo al beneficiario. Nella maggior parte dei casi, l'assicurazione obbligatoria è stata dapprima istituita contro gli infortuni sul lavoro, per poi estendersi ad altri ambiti, quali le malattie e la vecchiaia. Questo per ragioni di natura politica⁸, ma anche in risposta ad un problema

Society, 17, 2000, pp. 1-18; S. LEIBFRIED e P. PIERSON, *Semisovereign Welfare States: Social Policy in a Multitiered Europe*, in S. LEIBFRIED e P. PIERSON (eds), *European Social Policy Between Fragmentation and Integration*, Washington 1995, pp. 43-77.

⁴ Al cui interno è possibile distinguere tre modalità di intervento: l'assistenza sociale, l'assicurazione sociale e la sicurezza sociale. In questo senso M. FERRERA, *Le politiche sociali*, cit., pp. 17-22.

⁵ Sul punto si segue la sequenza proposta da M. FERRERA, *Le politiche sociali*, cit., pp. 22-30. In argomento si vedano, inoltre, F.A. CANCELLA, *Servizi del welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milano 2009, pp. 8-25; J. ALBER, *Dalla carità allo Stato sociale*, Bologna 1986, pp. 17-74.

⁶ Nel 1883 venne istituita l'assicurazione obbligatoria contro le malattie, nel 1884 contro gli infortuni e nel 1889 contro la vecchiaia e l'invalidità.

⁷ In Austria, dove nel 1887 venne istituita l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e nel 1888 contro le malattie, in Norvegia, nel 1894 contro gli infortuni, in Finlandia, nel 1895 contro gli infortuni, e l'Italia, nel 1898 contro gli infortuni.

⁸ P. FLORA e J. ALBER, *Sviluppo dei «Welfare States» e processi di modernizzazione e democratizzazione nell'Europa occidentale*, in P. FLORA e A.J. HEIDENHEIMER (a cura di), *op. cit.*, p. 73. Gli AA. osservano che «[l']introduzione dell'assicurazione contro gli infortuni e del risarcimento dei lavoratori non rappresenta una rottura radicale con il liberalismo, poiché poteva essere razionalizzata attraverso una ridefinizione della vecchia idea della responsabilità per i danni causati individualmente».

– l'aumento degli infortuni sul lavoro – che aveva assunto dimensioni sempre più preoccupanti con l'accelerazione del processo di industrializzazione⁹.

Nel periodo successivo alla Prima Guerra Mondiale, si è assistito al graduale consolidamento del modello. In questa fase, molti Paesi europei ampliarono i loro schemi di protezione sociale, sia dal punto di vista oggettivo, integrando nuove tipologie di rischio nel catalogo di quelli coperti, sia sotto il profilo soggettivo, estendendo la copertura a categorie fino ad allora escluse¹⁰. Ma è nel secondo dopoguerra che il modello dello Stato sociale ha conosciuto la sua massima espansione, trovando riconoscimento anche nelle Costituzioni di molti Stati europei¹¹. Soprattutto nella fase della ricostruzione post-bellica, le politiche sociali, oltre a risultare essenziali per far fronte agli enormi bisogni materiali della popolazione, costituivano un pilastro fondamentale della rifondazione dello Stato, in quanto fattore di rilegittimazione democratica¹². A partire da questo momento e per tutto quello che è stato significativamente denominato 'il Trentennio Glorioso' (1945-1975)¹³, i sistemi europei di protezione sociale hanno conosciuto una fortissima espansione, determinando un sensibile miglioramento della protezione offerta¹⁴.

La fase espansiva si arrestò alla metà degli anni '70, momento nel quale il *welfare State* è entrato in crisi in tutti i Paesi europei¹⁵. Le ragioni di tale inversione di tendenza sono molteplici e attengono ai profondi mutamenti che hanno interessato, sebbene secondo modalità ed intensità diverse, l'assetto socio-economico dei diversi Paesi, determinando, da un lato, una forte riduzione delle risorse a disposizione delle autorità pubbliche e, dall'altro, l'aumento della domanda

⁹ In argomento F.A. CANCELLA, *op. cit.*, pp. 12-15.

¹⁰ M. FERRERA, *Le politiche sociali*, cit., p. 25. L'A. osserva che «questa fase di consolidamento del *welfare state* segna dunque il passaggio dalla nozione più ristretta di 'assicurazione dei lavoratori' a quella più ampia di 'assicurazione sociale', che dava una definizione più estesa dei rischi e, soprattutto, dei possibili beneficiari in cui si faceva gradualmente strada, accanto alla tradizionale idea del risarcimento in base ai contributi versati, anche l'idea di una protezione minima in base ai bisogni».

¹¹ S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna 2003, p. 20.

¹² Sul punto M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, in *RGL*, 1998, p. 311; A.S. MILWARD, *L'Europa in formazione*, in P. ANDERSON et al. (a cura di), *Storia d'Europa*, vol. I, *L'Europa oggi*, Torino 1993, p. 163.

¹³ L'espressione è stata coniata da J. FOURASTIÉ, *Le Trentes Glorieuses*, Paris 1979.

¹⁴ Per una ricostruzione dettagliata si veda P. FLORA (eds), *Growth to Limits. The European Welfare States since World War II*, Berlin – New York 1986-1987.

¹⁵ S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., pp. 30-35.

di servizi da parte della popolazione¹⁶. Soprattutto a partire dai primi anni '90, gli Stati europei furono, quindi, costretti a modificare i loro sistemi di protezione sociale¹⁷, nel tentativo di rendere più efficiente l'erogazione dei servizi, contenere i costi e trovare nuove fonti di finanziamento. Da questo momento, si è assistito alla graduale introduzione di nuovi modelli organizzativi di matrice più marcatamente imprenditoriale¹⁸, fino ad affidare alcune delle funzioni tradizionalmente svolte dal potere pubblico a soggetti privati.

Le soluzioni adottate nel corso di questo travagliato periodo di riforme sono state nuovamente messe in discussione dalla grave crisi che ha colpito l'economia mondiale e, in particolare, quella europea, a partire dalla seconda metà del 2008. Molti Stati si sono visti costretti ad introdurre nuove riforme per far fronte alla drastica riduzione delle risorse disponibili e al contemporaneo aumento della domanda di protezione sociale determinata dal grave deterioramento della situazione economica¹⁹.

L'evoluzione storica fin qui tratteggiata sembrerebbe indicare la presenza di un unico modello di Stato sociale, comune a tutti i Paesi europei. Nonostante la presenza di innegabili tratti di comunanza²⁰,

¹⁶ M. FERRERA, *Le politiche sociali*, cit., p. 27. L'A. individua i seguenti fattori quali cause della crisi del *welfare State*: il forte rallentamento dell'economia dei Paesi europei; il passaggio da economie industriali a economie fondate sul settore dei servizi; la perdita di stabilità dell'istituto familiare; lo squilibrio nelle strutture demografiche dei Paesi europei, caratterizzati da un declino della fertilità e da un allungamento della prospettiva di vita; le aspettative crescenti da parte della popolazione che ha portato ad un aumento della domanda di servizi sociali; l'affievolimento del ruolo dello Stato nella sfera economica. Sul punto si veda inoltre, Id., *The European Welfare State. Golden Achievements, Silver Prospects*, URGE Working Paper no. 4/2007, pp. 4-10.

¹⁷ In argomento M. FERRERA, *The European Welfare State*, cit., pp. 10-13.

¹⁸ Si parla, a questo proposito, di managerializzazione – o aziendalizzazione – dell'erogazione dei servizi.

¹⁹ In generale sull'argomento F.R. PIZZUTI, *Rapporto sullo Stato sociale 2010. La «grande crisi del 2008» e il welfare State*, Milano 2009.

²⁰ Spesso condensati nel concetto di 'modello sociale europeo', originariamente coniato in riferimento ai tratti comuni relativi all'organizzazione dei rapporti tra le forze sociali nel diritto del lavoro dei Paesi europei (in argomento S. VAN RAEPENBUSCH, *Le cadre institutionnel de la politique sociale de l'Union Européenne*, in *Commentaire J. Megret. Politique sociale, education et jeunesse*, vol. 7, Bruxelles 1998, pp. 52-53). La nozione è stata poi utilizzata in senso più ampio per indicare un serie di caratteri comuni alle società europee che si fondano sulla convinzione che lo sviluppo economico ed il progresso sociale debbano essere letti come obiettivi interrelati e non confliggenti (in questo senso Parere del Comitato Economico e Sociale, *Coesione economica e sociale: dare un contenuto al modello sociale europeo*, 6 luglio 2006, in GU C 309 del 16.12.2006, punto 2.1.2.6; Libro bianco, *La politica sociale europea. Uno strumento di progresso per l'Unione*, 27 luglio 1994, COM(94) 333

si deve rilevare come, in realtà, il modello si differenzi da Stato a Stato, articolandosi diversamente a seconda del contesto esaminato. Convenzionalmente si è soliti ricondurre le diverse esperienze nazionali entro due macro-categorie, facendo riferimento ad una bipartizione del modello consolidatasi già nella prima metà del XX secolo. Il criterio che consente di distinguere i due modelli è il cd. 'formato di copertura', vale a dire «le regole di accesso e affiliazione ai principali schemi di protezione sociale»²¹. Così, è possibile individuare, da un lato, il modello universalistico²², diffuso soprattutto nei Paesi anglo-scandinavi, il quale si fonda su schemi che coprono tutti i cittadini, a prescindere dalla loro posizione lavorativa, e generalmente finanziati attraverso la fiscalità pubblica. Dall'altro, vi è il modello occupazionale, affermatosi in Germania già alla fine del XIX secolo sotto il cancelliere Bismarck e successivamente diffusosi in tutti i Paesi dell'Europa continentale, nel quale coesistono una molteplicità di schemi occupazionali rivolti principalmente nei confronti dei lavoratori e finanziati attraverso contributi sociali.

Vale la pena sottolineare come questo tipo di distinzione costituisca solo una delle possibili categorizzazioni applicabili ad una realtà molto più complessa e frammentata²³. Bisogna, inoltre, rilevare come

def., punto 3). L'utilizzo del termine è stato, però, fortemente criticato, in quanto contraddittorio e privo di un contenuto definito. In realtà, anche ammettendone il carattere talvolta sfuggente, il concetto, se inteso correttamente, ha una propria valenza descrittiva, individuando una serie di valori e principi che costituiscono un substrato comune alle società dei Paesi europei (in questo senso S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., p. 22; G. DE BURCA, *Towards European Welfare?*, in G. DE BURCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford 2005, pp. 2-3). Sul dibattito sviluppatosi sul 'modello sociale europeo', si vedano, *ex multis*, V. DEMERTZIS, *The European Social Model(s) and the Self-Image of Europe*, in F. CERUTTI e S. LUCARELLI (eds), *The Search for a European Identity: Values, Policies and Legitimacy of the European Union*, Abigdon 2008, pp. 125-141; C. PINELLI, *Modello sociale europeo e costituzionalismo sociale europeo*, in *RDSS*, 2008, pp. 251-270; D. WINCOTT, *The Idea of the European Social Model: Limits and Paradoxes of Europeanization*, in K. FEATHERSTONE e C. RADAELLI (eds), *The Politics of Europeanization*, Oxford 2003, pp. 279-302; F.W. SCHARPF, *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, in *JCMS*, 40, 2002, pp. 645-670.

²¹ M. FERRERA, *Le politiche sociali*, cit., p. 39.

²² Modello che trova il proprio fondamento nelle teorie sviluppate in Gran Bretagna da Lord Beveridge in *Social Insurance and Allied Services. Report by Sir William Beveridge*, London 1942 dove si prevede la creazione del *National Health System*, il quale sarebbe poi stato effettivamente istituito nel 1946.

²³ Quella proposta si concentra sul 'chi', vale a dire sulle regole che disciplinano l'accesso agli schemi di sicurezza sociale. Alcuni autori hanno proposto differenziazioni diverse, prendendo anche in considerazione il *quanto* e il *come* della protezione. Una delle proposte che ha maggiormente influenzato il dibattito è quella avanzata da G. ESPING-ANDERSEN, *The Three World of Welfare Capitalism*, Cambridge

la bipartizione non possa essere intesa in senso troppo rigida, essendo numerosi gli esempi di modelli ‘misti’, nei quali, cioè, coesistono elementi tipici del modello universalistico e di quello occupazionale²⁴. Tuttavia, il ricorso a questa bipartizione ha il pregio di mettere in luce alcune caratteristiche proprie dei diversi sistemi nazionali che risultano rilevanti ai fini dell’analisi.

2. *Le competenze dell’Unione europea in materia di servizi socio-sanitari*

2.1. *Dal Trattato di Roma al Trattato di Nizza*

L’assenza di un modello unico di *welfare State* nei Paesi membri è dovuta a motivi di natura politica, economica e culturale, e si riflette nel compromesso istituzionale su cui si fondava l’assetto originario della costituzione economica²⁵ delle Comunità europee. Al momento della conclusione del Trattato di Roma nel 1957, come già per quello di Parigi del 1951 istitutivo della CECA²⁶, si era, infatti, de-

1990. Utilizzando uno schema analitico che tiene conto di una serie più complessa di variabili, l’A. ha individuato tre regimi di *welfare*: quello liberale, quello conservatore-corporativo e quello socialdemocratico. A questa è stata successivamente aggiunta una quarta categoria, comprensiva dei sistemi di *welfare* dei Paesi dell’Europa meridionale (M. FERRERA, *Il modello sud-europeo di welfare State*, in *RISP*, 1996, pp. 67-101). La quadripartizione è riproposta anche da A. SAPIR, *Politiche sociali efficaci al passo della globalizzazione*, Bologna 2005.

²⁴ Paradigmatico, in questo senso, il caso dell’Italia, la quale nel 1978 (Legge n. 833/1978, in GU n. 360 del 28.12.1978) ha istituito il Sistema Sanitario Nazionale, schema tipico del modello universalistico, in un sistema di *welfare* occupazionale.

²⁵ Il concetto è qui utilizzato in senso atecnico, per indicare l’insieme dei principi fondamentali che governano il processo di cooperazione socio-economica e, in particolare, il contenuto ed i limiti dell’intervento pubblico rispetto al mercato. Sul concetto, si vedano W. DEVROE e P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Observations on Economic Governance and the Search for a European Economic Constitution*, in D. SCHIEK, U. LIEBERT e H. SCHNEIDER (eds), *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, Cambridge 2011, pp. 96-105; HATJE, *The Economic Constitution within the Internal Market*, in A. VON BOGDANDY e J. BAST (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford 2010, pp. 589-622; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari 2006, pp. 31-58; C. JOERGES, *What is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy*, in *ELR*, 30, 2005, pp. 461-489; G.L. TOSATO, *Osservazioni in tema di Costituzione economica dell’Unione europea*, in S. PANUNZIO e E. SCISO (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell’Italia all’Unione europea*, Milano 2002, pp. 57-65; A. QUADRIO CURZIO, *Introduzione: riflessioni per una Costituzione economica europea*, in ID. (a cura di), *Profili della Costituzione economica europea*, Bologna 2001, pp. 19-84.

²⁶ Anche se questo Trattato si caratterizzava per un approccio più dirigista rispetto

ciso che il nuovo soggetto – la Comunità economica europea – sarebbe potuto intervenire nel settore sociale solo nei limiti in cui la sua azione fosse stata necessaria per la creazione del mercato interno, preservando, così, sostanzialmente intatte le competenze statali in materia di organizzazione e fornitura dei servizi socio-sanitari²⁷. La sfera sociale e quella economica venivano, quindi, separate²⁸, riservando la prima agli Stati e la seconda alla Comunità²⁹.

La creazione di un ‘doppio binario’³⁰ non costituiva, però, espressione di quella che è stata erroneamente considerata la «frigidità sociale dei padri fondatori»³¹, essendo, al contrario, una scelta dettata dalla volontà di preservare e addirittura rafforzare i sistemi nazionali di *welfare*³². Era convinzione diffusa che la creazione di un mercato europeo fortemente integrato avrebbe contribuito sia alla progressiva armonizzazione ‘verso l’alto’ delle legislazioni sociali nazionali, sia al rafforzamento delle capacità di intervento da parte degli Stati mem-

al Trattato di Roma. Sul punto S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., pp. 44-57.

²⁷ In argomento S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., pp. 69-77; S. VAN RAEPENBUSCH, *Le cadre institutionnel*, cit., 21-24; A. ADINOLFI, *Voce Politica sociale nel diritto delle Comunità europee*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XI, Torino 1996, p. 281; S. LEIBFRIED, *Social Europe. Welfare State Trajectories of the European Community*, ZeS-Arbeitspapier no. 10/91, p. 9.

²⁸ Il compromesso trovava il proprio fondamento teorico nella teoria ordoliberales, elaborata dalla cd. ‘Scuola di Friburgo’ alla fine degli anni ‘20 del secolo scorso. Secondo questa teoria, il mercato non costituisce un ordine in grado di autoregolarsi, ma è necessario che sia lo Stato ad intervenire, attraverso la creazione di un sistema regolamentare adeguato, per assicurare la massimizzazione del benessere. In argomento C. JOERGES e F. RÖDL, «*Social Market Economy*» as *Europe’s Social Model?*, EUI Working Paper no. 2004/8, May 2004, pp. 12-17.

²⁹ In realtà, il compromesso è stato oggetto di forti discussioni in seno alla Conferenza intergovernativa che ha portato alla conclusione del Trattato di Roma. La delegazione francese sosteneva, infatti, la necessità di dotare la Comunità economica europea di poteri più incisivi in materia di armonizzazione delle politiche sociali nazionali, ritenendo questo aspetto come una pre-condizione per l’integrazione dei mercati. Sul punto si veda F.W. SCHARPF, *The European Social Model*, cit., pp. 645-648.

³⁰ Spesso reso con lo slogan «Keynes at home, Smith abroad» coniato da R. GILPIN, *The Political Economy of International Relations*, Princeton 1987, p. 455 per indicare come i Padri fondatori intendessero creare un sistema di economie aperte verso l’esterno, coniugandole con sistemi di *welfare* chiusi e politiche sociali rivolte verso l’interno. Sul punto, M. FERRERA, *Friends, not Foes: European Integration and National Welfare States*, URGE Working Paper no. 10/2006, p. 5.

³¹ Secondo l’espressione coniato da G.F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell’ordinamento delle Comunità europee*, in *Il lavoro nel diritto comunitario e l’ordinamento italiano*, Padova 1988, p. 33.

³² F.A. CANCELLA, *op. cit.*, pp. 30-31; M. FERRERA, *Friends, not Foes*, cit., p. 6; S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., pp. 26-30.

bri in questo ambito³³. Secondo il disegno originario, l'integrazione del mercato, contribuendo alla crescita economica dei Paesi europei, avrebbe incrementato le risorse a loro disposizione per la messa in atto di politiche redistributive.

In questo contesto, lo strumento più significativo alla quale la Comunità poteva fare ricorso in materia di *welfare* era quello del coordinamento, utilizzato fin dalle origini per quanto riguarda i regimi di sicurezza sociale³⁴. Questo tipo di intervento era funzionale a garantire la libera circolazione dei lavoratori subordinati, consentendo, al tempo stesso, di conservare pressoché intatta l'autonomia statale in questo ambito³⁵. Per le stesse ragioni, era esclusa ogni ipotesi di armonizzazione positiva delle legislazioni nazionali, negando, quindi, in radice ogni possibilità di sviluppare una vera e propria politica sociale su scala europea.

Il venir meno delle condizioni socio-economiche che ne avevano giustificato l'accoglimento ha determinato, soprattutto a partire dalla metà degli anni '70, il progressivo declino del modello dell'armonizzazione 'nel progresso'³⁶ che aveva ispirato la 'scelta astensionistica' operata dal Trattato di Roma relativamente alla politica sociale. A partire da questo momento è emersa, con sempre maggiore chiarezza, la necessità di rafforzare la dimensione sociale dell'integrazione europea, soprattutto di fronte a sfide non aventi più una dimensione meramente nazionale³⁷. La presa di coscienza si è tradotta nell'introduzione di una serie di modifiche all'impianto originario della politica sociale europea³⁸, senza che questo abbia, però, comportato il completo superamento del compromesso istituzionale originario.

Il processo di riforma si è aperto con il Trattato di Maastricht³⁹,

³³ L'idea era già stata espressa nel *Rapporto ai Ministri degli Affari Esteri dei Capi di Delegazione del Comitato Intergovernativo creato alla Conferenza di Messina*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Servizio Informazioni, 1959, p. 35 (più conosciuto come 'Rapporto Spaak' il quale era stato presentato già nel 1956).

³⁴ Regolamento del Consiglio n. 3 del 25 novembre 1958, *relativo alla sicurezza sociale dei lavoratori migranti*, in GU n. 30 del 15.12.1958, p. 561.

³⁵ Sul punto, si vedano, per tutti, S. GIUBBONI e G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna 2007, pp. 139-148; S. GIUBBONI, *L'azione comunitaria in materia di sicurezza sociale in prospettiva storica*, URGE Working Paper no. 2/2007, pp. 1-5.

³⁶ S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., pp. 262-265.

³⁷ M. SHANKS, *Introductory Article: The Social Policy of the European Communities*, in *CMLR*, 14, 1977, p. 375.

³⁸ Su questa evoluzione si veda A. SANTINI, *La politica sociale e dell'occupazione*, in U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte Speciale. Il diritto sostanziale*, 3ª ed., Milano 2010, pp. 240-244.

³⁹ P. WATSON, *Social Policy after Maastricht*, in *CMLR*, 30, 1993, pp. 481-513.

il quale pose alcune delle finalità tipiche della politica sociale tra gli obiettivi dell'azione comunitaria, prevedendo, inoltre, un titolo specifico sulla sanità pubblica, la quale, a partire da questo momento, ha così assunto lo *status* di politica autonoma in ambito comunitario⁴⁰. Successivamente, ad Amsterdam⁴¹, venne deciso l'inserimento dell'Accordo sulla politica sociale⁴² nel testo del Trattato, contribuendo a superare la situazione di incertezza determinata dall'atteggiamento ostruzionistico adottato in precedenza dal governo britannico. Nel merito, venne chiarito come gli obiettivi della politica sociale siano condivisi dalla Comunità e dagli Stati membri, prevedendo, nel contempo, che le misure adottate debbano in ogni caso tenere conto «della diversità delle prassi nazionali» e «della necessità di mantenere la competitività dell'economia della Comunità». Tali precisazioni rivelano la volontà di non sovvertire l'impostazione tradizionale, subordinando lo sviluppo della politica sociale al rispetto degli interessi nazionali e delle esigenze del mercato⁴³.

Il Trattato di Nizza si limitò a consolidare le innovazioni introdotte dal Trattato di Amsterdam, fatte salve alcune modifiche relative agli strumenti utilizzabili in ambito sociale. Tra questi, merita un cenno la previsione secondo cui, per il conseguimento degli obiettivi previsti dall'articolo 137 TCE, il Consiglio possa «adottare misure destinate a incoraggiare la cooperazione tra Stati membri attraverso iniziative volte a migliorare la conoscenza, a sviluppare scambi di informazioni e di migliori prassi, a promuovere approcci innovativi e a valutare le esperienze fatte». La disposizione riprende quanto già previsto dal Trattato di Amsterdam in materia di occupazione⁴⁴, co-

⁴⁰ S. VAN RAEPENBUSCH, *Le cadre institutionnel*, cit., p. 25.

⁴¹ In generale, A. ADINOLFI, *Le innovazioni previste dal Trattato di Amsterdam in tema di politica sociale*, in *DUE*, 1998, pp. 563-569.

⁴² L'Accordo era stato concluso in occasione della Conferenza intergovernativa che aveva portato alla conclusione del Trattato di Maastricht. A causa dell'opposizione del Regno Unito, l'Accordo non era, però, stato incluso nel testo del Trattato, ma solo in un Protocollo allegato, risultando vincolante solo per undici degli allora dodici Stati membri. In argomento si veda A. ADINOLFI, *Politica sociale*, cit., pp. 286-287.

⁴³ In questo senso, E. CORTESE PINTO, *Articolo 136*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano 2004, p. 772.

⁴⁴ In argomento, N. KERSCHEN, *The Social Partners in European Employment Strategy*, in O. DE SCHUTTER e S. DEAKIN (eds), *Social Rights and Market Forces. Is the Open Coordination of Employment and Social Policies the Future of Social Europe?*, Bruxelles 2005, pp. 166-202; S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di «soft law»*, in *Quad. Cost.*, 2004, 281-301; E. SZYSZCZAK, *The New Paradigm for Social Policy: A Virtuous Circle?*, in *CMLR*, 38, 2001, pp. 1125-1170.

dificando l'estensione del cd. metodo aperto di coordinamento⁴⁵ anche in questo ambito.

Lo strumento costituisce una forma di *soft governance* che, per quanto riguarda il settore sociale, era stato inaugurato nel contesto della *Strategia di Lisbona*, lanciata dal Consiglio europeo nel 2000 con l'obiettivo di fare dell'Unione europea «l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale»⁴⁶. Il metodo ha trovato attuazione in una serie di ambiti che fanno parte del settore in esame⁴⁷, quali, oltre a quello già menzionato dell'occupazione, l'esclusione sociale, le pensioni, l'educazione e la sanità⁴⁸. Nonostante le critiche alla sua efficacia e alla sua capacità di contribuire in modo effettivo al rafforzamento della dimensione sociale del processo di integrazione⁴⁹, l'importanza dello strumento è stata ribadita anche nel contesto della *Strategia Europa 2020*, la quale, adottata dal Consiglio europeo nel

⁴⁵ Sullo strumento esiste ormai una letteratura molto vasta, della quale non può darsi conto in modo esaustivo in questa sede. Per tutti si vedano O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna 2008, pp. 124-127; E. SZYZCZAK, *Experimental Governance: The Open Method of Coordination*, in *ELJ*, 12, 2006, pp. 486-502; A. ILIOPOULOU, *Le méthode ouverte de coordination: un nouveau mode de gouvernance dans l'Union européenne*, in *Cah. Dr. Eur.*, 2006, pp. 315-341; G. DE BURCA, *The Constitutional Challenge of New Governance in the European Union*, in *ELR*, 28, 2003, pp. 814-832.

⁴⁶ *Conclusioni della Presidenza*, Consiglio europeo di Lisbona, 23-24 marzo 2000, punti 5-7. Per un'analisi critica dell'efficacia del metodo aperto di coordinamento nel contesto della Strategia di Lisbona si veda B. VANHERCKE, *Delivering the Goods for Europe 2020? The Social OMC's Adequacy and Impact Re-Assessed*, in E. MARLIER e D. NATALI (eds), *Europe 2020. Towards a More Social EU?*, Bruxelles 2010, pp. 115-142.

⁴⁷ Per un'ampia ricognizione S. SACCHI, *Il metodo aperto di coordinamento. Origini, ragioni e prospettive del coordinamento delle politiche sociali*, in *Il Politico*, 2007, pp. 5-57. In argomento si veda, inoltre, G. CAGGIANO, *Il coordinamento comunitario delle politiche nazionali per la creazione del modello sociale europeo*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Vol. II, Napoli 2009, pp. 909-925.

⁴⁸ In argomento si veda, in particolare, T. HERVEY, *The European Union's Governance of Health Care and the Welfare Modernization Agenda*, in *Reg. & Gov.*, 2008, pp. 103-120.

⁴⁹ Dopo una prima fase caratterizzata da grandi aspettative, sono emerse in dottrina numerose voci critiche sull'utilizzo del metodo aperto di coordinamento quale strumento per il rafforzamento della politica sociale europea. A tale proposito, è stato osservato come lo strumento rischi di inibire l'utilizzo dei (limitati) poteri conferiti dal Trattato alle istituzioni europee in ambito sociale, senza che questo porti a risultati apprezzabili. In questo senso M. DAWSON, *The Ambiguity of Social Europe in the Open Method of Coordination*, in *ELR*, 34, 2009, pp. 55-79; V. HATZOPOULOS, *Why the Open Method of Coordination is Bad for You: A Letter to the EU*, in *ELJ*, 13, 2007, pp. 309-342.

luglio 2010⁵⁰ in sostituzione della *Strategia di Lisbona*, fissa una serie di obiettivi importanti per una crescita che sia «intelligente, sostenibile ed inclusiva»⁵¹. Ciò che preme sottolineare in questa sede è come il ricorso allo strumento del metodo aperto di coordinamento non modifichi l'originario riparto di competenze tra gli Stati membri e l'Unione europea per quanto riguarda l'organizzazione dei servizi socio-sanitari. Trattandosi di uno strumento di *soft governance*, essa non può, infatti, modificare gli assetti disegnati dai Trattati, potendo solo contribuire ad una maggiore convergenza tra i diversi livelli verso il raggiungimento di determinati obiettivi⁵².

2.2. Le principali innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona

Tra gli elementi di novità previsti in questo ambito dal Trattato di Lisbona si deve segnalare, prima di tutto, il conferimento di un valore giuridico pari a quello dei Trattati alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵³. Il passaggio risulta potenzialmente molto rilevante ai fini in esame, posto che il Capo IV dell'atto, significativamente dedicato al principio di solidarietà⁵⁴, prevede una serie di diritti economici e sociali fondamentali⁵⁵. Tra questi, per quanto

⁵⁰ Conclusioni del Consiglio europeo del 17 giugno 2010, EUCO 13/10.

⁵¹ Si veda Comunicazione della Commissione, *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva*, 3 marzo 2010, COM(2010) 2020 def., pp. 11-22. Per una prima analisi degli obiettivi e della struttura complessiva della Strategia si vedano H. FRAZER e E. MARLIER, *Europe 2020: Towards a More Social EU?*, in E. MARLIER e D. NATALI (eds), *op. cit.*, pp. 15-44.

⁵² Sul punto, per tutti, O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo*, cit., pp. 124-125.

⁵³ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata originariamente proclamata dai Presidenti di Parlamento europeo, Consiglio e Commissione in occasione del Consiglio europeo di Nizza il 7 dicembre 2000. Successivamente modificata in sede di Convenzione sul futuro dell'Europa, la Carta è stata nuovamente proclamata dai Presidenti di Parlamento europeo, Consiglio e Commissione in occasione della seduta plenaria del Parlamento europeo del 12 dicembre 2007. La Carta acquista valore giuridico vincolante con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il quale, a differenza di quanto avveniva nel Trattato istitutivo di una Costituzione per l'Europa, si limita a richiamarla in uno dei suoi articoli (art. 6 TUE) senza incorporarla nel testo. Per una ricostruzione di queste vicende ed un'analisi delle loro ripercussioni dal punto di vista giuridico si veda L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, pp. 656-669. Per un'analisi critica della scelta si veda M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts*, in *CMLR*, 45, 2008, p. 662.

⁵⁴ Sul principio di solidarietà, si veda *infra*, Cap. II, par. 3.2.

⁵⁵ In argomento si vedano, tra i molti, D. DAMJANOVIC e B. DE WITTE, *Welfare Integration through EU Law: The Overall Picture in the Light of the Lisbon Treaty*, in U. NEERGAARD, R. NILSEN e L.M. ROSEBERRY (eds), *Integrating Welfare Func-*

rileva maggiormente ai fini del presente lavoro, sono previsti il diritto alla sicurezza sociale e all'assistenza sociale⁵⁶, alla protezione della salute⁵⁷ e all'accesso ai servizi di interesse economico generale⁵⁸.

Nonostante il carattere indubbiamente innovativo della Carta⁵⁹, non è del tutto chiaro se, ed in che modo, il riconoscimento di un valore giuridico vincolante alle sue disposizioni sia in grado di contribuire effettivamente a rafforzare la dimensione sociale nell'ordinamento dell'Unione⁶⁰. Prima di tutto, nulla è destinato a cambiare quanto al riparto di competenze tra l'Unione e gli Stati membri in questo ambito. Come ossessivamente⁶¹ ribadito dal Trattato⁶² e dalla

tions into EU Law. From Rome to Lisbon, Copenhagen 2009, pp. 78-84; S. O'LEARY, *Solidarity and Citizenship Rights in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in G. DE BÚRCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford 2005, pp. 39-87; O. DE SCHUTTER, *La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in J.-I. CARLIER e O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles 2002, pp. 117-147; E. PACIOTTI, *Libertà - Solidarietà*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano 2002, pp. 95-107.

⁵⁶ Art. 34 della Carta, per un commento della disposizione si vedano J. TOOZE, *Social Security and Social Assistance*, in T. HERVEY e J. KENNER (eds), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Oxford-Portland 2003, pp. 161-192; A. GIORGIS, *Art. 34. Sicurezza sociale e assistenza sociale*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA e A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna 2001, pp. 240-245.

⁵⁷ Art. 35 della Carta, per un commento della disposizione si veda A. LUCARELLI, *Art. 35 Protezione della salute*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA e A. CELOTTO (a cura di), *op. cit.*, pp. 245-250.

⁵⁸ Art. 36 della Carta, per un commento della disposizione si vedano O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse generale*, in *DUE*, 2002, pp. 633-651; A. LUCARELLI, *Art. 36 Accesso ai servizi di interesse economico generale*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA e A. CELOTTO (a cura di), *op. cit.*, pp. 251-257.

⁵⁹ La Carta costituisce uno dei rari esempi nel panorama internazionale di previsione congiunta, all'interno del medesimo documento, dei diritti civili e politici e di quelli economici, sociali e culturali. Sul punto A.J. MENÉNDEZ, *The Rights' Foundation of Solidarity: Social and Economic Rights of the European Union*, ARENA Working Paper, 03/1, 10 January 2003 disponibile su http://www.arena.uio.no/publications/working-papers2003/papers/wp03_1.pdf (visitato il 23 settembre 2011).

⁶⁰ Sul punto sia consentito il richiamo a F. COSTAMAGNA, *The Internal Market and the Welfare State After the Lisbon Treaty*, OSE Research Paper no. 4, April 2011, pp. 7-10. Più in generale, sullo scarso impatto della Carta da un punto di vista giuridico, J. BAQUERO CRUZ, *What's Left of the Charter? Reflections on Law and Political Mythology*, in *MJECL*, 15, 2008, pp. 72-75.

⁶¹ Sul punto I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*, in S. GRILLER e J. ZILLER (eds), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Vienna 2008, pp. 242-243.

Carta, tale strumento «non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati»⁶³.

In seconda battuta, non può trascurarsi come la maggior parte delle disposizioni presenti nel Capo IV⁶⁴, e tra queste sicuramente quelle menzionate in precedenza⁶⁵, non contengano veri e propri diritti, ma semplici principi programmatici privi di immediata precettività e, dunque, non immediatamente invocabili dall'individuo di fronte ad un'istanza giurisdizionale⁶⁶. L'articolo 52(5) della Carta stabilisce, infatti, che «[l]e disposizioni [...] che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi ad un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo della legalità di detti atti». Secondo i suoi sostenitori, la distinzione tra diritti e principi sarebbe giustificata dal diverso carattere degli obblighi che di-

⁶² Art. 6(1), comma 2, TUE.

⁶³ Art. 51(2) della Carta. Per un'analisi della disposizione si veda M. CARTABIA, *Art. 51. Ambito di applicazione*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA e A. CELOTTO (a cura di), *op. cit.*, pp. 344-351.

⁶⁴ Rilevante a tale proposito appare l'art. 1(2) del *Protocollo (n. 30) sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali nell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito* dove si legge «in particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi ad un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno». Si tratta di una disposizione la cui portata è molto discussa in dottrina, per una lettura critica si vedano S. AMADEO, *Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela «asimmetrica» dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in *DUE*, 2009, pp. 720-742; C. BARNARD, *The 'Opt-Out' for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rhetoric over Reality?*, in S. GRILLER, J. ZILLER (eds), *op. cit.*, pp. 268-274.

⁶⁵ J. KENNER, *Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility*, in T. HERVEY e J. KENNER (eds), *op. cit.*, p. 17. *Contra* S. O'LEARY, *op. cit.*, p. 50.

⁶⁶ In argomento C. HILSON, *Rights and Principles in EU Law: A Distinction Without Foundation?*, in *MJEC*, 15, 2008, pp. 193-215; S. O'LEARY, *op. cit.*, pp. 50-54; J. KENNER, *op. cit.*, pp. 17-24; A.J. MENÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 7-9; J.P. JACQUÉ, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: présentation générale*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali*, cit., pp. 72-75. Un'impostazione per molti versi analoga è stata adottata anche nelle Conclusioni Avv. Gen. F. Jacobs presentate il 28 gennaio 1999, relative alla causa C-67/96, *Albany*, punto 146, dove, facendo riferimento alla Carta Sociale europea, si afferma che «[t]he structure of the Charter is such that the rights set out represent policy goals rather than enforceable rights».

scendono in capo ai destinatari nei due casi: negativo, o di mera astensione, per i primi; positivo, richiedendo l'adozione di specifiche misure da parte delle autorità politiche, per i secondi. Tali principi potrebbero, dunque, tramutarsi in veri e propri diritti solo «to the extent that they are implemented by national law or, in those areas in which there is such competence, by Community Law»⁶⁷.

La distinzione, non presente nella versione originale ed inserita surrettiziamente nel testo finale della Carta in sede di Convenzione sul futuro dell'Europa su pressione soprattutto della Gran Bretagna, contravviene al principio di indivisibilità dei diritti umani, riproponendo una concezione dicotomica e ormai superata⁶⁸. Essa, inoltre, tradisce alcune delle premesse che avevano portato alla redazione della Carta stessa, non rispettando il mandato del Consiglio europeo di Colonia del giugno 1999. In questa sede, era stato previsto che «[l]a Carta [dovesse] inoltre contenere i diritti fondamentali riservati ai cittadini dell'Unione [...] nella misura in cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione»⁶⁹. Come osservato in dottrina «[s]eguendo tale logica, i diritti enunciati nella Carta non dovrebbero essere meri principi o semplici finalità da perseguire ma dovrebbero acquistare il ruolo di vere e proprie situazioni giuridiche soggettive»⁷⁰.

Oltre che fondata su premesse teoriche poco convincenti, la distinzione risulta problematica anche da un punto di vista pratico⁷¹. La Carta si limita, infatti, ad introdurla, specificandone le conseguenze sul piano giuridico, senza, però, definirla. In altre parole, non è chiaro quali siano le disposizioni contenenti 'diritti' e quali quelle contenenti 'principi'⁷². Il compito di fare luce sul punto spetterà alla Corte, la

⁶⁷ LORD P. GOLDSMITH, *A Charter of Rights, Freedoms and Principles*, in *CMLR*, 38, 2001, p. 1212.

⁶⁸ Non è possibile ricostruire in questa sede l'intero dibattito sulla natura dei diritti economici, sociali e culturali: per tutti si vedano R. PISILLO MAZZESCHI, *Sulla natura degli obblighi internazionali di tutela e promozione dei diritti economici, sociali e culturali*, in F. BESTAGNO (a cura di), *I diritti economici, sociali e culturali. Promozione e tutela nella comunità internazionale*, Milano 2009, pp. 3-24; M. SEPULVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp 2003; M. SCHEININ, *Economic and Social Rights as Legal Rights*, in A. EIDE, C. KRAUSE e A. ROSAS (eds), *Economic, Social and Cultural Rights*, The Hague 2001, pp. 29-54.

⁶⁹ *Decisione del Consiglio europeo relativa all'elaborazione di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Allegato IV, Conclusioni della Presidenza, Consiglio europeo di Colonia, 3-4 giugno 1999.

⁷⁰ F.A. CANCELLA, *op. cit.*, p. 102.

⁷¹ M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon*, cit., p. 663

⁷² La Spiegazione relativa all'articolo 52 si limita a proporre alcuni esempi di

cui valutazione dovrà necessariamente avvenire in concreto, tenuto conto che, come dimostrato dalla dottrina⁷³, non tutti gli obblighi derivanti dai diritti sociali hanno carattere meramente programmatico. I giudici potranno, così, giungere a confutare l'assunto secondo cui tutti i diritti sociali sono meri principi programmatici privi di immediata precettività, riconoscendo loro uno *status* diverso da quello immaginato dai redattori della Carta.

In ogni caso, i dubbi e le incertezze che hanno accompagnato l'inclusione dei diritti sociali nella Carta dimostrano una volta di più come il processo di rafforzamento della dimensione sociale europea continui ad incontrare forti ostacoli nel passaggio dalle affermazioni di principio al momento della concreta attuazione. Una situazione che caratterizza anche altre novità introdotte dal Trattato di Lisbona in materia di politica sociale, le quali riguardano in modo quasi esclusivo il piano dei principi, non introducendo alcuna modifica significativa per quanto riguarda gli strumenti a disposizione dell'Unione. Così, l'articolo 2 TUE – la disposizione dedicata ai valori su cui si fonda l'Unione – richiama espressamente⁷⁴ il principio di solidarietà, vale a dire l'elemento su cui si fondano tutti i sistemi di *welfare* degli Stati membri. L'articolo 3 TUE prevede, invece, che l'azione dell'Unione debba tendere all'instaurazione di «un'economia sociale di mercato⁷⁵ fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale», nonché a «combattere l'esclusione sociale e le discriminazioni, [nonché a promuovere] la giustizia e la protezione sociali, la parità tra uomini e donne, la solidarietà tra le generazioni»⁷⁶.

norme della Carta che stabiliscono principi e non veri e propri diritti. Tra questi i diritti degli anziani (art. 25); l'inserimento di persone con disabilità (art. 26) e la tutela dell'ambiente (art. 37).

⁷³ S. O'LEARY, *op. cit.*, p. 51; T. HERVEY, *The 'Right to Health' in European Union Law*, in T. HERVEY e J. KENNER (eds), *op. cit.*, pp. 193-198; O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, pp. 120-123. Sul punto si veda, inoltre, ESCR Committee, *General Comment no. 3, The Nature of States Parties' Obligations*, UN Doc. E/1991/23, annex III, par. 7.

⁷⁴ Senza tuttavia porlo tra i valori fondamentali dell'Unione, ma limitandosi a considerarlo una «caratteristica delle società degli Stati membri».

⁷⁵ Il termine è stato coniato da Alfred Müller-Armack, economista appartenente alla tradizione ordoliberal e capo della delegazione tedesca alla Conferenza intergovernativa che ha portato alla conclusione del Trattato di Roma del 1957. C. JOERGES, F. RÖDL, *op. cit.*, pp. 18-21. Gli AA. mettono in luce come il riferimento al concetto di 'economia sociale di mercato' sia confuso e sostanzialmente scorretto, considerando un obiettivo quello che costituisce, invece, uno strumento. In argomento si veda, inoltre, P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia di mercato sociale nel Trattato di Lisbona*, in DPCE, 2009, pp. 81-90.

⁷⁶ Per un'analisi di tali modifiche si vedano F. COSTAMAGNA, *The Internal Market and the Welfare State*, *cit.*, pp. 5-7; D. DAMJANOVIC e B. DE WITTE, *op. cit.*, pp. 84-86.

Affermazioni certamente importanti ed impegnative, alle quali non fa, però, seguito l'attribuzione di poteri di azione più penetranti in capo alle istituzioni europee.

Le modifiche introdotte, per quanto indubbiamente significative nell'ottica di un progressivo riequilibrio tra la dimensione economica e quella sociale nell'ordinamento dell'Unione europea, sembrano voler rispondere più alle preoccupazioni degli Stati di salvaguardare la loro sovranità sociale nei confronti dell'interventismo delle istituzioni europee, che non alla necessità di elaborare un quadro normativo più coerente ed adatto alle sfide odierne. Un esempio evidente in questo senso è fornito dalla cd. 'clausola sociale' prevista all'articolo 9 TFUE. La disposizione, introdotta *ex novo* dal Trattato di Lisbona, prevede, infatti, che l'Unione «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche ed azioni [...] tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana». La formulazione letterale della norma offre già un chiaro segnale della logica 'difensiva' alla quale la stessa si ispira, mirando a limitare l'ingerenza del diritto dell'Unione in ambiti che sono di competenza esclusiva delle autorità nazionali⁷⁷.

La medesima impostazione caratterizza anche altre norme del Trattato. Quanto ai servizi sociali, l'articolo 153(2), lettera a), TFUE⁷⁸, riprodotto dall'articolo 137(2) TCE⁷⁹, prevede che, per quanto riguarda la lotta contro l'esclusione sociale e la modernizzazione dei regimi di sicurezza sociale, l'Unione possa intervenire solo per sostenere o completare l'azione degli Stati, escludendo che in questi ambiti possa farsi ricorso alle misure di armonizzazione previste alla lettera b) della medesima disposizione. Fa eccezione la materia della «sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori», ambito nel quale è ammessa l'adozione di direttive di armonizzazione. Tali atti dovranno, però, essere approvati secondo una procedura legislativa speciale che prevede l'adozione di una decisione all'unanimità da parte del Consiglio e un ruolo meramente consultivo per il Parlamento europeo. Da ultimo, si deve rilevare come il quarto comma della disposizione in esame⁸⁰ ribadisca che, in ogni caso, le misure adottate

⁷⁷ Con questo non si vuole sminuire l'importanza di una simile previsione, considerata da alcuni autori «the most important innovation of the Lisbon Treaty» (M. FERRERA, *Mapping the Components of Social EU: A Critical Analysis of the Current Institutional Patchwork*, in E. MARLIER e D. NATALI (eds), *op. cit.*, p. 57).

⁷⁸ In argomento A. SANTINI, *op. cit.*, pp. 247-249.

⁷⁹ Sulla norma si veda E. CORTESE PINTO, *Articolo 137*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, pp. 773-777.

⁸⁰ Riprodotto dall'art. 137(4) TCE.

«a norma del presente articolo non compromettono la facoltà degli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale e non devono incidere sensibilmente sull'equilibrio finanziario dello stesso».

Una situazione per molti versi analoga caratterizza anche la disciplina relativa ai servizi sanitari⁸¹, altro ambito nel quale l'Unione può intervenire solo con azioni di sostegno⁸². L'articolo 168(5) TFUE⁸³, esclude esplicitamente «qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri»⁸⁴. L'ultimo comma della disposizione si premura di delimitare in modo ancora più preciso l'ambito di azione dell'Unione, riaffermando come questa debba rispettare «le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica».

3. *Il compromesso alla prova del mercato interno: oggetto e piano del lavoro*

I confini tra l'ambito di azione dell'Unione europea e l'organizzazione dei sistemi nazionali di *welfare* appaiono oggi meno netti rispetto a quanto potrebbe desumersi dalla lettera delle disposizioni di diritto primario sulla politica sociale e sanitaria. Soprattutto a partire dai primi anni '90, si è assistito ad un graduale processo di infiltrazione della disciplina relativa al mercato interno in diversi ambiti del settore socio-sanitario. Il fenomeno si è sviluppato soprattutto grazie all'azione della Corte di Giustizia, la quale ha in qualche modo 'scoperto'⁸⁵ le norme sulla concorrenza e la libera circolazione di merci e servizi anche in riferimento a settori, come quelli in esame, per molto tempo di fatto esclusi dal loro ambito applicativo. In questo modo, si è superato il tradizionale rapporto di mutua indifferenza e non interferenza tra i due ambiti, corollario del compromesso istituzionale codificato dai Trattati.

⁸¹ In generale sul punto T. HERVEY e J. MCHALE, *Health Law and the European Union*, Cambridge 2004, pp. 69-106.

⁸² Art. 6 TFUE.

⁸³ M. MARLETTA, *Articolo 152*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, pp. 811-815.

⁸⁴ Sulle competenze dell'Unione in materia sanitaria si veda, per tutti, A. ODENINO, *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, Trattato di biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2010, pp. 131-140.

⁸⁵ L'espressione è la stessa utilizzata da G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90 n. 2 del Trattato CE*, in *DUE*, 1996, p. 724 in riferimento all'art. 86 TCE (oggi art. 106 TFUE).

Il termine ‘infiltrazione’, utilizzato per la prima volta dalla dottrina giuslavorista francese⁸⁶, vuole sottolineare il carattere elusivo di un fenomeno che, pur senza rinnegare il modello tradizionale, ne mette in discussione la sostenibilità⁸⁷. Sebbene si riconosca come, almeno in origine, il termine avesse un’indubbia connotazione negativa⁸⁸, esprimendo un giudizio di valore nei confronti di un fenomeno percepito come pericoloso per la tenuta del *welfare State*, nella presente trattazione esso verrà utilizzato in senso neutro, per descrivere un processo evolutivo che riflette i mutamenti che hanno riguardato il modello dello Stato sociale nel corso degli ultimi anni.

Ciò che merita di essere sottolineato fin da ora è che il processo di infiltrazione non può essere letto come il frutto di una ‘congiura ultra-liberista’ ordita dai giudici europei contro i sistemi nazionali di protezione sociale, rappresentando, piuttosto, il tentativo di adattare il quadro normativo ai cambiamenti che hanno interessato i rapporti tra le regole del mercato e l’intervento pubblico in materia di *welfare State*. Come si è già avuto modo di osservare in precedenza, per rimediare alle carenze palesate dai loro sistemi di *welfare*, molti Stati europei hanno progressivamente introdotto meccanismi organizzativi e di finanziamento che valorizzano l’apporto dei privati, riproducendo, anche in questi ambiti, alcune dinamiche tipiche del mercato⁸⁹. Una tendenza che pare destinata a rafforzarsi nel prossimo futuro, soprattutto a causa delle crescenti difficoltà incontrate dagli Stati europei nel finanziare meccanismi redistributivi molto onerosi. Questo tipo di evoluzione è destinato ad incidere profondamente sul rapporto tra intervento statale in materia di *welfare* e norme sul mercato interno, ampliando la sfera di incidenza di queste ultime⁹⁰.

Riconoscere il carattere per molti versi ‘necessitato’ del fenomeno,

⁸⁶ G. LYON-CAEN, *L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence*, in *DO*, 1992, p. 313.

⁸⁷ Sul punto si veda F.A. CANCELLA, *op. cit.*, pp. 7-8. L’A. parla, per descrivere questo tipo di fenomeno, di «incidenza indiretta» del diritto dell’Unione europea sul *welfare*.

⁸⁸ Sul punto, S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., pp. 165-166.

⁸⁹ È bene precisare che, in questi ambiti, gli Stati sono soliti utilizzare formule ‘miste’, le quali vedono, cioè la coesistenza di elementi di mercato accanto ad una robusta partecipazione da parte del potere pubblico in funzione di regolatore o finanziatore. A tale proposito si parla tradizionalmente di *welfare mix*, per indicare tutti quei modelli ‘misti’ per quanto riguarda sia l’erogazione dei servizi, sia l’allocazione delle funzioni e delle responsabilità, nonché l’esercizio di compiti di regolazione. In argomento si vedano, per tutti, U. ASCOLI e C. RANCI, *Il Welfare mix in Europa*, Roma 2003.

⁹⁰ Questo tipo di dinamica è analizzata da F.A. CANCELLA, *op. cit.*, pp. 129 e 278-280.

non significa negarne i numerosi profili di problematicità. L'applicazione delle norme sul mercato interno nei confronti delle attività del settore socio-sanitario⁹¹ pone questioni di non poco momento sotto diversi aspetti, mettendo talvolta in crisi equilibri ormai consolidati.

Muovendo da tali premesse, il presente lavoro intende analizzare le ricadute derivanti dall'applicazione delle norme sulla concorrenza, sugli aiuti di Stato e sulla libera circolazione dei servizi⁹² nei confronti delle attività del settore in esame, sia sotto il profilo dei rapporti tra i diversi livelli di governo, sia dal punto di vista del contenuto delle politiche socio-sanitarie. Per quanto attiene alla prima dimensione, si vuole determinare se, ed in che termini, l'esercizio da parte delle istituzioni europee dei poteri loro conferiti in materia di mercato interno risulti compatibile con il riparto di competenze previsto dal Trattato per quanto riguarda l'organizzazione e la fornitura dei servizi socio-sanitari o se, al contrario, costituisca un'indebita restrizione della 'sovranità sociale' degli Stati membri. Relativamente alla seconda dimensione – di carattere sostanziale – viene esaminato il problema del bilanciamento tra i diversi interessi in gioco e, più in particolare, se il diritto dell'Unione europea consenta un'adeguata tutela dei valori sociali sottesi ai servizi socio-sanitari nel momento in cui questi ultimi contrastino con l'obiettivo del consolidamento del mercato interno.

⁹¹ Il concetto di 'servizi sociali' è stato definito nella Comunicazione della Commissione, *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali di interesse generale nell'Unione europea*, 26 aprile 2006, COM(2006) 177 def., p. 4. L'espressione individua due tipi di attività. Da un lato, «i regimi legali e i regimi complementari di protezione sociale che, nelle loro diverse forme organizzative (mutualistiche o professionali) coprono i rischi fondamentali della vita». Dall'altro, «i servizi essenziali prestati direttamente alla persona che forniscono un aiuto personalizzato per facilitare l'inclusione delle persone nella società e per garantire l'attuazione dei loro diritti fondamentali». Sul punto si veda A. ALBANESE, *Servizi sociali*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo IV, Milano 2007, pp. 1908-1910. Il concetto si distingue, dunque, da quello utilizzato nel diritto positivo nazionale; sul punto F.A. CANCELLA, *op. cit.*, p. 5, spec. nota 5.

⁹² Questa parte del lavoro si concentra sull'applicazione delle norme sulla libera circolazione dei servizi nei confronti delle attività sanitarie, prendendo in considerazione, più in particolare, i casi di pazienti che, dopo essersi sottoposti a trattamenti sanitari in un Paese membro diverso da quello nel quale sono assicurati, chiedano il rimborso delle spese al proprio sistema sanitario. In questo contesto, viene analizzata la Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011, *concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera*, in GU L 88 del 04.04.2011, pp. 45-65.

CAPITOLO II

Servizi socio-sanitari e regole di concorrenza

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Nozione di ‘impresa’ e ambito applicativo delle norme antitrust. – 2.1. L’interpretazione funzionale della nozione di ‘impresa’. – 2.2. L’esercizio di un’attività economica. L’atteggiamento di maggiore cautela adottato dalla Corte in riferimento ai servizi socio-sanitari. – 2.3. Irrilevanza dell’assenza di uno scopo di lucro da parte del prestatore. – 3. L’esonero delle attività aventi carattere sociale. – 3.1. Attività sociali e definizione in negativo della nozione di ‘impresa’. – 3.2. Il principio di solidarietà: i) La dimensione interistituzionale del principio di solidarietà nell’ordinamento dell’Unione europea; ii) La dimensione interindividuale del principio: la ‘solidarietà sociale’; iii) Il principio di solidarietà come limite all’applicazione del diritto dell’Unione sulla concorrenza; iv) Le incertezze nella distinzione tra attività sociali e attività economiche: il difficile ruolo del principio di solidarietà. – 3.3. Il controllo da parte dello Stato. – 3.4. Gli elementi non decisivi ai fini della qualificazione dell’attività: i) La funzione sociale dell’ente; ii) Il carattere obbligatorio del ricorso all’attività. – 4. La tutela della missione di interesse generale dei servizi socio-sanitari: L’applicazione dell’articolo 106(2) TFUE. – 4.1. Monopoli sociali e articolo 106 TFUE. – 4.2 Interesse economico generale e servizi socio-sanitari: i) L’applicabilità della clausola di deroga nei confronti dei servizi socio-sanitari: la portata dell’aggettivo ‘economico’; ii) La definizione dell’interesse generale tra competenze nazionali e controllo sovranazionale; iii) Servizi socio-sanitari e il concetto comune di servizio di interesse generale; iv) Il riferimento alla funzione sociale. – 4.3. Il carattere ostativo delle norme di concorrenza rispetto alla missione di interesse generale perseguita dai servizi socio-sanitari: i) Il significato del termine ‘ostare’; ii) Test di proporzionalità affievolito e competenze statali in materia di servizi socio-sanitari.

1. *Introduzione*

L’applicazione delle norme dell’Unione europea in materia di concorrenza nei confronti di attività del settore socio-sanitario non può più considerarsi un’assoluta novità. La Corte ha avuto modo di affrontare la questione già a partire dagli anni ’90, sviluppando una giurisprudenza ormai consistente, almeno dal punto vista quantitativo. Tuttavia, sono ancora numerosi gli aspetti problematici sia dal punto di vista sostanziale, sia sotto il profilo sistematico.

I problemi maggiori derivano dalla difficile riconciliazione tra il

modello regolativo del diritto *antitrust* e quello che sovrintende all'organizzazione dei servizi socio-sanitari, in particolare per quanto riguarda gli obiettivi perseguiti e gli strumenti utilizzati. Soprattutto dopo la Seconda Guerra Mondiale, momento nel quale si realizza il definitivo consolidamento del *welfare State*, l'erogazione dei servizi in esame era stata affidata ad enti pubblici, o comunque sottoposti al controllo dello Stato, i quali agivano in regime di monopolio. L'obiettivo primario era garantire a tutti i cittadini un'adeguata protezione contro determinati rischi e bisogni, attraverso l'istituzione di meccanismi redistributivi. Il modello è, però, entrato in crisi a partire dalla metà degli anni '70, costringendo anche i Paesi europei ad modificare molti degli assetti organizzativi e a rivedere il rapporto tra poteri pubblici ed il mercato in questo ambito¹. Si è, così, assistito ad una progressiva apertura alla partecipazione degli attori privati, ai quali sono state gradualmente trasferite funzioni tradizionalmente svolte da enti pubblici.

L'evoluzione ha sensibilmente modificato il ruolo del diritto *antitrust* nel settore socio-sanitario. L'adozione di modelli organizzativi sempre più rispondenti a logiche di mercato ha, infatti, consentito la sua applicazione anche nei confronti di attività tradizionalmente considerate prive di carattere economico, in quanto semplice adempimento da parte degli Stati dei propri doveri in campo sociale. Trattandosi di una concezione fortemente radicata in tutti i Paesi europei, non sorprende che l'espansione dell'ambito applicativo delle norme sulla concorrenza nel settore socio-sanitario abbia determinato il sorgere di tensioni e resistenze. Il rischio paventato da più parti è che il fenomeno possa contribuire ad indebolire ulteriormente il primato degli obiettivi sociali, sempre più costretti da considerazioni di carattere economico.

Un altro aspetto problematico attiene al rapporto tra gli Stati membri e l'Unione europea in materia di organizzazione e fornitura dei servizi sociali. L'applicazione delle norme *antitrust* è in grado di mettere ulteriormente in crisi il compromesso che stava alla base del processo di integrazione europea, ai sensi del quale gli Stati avrebbero dovuto preservare intatte le loro competenze in campo sociale, mentre alla Comunità economica europea veniva riconosciuta una limitata capacità di intervento solo negli ambiti strettamente funzionali alla realizzazione del mercato interno. Vi è chi sostiene che il fenomeno, il quale ha assunto maggiore rilevanza soprattutto dalla fine degli anni '80, consenta un esercizio strisciante di competenze da parte

¹ Sull'evoluzione del *welfare State* nei Paesi membri dell'Unione europea si veda supra, cap. I, par. 1.

dell'Unione europea, comportando un'indebita restrizione della discrezionalità degli Stati membri.

Il presente capitolo intende analizzare ognuno di questi aspetti, guardando, in particolare, all'azione svolta dalla Corte nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco. La trattazione si concentra dapprima sul problema dell'applicabilità delle norme sulla concorrenza nei confronti degli enti incaricati dell'erogazione di servizi socio-sanitari, affrontando in dettaglio la questione relativa alla possibilità di considerare tali soggetti come 'imprese' ai sensi del diritto *antitrust* dell'Unione europea. Successivamente, l'analisi prende in considerazione il tentativo da parte dei giudici di Lussemburgo di riconciliare la tutela della concorrenza nel settore dei servizi socio-sanitari con gli obiettivi di interesse generale perseguiti dagli Stati attraverso le politiche sociali.

2. Nozione di 'impresa' e ambito applicativo delle norme antitrust

2.1. L'interpretazione funzionale della nozione di 'impresa'

L'applicazione delle norme sulla concorrenza nei confronti delle attività del settore socio-sanitario dipende, in prima battuta, dalla possibilità di qualificare i soggetti prestatori dei servizi come imprese². La nozione costituisce, infatti, il presupposto essenziale per l'applicazione delle regole *antitrust*³.

In assenza di indicazioni nei Trattati⁴, la definizione del termine è

² La letteratura sul punto è estremamente ampia e non è possibile darne conto in modo esaustivo in questa sede. Per tutti, si vedano I. VAN BAELE e J-F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 5^a ed., Alphen aan den Rijn 2010, pp. 17-19; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, 6^a ed., Padova 2010, pp. 639-644; W. SAUTER e H. SCHEPEL, *State and Market in European Union Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge 2009, pp. 75-82; M. HERRMANN e F.J. SÄCKER, *The Concept of Undertaking*, in G. HIRSCH, F. MONTAG e F.J. SÄCKER (eds), *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, London 2008, pp. 407-434; A. JONES e B. SUFRRIN, *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*, 3rd ed., Oxford 2008, pp. 128-147; L. DI VIA, *L'impresa*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova 2003, pp. 54-96; L. IDOT, *La notion d'entreprise*, in *Revue des sociétés*, 119, 2001, pp. 191-209.

³ V. LOURI, 'Undertaking' as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Rules, in *LIEI*, 29, 2002, pp. 143-144. L'A. mette in luce come l'importanza della nozione sia già ricavabile dalla definizione stessa di concorrenza, intesa come «the relationship between any number of undertakings which sell goods or services of the same kind at the same time to an identifiable group of customers».

⁴ Il Trattato, pur richiamando a più riprese il concetto, non lo definisce. Per una

stata elaborata in via giurisprudenziale. L'azione della Corte ha portato al progressivo consolidamento di una nozione autonoma di 'impresa', la quale evita di fare diretto riferimento ai concetti utilizzati nei diversi ordinamenti nazionali⁵. La scelta mira a garantire l'uniforme applicazione delle norme sulla concorrenza – esigenza vitale per salvaguardare l'assetto unitario del mercato interno – superando le differenze che caratterizzano i sistemi giuridici dei vari Stati membri⁶.

Tratto caratterizzante della nozione di impresa elaborata dalla Corte è l'attenzione, tendenzialmente esclusiva, nei confronti dell'attività svolta dall'ente. Gioca, invece, un ruolo di secondo piano ogni considerazione relativa agli elementi che attengono alla struttura del prestatore⁷. Il ricorso a questo tipo di impostazione, avente un carattere rigorosamente funzionale, si è avuto per la prima volta proprio in un caso relativo all'ambito sociale. Nella sentenza *Höfner*⁸, la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di qualificare come impresa un ufficio pubblico per l'occupazione che svolgeva attività di collocamento di dirigenti e quadri in Germania, ha risposto in senso affermativo, facendo leva sul fatto che «nel contesto del diritto della concorrenza [...] la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento»⁹.

La formula, costantemente ripresa in tutti i casi successivi¹⁰, segna il rigetto di un approccio, quello di matrice istituzionale, diffuso a livello nazionale e che gli stessi giudici di Lussemburgo avevano adottato in alcune pronunce più risalenti relative al Trattato CECA. In *Klöckner-Werke AG*, ad esempio, era stato affermato che «l'impresa

disamina delle diverse disposizioni che fanno riferimento al termine si vedano D. CORAPI e B. DE DONNO, *L'impresa*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, 2^a ed., Vol. XXVI del Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone, Torino 2006, pp. 1204-1215.

⁵ W. SAUTER e H. SCHEPEL, *op. cit.*, pp. 76-77; M. HERRMANN e F.J. SÄCKER, *op. cit.*, p. 409; A. FRIGNANI e M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, 4^a ed., Torino 1996, p. 32.

⁶ S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna 2003, p. 217.

⁷ Sul punto L. DI VIA, *L'impresa*, cit., pp. 67-84; V. DI COMITE, *La nozione di impresa nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in *Giur. It.*, 2004, p. 2032.

⁸ Sentenza del 23 aprile 1993, causa 41/90, *Höfner e Elsner c. Macrotron*, in *Racc.*, p. I-1979.

⁹ Ivi, punto 21.

¹⁰ Si veda, ad esempio sentenza dell'11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre II*, in *Racc.*, p. I-7119, punti 21-25, relativo al regime italiano del collocamento. In senso critico S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di giustizia europea*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2000, p. 598.

consiste in un complesso unitario di elementi personali, materiali ed immateriali facente capo ad un soggetto giuridico autonomo e diretto in modo durevole al perseguimento di un determinato scopo economico»¹¹.

Secondo taluni autori, si tratterebbe di un *revirement* dettato unicamente dalla volontà di garantire «alle disposizioni in materia di concorrenza la massima sfera di estensione soggettiva»¹², così da ricomprendervi anche ambiti tradizionalmente esclusi, quali i servizi sociali e sanitari. In effetti, Il ricorso a un'impastazione di questo tipo finisce con ampliare notevolmente la portata del concetto, consentendo di farvi rientrare anche entità prive dei tratti formali tipici di chi agisce secondo una logica imprenditoriale. La nozione elaborata dalla Corte comprende, infatti, tutti quei soggetti – siano essi persone fisiche o giuridiche – che, svolgendo un'attività economicamente rilevante su un dato mercato, sono in grado di incidere sulle dinamiche concorrenziali.

Tuttavia, si ritiene che la lettura proposta non sia del tutto condivisibile. L'approccio funzionale, ed il conseguente ampliamento della portata della nozione di 'impresa', risultano, infatti, essenziali per garantire il raggiungimento di quello che, nonostante le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, costituisce ancora uno degli obiettivi fondamentali dell'Unione europea, ossia la creazione di un regime in grado di garantire condizioni di concorrenza non falsate nel mercato interno¹³. L'attenzione al dato sostanziale è necessaria per im-

¹¹ Sentenza del 13 luglio 1962, cause riunite 17 e 20/61, *Klöckner-Werke AG e Hoesch AG c. Alta Autorità*, in *Racc.*, p. 597, punto 1.

¹² S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., p. 219.

¹³ Così si esprimeva l'art. 3, lett. g) TCE. In argomento, per tutti, F. MUNARI, *Le regole di concorrenza nel sistema del Trattato*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, cit., pp. 1451-1453. L'A. sottolineava come tale norma costituisse il cardine dell'intero sistema della concorrenza in ambito comunitario. L'art. 3 TUE, così come modificato dal Trattato di Lisbona, non prevede più la creazione di un regime di concorrenza non falsata tra gli obiettivi fondamentali dell'Unione europea. La questione è trattata nel *Protocollo (n. 27) sul mercato interno e sulla concorrenza* allegato al Trattato. Si ritiene, però, che la modifica, fortemente voluta dalla Francia, non possa portare a ritenere che l'obiettivo abbia perso la sua rilevanza nell'ordinamento dell'Unione europea. In questo senso G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 629-630; J. DREXL, *Competition Law as Part of the European Constitution*, in A. VON BOGDANDY e J. BAST (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford 2010, pp. 661-664; P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *DPCE*, 2009, pp. 83-85; A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, 3ª ed., Milano 2008, p. 577. Sul punto sia consentito anche il richiamo a F. COSTAMAGNA, *The Internal Market and the Welfare State After the Lisbon Treaty*, OSE Research Paper no. 4, April 2011, pp. 5-7.

pedire che soggetti effettivamente operanti sul mercato, seppur privi di una struttura imprenditoriale tipica, possano sottrarsi alle norme poste a tutela della concorrenza, semplicemente invocando elementi di carattere formale¹⁴.

La concezione funzionale scaturisce, dunque, da una lettura finalisticamente orientata del termine, secondo uno schema interpretativo ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte¹⁵. Il metodo teleologico costituisce «il criterio cardine dell'interpretazione» nell'ambito del diritto dell'Unione europea, tanto da potersi considerare «gerarchicamente sovraordinat[o] agli altri criteri»¹⁶. Il ricorso a tale metodo si giustifica, prima di tutto, in riferimento alla struttura e al contenuto del diritto dell'Unione europea, il quale, essendo preordinato alla graduale armonizzazione degli ordinamenti nazionali, secondo la logica funzionalista adottata dai padri fondatori¹⁷, deve necessariamente essere interpretato alla luce degli obiettivi fissati dal Trattato¹⁸. Altra parte della dottrina osserva come l'utilizzo del metodo teleologico da parte della Corte sia strettamente connesso al ruolo di primo piano che questa è chiamata a svolgere nell'ambito nell'ordinamento dell'Unione¹⁹. La Corte, infatti, nell'assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione del Trattato²⁰, contribuisce allo sviluppo progressivo del sistema, attraverso una vera e propria attività di produzione giuridica, la quale risulta essenziale per il raggiungimento degli obiettivi fondamentali di tale ordinamento²¹.

¹⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *RIDPC*, 2008, p. 1066.

¹⁵ Sul punto recentemente G. ITZCOVICH, *The Interpretation of Community Law by the European Court of Justice*, in *Germ. L.J.*, 10, 2009, pp. 537-559.

¹⁶ J. JOUSSEN, *L'interpretazione (teleologica) del diritto comunitario*, in *RCDP*, 2004, p. 495.

¹⁷ Si veda la Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950, nella quale l'allora ministro degli esteri francese, Robert Schuman, chiariva che «l'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans un construction d'ensemble: elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait».

¹⁸ In questo senso R. MONACO, *L'interpretazione delle norme comunitarie*, in E. PENNACCHINI (a cura di), *Manuale di diritto comunitario*, vol. 1, Torino 1983, p. 86.

¹⁹ J. JOUSSEN, *op. cit.*, pp. 498-506.

²⁰ Art. 19 TUE.

²¹ Proprio in riferimento a tale funzione, la Corte è considerata il principale 'motore' dell'integrazione europea. La letteratura sul punto è molto vasta e non è possibile darne conto in modo esaustivo in questa sede; per tutti si vedano R. ADAM e A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, 2^a ed., Torino 2010, pp. 239-242; S.M. CARBONE, *Il ruolo della Corte di Giustizia nella costruzione del sistema giuridico europeo*, in *Rass. For.*, 2006, pp. 2055-2075; K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Athènes-Bruxelles 1999, pp. 13-84; R. DEHOUSSE,

La nozione così individuata non ha portata generale, ma è suscettibile di applicazione solo nell'ambito del diritto della concorrenza. D'altra parte, come giustamente osservato, «l'interpretazione funzionale, se applicata in modo coerente, può portare per sua natura alla individuazione anche di più nozioni coesistenti, riferentesi al medesimo concetto e ciascuno riguardante, in ipotesi, un settore specifico o una particolare disposizione del Trattato»²². Ne consegue che l'adozione di una concezione funzionale della nozione di impresa non possa considerarsi un vero e proprio *revirement* rispetto all'impostazione formale seguita dalla Corte nei casi relativi al Trattato CECA, stante la diversità del quadro normativo nel quale si inseriscono le decisioni²³.

2.2. *L'esercizio di un'attività economica. L'atteggiamento di maggiore cautela adottato dalla Corte in riferimento ai servizi socio-sanitari*

Il diritto *antitrust* dell'Unione europea considera 'impresa' solo quel soggetto che eserciti un'attività economica, vale a dire, come ribadito a più riprese dalla Corte, «un'attività che consista nell'offrire beni e servizi su un determinato mercato»²⁴. Il fatto che l'attività sia esercitata in un contesto di mercato diventa, quindi, elemento decisivo per determinare quali entità possano essere sottoposte all'applicazione delle regole di concorrenza²⁵. La condizione si ritiene soddisfatta se l'attività è fornita dietro remunerazione e se l'operatore assume su di sé i rischi dell'attività.

L'impostazione ha trovato applicazione anche in un caso relativo al settore sanitario, nel quale la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di estendere l'applicazione delle norme sulla concorrenza ai medici specialisti olandesi. I giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che tali soggetti dovessero considerarsi imprese, in

The European Court of Justice: The Politics of Judicial Integration, Basingstoke 1998; A. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in *RDI*, 1994, pp. 922-946.

²² A. PIETROBON, *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padova 1990, p. 110.

²³ L. DI VIA, *op. cit.*, pp. 68-69; V. LOURI, *op. cit.*, p. 145.

²⁴ Sentenza del 18 giugno 1998, causa 35/96, *Commissione c. Italia (spedizionieri doganali)*, in *Racc.*, p. I-3851, punto 28; sentenza del 12 settembre 2000, cause riunite da 180 a 194/98, *Pavlov*, in *Racc.*, p. I-6451, punto 75; sentenza del 19 febbraio 2002, causa 309/99, *Wouters*, in *Racc.*, p. I-1577, punto 47.

²⁵ L. DI VIA, *L'impresa*, cit., p. 82. L'A. osserva che «l'elemento di novità consiste allora nel trasformare un presupposto di fatto, il mercato, in elemento individuante l'agente».

quanto «forniscono nella loro qualità di operatori economici autonomi, servizi su un mercato, cioè quello dei medici specialisti. Questi ricevono dai loro pazienti una retribuzione per i servizi che amministrano e assumono i rischi finanziari connessi con l'esercizio della loro attività»²⁶.

Il legame, per così dire 'genetico', tra l'esistenza di un mercato e l'applicabilità delle norme di concorrenza, evidente già sul piano logico²⁷, è stato sottolineato con forza anche dalla Commissione in una Comunicazione del 1997, nella quale si afferma che «la definizione del mercato costituisce uno strumento per individuare e definire l'ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro. Essa permette di stabilire il contesto entro il quale la Commissione mette in atto la politica di concorrenza»²⁸.

Perché il criterio possa dirsi soddisfatto non è necessario che l'attività sia concretamente esercitata su un mercato concorrenziale, essendo sufficiente che tale possibilità esista anche solo in astratto²⁹. Come affermato dall'Avvocato Generale Tesauro nel caso *Eurocontrol*, deve riconoscersi natura economica ad ogni attività suscettibile di essere esercitata, almeno in via di principio, da un'impresa privata a scopo di lucro³⁰. Il riferimento a quello che costituisce il modello dell'economia di mercato – l'impresa privata che agisce per ottenere un profitto – consente di determinare in via presuntiva la sussistenza di un mercato e, dunque, il carattere economico dell'attività. L'impostazione è stata fatta propria anche dalla Corte: nel già citato caso *Höfner*, ad esempio, il carattere economico delle attività di collocamento è stato dedotto dal fatto che queste «non sono sempre state, né sono necessariamente esercitate da enti pubblici»³¹. L'esistenza di un mercato può, dunque, essere stabilita anche solo in forma presuntiva, andando oltre al dato concreto³².

L'utilizzo di un test in astratto³³, o 'comparativo' se si guarda al

²⁶ Pavlov, cit., punto 76.

²⁷ C. LUCAS DE LEYSSAC e G. PARLEANI, *Droit du marché*, Paris 2002, p. 185 riassumono il concetto con l'espressione «pas de marché, pas de droit de marché».

²⁸ Comunicazione della Commissione *sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in GUCE C 372 del 9.12.1997, pp. 5-13, punto 2.

²⁹ L. DI VIA, *L'impresa*, cit., p. 79 distingue tra 'mercato attuale' e 'mercato potenziale'.

³⁰ Conclusioni Avv. Gen. G. Tesauro presentate il 10 novembre 1993, relative alla causa C-364/92, *Eurocontrol*, punto 9.

³¹ *Höfner*, cit., punto 22.

³² L. DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, Bruxelles 2006, p. 295.

³³ J.W. VAN DE GRONDEN, *Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest?*, in *ECLR*, 2004, pp. 87-88.

modello elaborato in *Höfner*, vuole evitare che l'ambito applicativo delle norme sulla concorrenza sia influenzato dalle scelte di politica economica effettuate dagli Stati membri. In molti casi, infatti, l'assenza di un mercato concorrenziale non dipende dalla natura dell'attività, ma dalla volontà delle autorità pubbliche nazionali, le quali scelgono di restringere l'accesso al mercato. L'impostazione comporta evidentemente una forte estensione dell'ambito applicativo delle norme *antitrust*, ma si giustifica, ancora una volta, alla luce dell'obiettivo perseguito, vale a dire garantire un'efficace tutela della concorrenza su tutto il territorio dell'Unione.

Il ricorso ad un approccio di questo tipo risulta potenzialmente molto rilevante in un settore, quello socio-sanitario, nel quale gli Stati sono soliti riservare l'esercizio dell'attività ad un numero ristretto di operatori. In effetti, le conclusioni rese dagli avvocati generali in alcune cause relative al settore in esame mettono bene in luce la necessità di procedere ad una valutazione in astratto sull'esistenza di un mercato per determinare se l'attività svolta abbia natura economica, proprio «al fine di impedire che l'assenza di concorrenza effettiva su un mercato induca a sottrarlo automaticamente dalla sfera di applicazione del diritto della concorrenza»³⁴. Come sottolineato a più riprese dall'Avvocato Generale Jacobs in casi relativi al settore socio-sanitario, «[n]el valutare se un'attività abbia natura economica, il criterio fondamentale [...] consiste nello stabilire se, almeno in linea di principio, possa essere svolta da un'impresa privata a scopo di lucro»³⁵.

La Corte ha, però, adottato un atteggiamento decisamente più cauto, non richiamando mai esplicitamente la formula proposta dall'Avvocato Generale Jacobs e facendo uso in una sola circostanza del criterio comparativo elaborato in *Höfner*. Si tratta del già citato *Ambulanz Glöckner*, nel quale la natura economica delle attività di trasporto di malati è stata dedotta rilevando come le stesse «non [siano] sempre state e non [siano] necessariamente esercitate da dette organizzazioni o da autorità pubbliche». Per meglio comprendere la portata della decisione, occorre sottolineare come, nel caso di specie, la possibilità di considerare le organizzazioni sanitarie quali entità eser-

³⁴ Conclusioni Avv. Gen. M. Poiares Maduro presentate il 10 novembre 2005, relative alla causa C-205/03, *FENIN*, punto 12.

³⁵ Conclusioni Avv. Gen. F.G. Jacobs presentate il 22 maggio 2003, relative alle cause C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband*, punto 27 (corsivo aggiunto). L'impostazione conferma quanto già affermato dal medesimo Avvocato Generale nelle conclusioni presentate il 28 gennaio 1999, relative alla causa C-67/96, *Albany*, punto 311 e nelle conclusioni presentate il 13 settembre 2001, relative alla causa C-218/00, *Cisal*, punto 38.

centi un'attività economica non fosse stato oggetto di contestazione neppure da parte delle dirette interessate³⁶, tanto da consentire alla Corte di risolvere la questione in modo piuttosto sbrigativo³⁷.

Negli altri casi, dove la situazione era meno definita, i giudici hanno preferito utilizzare un approccio diverso, prendendo in considerazione elementi ulteriori e non limitandosi a valutare se, in astratto, vi fosse un mercato potenziale sul quale l'attività fosse astrattamente esercitabile. Il fatto che l'attività potesse essere svolta da privati a scopo di lucro è un elemento che, sebbene non del tutto accantonato, in questo ambito ha sempre giocato un ruolo decisamente meno prominente rispetto ad altri settori.

La cautela dimostrata dalla Corte si spiega in riferimento alla necessità di rispettare lo spazio di autonomia che il Trattato conferisce agli Stati membri nell'organizzazione dei loro sistemi di *welfare*. Il criterio del mercato potenziale, «se pres[o] sul serio»³⁸, ha potenzialità espansive pressoché illimitate, consentendo di considerare 'economica' e, dunque, di ricomprendere nell'ambito applicativo delle norme *antitrust*, praticamente qualsiasi tipo di attività. Questo perché, come osservato dall'Avvocato Generale Poirares Maduro in *FENIN*, «quasi tutte le attività potrebbero essere svolte da privati. In tal senso, nulla osta a che in teoria, la difesa di uno Stato venga delegata, e di ciò esistono esempi storici»³⁹. La situazione è particolarmente evidente nel settore sanitario, dove la maggior parte delle prestazioni offerte dagli ospedali pubblici anche nei confronti di soggetti affiliati al sistema sanitario nazionale possono essere fornite da cliniche private che agiscono semplicemente per ottenere un profitto. Se si applicasse in modo rigoroso il criterio fondato sulla valutazione in astratto della sussistenza di un mercato, bisognerebbe, dunque, concludere che anche i servizi prestati dagli ospedali pubblici hanno carattere economico e devono, quindi, sottostare alle regole sulla concorrenza⁴⁰.

³⁶ Come osservato anche dall'Avv. Gen. F.G. Jacobs nelle conclusioni rese sul caso al punto 66.

³⁷ Sul punto L. DRIGUEZ, *op. cit.*, p. 293.

³⁸ S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., p. 219.

³⁹ Punto 12. Tale possibilità è stata ampiamente sottolineata anche in dottrina: W. SAUTER e H. SCHEPEL, *op. cit.*, p. 82; L. IDOT, *La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel* in L. BOY (dir.), *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'A. Pirovano*, Paris 2003, p. 528; J.Y. CHÉROT, *Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel?*, *ivi*, p. 569; A. WINTERSTEIN, *Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law*, in *ECLR*, 1999, p. 325

⁴⁰ Conclusione alla quale è giunta la Commissione in una decisione relativa agli

Consapevole delle difficoltà che l'applicazione di un criterio così liberale potrebbe determinare in ambiti che appartengono alla competenza esclusiva statale e che non funzionano esclusivamente secondo logiche mercantili, la Corte tende ad utilizzare in questo settore un ventaglio più ampio di criteri⁴¹. L'obiettivo è trovare un punto di equilibrio tra le diverse esigenze in gioco, garantendo una tutela ad ampio raggio della concorrenza nel mercato interno, senza, però, limitare in modo eccessivo la capacità degli Stati di salvaguardare le caratteristiche proprie di servizi la cui portata va ben oltre la mera dimensione economica⁴².

2.3. Irrilevanza dell'assenza di uno scopo di lucro da parte del prestatore

La nozione funzionale di impresa comporta la tendenziale⁴³ irrilevanza dei cosiddetti dati endogeni, vale a dire degli elementi attinenti alla natura, alla struttura e all'organizzazione del soggetto⁴⁴. Come sancito in *Höfner*, l'individuazione di ciò che costituisce impresa ai sensi del diritto della concorrenza dell'Unione deve avvenire «a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento»⁴⁵.

Questo fa sì che, prima di tutto, l'applicazione delle norme *anti-trust* prescinda dal carattere pubblico o privato del destinatario. Le

aiuti concessi dalle autorità belghe ad una rete di ospedali pubblici della Regione Bruxelles-Capitale. Nel caso di specie, la Commissione, adottando un approccio sensibilmente diverso da quello tradizionalmente utilizzato dalla Corte, ha rilevato come le attività prestate dagli ospedali avessero natura economica poiché «sont également fournies par d'autres types d'organismes ou entités, parmi lesquels des cliniques, des hôpitaux privés et d'autres centres spécialisés, dont les hôpitaux plaignant» (Decisione della Commissione del 28 ottobre 2009, Aiuto di Stato N 54/2009, *Belgio – Financement des hôpitaux publics du réseau IRS de la Région Bruxells-Capitale*, in GU C 74 del 24.03.2010, punto 109).

⁴¹ Come sottolineato anche nelle conclusioni dell'Avv. Gen. Jacobs in *AOK*, cit., punto 28. Sul punto S. GOBBATO, *Diritto comunitario della concorrenza e servizi di interesse generale di carattere sociale. Note a margine della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *DUE*, 2005, p. 802 e M. KRAJEWSKI e M. FARLEY, *Limited Competition in National Health Systems and the Application of Competition Law: the AOK Bundesverband Case*, in *ELR*, 29, 2004, p. 845.

⁴² L. DRIGUEZ, *op. cit.*, pp. 332-333.

⁴³ V. LOURI, *op. cit.*, p. 147. L'A. mette in luce come in talune circostanze questi elementi siano presi in considerazione dalla Corte per determinare la natura del soggetto.

⁴⁴ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 643-644; A. JONES e B. SUFRIN, *op. cit.*, pp. 130-131; L. DI VIA, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁵ *Höfner*, cit., punto 21.

istituzioni europee hanno avuto modo di chiarire come anche soggetti pubblici, quali l'amministrazione italiana dei monopoli di Stato⁴⁶ o l'ente spagnolo delle Poste⁴⁷, possono considerarsi imprese. Come si è già avuto modo di sottolineare, ciò che rileva in questo caso non è la natura dell'ente, ma il tipo di attività da questo svolta. Sono escluse dall'ambito applicativo delle norme sulla concorrenza quelle entità che agiscono in veste di autorità pubbliche, esercitando poteri di imperio che non competono ai privati, essendo espressione della sovranità statale. Le manifestazioni tipiche del potere statale non sono, infatti, considerate attività economiche ai sensi del diritto *antitrust* dell'Unione europea. Così, la Corte ha escluso che avesse natura di impresa l'ente incaricato del controllo della navigazione aerea nei Paesi del Benelux e nella parte settentrionale dell'allora Germania Ovest⁴⁸. Lo stesso è avvenuto anche con riguardo ad una società privata che svolgeva attività di sorveglianza antinquinamento nel Porto di Genova⁴⁹, osservando come entrambe le attività fossero riconducibili a prerogative tipiche dei pubblici poteri⁵⁰.

L'approccio funzionalista adottato dalla Corte apre, inoltre, alla possibilità di considerare imprese ai sensi del diritto *antitrust* anche soggetti che non perseguano uno scopo di lucro⁵¹. Già all'inizio degli anni '80 in un caso riguardante la distribuzione di prodotti del tabacco in Belgio, la Corte aveva chiarito che la raccomandazione emessa da un'associazione di categoria «non può sottrarsi all'art. 85 del Trattato per il semplice fatto di essere stata emessa da un'associazione senza scopo di lucro»⁵². Più di recente, la soluzione è stata ribadita in una sentenza relativa alla compatibilità con le norme sugli aiuti pubblici del regime fiscale accordato dall'Italia a favore delle fondazioni bancarie. Pronunciandosi sull'applicabilità delle norme del Trattato, la Corte ha rilevato come questi soggetti, qualora agiscano

⁴⁶ Sentenza del 26 giugno 1987, causa 118/85, *Commissione c. Italia (Monopoli di Stato)*, in *Racc.*, p. 2599, punti 6-10.

⁴⁷ Decisione della Commissione n. 90/456/CEE del 1 agosto 1990, *relativa al servizio internazionale di corriere espresso in Spagna*, in *GUCE* L 233 del 28.08.1990, pp. 19-23.

⁴⁸ Sentenza del 19 gennaio 1994, causa C-364/92, *Eurocontrol*, in *Racc.*, p. I-43, punti 25-30.

⁴⁹ Sentenza del 18 marzo 1997, causa C-343/95, *Diego Cali*, in *Racc.*, p. I-1547, punti 16-25.

⁵⁰ Sulla distinzione tra esercizio di poteri di imperio e attività economiche si veda, per tutti, V. LOURI, *op. cit.*, pp. 160-164.

⁵¹ G. TESAURO, *Diritto de'Unione europea*, cit., p. 643; C. BELLAMY e G. CHILD, *European Community Law of Competition*, 5th ed., London 2001, p. 46

⁵² Sentenza del 29 ottobre 1980, cause riunite da 209 a 215/78, *Van Landewyck*, in *Racc.*, p. 3125, punto 88.

direttamente in ambiti di interesse pubblico o di utilità sociale, effettuando «operazioni finanziarie, commerciali, immobiliari e mobiliari necessarie o opportune per realizzare gli scopi che le sono prefissi», devono essere considerate imprese. Non rileva a tal fine «il fatto che l'offerta di beni o servizi sia fatta senza scopo di lucro, poiché tale offerta si pone in concorrenza con quella di operatori che invece tale scopo perseguono»⁵³.

Il dato assume una rilevanza particolare nei settori oggetto di analisi, in ragione del ruolo fondamentale che i soggetti *non profit* ricoprono nella fornitura dei servizi⁵⁴. Ruolo, tra l'altro, pienamente riconosciuto anche a livello europeo⁵⁵, come conferma la Comunicazione adottata nel 2007 dalla Commissione sui servizi sociali di interesse generale, nella quale si legge che «i prestatori senza scopo di lucro e i volontari svolgono spesso un ruolo importante nella fornitura dei servizi sociali esprimendo così capacità civica e contribuendo all'integrazione sociale, alla coesione sociale delle comunità locali e alla solidarietà tra generazioni»⁵⁶.

⁵³ Sentenza del 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, in *Racc.*, p. I-289, punti 119-125. La Corte ha escluso che le fondazioni bancarie possano considerarsi imprese nel caso in cui la loro attività si limiti «al versamento di contributi ad enti senza scopo di lucro». Sul caso si vedano A. BIONDI, *Review of the Judgement in Case 222/04 – Ministero dell'Economia e delle Finanze v. Cassa di Risparmio di Firenze S.p.a. et al.*, in *EStAL Quart.*, 2006, pp. 371-376; M.R. CORDOVA, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla natura delle fondazioni bancarie: spetta al giudice di merito valutare caso per caso*, in *DPCE*, 2006, pp. 833-839.

⁵⁴ In argomento si veda F.A. CANCELLA, *Servizi del welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milano 2009, pp. 239-245. Per quanto riguarda l'Italia, il sistema integrato dei servizi sociali disegnato dalla L. 328/2000 si fonda proprio sulla cooperazione tra enti pubblici e soggetti privati non profit, al fine di assicurare le prestazioni necessarie a garantire il diritto all'assistenza sociale, secondo il principio di «sussidiarietà orizzontale» Sul punto S. FREGO LUPPI, *La sussidiarietà orizzontale nei servizi sociali. Il caso della Regione Lombardia*, in *Dir. Econ.*, 2009, pp. 67-89; A. ALBANESE, *Servizi sociali*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo IV Parte Speciale, Milano 2007, pp. 1900-1905; G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI e G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, 2ª ed., Milano 2007, 75-83; E. FERRARI, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, pp. 99-116; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, *ivi*, pp. 51-84.

⁵⁵ Sul punto in senso più generale C. BARBIERI, *Gli enti «non profit»*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, vol. II, Padova 2003, pp. 217-248.

⁵⁶ Comunicazione della Commissione, *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, 20 novembre 2007, COM(2007) 725 def., p. 8.

L'importanza dei soggetti *non profit* nel settore socio-sanitario non ha, però, indotto la Corte a rivedere la propria impostazione funzionalista, accordando maggiore rilevanza al dato soggettivo. Gli unici tentennamenti sul punto, a dire il vero quasi impercettibili, sono ravvisabili in quello che è unanimemente considerato il capostipite della giurisprudenza relativa all'applicazione delle norme *antitrust* nei confronti dei servizi socio-sanitari⁵⁷, vale a dire il caso *Poucet et Pistre*. In quest'occasione, la Corte era stata chiamata a decidere se due enti incaricati rispettivamente della gestione del regime di assicurazione malattia e maternità dei lavoratori autonomi dei settori diversi dall'agricoltura e dell'assicurazione per la vecchiaia dei lavoratori autonomi potessero considerarsi imprese ai sensi del diritto comunitario della concorrenza. I giudici avevano escluso il carattere economico dell'attività svolta dagli enti in esame, rilevando come la stessa «si fonda[sse] sul principio della solidarietà nazionale e non [avesse] alcuno scopo di lucro»⁵⁸. Tale ultimo riferimento sembrerebbe porsi in contrasto con l'approccio funzionale tradizionalmente utilizzato dalla Corte, lasciando intravedere la possibilità di considerare il carattere *non profit* un dato rilevante ai fini della qualificazione del soggetto.

La lettura, già forzata rispetto a *Poucet et Pistre*⁵⁹, risulta del tutto insostenibile alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale successiva. In *FFSA*, relativo ad un regime integrativo e facoltativo di assicurazione per la vecchiaia dei coltivatori diretti gestito da un ente che non perseguiva finalità di lucro – la *Caisse centrale de la mutualité sociale agricole* – la Corte ha osservato che «il solo fatto che la CCMSA non persegua fine di lucro non priva l'attività che essa svolge della sua natura economica»⁶⁰. La stessa impostazione è stata adottata nel caso *Albany*, in cui la Corte ha qualificato come impresa un fondo pensione olandese, sebbene questo non perseguisse un fine di lucro⁶¹, e in *Ambulanz Glöckner*, dove la medesima conclusione è stata adottata rispetto a organizzazioni sanitarie impegnate nel trasporto di malati, nonostante la loro natura non lucrativa⁶². Da ultimo, la soluzione è stata confermata in due pronunce più recenti, anch'esse relative al-

⁵⁷ S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., p. 223.

⁵⁸ Sentenza del 17 febbraio 1993, cause riunite C-159 e 169/91, *Poucet et Pistre*, in *Racc.*, p. I-367, punto 18.

⁵⁹ Si noti come nel caso *Poucet et Pistre* il riferimento alla mancanza di uno scopo di lucro si riferisca all'attività e non agli enti prestatori.

⁶⁰ Sentenza del 16 novembre 1995, causa C-244/94, *FFSA*, in *Racc.*, p. I-4013, punto 21.

⁶¹ Sentenza del 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany*, in *Racc.*, p. I-5751, punto 85.

⁶² *Ambulanz Glöckner*, cit., punti 21-22.

l'affidamento di servizi di trasporto sanitario. In due casi, uno riguardante la città di Dublino, l'altro la regione Toscana, la Corte ha definitivamente chiarito che «[s]enza negare l'importanza sociale delle attività di volontariato, [...] l'assenza di scopo di lucro non esclude affatto che siffatte associazioni esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza»⁶³.

Nonostante costituisca la riaffermazione di principi ormai consolidati nel diritto dell'Unione europea, il ricorso a questo tipo di approccio in materia di servizi socio-sanitari ha suscitato dubbi e preoccupazioni⁶⁴ non solo in dottrina. In un parere del 2001 su «I servizi sociali privati senza scopo di lucro nel contesto dei servizi di interesse generale in Europa»⁶⁵, il Comitato economico e sociale ha espresso «inquietudine» sulla possibilità che un'applicazione troppo rigida delle norme *antitrust* nei confronti dei soggetti *non profit* abbia effetti negativi sulla loro capacità di stare sul mercato e, in ultima analisi, sulla qualità dei servizi erogati⁶⁶. Il Comitato auspicava, quindi, l'adozione di un approccio più attento alle peculiarità di questi soggetti, arrivando, se del caso, ad emendare l'articolo 14 TFUE, così da introdurre «una clausola di esenzione generale per talune categorie di servizi sociali forniti esclusivamente da operatori privati *non profit*»⁶⁷.

La proposta faceva leva su una pronuncia della Corte di giustizia, nella quale, secondo la lettura offertane da alcuni autori⁶⁸, i giudici avrebbero ammesso la possibilità di un trattamento di favore per i soggetti che non agiscono per fini di lucro. Si tratta del caso *Sodemare*⁶⁹, relativo ad una legge della Regione Lombardia che riservava ai soli soggetti *non profit* la possibilità di stipulare con le Unità sanitarie locali (USL) convenzioni per l'erogazione di prestazioni so-

⁶³ Sentenza del 18 dicembre 2007, causa C-532/03, *Commissione c. Irlanda*, in *Racc.*, p. I-11353, punto 37; sentenza del 29 novembre 2007, causa C-119/06, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, p. I-168, punto 37. Su queste sentenze si vedano i commenti di R. CARANTA, *Attività pubblica, attività no-profit e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, in *Urb. e app.*, 2008, pp. 293-304 e A. ALBANESE, *L'affidamento di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *RIDPC*, 2008, pp. 1453-1468.

⁶⁴ A. ALBANESE, *Servizi sociali*, cit., p. 1907.

⁶⁵ 2001/C 311/08.

⁶⁶ *Ivi*, par. 3.

⁶⁷ *Ivi*, par. 4.2.1. In argomento si veda F.A. CANCELLA, *op. cit.*, p. 245.

⁶⁸ R. MENDOLA, *Servizi sociali di interesse generale ed organizzazioni non profit nel quadro della disciplina comunitaria*, in *Impresa sociale*, 2005, p. 44; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano 2004, p. 167.

⁶⁹ Sentenza del 17 giugno 1997, causa C-70/95, *Sodemare*, in *Racc.*, p. I-3395.

cio-sanitarie a favore di persone anziane. Una società lussemburghese, la Sodemare, aveva impugnato il provvedimento di fronte al TAR Lombardia, il quale aveva posto alla Corte una serie di questioni pregiudiziali tese a chiarire se tale soluzione potesse considerarsi compatibile con le norme dell'Unione europea in materia di libertà di stabilimento e, per quanto qui interessa maggiormente, di concorrenza. Dopo aver esaminato la situazione, la Corte ha concluso in senso sfavorevole alla Sodemare, affermando che le disposizioni *antitrust* «non si applicano ad una normativa nazionale che consenta ai soli operatori che non perseguano fini di lucro di partecipare alla realizzazione di un sistema di assistenza sociale, con la stipula di convenzioni che danno diritto al rimborso da parte dello Stato dei costi di servizi socio-assistenziali a rilevanza sanitaria»⁷⁰.

Anche se il passaggio sembrerebbe effettivamente ammettere la possibilità di un trattamento differenziato per gli operatori *non profit*, un'analisi più attenta della decisione sconfessa una lettura di questo tipo⁷¹. La decisione di escludere l'applicazione delle norme *antitrust* non è fondata su considerazioni relative alla natura del prestatore, ma, in coerenza con l'impostazione tradizionale, su valutazioni che attengono unicamente alle caratteristiche del sistema socio-assistenziale delineato dalla legge lombarda⁷². A conferma dell'irrelevanza del dato soggettivo ai fini della decisione sull'applicabilità delle disposizioni comunitarie, basti rilevare come, in realtà, la natura degli operatori non sia neppure presa in considerazione. La scelta di riservare determinate attività ad operatori che non perseguano uno scopo di lucro costituisce semplicemente esercizio della competenza statale in materia di servizi socio-assistenziali e non un elemento in grado di sottrarre questi servizi all'ambito applicativo del diritto della concorrenza.

La soluzione proposta dal Comitato economico e sociale non appare condivisibile neppure dal punto di vista sistematico, rappresentando un'eccezione ad una linea interpretativa finalizzata al raggiun-

⁷⁰ Punto 49.

⁷¹ A. ALBANESE, *Servizi sociali*, cit., p. 1912.

⁷² «Tale sistema socio-assistenziale, la cui realizzazione è in linea di principio affidata allo Stato, è basato sul principio di solidarietà, che si traduce nel fatto che esso è destinato prima di tutto all'assistenza di coloro che si trovano in stato di necessità, a causa di redditi familiari insufficienti, dell'assenza totale o parziale di autonomia o del rischio di emarginazione, e, solo secondariamente, nei limiti che derivano dalla capacità delle strutture e delle risorse disponibili, all'assistenza di altre persone, che, tuttavia, sono tenute a sopportarne, proporzionalmente alla loro situazione economica, i costi, secondo tariffe stabilite in considerazione dei redditi familiari.» (punto 29)

gimento di un obiettivo fondamentale dell'Unione. Come ammesso dal Comitato stesso⁷³, questo tipo di approccio si presta ad abusi da parte degli Stati membri, offrendo loro la possibilità di impedire lo sviluppo di dinamiche concorrenziali in determinati settori, semplicemente facendosi scudo dietro un dato di natura formale, quale, come nel caso di specie, la natura non lucrativa degli operatori che erogano le prestazioni.

Da ultimo, la soluzione in esame risulta problematica anche sotto il profilo sostanziale, non tenendo nella dovuta considerazione i mutamenti che hanno interessato il settore *non profit* nel corso degli anni. La richiesta di un trattamento differenziato a favore dei soggetti che non operano a scopo di lucro è tradizionalmente motivata facendo riferimento alla necessità di preservare dall'ingerenza del mercato organismi che si presume agiscano secondo una logica diversa, di matrice solidaristica e volontaristica. Una presunzione, però, che non sembra tenere nella dovuta considerazione come la qualifica *non profit* sia ormai utilizzata in riferimento ad un insieme estremamente variegato di soggetti⁷⁴, molti dei quali, pur mantenendo fermo il divieto di redistribuzione degli utili, agiscono secondo una logica imprenditoriale e svolgono la loro attività in modo professionale⁷⁵. In questo contesto, la previsione di un trattamento differenziato sarebbe, dunque, del tutto fuori luogo.

3. L'esonero delle attività aventi carattere sociale

3.1. Attività sociali e definizione in negativo della nozione di 'impresa'

Secondo una giurisprudenza ormai costante, si ritiene non abbiano natura economica tutte quelle attività aventi carattere sociale, le quali si svolgano in un regime attuativo del principio di solidarietà e siano sottoposte al controllo statale. L'esclusione delle attività sociali dall'ambito applicativo delle norme sulla concorrenza, pur non esplicitamente prevista dal Trattato, è stata introdotta in via giurisprudenziale, in una serie di pronunce relative ai regimi previdenziali e di assicurazione sanitaria. In questo ambito, la determinazione di quali entità rientrino nell'ambito applicativo delle norme *antitrust* passa at-

⁷³ Comitato economico e sociale, *I servizi sociali privati*, cit., par. 4.2.1.

⁷⁴ C. BARBIERI, *op. cit.*, pp. 225-231; M. BASILE, voce *Enti non lucrativi (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. III, Roma 1999, p. 570.

⁷⁵ A. ALBANESE, *Servizi sociali*, cit., pp. 1903-1905; L. DRIGUEZ, *op. cit.*, p. 258.

traverso l'utilizzo di un approccio che ribalta l'impostazione tradizionalmente seguita in altri settori. Proprio per descrivere tale inversione prospettica, parte della dottrina⁷⁶ parla di approccio funzionale negativo o di definizione in negativo della nozione di impresa. La Corte, infatti, pur non abbandonando l'approccio funzionalista, tende a concentrarsi sugli elementi che escludono il carattere economico dell'attività, invece di procedere alla tradizionale disamina in positivo degli elementi costitutivi della nozione.

Al fine di determinare il carattere sociale dell'attività, i giudici sono soliti far riferimento ad una molteplicità di elementi⁷⁷ – la finalità sociale, il principio di solidarietà, il carattere obbligatorio o meno dell'iscrizione ad un determinato regime assicurativo, l'incidenza del controllo statale sulla gestione dell'attività –, senza, però, definirne in modo chiaro la portata.

Questo modo di procedere è fonte di notevole incertezza e, per tale ragione, è stato fortemente criticato in dottrina⁷⁸. Senza voler in alcun modo negare la fondatezza di questi rilievi, occorre osservare come, almeno in via approssimativa, sia comunque possibile abbozzare una prima categorizzazione dei diversi elementi, facendo riferimento al ruolo svolto da ciascuno di essi⁷⁹. Sono, prima di tutto, individuabili alcuni elementi che risultano decisivi nella qualificazione dell'attività: si tratta del principio di solidarietà, vero e proprio elemento chiave ai fini in esame, e la sottoposizione dell'attività al controllo statale. Altri, benché presi in considerazione a più riprese, svolgono una funzione meramente sussidiaria o risultano rilevanti ad altri fini⁸⁰: è questo il caso della funzione sociale perseguita dall'ente, dell'assenza dello scopo di lucro e del requisito dell'iscrizione obbligatoria.

⁷⁶ L. DRIGUEZ, *op. cit.*, p. 250; L. IDOT, *Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence? A propos de quelque développements récents...*, in *Europe*, janvier 1996, pp. 1-5.

⁷⁷ La dottrina francese – si veda, in particolare, L. DRIGUEZ, *op. cit.*, p. 260 – parla di *faisceau d'indices*.

⁷⁸ N. BOEGER, *Solidarity and EC Competition Law*, in *ELR*, 32, 2007, p. 320; M. HERRMANN e F.J. SÄCKER, *op. cit.*, p. 417.

⁷⁹ G. MONTI, *op. cit.*, p. 212. L. DRIGUEZ, *op. cit.*, p. 285 utilizza a tale proposito l'immagine della matrioska, sostenendo che i diversi criteri «s'emboîtent à la manière des poupées russes».

⁸⁰ Si pensi all'iscrizione obbligatoria, la quale, come si vedrà meglio in seguito, costituisce una forma di diritto esclusivo e, dunque, è rilevante ai sensi dell'art. 106(2) TFUE e non per la qualificazione dell'attività, sebbene sia spesso presa in considerazione anche in questo contesto.

3.2. Il principio di solidarietà

i) La dimensione interistituzionale del principio di solidarietà nell'ordinamento dell'Unione europea

Prima di analizzare più nel dettaglio la portata ed il ruolo del principio di solidarietà per quanto attiene l'applicazione delle regole di concorrenza nei confronti dei servizi socio-sanitari, è necessario tracciare un rapido quadro d'insieme, per chiarire i diversi significati che questo⁸¹ assume nell'ordinamento dell'Unione europea.

In prima battuta, esso costituisce un principio cardine nei rapporti tra gli Stati membri, nonché tra questi e l'Unione europea. L'accezione istituzionale del principio è quella più spesso richiamata dai trattati istitutivi. L'articolo 2 TCE, ad esempio, lo poneva tra gli obiettivi che la Comunità doveva perseguire attraverso l'instaurazione del mercato comune e dell'unione economica e monetaria, nonché mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni. Vi è, poi, chi osserva come il principio di solidarietà interistituzionale costituisca una componente del principio di leale cooperazione⁸² codificato all'articolo 4(3) TUE⁸³.

Il Trattato di Lisbona ha introdotto riferimenti ulteriori al principio della solidarietà inteso nella sua dimensione interistituzionale. L'articolo 3(3) TUE conferma che la promozione della solidarietà tra gli Stati costituisce uno degli obiettivi dell'Unione, senza, però, collegarla direttamente alla realizzazione del mercato interno e dell'unione economica e monetaria. Il rafforzamento della solidarietà tra gli Stati Membri è previsto insieme alla promozione della coesione economica, sociale e culturale, esplicitando, in questo modo, un legame che, per quanto evidente sul piano logico-operativo, non era stato adeguatamente valorizzato nelle precedenti versioni dei Trattati istitutivi. Inoltre, la solidarietà interistituzionale è prevista come principio ispira-

⁸¹ J. CHEVALLIER, *Le résurgence du thème de la solidarité*, in CURAPP, *La solidarité, un sentiment républicain?*, Paris 1992, p. 202 ritiene la nozione della solidarietà «fujante, rebelle à toute tentative de clarification intellectuelle». In epoca moderna l'utilizzo del principio si è affermato a partire dalla fine del XIX secolo quando ha sostituito nel discorso politico francese il concetto di fraternità; sul punto M. ROSS, *Solidarietà: un nuovo paradigma costituzionale per l'Unione europea?*, in RDSS, 2009, pp. 239-243; M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, Paris 1993, p. 689.

⁸² M. ROSS, *Promoting Solidarity: From Public Services to a European Model of Competition?*, in CMLR, 44, 2007, pp. 1060-1063; L. DRIGUEZ, *op. cit.*, p. 269.

⁸³ Non è possibile soffermarsi in questa sede sui molteplici significati di tale disposizione e del principio di leale cooperazione. Per tutti, si veda O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna 2008, spec. pp. 5-10 e dottrina ivi citata.

tore della politica estera e di sicurezza comune⁸⁴, delle politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione⁸⁵ e della politica nel settore dell'energia⁸⁶.

Si noti come il Trattato di Lisbona non si limiti ad enunciare il principio, ma introduca uno specifico meccanismo che dovrebbe contribuire alla sua concreta attuazione. Si tratta della cd. 'clausola di solidarietà', disciplinata dall'articolo 222 TFUE, il quale impone ad Unione europea e Stati membri di agire congiuntamente, «in uno spirito di solidarietà», qualora uno degli Stati subisca un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo. Più nello specifico, il primo comma pone un obbligo di azione in capo all'Unione, mentre il secondo impone agli altri Membri di intervenire prestando assistenza allo Stato in difficoltà⁸⁷.

ii) La dimensione interindividuale del principio: la 'solidarietà sociale'

Per quanto riguarda il presente lavoro, la dimensione più rilevante del principio in esame è quella che riguarda i rapporti tra gli individui e che viene spesso indicata come 'solidarietà sociale'⁸⁸. Per usare la parole dell'Avvocato Generale Fennelly in *Sodemare*, essa «comporta il fatto, intrinsecamente non commerciale, del sussidio a un gruppo sociale ad opera di un altro»⁸⁹.

La solidarietà sociale costituisce, almeno per quanto riguarda il continente europeo, il principio ispiratore, nonché il fondamento ultimo, dei sistemi nazionali di *welfare*, i quali, come noto, mirano alla redistribuzione di una parte delle risorse generate all'interno di una comunità⁹⁰ al fine di garantire a tutti i membri il soddisfacimento dei

⁸⁴ Art. 24(2) TUE.

⁸⁵ Art. 80 TFUE.

⁸⁶ Art. 194 TUE. Inoltre l'art. 122 TFUE prevede che il Consiglio possa adottare «misure adeguate alla situazione economica, in particolare quando sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia», decidendo «in uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri», una precisazione questa non prevista nella precedente versione della disposizione contenuta nell'art. 100 TCE.

⁸⁷ In entrambi i casi è necessaria una richiesta da parte delle autorità dello Stato colpito. Il comma 3 della medesima disposizione prevede che le modalità concrete di attuazione delle clausole dovranno essere decise dal Consiglio, su proposta della Commissione.

⁸⁸ Per una ricostruzione accurata del concetto da un punto di vista storico e filosofico si veda S. STIERNØ, *Solidarity in Europe: The History of an Idea*, Cambridge 2005.

⁸⁹ Conclusioni dell'Avv. Gen. F. Fennelly presentate il 6 febbraio 1997, relative alla causa C-70/95, *Sodemare*, punto 29.

⁹⁰ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris 1893. L'A. osserva come

loro bisogni essenziali. Proprio la presenza di tali meccanismi redistributivi «from rich to poor, from well to ill, from young to old, from single people to families and from workers to the non-active»⁹¹ costituisce il principale elemento che accomuna sistemi nazionali talvolta molto diversi tra loro. In questo contesto, il principio solidaristico risulta strettamente connesso con un altro elemento fondamentale di tutti i moderni sistemi di *welfare*, ossia il principio di universalità⁹². L'attuazione del primo, attraverso la predisposizione di meccanismi redistributivi, mira proprio ad assicurare la massima copertura dal punto di vista soggettivo, garantendo che «nessuno venga escluso»⁹³.

Nonostante la sua centralità per i sistemi nazionali di *welfare*, il diritto dell'Unione ha tradizionalmente riservato scarsa attenzione alla dimensione interindividuale del principio, come dimostrano gli sparuti richiami rinvenibili nei Trattati istitutivi⁹⁴. In passato era, infatti, considerato un elemento estraneo all'ambito applicativo del diritto comunitario, operando in un contesto, quello dei sistemi di *welfare*, riservato alla competenza esclusiva degli Stati membri⁹⁵. A questo proposito, si deve rilevare come il Trattato di Lisbona tenti di colmare la lacuna, senza, però, riuscirci fino in fondo⁹⁶. L'articolo 2 TUE, infatti, pur richiamando il principio, non lo pone tra i valori fondamentali dell'Unione, limitandosi a considerarlo una «caratteristica delle società degli Stati membri», senza chiarire il valore di tale riconoscimento. Parimenti, l'articolo 3 TUE considera tra gli obiettivi dell'U-

la solidarietà sociale si fondi su un «lien social» che unisce gli appartenenti ad una specifica comunità.

⁹¹ L'espressione è tratta da E. MOSSIALOS, M. MCKEE, W. PALM, B. KARL e F. MARHOLD, *The Influence of EU Law on the Social Character of Health Care Systems in the EU*, Report submitted to the Belgian Presidency of the European Union, Brussels, 19 November 2001 disponibile sul sito <http://www.ose.be/health/files/summary.pdf> (visitato il 20 settembre 2011).

⁹² In questo senso C. NEWDICK, *The European Court of Justice, Trans-National Health Care and Social Citizenship - Accidental Death of a Concept?*, in *Wis. Int'l L.J.*, 26, 2009, p. 844.

⁹³ L'espressione è utilizzata per definire il principio di solidarietà nella Comunicazione della Commissione, *Opportunità, accesso e solidarietà: verso una nuova visione sociale per l'Europa del XXI secolo*, 20 novembre 2007, COM(2007)726 def., p. 7.

⁹⁴ L'unico riferimento si ha nel Preambolo del Trattato sull'Unione europea, dove si fa riferimento al desiderio di «intensificare la solidarietà tra i loro popoli [...]». Sul punto S. O'LEARY, *Solidarity and Citizenship Rights in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in G. DE BÚRCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford 2005, pp. 40-41.

⁹⁵ Sul punto si veda *supra*, Cap. I, par. 1.

⁹⁶ In senso conforme M. ROSS, *Solidarietà: un nuovo paradigma*, cit., p. 264.

nione solo la «solidarietà tra le generazioni», evitando di menzionare le altre componenti del principio.

Un approccio più risoluto sembrava essere stato adottato nella redazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, alla quale, come noto⁹⁷, il Trattato di Lisbona conferisce efficacia vincolante. Già nel Preambolo dell'atto si afferma, infatti, che la solidarietà costituisce un valore fondativo dell'Unione, ponendola sullo stesso piano della dignità umana, della libertà e dell'uguaglianza. Al principio è, inoltre, dedicato l'intero Capo IV della Carta, il quale raggruppa una serie di diritti tradizionalmente considerati aventi natura economica e sociale. Tra questi, vi sono i diritti alla sicurezza sociale, all'assistenza sociale, alla protezione della salute e di accesso ai servizi di interesse economico generale. Come si è già avuto modo di osservare⁹⁸, la portata innovativa del documento si esaurisce sul piano delle affermazioni, risultando più incerta, quando non addirittura assente, quanto alla loro concreta attuazione. I diritti previsti nel Capo della Carta dedicato alla 'Solidarietà' sono, infatti, considerati meri principi programmatici privi di immediata precettività. Il dato conferma ulteriormente come, almeno per quanto riguarda il piano normativo, il principio della solidarietà sociale goda di una considerazione ancora limitata nell'ordinamento dell'Unione europea.

Una diversa situazione emerge, invece, dall'analisi della prassi della Commissione e, soprattutto, della giurisprudenza. Quanto al primo ambito, il riconoscimento del ruolo fondamentale che il principio in esame svolge anche nell'ordinamento dell'Unione europea è avvenuto soprattutto in alcuni documenti adottati di recente dall'esecutivo europeo. Ad esempio, nell'*Agenda sociale rinnovata* adottata nel 2008, la Commissione ha inteso sottolineare come la solidarietà, intesa nella sua dimensione interindividuale, costituisca «un elemento costitutivo del funzionamento della società europea e dei rapporti dell'Europa con il resto del mondo»⁹⁹.

Ma è soprattutto grazie all'azione della Corte che il principio della solidarietà sociale ha trovato definitivo riconoscimento nell'ordinamento dell'Unione europea. Uno degli ambiti nei quali esso ha assunto maggiore rilevanza è proprio quello relativo all'applicazione delle norme sulla concorrenza nei confronti delle attività socio-sanitarie. In questo contesto, il principio in esame svolge un duplice ruolo,

⁹⁷ Sul punto si veda *supra*, Cap. I, par. 2.

⁹⁸ Vedi *supra*, Cap. I, par. 2.

⁹⁹ Comunicazione della Commissione, *Agenda sociale rinnovata: opportunità, accesso e solidarietà nell'Europa del XXI secolo*, 2 luglio 2008, COM(2008) 412 def., p. 7.

trovando applicazione, in primo luogo, quale limite all'applicabilità della normativa *antitrust* nei confronti dei servizi del *welfare*¹⁰⁰ e, successivamente, per giustificare l'adozione da parte degli Stati di misure derogatorie limitative della concorrenza¹⁰¹. L'impostazione risulta ormai consolidata, avendo trovato accoglimento in una serie di pronunce adottate dalla Corte già a partire dai primi anni '90.

Sembrerebbe, dunque, legittimo ritenere che, nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, il principio della solidarietà sociale abbia ormai acquisito pari valenza rispetto all'obiettivo della concorrenza¹⁰² e possa considerarsi un principio generale del diritto dell'Unione¹⁰³. Tuttavia, vi è chi contesta questo tipo di qualificazione del principio, preferendo considerarlo un valore o, al più, un principio operativo, il quale può essere utilizzato come «yardstick against which to review acts and decisions»¹⁰⁴. Soprattutto alla luce di tale ultima considerazione, è evidente come la distinzione sia più terminologica che sostanziale. Al di là delle differenti espressioni utilizzate, ciò su cui non paiono esserci dubbi è che il principio della solidarietà sociale abbia ormai acquisito, grazie all'azione della Corte, una valenza normativa autonoma nell'ordinamento dell'Unione europea.

iii) Il principio di solidarietà come limite all'applicazione del diritto dell'Unione sulla concorrenza

Il principio di solidarietà, inteso nella sua dimensione interindividuale, costituisce l'elemento decisivo per determinare se le norme dell'Unione sulla concorrenza possano trovare applicazione nei confronti dei servizi socio-sanitari¹⁰⁵. Sono, infatti, esclusi dall'ambito applica-

¹⁰⁰ Il tema sarà oggetto di analisi nel prossimo paragrafo.

¹⁰¹ In argomento si veda *infra*, par. 4.3

¹⁰² In questo senso S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., p. 223. Il Trattato di Lisbona sembrerebbe essere andato addirittura oltre, escludendo la tutela della concorrenza dagli obiettivi dell'Unione previsti dall'art. 3 TUE, nel quale, invece, è stato inserito un riferimento alla «solidarietà tra le generazioni». In realtà, come si è già avuto modo di sottolineare in precedenza, si tratta di una modifica di carattere essenzialmente cosmetico, non potendosi negare che la creazione di «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata sul mercato interno» continui ad essere uno degli obiettivi fondamentali dell'Unione. Sul punto vd. *supra*, par. 2.1.

¹⁰³ C. BARNARD, *EU Citizenship and the Principle of Solidarity*, in M. DOUGAN e E. SPAVENTA (ed.), *Social Welfare and EU Law*, Oxford 2005, p. 165.

¹⁰⁴ M. ROSS, *The Value of Solidarity in European Public Services Law*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (eds), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, The Hague 2009, p. 81; ID., *Promoting Solidarity*, cit., pp. 1069-1070.

¹⁰⁵ F. LOUCKX, *L'influence du droit européen de la concurrence sur l'organisation des systèmes de soins de santé nationaux*, in *Cah. Dr. Eur.*, 2008, p. 353; F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 1073; N. BOEGER, *op. cit.*, p. 326; L. DRIGUEZ, *op. cit.*,

tivo delle norme *antitrust* tutti quei soggetti incaricati della gestione di servizi che, essendo organizzati secondo il principio della solidarietà, si ritiene non abbiano natura economica.

Rappresentando un limite¹⁰⁶ all'applicazione delle norme poste a tutela della concorrenza, il principio di solidarietà è tradizionalmente considerato un baluardo contro l'infiltrazione del diritto dell'Unione europea in ambiti che rilevano della competenza statale¹⁰⁷. Da questo punto di vista, il riferimento alla solidarietà sociale può, dunque, considerarsi uno strumento utilizzato dalla Corte per garantire il rispetto del riparto di competenze previsto dal Trattato per quanto attiene la materia sociale¹⁰⁸. Non è un caso che il richiamo da parte della Corte al principio sia costantemente preceduto dall'affermazione secondo la quale «il diritto comunitario non menoma la competenza degli Stati membri ad organizzare i loro sistemi [di sicurezza sociale]»¹⁰⁹. D'altra parte, tale funzione del principio di solidarietà è insita nel riferimento ad un concetto che, essendo connesso all'esercizio di funzioni redistributive, è ancora «a fundamentally national concept»¹¹⁰. Sebbene, infatti, non manchino gli esempi di una nascente solidarietà europea¹¹¹, l'esercizio di funzioni redistributive resta saldamente ancorato al livello nazionale, soprattutto in ragione della mancanza da parte dell'Unione europea di risorse finanziarie sufficienti a tal fine.

p. 266; S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe. Énergie, postes, télécommunications et transports*, Londres-Paris-New York 2000, p. 112.

¹⁰⁶ T. HERVEY, *Social Solidarity: A Buttress Against Internal Market Law?*, in J. SHAW (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford 2000, pp. 43-47 parla della solidarietà sociale come «a buttress against market law».

¹⁰⁷ N. BOEGER, *op. cit.*, p. 324; S. GIUBBONI, *Free Movement of Persons and European Solidarity*, in *ELR*, 13, 2007, p. 374.

¹⁰⁸ J.W. VAN DE GRONDEN, *Cross-Border Health Care in the EU and the Organization of the National Health Care Systems of the Member States: The Dynamics Resulting from the European Court of Justice's Decisions on Free Movement and Competition Law*, in *Wis. Int'l L.J.*, 26, 2009, pp. 750-751. L'A. si spinge ad affermare che «[b]y examining whether the principle of solidarity is predominant in a national health care scheme, the Community courts are essentially basing their decisions in part on the perceived will of the national legislature».

¹⁰⁹ L'affermazione è stata utilizzata per la prima volta dalla Corte in un caso relativo alla libera circolazione delle merci: sentenza del 7 febbraio 1984, causa 238/82, *Duphar*, in *Racc.*, p. 523, punto 16.

¹¹⁰ V. HATZOPOULOS, *Health law and Policy: The Impact of EU Law*, in G. DE BURCA (ed.), *EU Law and the Welfare State*, cit., p. 167. In argomento si veda, inoltre, J. OTTMANN, *The Concept of Solidarity in National and European Law: The Welfare State and the European Social Model*, in *ICL-Journal*, 2008, pp. 37.

¹¹¹ M. DOUGAN e E. SPAVENTA, *op. cit.*, pp. 181-218. Sul punto si vedano, inoltre, le considerazioni svolte *infra*, Cap. V, par. 1.3.

L'utilizzo in funzione 'difensiva' del principio di solidarietà si è consolidato grazie ad una serie di pronunce – non a caso indicate come «social solidarity rulings»¹¹² – attinenti ai regimi previdenziali e di assicurazione socio-sanitaria. Capostipite di tale progenie è stato il caso *Poucet et Pistre*¹¹³, relativo a due casse mutualistiche francesi rispettivamente incaricate della gestione del regime di assicurazione malattia e maternità dei lavoratori autonomi dei settori diversi dall'agricoltura e dell'assicurazione per la vecchiaia dei lavoratori autonomi. Successivamente, il ragionamento ha trovato applicazione nei confronti dell'istituto italiano incaricato della gestione del regime assicurativo contro gli incidenti sul lavoro e le malattie professionali – l'INAIL¹¹⁴ –, degli enti, tra cui tre ministeri, che gestiscono il sistema sanitario spagnolo¹¹⁵; delle casse malattia – *Krankenkassen* – che gestiscono il regime legale tedesco di assicurazione malattia dei lavoratori dipendenti¹¹⁶, di una delle casse previdenziali di categoria – *Berufsgenossenschaft* – che partecipa alla gestione del regime assicurativo contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali in Germania¹¹⁷, nonché l'istituto previdenziale francese disciplinato dal codice della previdenza sociale¹¹⁸.

In tutti questi casi, l'esclusione del carattere economico dell'attività è avvenuta in riferimento al ruolo decisivo svolto dal principio solidaristico nella conformazione del sistema previdenziale¹¹⁹. La Corte ha rilevato come questi regimi operassero, e continuino ad operare, tutti secondo una logica non esclusivamente commerciale, prevedendo, infatti, meccanismi redistributivi a favore di coloro che, per ragioni legate all'età, al reddito o alla salute, fossero in condizioni di svantaggio. Attività questa che, come debitamente sottolineato dall'Avvocato Generale Fennely in *Sodemare*, costituisce il contenuto essenziale del principio di solidarietà sociale¹²⁰ e ha un carattere «intrinse-

¹¹² T. HERVEY, *Social Solidarity*, cit., p. 31.

¹¹³ *Poucet et Pistre*, cit., punti 7-18.

¹¹⁴ Sentenza del 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio*, in *Racc.*, p. I-691, punti 38-42.

¹¹⁵ Sentenza del 4 marzo 2004, causa T-319/99, *FENIN*, in *Racc.*, p. II-357, punti 38-40. La decisione del Tribunale è stata confermata dalla Corte nella sentenza del 7 novembre 2006, causa C-205/03P, *FENIN*, in *Racc.*, p. I-6295.

¹¹⁶ Sentenza del 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband*, in *Racc.*, p. I-2493, punti 47-56.

¹¹⁷ Sentenza del 5 marzo 2009, causa C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH*, in *Racc.*, p. I-1513, punti 44-59.

¹¹⁸ Sentenza del 3 marzo 2011, causa C-437/09, *AG2R Prévoyance*, non ancora pubblicata in *Racc.*

¹¹⁹ F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 1073.

¹²⁰ M. DOUGAN e E. SPAVENTA, *'Wish You Weren't Here'. New Models of Social*

camente non commerciale»¹²¹, imponendo, quindi, un limite all'applicabilità delle norme *antitrust*.

Gli elementi presi in considerazione dalla Corte per valutare se il principio di solidarietà risulti prevalente nella conformazione dell'attività sono diversi e possono essere raggruppati, sulla scia di quanto proposto dall'Avvocato Generale Tesauro in *Poucet et Pistre*¹²², in tre indici principali. Il primo riguarda la cd. solidarietà distributiva e si esplica nella presenza di elementi che importano una redistribuzione di risorse tra soggetti più e meno abbienti appartenenti alla medesima categoria assicurata ovvero a classi di rischio diverse. Questo avviene quando, come nei casi *Cisal* e *AG2R Prévoyance*, l'aliquota contributiva non sia sistematicamente commisurata al rischio assicurato e l'importo delle prestazioni erogate non risulti correlato ai contributi versati, consentendo anche a coloro che dispongono di redditi modesti di godere di una protezione sociale adeguata¹²³. Il secondo indice, quello della solidarietà intergenerazionale¹²⁴, si esprime, per usare le parole della Corte in *Poucet et Pistre*, «nella circostanza che sono i contributi versati dai lavoratori in attività che consentono di finanziare le pensioni dei lavoratori collocati a riposo»¹²⁵, secondo il metodo cd. 'a ripartizione'¹²⁶. L'ultimo indice, espressione della solidarietà finanziaria, si fonda sulla compensazione tra fondi o regimi eccedentari e deficitari. Questa dimensione è stata attentamente valutata nei casi *AOK* e *Kettner*, dove la Corte ha ritenuto rilevante ai fini della qualificazione dell'ente erogatore il fatto che le diverse casse previdenziali fossero «riunite in una comunità di rischio che permette loro di ripartire i costi ed i rischi»¹²⁷.

Solidarity in the European Union, in M. DOUGAN e E. SPAVENTA (eds), *op. cit.*, pp. 184-185.

¹²¹ Conclusioni dell'Avv. Gen. F. Fennelly presentate il 6 febbraio 1997, *Sodemare*, cit., punto 29.

¹²² Conclusioni dell'Avv. Gen. G. Tesauro presentate il 29 settembre 1992, *Poucet et Pistre*, cit., punti 9-11.

¹²³ *Cisal*, cit., punti 39-42; *AG2R Prévoyance*, cit., punti 47-52.

¹²⁴ L. DRIGUEZ, *op. cit.*, pp. 273-274. L'A. sottolinea come questo tipo di rapporto non dovrebbe essere considerato come una forma di solidarietà, ma come un contratto tra le generazioni.

¹²⁵ *Poucet et Pistre*, cit., punto 11.

¹²⁶ Un sistema previdenziale basato sul principio della ripartizione finanzia le prestazioni con le entrate correnti. Il lavoratore, quindi, non procede all'accumulo di risorse che saranno poi utilizzate quando cesserà l'attività lavorativa, ma versa contributi che servono a pagare gli assicurati a riposo. Viceversa il principio della capitalizzazione prevede l'accantonamento di risorse, attraverso contributi o premi, in modo che in qualsiasi momento sia possibile fronteggiare gli oneri connessi all'erogazione delle prestazioni previdenziali a favore del lavoratore.

¹²⁷ *AOK*, cit., punto 53; *Kettner*, cit., punto 48.

Si deve rilevare come la semplice presenza di elementi solidaristici non comporti l'automatica esclusione del prestatore dall'ambito applicativo delle norme *antitrust*. Perché ciò avvenga, occorre che tali elementi prevalgano sui tratti commerciali nella configurazione dell'attività. Qualora l'incidenza della solidarietà sociale non sia sufficiente ad escluderne la natura economica, l'ente erogatore sarà considerato 'impresa' ai sensi delle norme dell'Unione sulla concorrenza, salvo poter beneficiare della deroga prevista dall'articolo 106(2) TFUE¹²⁸.

Un esempio chiaro di questo modo di procedere è offerto dal caso *FFSA*, relativo ad un regime integrativo di assicurazione per la vecchiaia dei coltivatori diretti. La Corte, pur ammettendo l'esistenza di alcuni elementi solidaristici – l'inesistenza di un nesso tra i contributi e il rischio, la presenza di un meccanismo di esenzione dai versamenti in caso di malattia e la possibilità di una sospensione –, aveva concluso rilevando il carattere economico dell'attività in questione¹²⁹. Questo perché il regime operava secondo il principio della capitalizzazione, dando diritto a prestazioni strettamente commisurate ai contributi versati e ai risultati finanziari degli investimenti effettuati dall'ente gestore, senza prevedere alcun meccanismo di solidarietà intergenerazionale. Conclusioni del tutto convergenti sono rinvenibili in alcune pronunce relative a fondi pensione olandesi¹³⁰. Anche in questi casi, la Corte ha ritenuto che l'applicazione del principio della capitalizzazione, oltre al fatto che le prestazioni erogate dipendessero unicamente dai contributi versati e dai risultati finanziari degli investimenti, dovesse ritenersi prevalente rispetto a tutti gli altri elementi di solidarietà eventualmente presenti¹³¹.

¹²⁸ M. Ross, *Promoting Solidarity*, cit., p. 1067 osserva come la Corte abbia sviluppato un test «which applies a graduated scale of solidarity». In senso critico sull'adozione di questo tipo di approccio G. MONTI, *op. cit.*, p. 212.

¹²⁹ *FFSA*, cit., punti 17-20.

¹³⁰ Questi fondi pensione costituiscono il secondo pilastro del sistema pensionistico olandese andando ad integrare, attraverso l'erogazione di una pensione complementare, la pensione di base prevista per legge e concessa direttamente dallo Stato.

¹³¹ *Pavlov*, cit., punti 111-116; *Albany*, cit., punti 78-84; sentenza del 21 settembre 1999, causa C-219/99, *Maatschappij Drijvende Bokken BV*, in *Racc.*, p. I-6121, punti 70-74; sentenza del 21 settembre 1999, cause riunite C-115, 116 e 118/97, *Brentjens*, in *Racc.*, p. I-6025, punti 77-84. Secondo alcuni autori queste decisioni dimostrerebbero come l'unica dimensione della solidarietà davvero decisiva ai fini della qualificazione dell'attività sia proprio quella intergenerazionale, mentre gli altri indici sarebbero rilevanti solo ai fini dell'applicazione della deroga prevista dall'articolo 106(2) TFUE. L'affermazione vale, però, solo per un settore specifico, quello pensionistico, non riuscendo a spiegare le decisioni adottate nei casi *Cisal*, *AOK*, *FENIN*, *Kattner* e *AG2R Prévoyance* dove la Corte è giunta ad escludere la natura economica dell'attività, sebbene tali regimi non presentassero alcuna forma di soli-

L'analisi della giurisprudenza dimostra la tendenza da parte della Corte a sancire la prevalenza degli elementi solidaristici, escludendo l'applicabilità delle norme di concorrenza, quando l'aspetto redistributivo assuma un'intensità tale da escludere la possibilità che prestazioni equiparabili possano essere fornite da operatori privati¹³². Si spiega in questo modo, ad esempio, perché sia stato considerato decisivo il metodo della capitalizzazione ai fini della qualificazione dei fondi pensione olandesi. Come attentamente osservato dall'Avvocato Generale Jacobs in *Albany*, non vi è, infatti, «alcuna possibilità [...] che imprese private possano offrire sul mercato un regime pensionistico basato sul principio della ripartizione, senza un intervento statale»¹³³. Questo tipo di impostazione ha evidenti punti di contatto con l'approccio tradizionale, il quale, come si è avuto modo di rilevare in precedenza¹³⁴, considera l'esistenza di un mercato l'elemento decisivo per sancire il carattere economico dell'attività. Si deve, però, precisare come in nessun caso relativo al settore sociale la Corte, a differenza di quanto proposto dall'Avvocato Generale Jacobs nei casi sui fondi pensione olandesi, si sia mai limitata ad una valutazione in astratto, procedendo sempre ad un esame in concreto della situazione¹³⁵.

iv) Le incertezze nella distinzione tra attività sociali e attività economiche: il difficile ruolo del principio di solidarietà

La possibilità di leggere una tendenza nella giurisprudenza appena descritta non può portare a trascurare gli elementi di incertezza che ancora ne caratterizzano l'evoluzione. La difficoltà nello stabilire in modo certo la distinzione tra attività sociali ed economiche attraverso il test quantitativo elaborato dalla Corte è emersa con tutta chiarezza in *AOK*. In questo caso, Corte e Avvocato Generale sono giunti a conclusioni opposte rispetto alla natura dei servizi offerti dalle *Krankenkassen*, sebbene abbiano entrambi utilizzato lo stesso schema

darietà intergenerazionale. In argomento S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., p. 225.

¹³² G. RICCI e L. DI VIA, *Monopoli previdenziali e diritto comune antitrust*, in S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e diritto comunitario*, Bologna 2007, p. 51; F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, pp. 1074-1075.

¹³³ Conclusioni Avv. Gen. Jacobs, *Albany*, cit., punto 338.

¹³⁴ Vedi *supra*, par. 2.2.

¹³⁵ In *Albany*, cit., punto 84, la Corte ha affermato che «[d]i conseguenza, un fondo pensione di categoria come quello controverso nella causa principale, svolge un'attività economica in concorrenza con le società assicurative», giungendo, quindi, a conclusioni analoghe a quelle proposte dall'Avvocato Generale Jacobs, ma evitando di fare ricorso al test astratto da questi proposto.

analitico – la ponderazione degli elementi solidaristici e di quelli economici – per la qualificazione dei fatti¹³⁶.

La ragione di tale discordanza è da ricercare nella diversa valutazione di una caratteristica specifica del sistema tedesco, vale a dire l'esistenza di un certo di livello di concorrenza tra le casse e tra queste e gli operatori privati. La legislazione tedesca prevede, infatti, che le casse possano determinare autonomamente il livello dei prezzi, fissando l'aliquota contributiva, e, benché il livello di base delle prestazioni sia determinato per legge, che dispongano di una certa discrezionalità nelle modalità di adempimento, potendo anche decidere di offrire alcuni trattamenti complementari. In questo modo, le casse sono incentivate a competere tra loro per attrarre i lavoratori, i quali sono sì obbligati ad iscriversi ad una *Krankenkassen*¹³⁷, ma sono liberi di scegliere a quale aderire. Inoltre, le casse sono in competizione con gli assicuratori privati per quanto concerne l'assicurazione di quei lavoratori dipendenti per i quali non sussiste l'obbligo di sottoscrivere un'assicurazione malattia legale.

Proprio facendo leva su tali elementi, l'Avvocato Generale aveva concluso nel senso che le *Krankenkassen* dovessero considerarsi imprese ai sensi del diritto *antitrust*, agendo come tali nella fornitura di assicurazioni contro il rischio malattia, posto che «l'aspetto redistributivo del sistema non è tale da escludere un'attività economica»¹³⁸. A conclusioni opposte è, invece, giunta la Corte, la quale ha ritenuto che il margine di discrezionalità concesso dal legislatore alle casse nella determinazione dei contributi e l'introduzione di un elemento di concorrenza non fossero sufficienti ad escludere il loro carattere solidaristico¹³⁹.

È interessante notare come, nell'elaborare tale soluzione, la Corte non si sia limitata ad una valutazione quantitativa del rapporto tra gli elementi solidaristici e quelli commerciali, prendendo altresì in considerazione la finalità perseguita dal legislatore tedesco, ossia «incitare le casse malattia ad esercitare la loro attività secondo i principi della buona gestione»¹⁴⁰. Il fatto che l'obiettivo fosse quello di ren-

¹³⁶ In argomento F.A. CANCELLA, *op. cit.*, pp. 215-221; M. KRAJEWSKI e M. FARLEY, *op. cit.*, pp. 844-849; S. GOBBATO, *op. cit.*, pp. 802-806.

¹³⁷ Tale obbligo non sussiste solo per i lavoratori con un reddito superiore ad un certo livello fissato per legge e per taluni lavoratori dipendenti assoggettati ad altri regimi specifici.

¹³⁸ Conclusioni Avv. Gen. F. Jacobs, *AOK*, cit., punti 37-42. Per un commento delle posizioni assunte dall'Avvocato Generale si veda F.A. CANCELLA, *op. cit.*, pp. 217-218.

¹³⁹ *AOK*, cit., punti 47-57.

¹⁴⁰ *AOK*, cit., punto 56.

dere più efficiente la gestione del sistema sanitario nazionale è stato ritenuto un elemento sufficiente ad escludere che l'introduzione dell'elemento concorrenziale avesse modificato il carattere solidaristico dell'attività svolta dalle casse mutualistiche. La soluzione elaborata nel caso di specie è stata fortemente criticata da alcuni autori, i quali ne hanno messo in luce la scarsa coerenza dal punto di vista logico-giuridico e il carattere eminentemente politico. Secondo questa parte della dottrina, la decisione di escludere le casse mutualistiche tedesche dall'ambito applicativo delle norme *antitrust*, nonostante la presenza di un mercato concorrenziale per i servizi da queste forniti, risponde unicamente alla volontà della Corte di non ingerirsi in scelte che riguardano un aspetto fondamentale del sistema sanitario tedesco e, come tali, molto delicate dal punto di vista politico¹⁴¹.

In effetti, non può negarsi come la sentenza *AOK* presenti alcuni profili problematici. In primo luogo, la scelta di riconoscere rilevanza anche alle finalità e non solo agli effetti della misura nazionale risulta difficilmente compatibile con l'approccio rigorosamente oggettivo tradizionalmente adottato dalla Corte per valutare la compatibilità degli interventi statali con il diritto dell'Unione europea¹⁴². In secondo luogo, il riferimento alle finalità perseguite dalle autorità nazionali non sembra affatto in grado di contribuire a chiarire la distinzione tra attività sociali e attività economiche. A conferma di ciò, basti rilevare come l'obiettivo preso in considerazione nel caso *AOK* – accrescere l'efficienza della gestione del sistema sanitario – risulti potenzialmente rilevante rispetto a tutte le misure di liberalizzazione adottate dagli Stati membri, essendo, quindi, privo di un'effettiva portata dirimente¹⁴³. Alla luce di quanto precede, deve, quindi, ritenersi preferibile la soluzione adottata in questo caso dall'Avvocato Generale Jacobs, il quale, dopo aver rilevato l'esistenza di un mercato, ha sancito l'applicabilità delle norme *antitrust* nei confronti delle casse mutualistiche, salvo ammettere il ricorso alla clausola di deroga prevista dall'articolo 106(2) TFUE per giustificare le misure restrittive della concorrenza adottate dalle autorità tedesche.

L'incertezza che caratterizza l'applicazione del principio di solidarietà nella fase di qualificazione dell'attività è in parte dovuta alla

¹⁴¹ J.W. VAN DE GRONDEN, *Cross-Border Health Care*, cit., pp. 745-746

¹⁴² Si pensi alla definizione della nozione di aiuto di Stato, ambito nel quale la Corte ha ribadito a più riprese che non si possa distinguere «gli interventi a seconda della loro causa o del loro scopo, [ma occorra definirli] in funzione dei loro effetti». In questo senso si veda sentenza del 26 settembre 1996, causa C-241/94, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-4551, punto 20.

¹⁴³ J.W. VAN DE GRONDEN, *Cross-Border Health Care*, cit., p. 746.

scelta di un metodo che, imponendo una ponderazione caso per caso degli elementi commerciali e di quelli solidaristici, non consente di determinare in modo definitivo il limite tra attività economiche e sociali¹⁴⁴. A tale proposito, vi è chi ritiene che l'utilizzo di un'impostazione di questo tipo abbia quale unico obiettivo quello di garantire una più ampia applicazione delle regole di concorrenza¹⁴⁵, contribuendo, quindi, al processo di graduale erosione della 'sovranità sociale' degli Stati membri.

In realtà, questo modo di procedere sembra essere l'unico in grado di offrire risposte adeguate ad una questione – la distinzione tra attività economiche e attività sociali – che non ha carattere stabile¹⁴⁶, dovendo necessariamente tener conto dei continui mutamenti organizzativi che interessano il settore in esame¹⁴⁷. Le riforme introdotte dagli Stati membri per far fronte alla crisi dei loro sistemi di *welfare* hanno ulteriormente acuito il carattere fluido della distinzione, ampliando l'ambito di incidenza di meccanismi che si ispirano al mercato.

L'incertezza non è, dunque, imputabile alla volontà della Corte,

¹⁴⁴ M. VAQUER CABALLERÍA, *I problemi della contrapposizione tra economico e sociale nella caratterizzazione dei servizi di interesse generale*, in E. FERRARI (a cura di), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino 2007, pp. 317-323; J. BAQUERO CRUZ, *Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law*, in G. DE BURCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford 2005, p. 182. Ad ulteriore conferma del carattere intrinsecamente relativo di tale distinzione, basti rilevare come pochi anni prima della decisione con la quale la Corte di giustizia ha escluso che l'INAIL svolgesse attività di impresa, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato – vale a dire l'organismo preposto a vigilare sul rispetto della normativa *antitrust* nell'ordinamento italiano – era giunta a conclusioni opposte. Nel febbraio 1999, l'Autorità, in un parere inviato ai Presidenti dei due rami del Parlamento, aveva infatti affermato che l'attività dell'INAIL non presentava elementi di solidarietà sufficienti ad escluderne la natura economica; in argomento si vedano G. RICCI, L. DI VIA, *op. cit.*, pp. 62-63.

¹⁴⁵ E. SZYSZCZAC, *Public Service Provision in Competitive Markets*, in *YEL*, 20, 2002, pp. 44-45.

¹⁴⁶ S. RODRIGUES, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne – Acquis et perspectives*, in J.-V. LOUIS e S. RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union Européenne*, Bruxelles 2006, pp. 432-433. Sul punto *Libro Verde sui servizi di interesse generale*, 21 maggio 2003, COM(2003) 270 def., punto 45; Relazione al Consiglio di Laeken, *Servizi di interesse generale* (presentata dalla Commissione), 10 novembre 2001, COM(2001) 589 def., punto 30. In tale ultimo documento si afferma che in ragione del carattere mutevole della distinzione «[...] non sembra praticabile stabilire un elenco definitivo *a priori* di tutti i servizi d'interesse generale che vengono considerati 'non economici'».

¹⁴⁷ Sul punto sia consentito il richiamo a F. COSTAMAGNA, *Direttiva «Servizi» e servizi di interesse economico generale: analisi di un rapporto difficile*, in *DCSI*, 2009, pp. 117-118.

quanto alla natura stessa della distinzione. Tanto più che l'analisi della giurisprudenza dimostra come, al di là della presenza di innegabili 'zone d'ombra', la tendenza da parte dei giudici di Lussemburgo sia andata nel senso di riconoscere un ruolo sempre più rilevante al principio di solidarietà, proprio al fine di ampliare il novero delle attività di *welfare* sottratte all'ambito applicativo delle norme sulla concorrenza.

3.3. *Il controllo da parte dello Stato*

Il secondo criterio decisivo per determinare l'applicabilità delle regole dell'Unione europea sulla concorrenza è la sottoposizione dell'attività al controllo statale, essendo questo un elemento idoneo ad escludere il suo carattere economico. Il punto era già stato chiarito in *Poucet et Pistre* ed è stato ulteriormente ribadito in tutte le pronunce successive, ivi comprese le decisioni nelle quali è stato accertato il carattere economico dell'attività. Ad esempio, i fondi pensione olandesi sono stati considerati imprese perché in grado di stabilire in modo autonomo l'ammontare dei contributi e delle prestazioni, senza che tale attività fosse sottoposta ad alcun controllo da parte delle autorità nazionali¹⁴⁸.

Soprattutto in passato, vi era chi riteneva che il controllo statale non potesse considerarsi un elemento autonomo nel ragionamento della Corte, rappresentando, piuttosto, un indice ulteriore del principio di solidarietà¹⁴⁹. I dubbi sul punto discendevano da una giurisprudenza in effetti non sempre coerente. In alcuni casi, l'elemento del controllo era stato preso in considerazione nel corso dell'analisi relativa al principio solidaristico, in altri, invece, i due elementi erano stati esaminati in modo distinto. L'evoluzione giurisprudenziale più recente ha, però, contribuito a fare chiarezza sul punto, dimostrando come il controllo dello Stato non possa ritenersi un mero indicatore del fatto che il servizio sia organizzato secondo il principio solidaristico, godendo, invece, di una propria autonomia. Dapprima, nel caso *Kattner*, la Corte ha avuto modo di sottolineare come, ai fini della qualificazione dell'attività, «[o]ccorre [...] esaminare in dettaglio, *da un lato*, se il regime in questione possa essere considerato come attuativo del principio di solidarietà e, *dall'altro*, in quale misura esso sia soggetto al controllo dello Stato»¹⁵⁰. Tale impostazione è stata con-

¹⁴⁸ *Albany*, cit., punto 81.

¹⁴⁹ Sul punto L. DRIGUEZ, *op. cit.*, pp. 280-281.

¹⁵⁰ *Kattner*, cit., punto 43; (corsivo aggiunto). In senso conforme *Cisal*, cit., punto 43.

fermata anche nel caso *AG2R Prévoyance*, nel quale, per la prima volta, è stata ammessa la possibilità che l'assenza di un adeguato controllo da parte dello Stato sul funzionamento del sistema possa portare a considerare 'impresa' anche un soggetto che, come nel caso di specie, operi in base al principio di solidarietà. La Corte ha, infatti, messo in luce come l'autonomia di cui gode l'ente francese, testimoniata dall'essenza di un controllo da parte della autorità pubbliche sul meccanismo che ha portato alla sua designazione quale amministratore del regime previdenziale, possa costituire elemento sufficiente a dimostrare il carattere economico dell'attività da questo svolta¹⁵¹.

Come dimostrato anche dalla decisione da ultimo analizzata, perché possa costituire elemento utile ad escluderne il carattere economico, il controllo esercitato dalle autorità pubbliche deve essere particolarmente intenso e deve riguardare aspetti fondamentali dell'attività. Solo in queste circostanze è possibile negare l'esistenza di un'impresa in grado di agire autonomamente su un determinato mercato, impedendo, dunque, l'applicazione delle norme *antitrust*¹⁵². Nel caso *Cisal*, ad esempio, è stato osservato come lo Stato controllasse, fino al punto di essere in grado di determinare, l'importo di prestazioni e contributi, vale a dire dei due elementi da cui dipende la situazione finanziaria dell'ente gestore. Problemi maggiori potrebbero sorgere nel caso in cui il controllo non sia assoluto, permanendo residui spazi di discrezionalità in capo all'ente gestore. Una situazione di questo tipo caratterizzava il regime assicurativo oggetto di analisi nel caso *Kattner*, essendo prevista la possibilità per le casse previdenziali di categoria di incidere, sebbene in modo limitato, sulla fissazione dei contributi e sull'entità di alcune delle prestazioni erogate. La Corte ha, però, escluso che tale possibilità fosse sufficientemente ampia per poter considerare le casse tedesche entità economiche autonome e, quindi, soggetti pienamente sottoponibili alle norme *antitrust*. Come sottolineato in alcuni passaggi della decisione, il loro margine di manovra era «rigidamente delimitato dalla legge» e, in ogni caso, lo Stato

¹⁵¹ *AG2R Prévoyance*, cit., punti 53-65. La Corte non ha tratto conclusioni sul punto, lasciando l'onere di determinare in concreto l'esistenza di tale margine di autonomia al giudice nazionale. Compito al quale non si è, invece, sottratto l'Avvocato Generale Mengozzi, il quale nelle sue conclusioni relative al caso ha messo in luce come, «sebbene un regime complementare di assistenza sanitaria come quello controverso nella causa principale dia innegabilmente attuazione al principio di solidarietà», l'assenza di un adeguato controllo statale militi «a favore dell'attribuzione della qualità di impresa [...] all'organismo di gestione di tale regime, quale un istituto previdenziale come l'AG2R» (Conclusioni dell'Avv. Gen. P. Mengozzi presentate l'11 novembre 2010, relative alla causa C-437/09, *AG2R Prévoyance*, punti 77-80).

¹⁵² L. DRIGUEZ, *op. cit.*, pp. 283-285.

federale era in grado di intervenire come «autorità di tutela» di ultima istanza¹⁵³.

Si noti come l'attenzione posta sull'intensità del controllo esercitato dalle autorità pubbliche si ponga in una linea di forte continuità rispetto all'impostazione tradizionalmente seguita dalla Corte per definire quali soggetti possano considerarsi 'imprese'. Il riferimento a questo aspetto è, infatti, funzionale a determinare se l'attività sia svolta da un soggetto che, rispondendo al modello dell'«operatore di mercato», possa essere sottoposto alle regole che tutelano la concorrenza nel mercato interno.

L'attenzione nei confronti del controllo esercitato dallo Stato risulta, almeno da un punto di vista formale, pienamente compatibile con il principio di neutralità previsto all'articolo 345 TFUE¹⁵⁴, non implicando alcun tipo di valutazione sulla natura dell'ente erogatore. Nel contempo, è evidente come questo modo di procedere incida sulla discrezionalità degli Stati membri nell'adozione di scelte relative all'organizzazione dei propri servizi sociali. Il riferimento al requisito del controllo consente, infatti, alla Corte di 'consolidare' ogni apertura al mercato eventualmente decisa dagli Stati membri. L'adozione di modelli *market-oriented* per la gestione dei servizi socio-sanitari determina, infatti, un'inevitabile riduzione del controllo che le autorità pubbliche sono in grado di esercitare anche su aspetti fondamentali relativi all'erogazione del servizio, facendo, quindi, venir meno la possibilità di escludere queste attività dall'ambito applicativo delle norme sulla concorrenza. La loro applicazione introduce limiti ulteriori alla capacità di controllo statale, rendendo di fatto irreversibile il processo di apertura al mercato.

3.4. *Gli elementi non decisivi ai fini della qualificazione dell'attività*

L'analisi della Corte relativa all'applicabilità delle norme *antitrust*

¹⁵³ Kattner, cit., punti 63-65.

¹⁵⁴ Sul principio, in generale, si vedano B. AKKERMANS e E. RAMAEKERS, *The Treaties Shall in No Way Prejudice the Rules in Member States Governing the System of Property Ownership: Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations*, in *ELJ*, 16, 2010, pp. 292-314; S.M. CARBONE, 'Golden Share' e fondi sovrani: lo Stato nelle imprese tra libertà comunitarie e diritto statale, in *DCI*, 23, 2009, pp. 505-511; A. GARDELLA, *Articolo 295*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano 2004, pp. 1312-1315; S.M. CARBONE, *Brevi note in tema di privatizzazioni e diritto comunitario*, in *DCI*, 1999, pp. 231-240; W. DEVROE, *Privatizations and Community Law: Neutrality Versus Policy*, in *CMLR*, 34, 1997, pp. 267-306; A. VERHOEVEN, *Privatization and EC Law: Is the European Commission «Neutral» with Respect to Public Versus Private Ownership of Companies?*, in *ICLQ*, 45, 1996, pp. 861-887.

nei confronti dei servizi sociali prende in considerazione elementi ulteriori, i quali non possono, però, considerarsi decisivi per la qualificazione dell'attività. Si tratta, in particolare, della funzione perseguita dall'ente e del carattere obbligatorio dei servizi in esame. Pur non risultando dirimenti ai fini della qualificazione dell'attività, entrambi questi fattori giocano un ruolo importante in un momento successivo, vale a dire nell'applicazione nella clausola di deroga prevista all'articolo 106(2) TFUE.

i) La funzione sociale dell'ente

L'importanza della funzione sociale svolta dagli enti incaricati della fornitura dei servizi in esame è un dato di tutta evidenza ed è stato riconosciuto a più riprese anche dalla stessa Corte¹⁵⁵. Tuttavia, questo tipo di riconoscimento non è di per sé sufficiente ad escludere la possibilità di qualificare il servizio come attività economica.

In realtà, alcuni dubbi in proposito erano sorti dopo la sentenza *Poucet et Pistre*, nella quale la Corte aveva sancito l'inapplicabilità della disciplina della concorrenza nei confronti delle casse mutualistiche, facendo riferimento al fatto che i regimi da queste gestiti «perseguono un fine sociale e si ispirano al principio della solidarietà»¹⁵⁶. L'affermazione sembrava lasciar presupporre l'intenzione da parte della Corte di riconoscere alla funzione sociale una rilevanza pari a quella del principio di solidarietà ai fini della qualificazione dell'attività.

L'impressione deve, però, essere rivista e corretta alla luce della successiva evoluzione giurisprudenziale, nella quale la Corte ha definitivamente chiarito il ruolo che l'elemento in esame è chiamato a svolgere nella qualificazione dell'attività¹⁵⁷. A questo proposito, basti rilevare come nel caso *Kattner* la Corte abbia tenuto fede all'impostazione tradizionale, negando, dunque, che la funzione sociale perseguita dall'ente possa servire ad escludere la natura economica del servizio¹⁵⁸, rifiutando di seguire l'approccio proposto dall'Avvocato Generale Mazák nelle sue conclusioni. Questi, pur ribadendo il ca-

¹⁵⁵ Nei casi dei fondi pensione olandesi, ad esempio, la Corte ha avuto modo di affermare che «l'importanza della funzione sociale attribuita alle pensioni complementari è stata di recente riconosciuta con l'adozione, da parte del legislatore comunitario, della direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, 98/49/CE, relativa alla salvaguardia dei diritti a pensione complementare dei lavoratori subordinati e dei lavoratori autonomi che si spostano all'interno della Comunità europea (GU L 209, pag. 46)» (*Albany*, cit., punto 106).

¹⁵⁶ *Poucet e Pistre*, cit., punto 8.

¹⁵⁷ *Cisal*, cit., punto 37. Sul punto in dottrina F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 1076; L. DRIGUEZ, *op. cit.*, p. 267.

¹⁵⁸ *Kattner*, cit., punto 42. In senso conforme AG2R *Prévoyance*, cit., punto 45.

rattere non decisivo del requisito, aveva suggerito di considerare la funzione sociale «nondimeno un fattore rilevante fra gli altri nell'accertare se una determinata attività sia di natura non economica»¹⁵⁹.

Ritenere la funzione perseguita dall'ente un elemento insufficiente ai fini della qualificazione dell'attività può leggersi come un'ulteriore conferma dell'impostazione rigorosamente funzionalista seguita dalla Corte¹⁶⁰. La funzione sociale costituisce, infatti, un dato endogeno, ossia relativo al soggetto erogatore, e, come tale, privo di rilevanza, almeno in questa fase dell'analisi.

ii) Il carattere obbligatorio del ricorso all'attività

La compatibilità con il diritto europeo della concorrenza di quelle normative nazionali che, prevedendo un obbligo di adesione ad un determinato regime previdenziale, consentono all'ente gestore di operare in una situazione di monopolio è un tema estremamente delicato, coinvolgendo interessi economici e sociali di prima grandezza. A conferma di ciò, basti rilevare come la maggior parte dei casi oggetto di analisi tragga origine da ricorsi proposti di fronte a tribunali nazionali da soggetti privati che, per sottrarsi all'obbligo di adesione, sostenevano l'illegittimità di tale requisito ai sensi del diritto dell'Unione europea.

L'obbligo di iscrizione costituisce un elemento chiave dei regimi di sicurezza sociale di tutti gli Stati membri, tanto che la sua introduzione è considerata il momento di «decollo vero e proprio del moderno Stato sociale»¹⁶¹. Dal punto di vista operativo, l'imposizione di tale obbligo costituisce «une contrainte technique indispensable»¹⁶² per garantire l'equilibrio finanziario del regime e la sua capacità di svolgere la funzione redistributiva¹⁶³, evitando fenomeni di *cream skinning* da parte di concorrenti privati¹⁶⁴. Infatti, se l'adesione fosse libera, le assicurazioni private sarebbero in grado di attrarre, offrendo loro condizioni più favorevoli, i soggetti 'meno rischiosi', perché più

¹⁵⁹ Conclusioni dell'Avv. Gen. J. Mazák presentate il 18 novembre 2008, *Kattner*, cit., punto 45.

¹⁶⁰ L. DRIGUEZ, *op. cit.*, p. 267.

¹⁶¹ Sul punto M. FERRERA, *Le politiche sociali*, Bologna 2006, pp. 19-20.

¹⁶² J.-M. BINON, *Solidarité et assurance: mariage de cœur ou de raison?*, in *RMUE*, 1997, p. 107.

¹⁶³ In *Poucet et Pistre*, cit., punto 13 la Corte ha osservato come «i regimi previdenziali così concepiti si fondano su un sistema di iscrizione obbligatoria, indispensabile per l'applicazione del principio di solidarietà e per l'equilibrio finanziario dei regimi stessi».

¹⁶⁴ Sul punto F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 1075; L. DRIGUEZ, *op. cit.*, p. 265.

giovani, più sani o con redditi più alti, mettendo, così, a serio rischio la tenuta del sistema.

Resta ora da determinare se il requisito dell'iscrizione obbligatoria possa considerarsi elemento decisivo per la qualificazione dell'attività o se, invece, rilevi ad altri fini. La risposta al quesito non è affatto agevole, come dimostrano le diverse posizioni assunte sulla questione da dottrina e giurisprudenza. Secondo alcuni autori, il requisito deve considerarsi un indice del principio di solidarietà e, come tale, elemento rilevante per escludere il carattere economico dell'attività¹⁶⁵. L'obbligo di iscrizione farebbe sorgere una presunzione di non economicità dell'attività in esame, mentre nel caso di iscrizione facoltativa si dovrebbe propendere per la conclusione contraria¹⁶⁶. I casi *Poucet et Pistre* e *FFSA* sembrerebbero confermare la correttezza di tali argomentazioni. Nel primo, la Corte ha sottolineato come l'iscrizione obbligatoria dovesse considerarsi «indispensabile per l'applicazione del principio di solidarietà»¹⁶⁷, riconoscendo, quindi, al requisito un ruolo decisivo nella qualificazione dell'attività. Analogamente, in *FFSA* il carattere facoltativo del regime di assicurazione per la vecchiaia dei coltivatori diretti è stato considerato l'elemento decisivo per dimostrare come nel caso di specie il principio di solidarietà avesse «una portata molto limitata»¹⁶⁸, non potendo, quindi, impedire l'applicazione delle regole di concorrenza.

Le pronunce successive mettono, però, in crisi la ricostruzione proposta da questi autori, rivelando come l'iscrizione obbligatoria non possa considerarsi un requisito né sufficiente, né necessario per sancire il carattere non economico dell'attività. In prima battuta, nei casi *Albany*, *Brentjens* e *Drijvende Bokken* sono stati considerati 'imprese' fondi pensione incaricati della gestione di regimi resi obbligatori con decreti ministeriali. Successivamente, nel caso *AOK*, la Corte ha escluso che le *Krankenkassen* esercitassero attività di impresa, nonostante, in questo caso, l'iscrizione al regime non fosse obbligatoria per tutti i lavoratori¹⁶⁹.

Deve, perciò, ritenersi che l'iscrizione obbligatoria, per quanto caratteristica essenziale dal punto di vista operativo, non sia determi-

¹⁶⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 1075.

¹⁶⁶ C. HAGUENAU-MOIZARD, *Servizi di interesse generale e servizio pubblico «alla francese»: dal confronto al ravvicinamento*, in E. FERRARI (a cura di), *op. cit.*, pp. 45-46.

¹⁶⁷ *Poucet et Pistre*, cit., punto 13.

¹⁶⁸ *FFSA*, cit., punto 19.

¹⁶⁹ Sono esclusi dall'obbligo di iscrizione i lavoratori dipendenti che dispongono di un reddito superiore ad un livello stabilito dalla legge e i lavoratori dipendenti soggetti ad un regime sociale specifico, come quello dei funzionari.

nante ai fini della qualificazione dell'attività¹⁷⁰. Il requisito non costituisce un indice di solidarietà, quanto piuttosto un meccanismo per consentire al principio di operare. L'obbligo di iscrizione deve considerarsi una concessione di diritti esclusivi a favore del soggetto incaricato dell'erogazione dei servizi previdenziali¹⁷¹, finalizzata a garantire la stabilità finanziaria del sistema. E, come confermato dall'articolo 106(1) TFUE, la concessione di diritti esclusivi non può portare ad escludere l'applicazione delle norme sul mercato interno nei confronti dell'impresa beneficiaria. L'elemento potrà eventualmente essere preso in considerazione in un momento successivo, quello relativo all'applicazione della clausola di deroga prevista dall'articolo 106(2) TFUE a favore delle imprese incaricate di un servizio di interesse economico generale.

Si noti come, nel caso in cui si aderisse alla soluzione analizzata in precedenza, la disposizione da ultimo citata perderebbe di significato, assorbendo la questione della compatibilità del requisito dell'iscrizione obbligatoria nell'analisi relativa alla natura dell'attività¹⁷². Inoltre, tale impostazione aprirebbe al rischio di abusi da parte degli Stati, i quali potrebbero sottrarre le attività svolte da determinati organismi dall'ambito applicativo delle norme *antitrust*, semplicemente rendendo obbligatoria l'adesione al sistema.

4. *La tutela della missione di interesse generale dei servizi socio-sanitari: L'applicazione dell'articolo 106(2) TFUE*

4.1. *Monopoli sociali e articolo 106 TFUE*

L'adozione di meccanismi organizzativi e funzionali maggiormente orientati al mercato costituisce uno dei tratti tipici di molti dei processi di riforma adottati dagli Stati membri per far fronte alla crisi dei loro sistemi di *welfare*. L'evoluzione non ha, però, comportato, se non in casi rimasti isolati, la completa 'privatizzazione' del settore socio-sanitario. La natura e l'importanza della missione sociale perseguita attraverso l'erogazione di questi servizi rende, infatti, necessaria l'imposizione da parte del potere pubblico di limiti alla libertà d'azione degli operatori economici¹⁷³. Sono frequenti, ad esempio, i

¹⁷⁰ L. DRIGUEZ, *op. cit.*, pp. 265 e 279.

¹⁷¹ Conclusioni Avv. Gen. F. Jacobs, *Albany*, cit., punto 347. Si veda, in senso conforme, *AG2R*, cit., punto 66.

¹⁷² L. DRIGUEZ, *op. cit.*, p. 266.

¹⁷³ Sul punto e, in particolare, sui limiti di un mercato non adeguatamente re-

casi di concessione di diritti esclusivi a favore delle imprese incaricate della fornitura di servizi socio-sanitari, al fine di evitare fenomeni di *free-riding* che potrebbero mettere a rischio la tenuta dell'intero sistema.

Resta ora da determinare se questo tipo di misure, evidentemente restrittive della concorrenza, possano ritenersi compatibili con il diritto *antitrust*. In tale contesto, gioca un ruolo centrale l'articolo 106 TFUE¹⁷⁴, il quale, come noto, mira ad evitare che gli Stati escludano determinate imprese – quelle statali o quelle beneficiarie di diritti esclusivi o speciali – dalle regole di concorrenza. La disposizione, già presente nel Trattato di Roma del 1957, è stata «scoperta»¹⁷⁵ dalle istituzioni comunitarie solo a partire dagli anni '80, divenendo la norma chiave nei processi di liberalizzazione dei mercati che hanno interessato i Paesi membri nel periodo successivo¹⁷⁶.

Il primo comma dell'articolo 106 TFUE vieta agli Stati di emanare o mantenere misure contrarie alle norme del Trattato nei confronti delle imprese pubbliche o delle imprese beneficiarie di diritti esclusivi o speciali¹⁷⁷. Come ribadito a più riprese dalla Corte, la disposizione non ha portata autonoma, dovendo necessariamente essere letta in combinato disposto con le disposizioni del Trattato rilevanti nel caso di specie¹⁷⁸. Per quanto riguarda, in particolare, il diritto della concorrenza, l'applicazione congiunta dell'articolo 106(1) TFUE e del

golamentato nella produzione dei servizi di welfare si veda l'analisi svolta da F.A. CANCELLA, *op. cit.*, 128-135. Più in generale sul tema si veda, inoltre, T. PROSSER, *Regulation and Social Solidarity*, in *Journ. L. & Soc.*, 33, 2006, pp. 364-387.

¹⁷⁴ Sulla disposizione in generale D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano 2010, pp. 87-173; G. DAVIES, *What Does Article 86 Actually Do?*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (eds), *op. cit.*, pp. 51-67; C. IANNONE, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino 2009, pp. 15-57; W. SAUTER e H. SCHEPEL, *op. cit.*, pp. 142-163; A. GARDELLA, *Art. 86*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., pp. 577-592; V. SOTTILI, *L'art. 86 del Trattato CE*, in L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino 2001, pp. 35-60; P. MANZINI, *L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato CE*, in *RDI*, 1995, pp. 379-396.

¹⁷⁵ G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90 n. 2 del Trattato CE*, in *DUE*, 1996, p. 724.

¹⁷⁶ F. MUNARI, *Imprese «pubbliche» e servizi di interesse generale*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, 2ª ed., Vol. XXVI del Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone, Torino 2006, p. 1648.

¹⁷⁷ Su tali concetti si veda D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 118-125.

¹⁷⁸ Sentenza del 19 aprile 2007, causa C-295/05, *Asemfo*, in *Racc.*, p. I-2999, punto 40. Sul punto G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino 2008, p. 29.

divieto di abuso di posizione dominante¹⁷⁹, di cui all'articolo 102 TFUE¹⁸⁰, ha consentito alla Corte di determinare le regole che sovrintendono alla possibilità per gli Stati di concedere diritti speciali o esclusivi in mercati organizzati secondo modelli di monopolio¹⁸¹. La questione di fondo, particolarmente delicata dal punto di vista politico, riguarda la compatibilità dell'assetto monopolistico con il diritto comunitario *antitrust*¹⁸².

In un primo momento, la Corte aveva adottato un approccio estremamente cauto sul punto, limitandosi ad osservare come la creazione di un monopolio non fosse di per sé incompatibile con le norme del Trattato, salvo dover verificare se le sue concrete modalità di esercizio contrastassero con le regole del mercato e della concorrenza¹⁸³. Questa presunzione di legittimità era, però, destinata a cadere a causa dell'incompatibilità quasi ontologica tra il monopolio ed il modello concorrenziale che sta alla base del processo di integrazione europea¹⁸⁴. Non sorprende, quindi, che la soluzione sia stata completamente ribaltata in una serie di pronunce adottate nel periodo successivo¹⁸⁵. La semplice creazione del monopolio è stata ritenuta contraria all'articolo 106(1) TFUE, letto in combinato disposto con l'articolo 102 TFUE, facendo leva sul fatto che tale misura mette le imprese beneficiarie nella condizione di dover necessariamente abusare della loro posizione dominante sul mercato¹⁸⁶. Questo avviene quando

¹⁷⁹ Per un'analisi molto dettagliata di tale applicazione congiunta J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (Former Article 90) of the Treaty*, Oxford 1999, pp. 147-189.

¹⁸⁰ Questo nonostante l'art. 106(1) TFUE si rivolga agli Stati, mentre l'art. 102 TFUE abbia quali destinatari le imprese. Sul punto V. SOTTILI, *op. cit.*, p. 45; J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, cit., p. 150.

¹⁸¹ F. MUNARI, *Imprese «pubbliche»*, cit., p. 1652.

¹⁸² J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, cit., p. 148. L'A. osserva che «[t]he joint application of Articles 86(1) and 82 to the grant of exclusive rights has become without doubt one of the most characteristic features of the Community rules relating to competition».

¹⁸³ Sentenza del 30 aprile 2004, causa 155/73, *Sacchi*, in *Racc.*, p. 409, punto 24.

¹⁸⁴ D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 476-500; F. MUNARI, *Imprese «pubbliche»*, cit., p. 1652; G. TESAURO, *Intervento pubblico*, cit., p. 725.

¹⁸⁵ Sentenza del 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, in *Racc.*, p. I-2925, punto 37; sentenza del 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, in *Racc.*, p. I-5889, punti 16-17; sentenza del 5 ottobre 1994, C-323/93, *La Crespelle*, in *Racc.*, p. I-5077, punto 18; sentenza del 12 febbraio 1998, causa C-163/96, *Silvano Raso*, in *Racc.*, p. I-533, punto 27. Sul punto R. GARDNER, *The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors*, in *ECLR*, 16, 1995, pp. 78-86.

¹⁸⁶ G. DAVIES, *What Does Article 86 Actually Do?*, cit., pp. 54-57. L'A. sostiene che, in realtà il riferimento all'art. 106 TFUE in questi casi sarebbe ridondante, vi-

il monopolista si trovi in una situazione di conflitto di interessi, mancando di imparzialità nell'erogazione dei servizi¹⁸⁷, o quando sia incapace di soddisfare la domanda.

La teoria dell'«abuso necessitato» e, in particolare, quella del cd. «monopole defaillant»¹⁸⁸, ha giocato un ruolo centrale nella valutazione della compatibilità dei monopoli istituiti dagli Stati in ambito sociale. Nel caso *Höfner*, ad esempio, la Corte ha sancito l'illegittimità del diritto esclusivo concesso dal legislatore tedesco all'Ufficio federale per l'occupazione, posto che tale ente, non essendo in grado di soddisfare la domanda esistente sul mercato, era necessariamente indotto ad adottare comportamenti restrittivi della concorrenza¹⁸⁹. Lo stesso ragionamento è stato adottato in *Job Centre II*¹⁹⁰, nei casi relativi ai fondi pensione olandesi¹⁹¹, in *Ambulanz Glöckner*¹⁹² e, più di recente, in *AG2R*¹⁹³.

Si noti che il riferimento alla capacità del soggetto prestatore di soddisfare la domanda apre alla possibilità di un controllo sulla qualità del servizio da parte della Corte¹⁹⁴. Il dato non ha, infatti, solo una dimensione quantitativa, ma impone importanti valutazioni di tipo qualitativo. La questione assume una rilevanza del tutto particolare rispetto alle attività in esame, posto che la definizione e il monitoraggio dei requisiti di qualità sono aspetti tra i più controversi in materia di servizi di interesse generale. A dispetto delle affermazioni¹⁹⁵, l'attenzione della Commissione si è tradizionalmente incentrata sulle

sto che il medesimo risultato potrebbe raggiungersi semplicemente facendo leva sull'art. 102 TFUE e sull'art. 4(3) TUE, il quale, come noto, codifica il principio di leale cooperazione.

¹⁸⁷ Si vedano le considerazioni svolte nella sentenza del 13 dicembre 1991, causa 18/88, *RTT*, in *Racc.*, p. 5941, punto 25, dove la Corte osserva come «affidare ad un'impresa che vende apparecchi terminali la definizione delle specifiche cui dovranno conformarsi detti apparecchi, il controllo della loro applicazione e l'omologazione degli apparecchi equivale a conferire alla medesima il potere di determinare, a suo piacimento, quali apparecchi terminali possano essere allacciati alla rete pubblica, concedendole in tal modo un evidente vantaggio sui suoi concorrenti». Per un quadro completo si veda J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, cit., pp. 153-189.

¹⁸⁸ S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, cit., pp. 536-537.

¹⁸⁹ *Höfner*, cit., punto 31.

¹⁹⁰ *Job Centre II*, cit., punto 35.

¹⁹¹ *Albany*, cit., punti 95-97.

¹⁹² *Ambulanz Glöckner*, cit., punto 62.

¹⁹³ *AG2R*, cit., punti 66-72.

¹⁹⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 1097; L. DRIGUEZ, *op. cit.*, pp. 744-746.

¹⁹⁵ Comunicazione 2007, cit., p. 14 dove la Commissione affermava la sua volontà di promuovere lo sviluppo «di quadro UE volontario per la qualità che fornisca orientamenti sulla metodologia di fissazione, controllo e valutazione degli standard qualitativi».

grandi industrie a rete¹⁹⁶, attraverso l'adozione di strumenti *soft*¹⁹⁷ che, almeno per il momento, non prendono in considerazione i servizi sociali. Le pronunce in esame dimostrano come la scelta, dettata evidentemente dalla volontà di non urtare la suscettibilità degli Stati membri, non sia più sostenibile. Il rischio è che proprio in questi ambiti più delicati, l'interprete sia lasciato solo nell'affrontare una questione evidentemente fondamentale.

L'unica eccezione al divieto di attribuzione di diritti speciali o esclusivi in capo a talune imprese è rinvenibile nell'articolo 106(2) TFUE¹⁹⁸, il quale prevede la possibilità di derogare all'applicazione delle norme del Trattato¹⁹⁹, ivi comprese quelle *antitrust*, a favore delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale²⁰⁰. La disposizione ha trovato applicazione anche in casi relativi al settore sociale, posto che, fin dal più volte citato caso *Höfner* del 1991, la Corte ha continuamente ribadito come tali attività rientrino nell'ambito applicativo della clausola di deroga²⁰¹.

Si deve preliminarmente notare che la norma in esame non esclude l'applicabilità delle norme del Trattato e, in particolare, di quelle sulla concorrenza nei confronti delle imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale, limitandosi ad introdurre una

¹⁹⁶ *Libro Verde 2003*, cit., punti 57-59.

¹⁹⁷ Comunicazione della Commissione, *Metodologia per la valutazione orizzontale dei servizi d'interesse economico generale*, 18 giugno 2002, COM(2002) 331 def.

¹⁹⁸ La letteratura sulla disposizione è molto ampia, per tutti si vedano U. NEERGAARD, *Services of General Economic Interest under EU Law Constraints*, in D. SCHIEK, U. LIEBERT e H. SCHNEIDER (eds), *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, Cambridge 2011, pp. 182-194; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 130-148; C. IANNONE, *op. cit.*, pp. 59-96; W. SAUTER e H. SCHEPEL, *op. cit.*, pp. 164-189; G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 31-35; F. MUNARI, *Imprese «pubbliche»*, cit., pp. 1654-1662; A. GARDELLA, *Art. 86*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., pp. 577-592; S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, cit., pp. 485-553; J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, cit., pp. 271-374; G. TE-SAURO, *Intervento pubblico*, cit., pp. 719-740.

¹⁹⁹ Nonostante sia collocata nel titolo del Trattato dedicato alle norme sulla concorrenza, la disposizione trova applicazione rispetto a tutte le norme di diritto dell'Unione europea che ostino all'adempimento della missione di interesse generale. Sul punto, S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, cit., pp. 509-512. Altra parte della dottrina ha, però, messo in luce come, in realtà, la disposizione abbia svolto un ruolo sempre marginale per quanto riguarda le norme sulla libera circolazione di merci, servizi e capitali. In questo senso G. DAVIES, *What Does Article 86 Actually Do?*, cit., p. 59.

²⁰⁰ Y. HOUYET, *Les exigences du droit primaire concernant l'abolition des droits exclusifs ou spéciaux accordés aux entreprises assumant des services publics*, in *RTDE*, 2007, pp. 253-276.

²⁰¹ Sul punto vd. *infra*, par. 4.2.

possibilità di deroga subordinata alla sussistenza di una serie di condizioni²⁰². In prima battuta, occorre che vi sia un'impresa, vale a dire un'entità che svolge un'attività economica secondo la definizione vista in precedenza, alla quale l'autorità pubblica abbia affidato²⁰³ il perseguimento di una missione di interesse generale. Inoltre, è necessario dimostrare che l'applicazione delle norme del Trattato osterebbe, in linea di diritto o di fatto, all'assolvimento di tale missione specifica. Da ultimo, la disposizione in esame sembrerebbe fare riferimento ad una terza condizione, ossia la necessità che il mantenimento di misure non conformi agli obblighi derivanti dal Trattato non comprometta lo sviluppo degli scambi in misura contraria agli interessi dell'Unione. In realtà, tale ultimo elemento ha tradizionalmente ricevuto scarsissima considerazione da parte della Corte, tanto che pare potersi condividere l'impostazione secondo cui il criterio risulta privo di una propria autonomia e deve ritenersi una semplice qualificazione della condizione precedente²⁰⁴. L'osservazione mantiene la propria validità anche per quanto riguarda i servizi del settore sociale, ambito nel quale tale elemento non è mai stato preso in considerazione.

L'articolo 106(2) TFUE mira a riconciliare l'interesse degli Stati membri ad utilizzare talune imprese come strumenti di politica economica con l'interesse dell'Unione europea ad assicurare l'osservanza delle regole di concorrenza e il mantenimento dell'unità del mercato interno²⁰⁵. La disposizione rappresenta il nucleo fondamentale della disciplina sui servizi di interesse generale, codificando un modello incentrato sul bilanciamento tra la realizzazione del mercato interno e la necessità di garantire adeguata tutela ad interessi sociali e politici

²⁰² D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 134-136; F. MUNARI, *Imprese «pubbliche»*, cit., p. 1658; S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, cit., p. 486; E. SZYSZCZAK, *Public Service Provision*, cit., p. 46.

²⁰³ Come ribadito a più riprese dalla Corte, il fatto che la missione di interesse economico generale debba essere attribuita all'impresa attraverso un atto formale da parte dell'autorità pubblica costituisce presupposto necessario per l'applicazione dell'art. 106(2) TFUE. A tale proposito ciò che conta non è la forma dell'atto, il quale può avere natura legale, regolamentare o anche contrattuale, ma il suo contenuto. Sul punto, per tutti, S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, cit., pp. 490-494. La condizione non sarà oggetto di analisi specifica nel corso del presente lavoro, non essendo mai stata presa in considerazione, perché scarsamente problematica, in nessuno dei casi relativi ai servizi sociali decisi dalla Corte.

²⁰⁴ J. BAQUERO CRUZ, *Beyond Competition*, cit., p. 173; J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, cit., p. 352.

²⁰⁵ L'espressione è utilizzata dalla Corte a più riprese: sentenza del 19 marzo 1991, causa C-202/88, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-1223, punto 12; sentenza del 23 ottobre 1997, causa C-157/94, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Racc.*, p. I-5699, punto 39.

avente carattere generale²⁰⁶, il quale ha trovato applicazione anche nella successiva normativa derivata settoriale. Tale esercizio di bilanciamento è affidato all'interprete – *in primis* la Corte – il quale, attraverso una valutazione caso per caso²⁰⁷, è chiamato a determinare se l'applicazione delle regole del Trattato possa ostacolare l'assolvimento della missione di interesse generale affidata all'impresa.

La portata della clausola di deroga introdotta dall'articolo 106(2) TFUE ha subito un sensibile ampliamento a partire da alcune decisioni adottate nei primi anni '90. L'evoluzione fa seguito all'adozione da parte della Corte di un'impostazione meno rigorosa nel valutare il carattere ostativo delle norme di concorrenza rispetto all'adempimento della missione di interesse generale. La modifica costituisce, prima di tutto, la contropartita per l'atteggiamento di maggior rigore adottato nell'interpretazione del primo comma²⁰⁸. In questo modo, si è voluto garantire agli Stati una più ampia libertà di azione in materia di servizi di interesse economico generale, consentendo loro di attribuire diritti speciali o esclusivi in capo a talune imprese secondo modalità che risultano tendenzialmente vietate in tutti gli altri settori economici. L'evoluzione in parola ha contribuito a rafforzare il ruolo e la posizione dell'articolo 106(2) TFUE nell'ordinamento dell'Unione europea, tanto che oggi nella norma in esame «finiscono per concentrarsi e 'scaricarsi' tutte le possibili deroghe rispetto al modello concorrenziale dei mercati»²⁰⁹.

Ma non basta: la minor severità dimostrata dalla Corte costituisce il primo segno di un mutato atteggiamento da parte delle istituzioni europee nei confronti dei servizi di interesse economico generale non più considerati un ostacolo per la piena realizzazione del mercato interno, ma uno dei pilastri del modello europeo di società²¹⁰. Cambiamento che sarebbe poi stato recepito anche a livello

²⁰⁶ G. TESAURO, *Intervento pubblico*, cit., pp. 731-732.

²⁰⁷ L'analisi casistica è applicata nei settori 'non armonizzati', vale a dire in tutti quegli ambiti nei quali non siano intervenute norme di diritto secondario di armonizzazione, come avvenuto soprattutto nei cd. servizi a rete (telecomunicazioni, trasporti, energia, poste). In questo caso, infatti, il problema del bilanciamento tra l'interesse generale e la tutela della concorrenza è risolto *ex ante* a livello normativo. Sul punto G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale*, cit., 31. Sull'intervento dell'UE in questi settori si veda, per tutti, F. MUNARI, *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati Membri e interesse generale*, in *DUE*, 2002, pp. 40-75.

²⁰⁸ D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 503-504.

²⁰⁹ F. MUNARI, *Imprese «pubbliche»*, cit., p. 1654. Altra parte della dottrina ritiene, invece, che la disposizione sia sostanzialmente irrilevante, non presentando alcun valore aggiunto rispetto a quanto già desumibile da altre disposizioni del Trattato. In questo senso G. DAVIES, *What Does Article 86 Actually Do?*, cit., pp. 58-62.

normativo, con l'introduzione dell'articolo 14 TFUE, il quale riconosce ai servizi di interesse economico generale un posto tra i valori su cui si fonda l'Unione, impegnando quest'ultima e gli Stati membri, «secondo le rispettive competenze», a provvedere affinché tali servizi siano in grado di assolvere i loro compiti, e, dell'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali che ribadisce come l'Unione riconosca e rispetti l'accesso a questo tipo di servizi²¹¹. L'evoluzione mette bene in luce come i servizi di interesse economico generale non possano «essere più concepiti come mero motivo di deroga alle regole e alla logica del mercato, ma [debbano] essere adottati come obiettivi di politiche pubbliche attive»²¹².

Nonostante la sua centralità e l'attenzione ricevuta sia in dottrina che in giurisprudenza, l'applicazione dell'articolo 106(2) TFUE presenta ancora diversi aspetti controversi. Queste difficoltà sono intimamente connesse alla funzione 'riequilibratrice' che è chiamata svolgere la disposizione in esame, intesa come strumento da utilizzarsi per riconciliare interessi contrapposti che sia gli Stati membri sia l'Unione europea considerano essenziali. Attraverso la sua applicazione, l'interprete è, infatti, chiamato a trovare un punto di equilibrio tra la libertà statale nell'adozione di scelte di politica economica in settori essenziali per lo sviluppo del Paese, nonché per il benessere della popolazione, e il funzionamento del mercato interno²¹³.

Le tensioni che caratterizzano l'applicazione della clausola di deroga risultano ancora più evidenti per quanto riguarda l'applicazione dell'articolo 106(2) TFUE nei confronti di imprese incaricate dello svolgimento di servizi socio-sanitari. Non sorprende, quindi, che, in questo ambito, l'approccio della Corte, pur ricalcando il modello sviluppato in riferimento ad altri settori economici, sia caratterizzato da una cautela ancora maggiore rispetto a quella dimostrata altrove²¹⁴.

²¹⁰ T. PROSSER, *Competition Law and Public Services: from Single Market to Citizenship Rights?*, in *EPL*, 11, 2005, p. 549.

²¹¹ C. IANNONE, *op. cit.*, pp. 79-89; M. KRAJEWSKI, *Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services through a Legal Framework for Services of General Economic Interest: Squaring the Circle*, in *EPL*, 14, 2008, pp. 378-383; M. ROSS, *Article 16 EC: From Derogation to Obligation?*, in *ELR*, 25, 2000, pp. 22-38.

²¹² O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse generale*, in *DUE*, 2002, p. 640. In senso analogo F. MUNARI, *Imprese «pubbliche»*, cit., p. 1658; J. BAQUERO CRUZ, *Beyond Competition*, cit., p. 176; S. RODOTÀ, *La Carta come atto giuridico e documento politico*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI e S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna 2001, p. 57.

²¹³ G. TESAURO, *Intervento pubblico*, cit., p. 721.

²¹⁴ F. MUNARI, *Imprese «pubbliche»*, cit., p. 1649.

4.2. Interesse economico generale e servizi socio-sanitari

- i) L'applicabilità della clausola di deroga nei confronti dei servizi socio-sanitari: la portata dell'aggettivo 'economico'

Condizione necessaria affinché gli enti erogatori di servizi sociali possano anch'essi beneficiare del trattamento previsto dall'articolo 106(2) TFUE è che l'attività da questi svolta possa considerarsi un servizio di interesse economico generale.

A tale proposito, l'aspetto apparentemente più problematico è la presenza dell'aggettivo 'economico', il quale sembrerebbe riferirsi al sostantivo 'interesse'. Se così fosse, bisognerebbe concludere nel senso di escludere l'applicabilità della clausola di deroga nei confronti di attività che, come i servizi sociali, evidentemente non perseguono interessi aventi natura economica²¹⁵. L'opzione era stata fatta propria, almeno in una fase iniziale, dalla Commissione. Nella decisione relativa al caso *GEMA*, aveva, infatti, affermato che «gli obblighi della GEMA di istituire una cassa di previdenza e assistenza ai sensi dell'articolo 8 e di tener conto, nella tariffazione, degli interessi religiosi, culturali e sociali e di quelli dei giovani ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 3, rappresentano servizi di interesse sociale e culturale generale, ma non di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 90, paragrafo 2; che quindi questo articolo non si applica alla GEMA»²¹⁶.

L'impostazione che, se confermata, avrebbe condotto a risultati paradossali non è mai stata recepita dalla Corte ed è stata ben presto abbandonata anche dalla stessa Commissione. L'analisi della giurisprudenza dimostra come la Corte abbia riservato scarsa attenzione all'aggettivo 'economico', ritenendo in molti casi sufficiente ai fini dell'applicazione dell'articolo 106(2) TFUE l'esistenza di una missione di interesse generale²¹⁷. Un elemento interessante a questo proposito è l'utilizzo fatto dalla Commissione delle espressioni 'servizi di interesse economico generale' e 'servizi di interesse generale'. Così come chiarito nel Libro verde del 2003 sui «Servizi di interesse generale»²¹⁸, la prima indica attività di natura economica assoggettate a specifici obblighi di servizio pubblico, mentre la seconda è «utilizzata [...] soltanto nel caso in cui il testo si riferisca anche a servizi non econo-

²¹⁵ M. WAELBROECK e A. FRIGNANI, *Commentaire Mégret. Le droit de la CE*, tome 4, *Concurrence*, Bruxelles 1997, p. 300.

²¹⁶ Decisione della Commissione n. 71/224/CEE del 2 giugno 1971, *GEMA*, in GUCÉ L 134 del 20.06.1971, 15, punto III.2.

²¹⁷ Per un'analisi esaustiva di tale applicazione 'ad intermittenza' dell'aggettivo 'economico' si veda T. HAMONIAUX, *L'intérêt général et le juge communautaire*, Paris 2001, p. 128.

²¹⁸ Del 21 maggio 2001, COM(2003) 270 def., punto 17.

mici». L'affermazione conferma quanto sostenuto da più parti in dottrina, vale a dire che l'aggettivo 'economico' non serve a qualificare l'interesse, dovendo, invece, essere riferito alla natura dell'attività²¹⁹. Sarebbe, dunque, più corretto parlare di 'servizi economici di interesse generale', tanto più che, come sottolineato da qualcuno, «the general interest pursued must be of a non-economic nature to be able to avail itself of the protection offered by Article 86(2).» Se così è, la formulazione scelta dall'articolo 106(2) TFUE riposa su un pleonasm²²⁰: il fatto che debba trattarsi di un'attività avente carattere economico, infatti, è già insito nel riferimento alla nozione di servizio.

Alla luce di quanto precede, non sorprende che la Corte non abbia fatto alcuna difficoltà ad estendere l'applicazione dell'articolo 106(2) TFUE ai servizi sociali di interesse generale. Così, nel caso *Albany* la Corte non ha neppure ritenuto necessario affrontare in modo esplicito l'argomento, limitandosi a rilevare come il regime pensionistico adempisse «ad una funzione sociale fondamentale», la cui importanza è stata riconosciuta anche a livello sovranazionale attraverso l'adozione di specifici atti di diritto secondario²²¹. Parimenti in *Ambulanz Glöckner*, la Corte ha asserito come non si potesse «contestare che le organizzazioni sanitarie sono incaricate di un compito di interesse economico generale»²²². La questione è stata risolta in modo rapido, senza che le scelte adottate a livello nazionale fossero sottoposte ad uno scrutinio approfondito.

ii) La definizione dell'interesse generale tra competenze nazionali e controllo sovranazionale

Uno degli aspetti sicuramente più controversi relativi all'applicazione della clausola di deroga riguarda l'identificazione delle attività da considerarsi di interesse generale e, più in particolare, se, ed en-

²¹⁹ U. NEERGAARD, *Services of General Economic Interest: The Nature of the Beast*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (eds), *op. cit.*, pp. 23-24; A. JONES e B. SUFRIN, *op. cit.*, p. 537; L. DRIGUEZ, *op. cit.*, p. 691; S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, cit., p. 109; J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, cit., p. 278. G. DAVIES, *The Process and Side Effects of Harmonization of European Welfare States*, Jean Monnet Working Paper no. 02/06, pp. 37-38. L'A., pur concordando con gli altri autori citati per quanto riguarda la correttezza del risultato, ritiene che questo tipo di interpretazione costituisca «a linguistic violence».

²²⁰ L. DRIGUEZ, *op. cit.*, p. 691.

²²¹ *Albany*, cit., punto 105. Si noti come tale impostazione risulti conforme a quella proposta dall'Avv. Gen. Jacobs nelle conclusioni sul caso, dove si legge che «[l]a prima questione è se ai fondi sia stata affidata la gestione di servizi di interesse economico generale. A mio parere non possono nutrirsi molti dubbi al riguardo» (punto 422).

²²² *Ambulanz Glöckner*, cit., punto 55.

tro quali limiti, le istituzioni europee possano sindacare le scelte adottate sul punto dalle autorità nazionali. Soprattutto in passato, una parte della dottrina riteneva che in questo contesto l'espressione 'interesse generale' individuasse un concetto eminentemente nazionale, contrapponendolo a quello che il medesimo articolo sembra considerare come l'interesse sovranazionale, vale a dire lo sviluppo armonioso degli scambi commerciali²²³. Tuttavia, il cd. *national approach*²²⁴ non ha mai goduto di largo consenso in dottrina, essendo evidente la sua incongruità rispetto ai fini perseguiti dall'articolo 106(2) TFUE²²⁵. Un suo eventuale accoglimento sarebbe, infatti, equivalso a lasciare carta bianca agli Stati nel decidere l'ampiezza della clausola di deroga, privando l'Unione europea della possibilità di intervenire anche in caso di un suo utilizzo abusivo da parte delle autorità nazionali²²⁶.

Dopo un primo periodo, caratterizzato da scarso interesse per la questione²²⁷, la Corte ha progressivamente sviluppato un approccio che, in coerenza con la natura dell'intera disposizione, cerca di trovare un punto di equilibrio tra le diverse esigenze²²⁸. Pur riconoscendo che la responsabilità primaria nell'individuazione delle attività da considerarsi servizi di interesse generale spetti necessariamente agli Stati membri, la Corte ha chiarito come la loro facoltà di scelta non sia assoluta, ma debba sottostare al vaglio delle istituzioni europee. Trattandosi di una nozione rilevante ai fini dell'applicazione di una norma di diritto dell'Unione, è logico che la Corte abbia inteso mantenere una certa forma di controllo sulla sua definizione²²⁹.

²²³ N. CATALANO, *Manuel de droit des Communautés européennes*, Paris 1965, p. 491; A. PAPPALARDO, *Regime de l'article 90 du Traité CE: les aspects juridiques*, in AA.Vv., *L'entreprise publique et la concurrence. Les articles 90 et 37 du Traité CEE et leur relations avec la concurrence*, Bruges 1969, pp. 98-103.

²²⁴ J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, cit., pp. 279-282.

²²⁵ Si vedano a tale proposito le considerazioni sviluppate da G. HARTMANN, *Osservazioni sulla definizione dei concetti di imprese pubbliche, servizi di interesse economico generale, interesse della Comunità nell'art. 90 del Trattato istitutivo della CEE*, in *Concorrenza tra settore pubblico e privato nella CEE*, Colloquio di Bruxelles della «Ligue Internationale contre la concurrence déloyale» 5-6 marzo 1963, in *Riv. Dir. Industr.*, anno XII, pp. 78-80 e R. FRANCESCHELLI, *La notion de service d'intérêt général (rapport italien et international)*, *ivi*, pp. 424-425. In argomento, più di recente U. NEERGAARD, *op. cit.*, p. 22.

²²⁶ J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, cit., p. 282.

²²⁷ M. ROSS, *A Healthy Approach to Services of General Economic Interest? The BUPA Judgment of the Court of First Instance*, in *ELR*, 34, 2009, p. 131. L'A. osserva che «the older case law of the Court of Justice was too busy with restricting the other key concepts of Art. 86(2) EC to spend much time on a quest for a universal definition of SGEIs».

²²⁸ S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, cit., p. 106.

²²⁹ Conclusioni dell'Avv. Gen. G. Cosmas presentate il 26 novembre 1996, rela-

Quanto all'intensità di tale controllo, si ritiene che esso dovrebbe essere limitato ai soli casi di errore manifesto²³⁰, in ossequio ad uno dei principi fondamentali che sono alla base dell'applicazione dell'articolo 106(2) TFUE – quello della libertà di definizione. In base ad esso, esplicazione del principio di sussidiarietà²³¹, gli Stati godono di un ampio margine di manovra nel definire ciò che considerano servizio di interesse generale e nell'organizzarne la fornitura²³². In effetti, l'analisi della giurisprudenza dimostra come la Corte abbia tradizionalmente esercitato un controllo poco intrusivo rispetto alle scelte nazionali sul punto, preferendo incentrare la propria attenzione su altri elementi dell'articolo 106(2) TFUE²³³. Sono piuttosto rari i casi nei quali la Corte abbia rigettato la qualificazione data a livello nazionale di una certa attività perché la missione affidata mancava dei requisiti necessari²³⁴. Prevale, invece, la tendenza a concepire il concetto 'missione di interesse generale' in senso ampio, riconoscendone la sussistenza rispetto ad un insieme piuttosto eterogeneo di attività²³⁵ e riducendo al minimo l'intensità dello scrutinio sulle decisioni delle autorità nazionali²³⁶.

Un'impostazione parimenti deferenziale è stata adottata anche nei casi relativi ai servizi sociali. Recentemente, in un caso relativo al mercato irlandese dell'assicurazione privata di malattia, il Tribunale ha addirittura inteso stabilire un legame diretto tra il controllo esercitato sulle scelte nazionali in materia di definizione dei servizi di interesse generale e la tipologia di competenze attribuite all'Unione europea nello specifico settore nel quale tali servizi operano. In un passaggio della sentenza *BUPA* si legge, infatti, che «la determinazione della natura e della portata di una missione SIEG in settori di azione particolari, che non rientrano nella competenza della Comunità, ai sensi dell'art. 5, primo comma, CE, o sono fondati su una compe-

tive alle cause riunite C-157, 158, 159 e 160/94, *Commissione c. Paesi Bassi, Francia, Italia e Spagna*, punto 96.

²³⁰ Recentemente sul punto M.T. KARYIGIT, *The Notion of Services of General Economic Interest*, in *EPL*, 15, 2009, pp. 576-577.

²³¹ Comunicazione della Commissione, *I servizi di interesse generale in Europa*, 19 gennaio 2001, 2001/C 17/04, punto 55.

²³² *Ivi*, punto 22.

²³³ L. DRIGUEZ, *op. cit.*, p. 692; J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, cit., p. 282.

²³⁴ Si veda, ad esempio, *RTT*, cit., punto 22.

²³⁵ M. DONY, *Les notions de «service d'intérêt général» et «service d'intérêt économique général»*, in J-V. LOUIS e S. RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union Européenne*, Bruxelles 2006, pp. 19-21.

²³⁶ S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, cit., p. 125; J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, cit., p. 283.

tenza comunitaria solo limitata o ripartita, ai sensi del secondo comma di tale articolo, resta, in linea di principio, nell'ambito di competenza esclusiva degli Stati»²³⁷.

Il punto più interessante, ed al tempo stesso problematico, della soluzione proposta è il riferimento ai «settori di azione particolare», quasi a voler introdurre un diverso tipo di controllo a seconda dell'ambito materiale considerato²³⁸. Questo modo di procedere, il quale lascia intravedere la possibilità di un'interpretazione estensiva della clausola di deroga, dimostra, una volta di più, la grande attenzione riservata dai giudici europei alle specificità del settore socio-sanitario, nonché alla necessità di rispettare le competenze statali in materia, dimostrando, una volta di più, l'infondatezza di molti dei timori espressi sul punto da parte della dottrina.

Nel contempo, l'approccio rischia di rivelarsi problematico, introducendo nuovi elementi di confusione in quadro già poco chiaro. In prima battuta, appare quanto meno difficoltosa, soprattutto in assenza di chiare indicazioni in giurisprudenza, l'individuazione dei cd. 'settori d'azione particolare', ossia di quegli ambiti nei quali le istituzioni europee sarebbero chiamate ad esercitare una forma di *self-restraint*, così da non ingerirsi in decisioni che spettano alle autorità nazionali. Il riferimento al dato della «competenza specificamente attribuita [all'Unione europea]» appare, infatti, poco precisa, consentendo di fare rientrare nel lotto la maggior parte dei settori nei quali operano servizi di interesse economico generale.

In seconda battuta, vi è il rischio che un atteggiamento eccessivamente deferenziale determini una pericolosa frammentazione nel meccanismo di controllo sul rispetto da parte degli Stati delle norme *anti-trust*. Non deve, infatti, trascurarsi che il controllo sull'identificazione dei servizi di interesse generale costituisce un momento fondamentale nell'applicazione delle regole di concorrenza. Nel caso in

²³⁷ Sentenza del 12 febbraio 2008, causa T-289/03, *BUPA*, in *Racc.*, p. II-81, punto 167. Sul punto il Tribunale riprende l'orientamento già espresso nella decisione della Commissione del 13 maggio 2004, aiuto di Stato N 46, *Irlanda - Regime di aiuti all'equalizzazione del rischio nel mercato irlandese delle assicurazioni sulla salute*, in GU C 186 del 06.08.2003, p. 16, punti 45-46 dove si legge che agli Stati membri deve riconoscersi un uno spazio di manovra più ampio per quanto riguarda la definizione dell'interesse generale in quei settori «where there is no harmonisation of a SGEI at a Community level, as it is the case for health insurance». Il caso costituisce il primo esempio di applicazione delle norme sugli aiuti di Stato ad una misura statale adottata per finanziare un servizio sociale di interesse generale. Per tale ragione, il merito della decisione sarà analizzato in maggiore dettaglio nel prossimo capitolo.

²³⁸ U. NEERGAARD, *op. cit.*, pp. 36-37.

cui le istituzioni europee dovessero ridurre in modo eccessivo l'intensità del loro scrutinio sul punto, venendo meno, tra l'altro, ad uno dei compiti conferiti loro dal Trattato, si aprirebbero per gli Stati membri maggiori possibilità di sottrarsi al rispetto di regole fondamentali per il corretto funzionamento del mercato interno. Alla luce di queste considerazioni, appare, dunque, preferibile l'utilizzo, anche in settori 'di frontiera' – quali i servizi socio-sanitari — di un metro di giudizio che prescindia dalle specificità del settore interessato e che sia in grado di assicurare maggiore uniformità nell'applicazione delle norme poste a tutela della concorrenza.

iii) Servizi socio-sanitari e il concetto comune di servizio di interesse generale

Il rispetto delle prerogative statali nell'identificazione di quali attività debbano considerarsi servizi di interesse economico generale non ha impedito la progressiva individuazione, grazie soprattutto all'azione di Corte e Commissione, di una serie di elementi che vanno oggi a comporre quello che può considerarsi il concetto comune di servizio di interesse economico generale²³⁹. Un esempio chiaro in tale senso è rappresentato dal già citato caso *BUPA*. Nonostante l'enfasi posta sulla necessità di ridurre al minimo l'intensità dello scrutinio²⁴⁰, il Tribunale non ha rinunciato ad esaminare in modo dettagliato quelli che definisce «i criteri minimi comuni a tutte le missioni di SIEG»²⁴¹.

L'evoluzione, che trae origine da alcune pronunce adottate nei primi anni '90²⁴², è stata accolta con preoccupazione da alcuni autori, i quali la ritengono «un indice della sottrazione agli Stati della libertà di stabilire cosa risponda alle esigenze generali dei propri cittadini»²⁴³. In realtà, nell'individuazione di questi criteri non sembra potersi leggere la volontà da parte dell'Unione europea di imporre agli Stati una definizione unica di servizi di interesse economico generale²⁴⁴, quanto il tentativo di specificare meglio i limiti ed il contenuto di un con-

²³⁹ *Libro Verde 2003*, cit., punto 49. D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 373-374. L'A. parla di «comunitarizzazione» del concetto di SIEG.

²⁴⁰ In termini molto critici sul punto M. ROSS, *A Healthy Approach*, cit., p. 131.

²⁴¹ *BUPA*, cit., punto 172. In argomento M.T. KARYIGIT, *The Notion*, cit., pp. 586-587; M. ROSS, *The Value of Solidarity*, cit., p. 92.

²⁴² Sentenza del 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Corbeau*, in *Racc.*, p. I-2533; sentenza del 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Almelo*, in *Racc.*, p. I-1477.

²⁴³ V. SOTTILI, *op. cit.*, p. 51.

²⁴⁴ L'elaborazione a livello sovranazionale di una definizione unica del concetto «[n]on è probabilmente né auspicabile, né possibile» (*Libro verde 2003*, cit., punto 49), in ragione delle profonde differenze che caratterizzano le tradizioni giuridiche degli Stati membri sul punto. In senso conforme J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, cit., p. 281.

etto che, come definitivamente chiarito dall'articolo 14 TFUE, fa parte dei valori comuni dell'Unione europea. Secondo altra parte della dottrina, il riferimento serve semplicemente a delimitare con maggiore chiarezza lo spazio di manovra concesso alle istituzioni europee nell'esercizio del loro potere di controllo, contribuendo ad individuare i casi nei quali si possa parlare di errore manifesto da parte degli Stati²⁴⁵. Tale seconda impostazione appare, però, eccessivamente riduttiva, non cogliendo come gli sforzi profusi dagli organi dell'Unione nell'individuazione dei diversi criteri costituisca un indice ulteriore del loro diverso atteggiamento nei confronti dei servizi di interesse generale, non più considerati come mero motivo di deroga al diritto dell'Unione europea, ma come obiettivi fondamentali della loro azione.

Più nel dettaglio, gli elementi che concorrono ad individuare il concetto di servizi di interesse economico generale riguardano, in via principale, le modalità di erogazione del servizio. Questi deve presentare i caratteri dell'universalità, dovendo essere garantito su tutto il territorio interessato l'accesso a determinate prestazioni minime di qualità predeterminata, e dell'obbligatorietà, non essendo possibile per il soggetto erogatore rifiutare la prestazione del servizio ad utenti che, trovandosi in condizioni poco vantaggiose dal punto di vista commerciale, risultino scarsamente appetibili²⁴⁶. Il perseguimento di tali obiettivi passa spesso attraverso l'imposizione, in capo ai soggetti erogatori, di obblighi specifici, i quali rendono la prestazione del servizio più onerosa e, quindi, poco appetibile per un'impresa che agisca unicamente secondo una logica di profitto²⁴⁷. Il dato che consente di distinguere i servizi in esame, secondo quello che è stato definito «l'approche subjective de l'intérêt général»²⁴⁸, è proprio l'esistenza di tali obblighi in capo al prestatore²⁴⁹. Come osservato in dottrina, «[i]l servizio è considerato di interesse generale *perché* esso deve essere reso secondo quelle modalità che sono state stabilite dagli Stati: in-

²⁴⁵ In questo senso *BUPA*, cit., punto 172 dove si legge «l'assenza di prova da parte dello Stato membro del fatto che tali criteri siano soddisfatti o la loro inosservanza da parte dello stesso è tale da costituire errore manifesto».

²⁴⁶ D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 376-388; M.T. KARYGIT, *The Notion*, cit., pp. 583- 587; M. DONY, *Les notions*, cit., p. 23.

²⁴⁷ F. MUNARI, *Imprese «pubbliche»*, cit., p. 1657; S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, cit., p. 122.

²⁴⁸ S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, cit., pp. 122-128.

²⁴⁹ La Commissione definisce i servizi di interesse economico generale come «servizi forniti dietro retribuzione, che assolvono missioni di interesse generale e sono quindi assoggettati dagli Stati membri a specifici obblighi di servizio pubblico» (Comunicazione 2001, cit., Allegato II). Sul punto si veda inoltre S. RODRIGUES, *Les services d'intérêt économique général*, cit., pp. 428-429.

teresse economico generale e compiti particolari assegnati alle imprese sono tutt'uno»²⁵⁰. In altre parole, la natura dell'attività dipende dal suo regime di esercizio²⁵¹, un dato che può apparire sorprendente, posto che solitamente le modalità di erogazione sono considerate una conseguenza e non uno degli elementi costitutivi²⁵².

L'utilizzo dell'approccio in parola e, di conseguenza, l'attenzione verso questi stessi criteri si ritrovano puntuali anche nei casi relativi ai servizi sociali. In *Ambulanz Glöckner*, è stata riconosciuta natura di servizio di interesse economico generale alle organizzazioni sanitarie, in quanto enti incaricati di garantire in modo permanente il trasporto d'urgenza dei malati «in tutto il territorio interessato, a tariffe uniformi e a condizioni di qualità simili, senza riguardo per le situazioni particolari o per il grado di redditività economica di ciascuna operazione individuale»²⁵³.

Lo stesso è avvenuto anche in *BUPA*, dove è stato ribadito che costituiscono «criteri minimi comuni a tutte le missioni di SIEG», accanto alla presenza di un atto ufficiale di conferimento da parte dell'autorità pubblica, il «carattere universale ed obbligatorio della missione»²⁵⁴. La sussistenza di entrambi questi elementi è stata accertata facendo riferimento agli obblighi specifici imposti in capo a tutti coloro che operano nel mercato dell'assicurazione privata di malattia. Si tratta, in particolare, degli obblighi di adesione aperta, in base ai quali ogni operatore è tenuto ad accettare tutti i sottoscrittori di età inferiore ai 65 anni, della tariffazione comune, che impone l'imposizione di una tariffa uniforme a prescindere dalle condizioni personali dell'assicurato, di copertura a vita, il quale impedisce all'assicuratore di porre termine al contratto unilateralmente, e di prestazioni minime, che garantisce la qualità del servizio erogato. Secondo il Tribunale la presenza congiunta di questi principi fa sì che i servizi di assicurazione malattia irlandesi abbiano sicuramente carattere obbligatorio ed universale, potendosi, quindi, considerare attività di interesse generale ai sensi del diritto dell'Unione europea²⁵⁵.

²⁵⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 1080 (corsivo nell'originale). Analogamente in *BUPA*, cit., punto 175 il Tribunale parla di «nesso indissolubile tra obblighi [...] e servizi».

²⁵¹ R. KOVAR, *La Cour de justice et les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général*, in *Europe*, juillet 1994, p. 4.

²⁵² In effetti parte della dottrina critica questo modo di definire i servizi di interesse generale, mettendone in luce alcune contraddizioni. Sul punto si vedano M.T. KARYIGIT, *The Notion*, cit., pp. 583-584; U. NEERGAARD, *op. cit.*, pp. 43-44.

²⁵³ *Ambulanz Glöckner*, cit., punto 55.

²⁵⁴ *BUPA*, cit., punto 172.

²⁵⁵ *Ivi*, punto 205. La soluzione ha trovato conferma in una recente decisione della Commissione sempre relativa al mercato dell'assicurazione sanitaria irlandese

Particolarmente interessanti sono le considerazioni sviluppate dal Tribunale in punto di universalità. Le ricorrenti avevano, infatti, contestato che tale criterio potesse dirsi soddisfatto dal servizio offerto dal *Voluntary Health Insurance Board*, avendo questo un campo di applicazione geografico limitato e riguardando solo un bacino relativamente ristretto di utenti. Il Tribunale ha rigettato l'argomentazione, osservando come la presenza di tali limiti non possa mettere in discussione il carattere universalistico del servizio²⁵⁶. La soluzione è stata criticata da alcuni autori²⁵⁷, i quali ne hanno messo in luce la contrarietà con quanto affermato in precedenti occasioni dalla Corte²⁵⁸, dalla Commissione²⁵⁹ e dal Tribunale stesso²⁶⁰. Tali critiche non sembrano, però, tenere conto di come la dottrina maggioritaria appaia, invece, orientata nel senso di considerare servizi di interesse generale anche quelle attività che non coprono l'intero territorio nazionale o l'insieme della popolazione²⁶¹. D'altra parte, una soluzione di questo tipo trova conforto anche nella giurisprudenza, come dimostra il caso *Almelo*, nel quale la Corte aveva considerato impresa incaricata di un servizio di interesse economico generale una società alla quale era stato attribuito il compito di provvedere alla fornitura di energia elettrica solo in una parte del territorio olandese²⁶².

L'adozione di un approccio meno restrittivo sul punto deve condividersi, essendo, prima di tutto, coerente con la più volte ribadita necessità di garantire agli Stati un adeguato spazio di manovra nell'individuazione e nella gestione dei servizi in esame. In secondo luogo, questo modo di procedere consente di includere nel novero delle attività che beneficiano della clausola di deroga anche quei servizi che,

(Decisione della Commissione del 17 giugno 2009, Aiuto di Stato N582/2008, *Irlanda - Health Insurance Intergenerational Solidarity Relief*, in GU C 183 del 08.08.2009, p. 3). In questo caso, la Commissione ha messo bene in luce come le cd. *PMI obligations* – vale a dire gli obblighi ai quali si fa riferimento nel testo – «fulfil an important public mission, namely that of providing the population with good quality health care» e devono, quindi, considerarsi «SGEI obligations» (punti 33-34).

²⁵⁶ In argomento si vedano le puntuali considerazioni di D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 388-397.

²⁵⁷ M. ROSS, *A Healthy Approach*, cit., pp. 134-135.

²⁵⁸ Sentenza del 11 aprile 1989, causa 66/86, *Ahmed Saeed*, in *Racc.*, p. 803, punto 55.

²⁵⁹ *Comunicazione 2007*, cit., p. 11.

²⁶⁰ Sentenza del 15 giugno 2005, causa T-17/02, *Olsen*, in *Racc.*, p. II-2031, punto 186.

²⁶¹ S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, cit., p. 121; A. WASCHMANN e F. BERROD, *Les critères de justification des monopoles: un premier bilan après l'affaire Corbeau*, in *RTDE*, 30, 1994, p. 48.

²⁶² *Almelo*, cit., punto 47 (corsivo aggiunto).

sebbene aventi una portata meramente locale, o comunque ridotta dal punto di vista dei beneficiari, contribuiscono al perseguimento di interessi collettivi essenziali. È evidente come tale considerazione assuma una rilevanza del tutto peculiare in un ambito come quello sociale, dove il soddisfacimento dell'interesse generale è spesso affidato a soggetti che operano su base locale.

Si noti che, per quanto riguarda le attività del settore socio-sanitario, gli elementi presi in considerazione per determinare l'esistenza di una missione di interesse generale coincidono con gli indici di solidarietà già considerati per la qualificazione dell'attività²⁶³. Questo perché, come si è già avuto modo di mettere in evidenza, l'approccio sviluppato dalla Corte prevede che, qualora gli indici di solidarietà siano considerati insufficienti ad escludere *tout court* la natura economica dell'attività in questione, sia comunque possibile il riferimento a questi stessi elementi per giustificare l'applicazione della clausola di deroga di cui all'articolo 106(2) TFUE²⁶⁴. D'altro canto, l'esigenza di garantire a tutti di poter beneficiare di servizi socio-sanitari adeguati si traduce nell'imposizione di obblighi nei confronti del gestore – ad esempio il divieto di selezione dei rischi o la previsione di tariffe che non dipendono dal profilo dell'assicurato – che possono sicuramente essere considerati indici del loro essere attività svolte nell'interesse generale.

iv) Il riferimento alla funzione sociale

In alcuni casi la Corte ha scelto di utilizzare un approccio diverso per determinare se l'attività persegua effettivamente un obiettivo di interesse generale, concentrandosi non sugli obblighi imposti dall'autorità pubblica nei confronti dell'ente gestore, ma sulla funzione sociale da questi svolta. Così, nei casi relativi ai fondi pensione olandesi, la Corte ha concentrato la propria analisi esclusivamente su tale fattore, senza neppure prendere in considerazione altri elementi²⁶⁵. Il regime pensionistico oggetto di controversia è stato considerato un servizio di interesse generale in quanto «adempie ad una funzione sociale fondamentale nel sistema pensionistico dei Paesi Bassi a causa dell'importo ridotto della pensione legale»²⁶⁶.

In questo contesto, la funzione sociale è, quindi, considerata un indice che dimostra come l'ente non agisca per fini meramente pri-

²⁶³ AG2R, cit., punti 74-78. Sul principio di solidarietà vedi *supra*, par. 3.2.

²⁶⁴ FFSA, cit., punto 20.

²⁶⁵ Sul punto L. DRIGUES, *op. cit.*, pp. 697-698.

²⁶⁶ Albany, cit., punto 105.

vati, ma nell'interesse della collettività²⁶⁷. I regimi complementari in parola contribuiscono, infatti, a garantire prestazioni pensionistiche più dignitose per la popolazione, completando e rafforzando la protezione offerta dal sistema di base. In questo modo, la Corte sembra voler richiamare quello che è stato definito «l'approche objective de l'intérêt général»²⁶⁸, il quale mira a ricostruire la sussistenza di un servizio di interesse generale contrapponendo le attività che perseguono interessi generali a quelle svolte nell'esclusivo interesse privato. Così nel caso *BRT II*, la Corte aveva escluso l'applicabilità dell'articolo 106(2) TFUE nei confronti di una società belga alla quale era stata affidata la gestione dei diritti d'autore poiché l'attività da questa svolta consisteva nella gestione di interessi meramente privati, ancorché attribuita attraverso un atto normativo²⁶⁹.

Confermando una tendenza che non riguarda solo il settore in esame²⁷⁰, l'utilizzo dell'approccio soggettivo per l'individuazione delle attività di interesse generale è stato, però, progressivamente abbandonato a favore di una maggiore attenzione verso le modalità di erogazione del servizio. In tutti i casi successivi a quelli relativi ai fondi pensione olandese, la Corte ha preferito utilizzare il cd. approccio oggettivo, facendo riferimento agli obblighi di servizio pubblico gravanti sull'attività.

4.3. *Il carattere ostativo delle norme di concorrenza rispetto alla missione di interesse generale perseguita dai servizi socio-sanitari*

i) Il significato del termine 'ostare'

L'articolo 106(2) TFUE prevede che la clausola di deroga possa operare solo nel caso in cui l'applicazione delle norme del Trattato osti all'adempimento della specifica missione di interesse generale attribuita all'impresa. La condizione rappresenta l'elemento cardine, e di gran lunga più problematico, dell'intera disposizione²⁷¹.

Perché la condizione possa dirsi soddisfatta occorre dimostrare che l'adozione di misure contrarie alle norme *antitrust* sia necessaria per il perseguimento della missione di interesse generale. L'interpretazione della condizione in parola ha conosciuto un'evoluzione significativa,

²⁶⁷ Conclusioni Avv. Gen. F. Jacobs, *Albany*, cit., punto 423. Sul punto L. DRIGUES, *op. cit.*, p. 698.

²⁶⁸ S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, cit., pp. 120-122.

²⁶⁹ Sentenza del 27 marzo 1974, causa 127/73, *BRT II*, in *Racc.*, p. 313, punti 22-23.

²⁷⁰ Sul punto S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, cit., pp. 119-120.

²⁷¹ L.S. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, cit., p. 300.

da alcuni considerata, ad ulteriore conferma della sua importanza dal punto di vista sistematico, uno degli indicatori più evidenti del mutato atteggiamento dell'Unione europea nei confronti dei servizi di interesse economico generale²⁷². La tendenza prevalente è andata nel senso di una minore severità nell'interpretazione della condizione, ampliando, per questa via, la portata della clausola di deroga. L'evoluzione costituisce una sorta di contropartita offerta dalle istituzioni europee agli Stati membri per il maggior rigore adottato nella valutazione della compatibilità dei monopoli pubblici rispetto al diritto dell'Unione europea. Come osservato in precedenza²⁷³, la Corte, a partire dai primi anni '90, ha sostanzialmente modificato il proprio atteggiamento sul punto, passando «dalla presunzione di legittimità dei monopoli pubblici alla presunzione di...illegittimità dei medesimi»²⁷⁴.

Le prime pronunce relative all'applicazione della disposizione in esame si caratterizzavano per l'estremo rigore utilizzato nel valutare il carattere ostativo²⁷⁵ delle norme comunitarie rispetto al soddisfacimento della missione di interesse generale. In *Sacchi*, ad esempio, i giudici di Lussemburgo avevano affermato che la mancata applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza potesse giustificarsi solo nel caso in cui queste fossero risultate «incompatibil[i] con lo svolgimento dei compiti» affidati agli enti incaricati della gestione del servizio televisivo²⁷⁶. Un approccio parimenti rigoroso si ritrova anche caso *Ahmed Saeed*, nel quale la Corte aveva rilevato come la clausola di deroga consentisse una limitazione degli effetti delle regole di concorrenza solo nella misura in cui fosse «indispensabile» per il perseguimento della missione di interesse generale²⁷⁷.

Nel periodo successivo si è fatto strada un approccio meno restrittivo, destinato ad ampliare notevolmente la portata della clausola

²⁷² T. PROSSER, *Competition Law and Public Services: from Single Market to Citizenship Rights?*, in *EPL*, 11(4), 2005, p. 549. Il concetto è stato ribadito a più riprese dalla Commissione in tutti i suoi interventi recenti sul punto; si veda, per tutti, Comunicazione della Commissione, *Libro Bianco sui servizi di interesse generale*, 12 maggio 2004, COM(2004) 374 def., par. 2.1.

²⁷³ Si veda *supra*, par. 4.1.

²⁷⁴ F. MUNARI, *Imprese «pubbliche»*, cit., p. 1659.

²⁷⁵ Parte della dottrina osserva come le incertezze che caratterizzano l'interpretazione del verbo «ostare» siano già in qualche modo anticipate dalle differenze rinvenibili a livello testuale tra le diverse versioni linguistiche del Trattato. La versione francese, ad esempio, utilizza la locuzione «faire échec», traducibile con «rendere impossibile», mentre in altri casi si utilizzano espressioni meno rigorose, come nel caso della versione inglese («obstruct») o portoghese («não constitua obstaculo»), più vicine alla versione italiana. Sul punto J. BAQUERO CRUZ, *op. cit.*, p. 185.

²⁷⁶ *Sacchi*, cit., punto 15.

²⁷⁷ *Ahmed Saeed*, cit., punti 55-58.

di deroga. Il punto di svolta è generalmente individuato²⁷⁸ nella sentenza *Corbeau*²⁷⁹, in un caso relativo alla liberalizzazione del settore postale belga. Qui la Corte ha ammesso per la prima volta l'applicabilità della clausola di deroga anche solo per «consentire al titolare del diritto esclusivo di esercitare la sua funzione di interesse generale e, in particolare, di beneficiare di condizioni economicamente accettabili»²⁸⁰. La soluzione ha trovato accoglimento anche nella successiva sentenza *Almelo*, nella quale è stato sancito che l'applicazione della deroga debba essere ammessa ogni qualvolta risulti necessaria «per consentire lo svolgimento del servizio di interesse generale da parte dell'impresa incaricata. A questo proposito, si deve tenere conto delle condizioni economiche nelle quali si trova l'impresa, ed in particolare dei costi che essa deve sopportare e delle normative, soprattutto in materia di ambiente, alle quali è soggetta»²⁸¹. La medesima impostazione è stata confermata, ed ulteriormente rafforzata, in alcune pronunce relative ai monopoli istituiti da Paesi Bassi, Francia, Italia e Spagna nei settori del gas e dell'elettricità. Più in particolare, nella sentenza relativa ai monopolisti francesi EDF e GDF, la Corte ha chiarito che, affinché possa trovare applicazione la clausola di deroga di cui all'articolo 106(2) TFUE, «non è necessario che risulti minacciata la sopravvivenza stessa dell'impresa»²⁸². L'affermazione costituiva la risposta ad alcuni tentativi da parte della Commissione di intendere in senso restrittivo la formula utilizzata in *Corbeau*, limitando l'applicabilità della disposizione in esame ai soli casi nei quali l'applicazione delle norme di concorrenza avrebbe messo a rischio la tenuta finanziaria dell'impresa²⁸³.

²⁷⁸ Conclusioni dell'Avv. Gen. M. Darmon presentate l'8 febbraio 1994, *Almelo*, punto 144 definisce il caso *Corbeau* «un tournant». In realtà la svolta determinata dalla sentenza *Corbeau*, era già stata parzialmente anticipata dalla Commissione in alcune sue decisioni relative al settore postale adottate negli anni precedenti: Decisione della Commissione n. 90/16/CEE del 20 dicembre 1989, *relativa alla prestazione del servizio di corriere accelerato nei Paesi Bassi*, in GUCE L 10, p. 47, punti 16-18; decisione della Commissione n. 90/456/CEE del 1 agosto 1990, *relativa alla prestazione del servizio internazionale di corriere rapido in Spagna*, in GUCE L 233, p. 19, punti 13-14. Sul punto J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, cit., pp. 306-308.

²⁷⁹ S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, cit., p. 522; E. SZYSZCZAK, *op. cit.*, p. 49; G. TESAURO, *L'intervento pubblico*, cit., p. 736. Viceversa vi è chi tende a sminuire, forse in modo eccessivo, la portata innovatrice di tale sentenza: J. BAQUERO CRUZ, *Beyond Competition*, cit., p. 190.

²⁸⁰ *Corbeau*, cit., punto 16.

²⁸¹ *Almelo*, cit., punto 49.

²⁸² Sentenza del 23 ottobre 1997, causa 159/94, *Commissione c. Francia*, in *Racc.*, p. I-5815, punto 59.

²⁸³ In argomento S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, cit., p. 525.

L'impostazione liberale, fondata su una concezione ampia del termine 'ostare' risulta predominante anche in materia di servizi socio-sanitari. L'unica parziale eccezione in questo senso è rinvenibile nella sentenza *Job Centre II*, dove la Corte, senza peraltro approfondire l'argomento, si è limitata ad affermare che le imprese incaricate di un servizio di interesse generale – nel caso di specie si trattava dell'ufficio italiano di collocamento – restano soggette alle norme *antitrust* fintanto che la loro applicazione non risulti «incompatibile» con la specifica missione loro assegnata²⁸⁴. L'impostazione, che richiamava, anche a livello terminologico, quella molto rigorosa adottata in *Sacchi*, è stata successivamente abbandonata dalla Corte. L'approccio oggi assolutamente prevalente anche in questo ambito²⁸⁵ è quello elaborato in *Corbeau*, *Almelo* e nei casi relativi ai monopoli dell'energia. La clausola di deroga può, dunque, trovare applicazione non solo quando sia indispensabile per salvaguardare la sopravvivenza dell'impresa, ma anche, più semplicemente, per consentire a quest'ultima di svolgere la sua missione in condizioni economicamente accettabili.

L'applicazione di questo schema interpretativo ha portato la Corte a ritenere legittimo il conferimento di diritti esclusivi a favore dei fondi pensione olandesi, posto che, in loro assenza, non sarebbe più stato possibile per gli enti gestori «proporre pensioni a costi accettabili», con forti rischi per il carattere solidaristico del servizio. I giudici sono giunti ad analoghe conclusioni anche nel caso *AG2R*, relativo ad un ente previdenziale francese incaricato della gestione di un regime complementare di assicurazione sanitaria²⁸⁶. Il pericolo più grave individuato dalla Corte in tutti questi casi è quello del cd. *cream-skimming*²⁸⁷, ossia la possibilità per gli altri fornitori del servizio di concentrarsi sui segmenti di mercato più redditizi, lasciando al soggetto incaricato della missione di interesse generale l'onere di soddisfare le necessità degli utenti meno appetibili dal punto di vista commerciale. In questo contesto, la creazione di un diritto esclusivo risulta, così, necessario per scongiurare questa eventualità, evitando che i 'rischi buoni' – quelli relativi ai soggetti giovani e in buona salute – possano essere attratti dalle assicurazioni private in grado di offrire loro un trattamento più favorevole, lasciando ai soggetti gra-

²⁸⁴ *Job Centre II*, cit., punto 26.

²⁸⁵ Si vedano, per tutte, *Albany*, cit., punto 107 e, più di recente, *AG2R*, cit., punto 76.

²⁸⁶ *AG2R*, cit., punti 77-79.

²⁸⁷ In argomento D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 507-512.

vati dagli obblighi di servizio pubblico la gestione dei soli ‘rischi cattivi’.

La necessità di garantire all’impresa gravata da un compito di interesse generale la possibilità di operare in condizioni economicamente accettabili può, in taluni casi, consentire una limitazione della concorrenza anche in segmenti contigui a quello nel quale sussiste il servizio di interesse generale. La possibilità di compensazioni incrociate tra i settori redditizi e quelli meno era stata ammessa per la prima volta proprio nel caso *Corbeau*²⁸⁸. La Corte, adottando un approccio meno rigoroso rispetto a quello proposto dall’Avvocato Generale Tesauro nelle sue conclusioni, aveva ritenuto legittima tale limitazione della concorrenza, in quanto necessaria per evitare che i concorrenti, potendo concentrarsi sui settori più remunerativi senza essere gravati di alcun obbligo nei confronti della collettività, mettessero a rischio l’equilibrio economico del gestore del servizio universale. Sempre nella stessa sentenza, la Corte aveva, però, chiarito come una limitazione di questo tipo non sarebbe stata giustificabile qualora fosse stata estesa a «servizi scindibili dal servizio universale», vale a dire ad attività che rispondono ad esigenze particolari dell’utenza, presentando prestazioni supplementari non offerte dal servizio di base²⁸⁹.

La questione risulta molto rilevante in materia di servizi socio-sanitari, essendo questo un ambito nel quale il ricorso a forme incrociate di sussidio è frequente. Nel caso *Ambulanz Glöckner*, ad esempio, le ricorrenti nel giudizio *a quo* contestavano la legittimità di un diritto esclusivo che consentiva a due organizzazioni sanitarie di operare in condizioni di monopolio non solo nell’espletamento del «compito di interesse economico generale costituito dai servizi di trasporto d’urgenza», ma anche per quanto riguarda il trasporto ‘ordinario’ dei malati. La Corte, riprendendo la giurisprudenza *Corbeau*, ha respinto l’obiezione, rilevando come la restrizione della concorrenza fosse necessaria per consentire alle due organizzazioni sanitarie di adempiere alla loro funzione specifica in condizioni economicamente accettabili²⁹⁰.

Si noti come la Corte abbia ritenuto giustificata l’estensione del diritto esclusivo anche al trasporto ordinario dei malati, rilevando come tale attività fosse inscindibile rispetto al trasporto di urgenza. In questo caso, però, il percorso argomentativo si discosta da quello seguito in *Corbeau*. In *Ambulanz Glöckner*, la dimostrazione del-

²⁸⁸ *Corbeau*, cit., punti 17-18.

²⁸⁹ *Ivi*, punto 19. Sul punto G. TESAURO, *Intervento pubblico*, cit., pp. 736-737.

²⁹⁰ *Ambulanz Glöckner*, cit., punti 57-61.

l'inscindibilità delle due attività non è, infatti, avvenuta in riferimento al tipo di prestazioni offerte, ma semplicemente rilevando che i due servizi erano stati tradizionalmente forniti in modo congiunto. L'accoglimento di un simile approccio amplia la possibilità di compensazioni incrociate tra settori più e meno redditizi, garantendo uno spazio di manovra più ampio alle autorità nazionali sul punto. Il rischio è che l'adozione di un approccio meno rigoroso si presti ad abusi da parte degli Stati, ampliando in modo eccessivo la loro capacità di limitare la concorrenza anche in settori diversi da quelli in cui opera il servizio di interesse generale.

ii) Test di proporzionalità affievolito e competenze statali in materia di servizi socio-sanitari

L'analisi dell'evoluzione che ha caratterizzato la definizione giurisprudenziale del termine 'ostare' consente di svolgere alcune considerazioni sul tipo di controllo esercitato dalla Corte rispetto alle misure adottate dagli Stati membri per tutelare la specifica missione affidata ai gestori dei servizi di interesse generale. Secondo un'opinione diffusa in dottrina²⁹¹, l'articolo 106(2) TFUE imporrebbe di valutare la legittimità delle misure attraverso l'applicazione del principio di proporzionalità. L'affermazione merita di essere meglio precisata, soprattutto alla luce dell'evoluzione che ha interessato la prassi delle istituzioni europee sul punto.

Il principio di proporzionalità, secondo il modello tradizionale, si fonda sulla triplice dimostrazione dell'idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto²⁹². Perché tale principio possa dirsi soddisfatto, deve dimostrarsi l'esistenza di un nesso causale tra la misura e l'obiettivo, l'impossibilità di raggiungere quest'ultimo attra-

²⁹¹ D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 505-506; G. CAGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 33; F. MUNARI, *Imprese «pubbliche»*, cit., p. 1658; J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, cit., p. 300.

²⁹² Non è possibile dare conto in questa sede della vastissima letteratura sul principio; per tutti si vedano: T-I. HARBO, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, in *ELJ*, 16, 2010, pp. 158-185; D-U. GALLETTA, *Le principe de proportionnalité*, in J-B. AUBY e J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles 2007, pp. 356-376; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford 2006, pp. 655-715; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford 2006, pp. 136-241; E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano 2000, pp. 6-20; J. JANS, *Proportionality Revisited*, in *LIEI*, 27, 2000, pp. 239-265; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli 1999, pp. 157-268; M. LUGATO, *Principio di proporzionalità ed invalidità di atti comunitari nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *DCSI*, 30, 1991, pp. 67-85.

verso uno strumento meno restrittivo e la sussistenza di un ragionevole equilibrio tra la restrizione e il beneficio da questa derivante. In prima battuta, occorre sottolineare come, anche relativamente all'applicazione dell'articolo 106(2) TFUE²⁹³, i giudici di Lussemburgo tendano a non applicare il test di proporzionalità nella sua interezza, tralasciando l'esame sulla proporzionalità in senso stretto. In questo modo, la Corte evita di pronunciarsi sulla congruità del temperamento tra l'esigenza di raggiungere lo scopo – la salvaguardia della missione di interesse generale – e la necessità di assicurare adeguata tutela ad altri interessi egualmente considerati dall'ordinamento dell'Unione.

Inoltre, si deve rilevare come nel corso del tempo la Corte abbia progressivamente ridotto l'intensità del suo scrutinio²⁹⁴, limitando l'utilizzo di un ulteriore elemento del test di proporzionalità, vale a dire quello relativo alla necessità della misura. Inizialmente, le istituzioni comunitarie avevano dato prova di maggiore severità sul punto, prendendo in considerazione sia l'idoneità della misura a raggiungere l'obiettivo, sia la sua effettiva necessità. Nella decisione *Navewa-Anseau*, ad esempio, la Commissione aveva chiarito che, per poter legittimamente invocare la clausola di deroga, «non basta che il rispetto delle disposizioni del trattato complichino l'adempimento di questa specifica missione» essendo, invece, necessario dimostrare l'indisponibilità di «[un] altro mezzo tecnicamente possibile ed economicamente realizzabile per assolvere alla sua missione»²⁹⁵.

A partire dalle sentenze *Corbeau* e *Almelo*, la Corte ha modificato l'impostazione, evitando accuratamente, se non in casi rimasti isolati²⁹⁶, di richiedere agli Stati membri la dimostrazione dell'inesistenza di un'alternativa meno restrittiva e limitandosi a valutare l'astratta idoneità della misura al raggiungimento dell'obiettivo perseguito. Si noti come, in entrambi questi casi, l'utilizzo da parte dei giudici di un atteggiamento meno severo sia avvenuto nonostante gli Avvocati generali avessero sostenuto l'opportunità di un'applicazione

²⁹³ Si tratta di una caratteristica costante della giurisprudenza della Corte, sul punto D-U. GALLETTA, *op. cit.*, p. 365; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., p. 657. Su tale requisito in dettaglio T. TRIDIMAS, *The General Principles*, cit., pp. 209-220.

²⁹⁴ In argomento J. BAQUERO CRUZ, *Beyond Competition*, cit., pp. 185-198; S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, cit., pp. 521-528; J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, cit., pp. 306-329.

²⁹⁵ Decisione della Commissione del 17 dicembre 1981, *Navewa-Anseau*, in GUCE L 167 del 15.06.1982, pp. 39-52, punto 62.

²⁹⁶ Sentenza del 13 dicembre 1991, causa C-18/88, *RTT*, in *Racc.*, p. I-5973. Sul punto si vedano le interessanti considerazioni di V. SOTTILI, *op. cit.*, pp. 55-56.

rigorosa del test di proporzionalità per valutare la legittimità delle misure nazionali²⁹⁷.

Tale schema interpretativo ha trovato definitiva consacrazione nelle già citate pronunce relative ai monopoli istituiti da Olanda, Francia, Italia e Spagna nei settori del gas e dell'elettricità. In questi casi, trattandosi di ricorsi per infrazione proposti dalla Commissione nei confronti degli Stati, la Corte ha inquadrato la questione in termini di riparto dell'onere della prova, osservando come «benché spetti allo Stato membro che si richiami all'art. 90, n. 2, dimostrare che ricorrono i presupposti per l'applicazione della norma, tale onere della prova non può tuttavia estendersi fino a pretendere dallo Stato membro – allorché espone in maniera circostanziata le ragioni per cui, in caso di abolizione dei provvedimenti censurati, risulterebbe pregiudicato l'assolvimento, in condizioni economicamente accettabili, delle mansioni di interesse economico generale di cui ha incaricato un'impresa – di andare ancor oltre per dimostrare, in positivo, che nessun altro provvedimento immaginabile, per definizione ipotetico, potrebbe garantire l'assolvimento di tali funzioni alle stesse condizioni.»²⁹⁸

In materia di servizi sociali, la Corte ha dato prova di ancora maggior cautela. Nei casi relativi ai fondi pensione olandesi, le ricorrenti sostenevano che il risultato – garantire a tutti i lavoratori un livello pensionistico adeguato – avrebbe potuto essere raggiunto semplicemente fissando dei requisiti minimi nei confronti delle assicurazioni private, senza la necessità di imporre alcuna limitazione alla concorrenza. L'obiezione non è stata neppure valutata dalla Corte, la quale non ha ritenuto di dover valutare se la misura statale fosse necessaria per raggiungere l'obiettivo, accontentandosi di esaminarne l'idoneità²⁹⁹. La pronuncia dimostra come, non solo gli Stati siano esentati dal dimostrare l'assenza di alternative meno restrittive per poter legittimamente invocare la clausola di deroga, ma, almeno per quanto riguarda i servizi sociali, la Corte si astenga dall'esercitare questo tipo di controllo anche nei casi in cui le possibili misure alternative siano già state individuate.

La scelta di esercitare un controllo poco intrusivo si giustifica, prima di tutto, in riferimento alla complessità delle valutazioni sottese. Nella maggior parte dei casi, si tratta, infatti, di questioni che hanno un carattere eminentemente politico e che, dunque, esulano

²⁹⁷ Conclusioni Avv. Gen. G. Tesaro, relative alla causa causa C-320/91, *Corbeau*, punto 14, conclusioni Avv. Gen. M. Darmon, relative alla causa C-393/92, *Almelo*, punto 147.

²⁹⁸ *Commissione c. Paesi Bassi*, cit., punto 58.

²⁹⁹ *Albany*, cit., punto 122.

dalle competenze della Corte³⁰⁰. Questo tipo di atteggiamento sembrerebbe richiamare la cd. *political question doctrine*, la quale, originariamente elaborata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti³⁰¹, è stata successivamente recepita in alcuni Paesi europei³⁰². Anche nei casi relativi all'articolo 106(2) TFUE la Corte sembrerebbe voler esercitare una forma di autolimitazione di fronte a questioni che per la loro natura dovrebbero essere assunte da organi politici³⁰³.

Vi è, poi, un secondo aspetto che aiuta a comprendere le ragioni di un atteggiamento così remissivo da parte dei giudici europei. Come osservato dalla dottrina, l'intensità del controllo esercitato dalla Corte sulle misure statali attraverso l'applicazione del test di proporzionalità dipende essenzialmente dall'importanza degli interessi invocati dallo Stato³⁰⁴. Tale situazione non è affatto sorprendente, posto che il test di proporzionalità si concreta spesso nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco³⁰⁵. L'utilizzo di una versione affievolita del test costituisce, dunque, un ulteriore segno dell'accresciuta considerazione di cui godono i servizi di interesse generale nel diritto dell'Unione europea e, più in particolare, agli occhi dei giudici europei.

Da ultimo, merita soffermarsi brevemente sulla possibilità di in-

³⁰⁰ F. MUNARI, *Imprese «pubbliche»*, cit., p. 1660.

³⁰¹ Il primo caso nel quale è stata definita è *Baker v. Carr*, 5 US 137, 165-166 (1803), dove si legge «Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non judicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question». Sull'evoluzione della *doctrine* J.H. CHOPER, *The Political Question Doctrine: Suggested Criteria*, in *Duke L.J.*, 54, 2005, pp. 1457-1523; R. BARKOW, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, in *Columbia L.R.*, 102, 2002, pp. 237-336.

³⁰² In argomento K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles 1998, p. 440.

³⁰³ Sull'applicazione di questa *doctrine* da parte della Corte di giustizia, sebbene in riferimento ad un altro settore, si vedano le considerazioni svolte da P. MENGOSZI, *I diritti e gli interessi delle imprese, il diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio e le prerogative delle istituzioni della Unione Europea: verso una dottrina comunitaria delle political questions?*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Vol. II, Napoli 2009, pp. 1081-1090.

³⁰⁴ D-U. GALETTA, *op. cit.*, pp. 366-368; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., p. 706; K. BOSKOVITS, *op. cit.*, pp. 644-646.

³⁰⁵ D-U. GALETTA, *op. cit.*, p. 373.

dividuare un nesso tra l'intensità del controllo esercitato dalle istituzioni europee sulla legittimità dei provvedimenti statali in materia di servizi di interesse generale e il riparto di competenze tra il livello statale e quello sovranazionale nello specifico settore³⁰⁶. La questione è stata esplicitamente affrontata per la prima volta proprio in riferimento ai servizi socio-sanitari e, più in particolare, nei casi relativi ai fondi pensione olandesi. Qui, come visto in precedenza, la Corte ha escluso di dover valutare la legittimità delle misure olandesi attraverso il criterio della necessità, determinando, cioè, se il medesimo risultato potesse essere conseguito utilizzando metodi meno restrittivi della concorrenza. Un scelta di segno diverso avrebbe, infatti, costituito un'indebita restrizione del «margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri [...] per determinare l'assetto dei loro sistemi previdenziali»³⁰⁷. Secondo questo ragionamento, l'esercizio di un controllo poco invasivo si giustifica, perciò, per la limitatezza delle competenze dell'Unione europea in questa specifica materia. La necessità di rispettare le competenze statali fa sì che la Corte non possa sostituirsi al giudizio delle autorità nazionali, spettando esclusivamente allo Stato la determinazione del livello di tutela da garantire ai propri cittadini.

Il ragionamento è stato accolto anche in *BUPA*, un caso che, come si ricorderà, riguardava il sistema irlandese dell'assicurazione di malattia³⁰⁸. Qui, il Tribunale ha messo in luce come il controllo che gli organi dell'Unione possono esercitare nei confronti delle misure nazionali debba limitarsi a valutare se «il sistema riposi su premesse economiche e di fatto palesemente errate e se [...] sia palesemente inadeguato per raggiungere gli obiettivi perseguiti». La scelta si giustifica, sempre secondo gli stessi giudici, in riferimento alla necessità di rispettare le competenze statali in questo ambito, evitando che le istituzioni europee finiscano con il «sostituirsi allo Stato membro nell'esercizio dell'ampio potere discrezionale a lui proprio»³⁰⁹.

Questo modo di procedere mira, prima di tutto, a rassicurare tutti coloro – Stati membri, *in primis* – preoccupati per la progressiva infiltrazione del diritto *antitrust* nel settore socio-sanitario. Solo così può spiegarsi il riferimento al riparto di competenze previsto dal Trattato in materia di servizi socio-sanitari per giustificare soluzioni che,

³⁰⁶ In generale sull'argomento T. TRIDIMAS, *The General Principles*, cit., pp. 175-192.

³⁰⁷ *Albany*, cit., punto 122.

³⁰⁸ In argomento M. ROSS, *The Value of Solidarity*, cit., p. 94.

³⁰⁹ *BUPA*, cit., punti 266-268. In argomento M. ROSS, *A Healthy Approach*, cit., pp. 136-138.

in realtà, non si discostano troppo da quelle adottate anche in altri ambiti. Tuttavia, l'impostazione merita di essere valutata con attenzione anche per le sue potenziali ricadute dal punto di vista sistematico. La scelta di enfatizzare l'esistenza un nesso diretto tra l'intensità del controllo esercitato sulle misure nazionali adottate a tutela dell'interesse generale e il tipo di competenza conferita all'Unione europea nell'ambito materiale in cui il servizio opera apre alla possibilità di un'applicazione 'a geometria variabile' delle norme sui servizi di interesse generale. Resta da chiarire se questo tipo di impostazione sia destinato a rimanere una prerogativa del settore in esame o se, invece, sarà utilizzato anche in altri ambiti. Se così fosse, vi è il rischio di un'eccessiva frammentazione del sistema di controllo, con possibili effetti negativi anche in termini di chiarezza del quadro normativo.

CAPITOLO III

Finanziamento dei servizi socio-sanitari e disciplina degli aiuti di Stato

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La qualificazione del finanziamento dei servizi di interesse generale alla luce della prassi delle istituzioni dell’Unione. –2.1. La tesi ‘aiuto di Stato’ e la tesi compensativa. – 2.2. La presenza di profili problematici in entrambe le impostazioni e l’elaborazione di una possibile ‘terza via’. – 2.3. I criteri elaborati nella sentenza *Altmark*. – 3. L’applicazione delle condizioni *Altmark* ai servizi socio-sanitari. – 3.1. I principali profili di criticità: la quarta condizione *Altmark*. – 3.2. La rivisitazione del test *Altmark*: il caso BUPA. – 3.3. L’evoluzione successiva: verso un test differenziato per i servizi socio-sanitari? – 4. ‘Pacchetto Monti’ e servizi socio-sanitari. – 4.1. Gli obiettivi generali del ‘Pacchetto Monti’. – 4.2. L’esonero dall’obbligo di notifica degli aiuti concessi a determinate categorie di servizi socio-sanitari. – 4.3. L’applicazione dell’articolo 106(2) TFUE agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione per obblighi di servizio pubblico. – 4.4. Verso la modifica del ‘Pacchetto Monti’: quali conseguenze per i servizi socio-sanitari?

1. *Introduzione*

Il processo di graduale apertura al mercato che ha interessato il settore dei servizi socio-sanitari nel corso degli ultimi anni non ha fatto venire meno il ruolo di assoluta centralità svolto dal finanziamento pubblico in tale ambito. Le attività in esame, anche se svolte da soggetti che operano secondo logiche imprenditoriali, hanno spesso carattere non remunerativo, posto che la loro erogazione non ha quale obiettivo primario la realizzazione o la massimizzazione del profitto. Come riconosciuto dalla stessa Commissione, infatti, i servizi sociali perseguono finalità specifiche di interesse generale, rispondendo ad esigenze essenziali, soprattutto di soggetti in situazioni di vulnerabilità, fornendo protezione da rischi generali o specifici della vita, aiutando a superare crisi o difficoltà personali e rafforzando la coesione sociale nei confronti di tutta la popolazione¹.

¹ Comunicazione della Commissione, *I servizi di interesse generale, compresi i*

Il perseguimento di tali finalità richiede spesso un doppio intervento da parte delle autorità pubbliche.

Da un lato, l'imposizione di obblighi specifici in capo ai soggetti incaricati della gestione e della fornitura del servizio, la quale si rende necessaria ove lo Stato, sulla base di valutazioni aventi natura esclusivamente politica, ritenga che le forze di mercato, se lasciate libere di agire, non siano in grado di soddisfare in modo adeguato le esigenze degli utenti. È questo il caso, ad esempio, del divieto per gli enti gestori dei regimi assicurativi di prevedere una copertura variabile a seconda dell'età, dello stato di salute o del livello di rischio dell'attività svolta. È evidente come un simile obbligo, necessario per preservare il carattere universalistico del servizio, costituisca un onere che l'ente gestore non assumerebbe se considerasse esclusivamente il suo interesse commerciale, rappresentando un rischio per il suo equilibrio finanziario e la sua capacità di svolgere l'attività in condizioni economicamente sostenibili.

Dall'altro, l'intervento sul piano finanziario, con misure atte a compensare i costi addizionali derivanti dall'espletamento delle specifiche funzioni di interesse generale connesse al servizio. Il finanziamento delle attività sociali di interesse generale può assumere forme diverse, concretandosi in erogazioni, esenzioni o altre agevolazioni gravanti direttamente sul bilancio statale, nonché nel conferimento di diritti speciali o esclusivi².

Il diritto dell'Unione europea non vieta agli Stati di intervenire a sostegno delle imprese incaricate della fornitura di tali servizi, né impone il ricorso ad una specifica modalità di finanziamento³. Questo tipo di intervento, essendo destinato a soggetti che operano nel mercato interno, deve, però, rispettare i limiti derivanti dalle regole sugli aiuti di Stato. In particolare, l'articolo 107 TFUE⁴ pone un principio di incompatibilità di tutte quelle misure statali che, essendo configurabili come aiuti di Stato, «falsino o minaccino di falsare la concorrenza» nel mercato interno. Il principio si sostanzia nel divieto di erogare aiuti che non siano stati previamente autorizzati, attraverso

servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo, 20 novembre 2007, COM(2007) 725 def., p. 7.

² Per una ricognizione ad ampio raggio sul punto si veda S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe. Énergie, postes, télécommunications et transports*, Londres-Paris-New York 2000, pp. 561-590.

³ Come ribadito nel *Libro Verde sui servizi di interesse generale*, 21 maggio 2003, COM(2003) 270 def., punto 88.

⁴ A. BLASI e F. MUNARI, *Articolo 87 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano 2004, pp. 592-608.

l'adozione di una decisione o di un regolamento, dalla Commissione oppure, in via eccezionale, dal Consiglio⁵.

Il punto nodale è determinare se, ed in che misura, le erogazioni statali giustificate dalla necessità di garantire l'espletamento di funzioni di interesse generale da parte dei servizi sociali debbano considerarsi aiuti di Stato e siano, quindi, sottoposte al regime previsto dagli articoli 107 TFUE e seguenti. La questione si colloca all'interno del più ampio dibattito relativo alla qualificazione e alla disciplina delle compensazioni finanziarie di obblighi di servizio pubblico nel diritto dell'Unione europea. Nel corso degli ultimi anni, il tema ha attratto grandissimo interesse da parte delle istituzioni europee e nazionali, rappresentando uno snodo nevralgico nei rapporti tra il livello sovranazionale e quello statale⁶. La disciplina degli aiuti di Stato si pone, infatti, al confine tra integrazione negativa, caratterizzata dalla mera imposizione di divieti, e quella positiva. Nell'esercizio del loro potere di controllo le istituzioni dell'Unione europea e, *in primis*, la Commissione sono in grado di intervenire sulle scelte allocative adottate a livello nazionale, orientando l'intervento pubblico verso obiettivi ritenuti compatibili con quelli del mercato comune⁷.

Il presente capitolo si propone di esaminare gli aspetti più problematici relativi all'applicazione delle norme dell'Unione europea sugli aiuti di Stato nei confronti delle compensazioni di servizio pubblico erogate dagli Stati membri a favore di soggetti incaricati della fornitura di servizi socio-sanitari. La prima parte del capitolo si concentra sull'analisi della giurisprudenza, e, più in particolare, sulle difficoltà sorte nell'applicazione dei principi sviluppati dalla Corte nei confronti di attività socio-sanitarie. Successivamente viene preso in considerazione il piano normativo, concentrandosi sul cd. 'Pacchetto Monti' e, nello specifico, sulle sue disposizioni più rilevanti per il settore in esame.

⁵ Sul punto per tutti G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, 6^a ed., Padova 2010, p. 801.

⁶ In questo senso L. CERASO, *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in RIDPC, 2008, p. 97. Sul punto in generale A. BIONDI e L. RUBINI, *Aims, Effects and Justifications: EC State Aid Law and Its Impact on National Social Policies*, in E. SPAVENTA e M. DOUGAN (eds.), *Social Welfare and EU Law*, Oxford 2005, pp. 79-103.

⁷ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 800; F. DE CECCO, *Politiche sociali e divieto di aiuti di Stato*, in S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e diritto comunitario*, Bologna 2007, p. 84.

2. La qualificazione del finanziamento dei servizi di interesse generale alla luce della prassi delle istituzioni dell'Unione

2.1. La tesi 'aiuto di Stato' e la tesi compensativa

L'aspetto più problematico, sul quale si è incentrata l'attenzione delle istituzioni europee e della dottrina, è la qualificazione delle compensazioni degli obblighi di servizio pubblico ai sensi della disciplina dell'Unione europea sugli aiuti di Stato. L'elemento di maggiore incertezza, causa di forti oscillazioni nella prassi seguita da Commissione, Corte e Tribunale, concerne la possibilità di considerare le misure di finanziamento dei servizi di interesse generale come aiuti di Stato, sottoponendoli, quindi, alla disciplina prevista dagli articoli 107 TFUE⁸.

In via preliminare, occorre ricordare che non tutti gli interventi finanziari delle autorità pubbliche nazionali nel mercato interno sono da considerarsi aiuti di Stato ai sensi del diritto dell'Unione europea. Perché la nozione possa applicarsi è necessaria la presenza di quattro elementi costitutivi: la misura deve essere stata concessa dallo Stato o finanziata attraverso risorse pubbliche, deve incidere sugli scambi tra gli Stati membri, deve conferire un vantaggio al beneficiario e, da ultimo, deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza all'interno

⁸ Sul punto la dottrina è molto vasta e non è possibile darne conto in modo esaustivo in questa sede. Per una ricostruzione analitica completa dell'intera evoluzione, si vedano, *ex multis*, D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano 2010, pp. 630-710; J.L. BUENDIA STIERRA, *Finding the Right Balance: State Aid and Services of General Economic Interest*, in AA.VV., *EC State Aid/Le droit des aides d'Etat dans la CE. Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Alphen aan den Rijn 2008, pp. 191-222; M. MEROLA, *Il «Pacchetto» normativo sul finanziamento dei servizi di interesse economico generale alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale*, in F. BESTAGNO e L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano 2007, pp. 117-150; D. GALLO, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di stato nel diritto comunitario*, in RIDPC, 2007, pp. 893-943; M. MARTINELLI, *Compensazioni finanziarie di obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato*, in RIDPC, 2007, pp. 113-173; F. LOUIS e A. VALLERY, *Ferring Revisited: the Altmark Case and State Financing of Public Service Obligations*, in *World Comp.*, 27, 2004, pp. 53-74; C. RIZZA, *The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted with the Operation of a Service of General Economic Interest*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT e J. FLYNN (eds), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford 2004, pp. 67-84; M. MEROLA e C. MEDINA, *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics*, in *Cah. Dr. Eur.*, 2003, pp. 639-694; A. FRATINI e F. FILPO, *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla formula Altmark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, pp. 1183-1219.

del mercato interno⁹. La nozione, generalmente interpretata in senso estensivo, non comprende solo i casi di sovvenzioni dirette, ma comprende anche forme indirette di sostegno, purché risulti soddisfatto il criterio del conferimento di un vantaggio al beneficiario dell'intervento. Ciò che rileva è l'effetto economico determinato dalla misura, non la finalità perseguita dallo Stato, né la forma assunta dal provvedimento. D'altra parte, come confermato a più riprese dalla Corte, il diritto dell'Unione europea «non distingue gli interventi a seconda della loro causa o del loro scopo, ma li definisce in funzione dei loro effetti»¹⁰.

Muovendo da tali considerazioni preliminari, è possibile ora analizzare più nel dettaglio la questione relativa alla qualificazione del finanziamento degli obblighi di servizio pubblico. A tale proposito, sono state elaborate due soluzioni contrapposte: l'approccio 'aiuto di Stato', o visione giuridica, e l'approccio compensativo, altresì definito visione economica¹¹. La prima prevede che qualsiasi forma di finanziamento pubblico, anche se giustificata dalla necessità di garantire l'espletamento di una missione di interesse generale, costituisca aiuto di Stato, risultando vietata ai sensi dell'articolo 107 TFUE, salvo poter beneficiare di una delle clausole di deroga previste dal Trattato, quale l'articolo 106(2) TFUE. Viceversa, la seconda impostazione nega in radice la possibilità che i finanziamenti erogati per consentire il funzionamento dei servizi di interesse generale possano considerarsi aiuti di Stato, nella misura in cui detti finanziamenti non eccedano i costi addizionali che l'impresa è chiamata a sostenere per l'espletamento della missione di interesse generale. In questi casi, infatti, il sostegno pubblico, essendo esclusivamente finalizzato a compensare gli oneri derivanti dagli obblighi di servizio pubblico, non determina

⁹ Sul punto si vedano, tra gli altri, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 805-825; G. STROZZI, *Gli aiuti di Stato*, in ID. (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte Speciale*, 3^a ed., Torino 2010, pp. 354-364; V. DI BUCCI, *Quelques aspects institutionnel du droit des aides d'Etat*, in AA.VV., *Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, cit., pp. 47-41; C. MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo I Parte Speciale, Milano 2007, pp. 70-73; J.A. WINTER, *Re(de)fining the Notion of State Aid in Article 87(1) of the EC Treaty*, in *CMLR*, 41, 2004, pp. 475-504; C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova 2000, pp. 21-45.

¹⁰ Si veda, per tutte, la sentenza del 2 luglio 1974, causa 173/73, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, p. 709, punto 27. In argomento G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 807.

¹¹ Le due locuzioni sono state utilizzate per la prima volta nelle conclusioni Avv. Gen. F. Jacobs presentate il 30 aprile 2002, relative alla causa C-126/01, *GEMO*, punti 94-95.

alcun vantaggio in capo all'impresa beneficiaria, né alcuna alterazione delle normali condizioni di concorrenza.

L'analisi rivela forti oscillazioni nella prassi delle istituzioni europee sul punto. In un primo momento, l'approccio compensativo era stato fatto proprio dalla Commissione¹², salvo, però, essere abbandonato di lì a poco, in seguito ad alcune pronunce del Tribunale che avevano dato applicazione alla tesi dell'«aiuto di Stato». Il primo caso rilevante a questo proposito è quello relativo al regime fiscale di deroga previsto dalla Francia a favore della propria società postale pubblica. Il Tribunale, dopo aver ribadito che la valutazione della misura statale ai sensi dell'allora articolo 87 TCE (oggi articolo 107 TFUE) debba avvenire solo in riferimento agli effetti della stessa, aveva sancito che i vantaggi fiscali concessi a *La Poste* dovessero considerarsi aiuti di Stato, posto che tali provvedimenti collocavano «il destinatario in una situazione finanziaria più favorevole di quella degli altri soggetti tributari passivi»¹³. L'impostazione era stata confermata nella sentenza *SIC*, adottata in un caso relativo al finanziamento dei canali pubblici della televisione portoghese. Secondo il Tribunale «il fatto che le autorità pubbliche concedano ad un'impresa un vantaggio finanziario per compensare il costo degli obblighi di servizio pubblico asseritamente assunti dalla detta impresa non incide sulla qualificazione di tale misura come aiuto ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato, e non esclude il fatto che tale elemento venga tenuto in considerazione nell'esaminare la compatibilità dell'aiuto in questione con il mercato comune, ai sensi dell'art. 90, n. 2, del Trattato»¹⁴.

Lo stesso schema interpretativo era stato adottato, sebbene in modo decisamente meno chiaro¹⁵, anche dalla Corte nelle sentenze *Banco Exterior*¹⁶ e *CELF*¹⁷, nonché, come accennato in precedenza, dalla Commissione¹⁸, prontamente convertitasi al nuovo corso giurispru-

¹² Decisione della Commissione dell'8 febbraio 1995, *Aiuto di Stato NN 135/92, Francia*, in GUCE C 262 del 07.10.1995, p. 11. Sempre in questo senso si vedano, inoltre, gli *Orientamenti comunitari in materia di aiuto di Stato ai trasporti marittimi*, in GUCE C 205 del 5 luglio 1997, p. 5.

¹³ Sentenza del 27 febbraio 1997, causa T-106/95, *FFSA*, in *Racc.*, p. II-229, punto 10.

¹⁴ Sentenza del 10 maggio 2000, causa T-46/97, *SIC*, in *Racc.*, p. II-2125, punto 84.

¹⁵ In questo senso M. MEROLA, C. MEDINA, *op. cit.*, p. 650.

¹⁶ Sentenza del 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de España*, in *Racc.*, p. I-877, punti 14-15.

¹⁷ Sentenza del 22 giugno 2000, causa C-332/98, *Francia c. Commissione (CELF)*, in *Racc.*, p. I-4833, punto 31.

¹⁸ Si vedano, ad esempio, le decisioni della Commissione n. 2001/156/CE del 19 luglio 2000, *relativa all'aiuto di Stato al quale la Spagna ha dato esecuzione in favore del settore dei trasporti marittimi (nuovo contratto di servizio pubblico marittimo)*, in

denziale¹⁹. A tale proposito, basti rilevare come nel Rapporto sui servizi di interesse generale presentato in occasione del Consiglio europeo di Laeken del 2001 veniva chiarito che «[u]na compensazione finanziaria accordata dallo Stato al fornitore di un servizio di interesse generale costituisce un vantaggio economico ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1»²⁰.

Il processo di graduale consolidamento della soluzione fondata sulla tesi 'aiuto di Stato' era stato, però, improvvisamente interrotto dalla sentenza *Ferring*²¹, nella quale la Corte, accogliendo l'impostazione proposta dall'Avvocato Generale Tizzano, aveva escluso la possibilità di considerare aiuti di Stato le compensazioni finanziarie erogate quale remunerazione degli obblighi di servizio²². Nel caso di specie, si era, infatti, rilevato come l'esenzione fiscale concessa ai grossisti distributori di medicinali costituisse una mera contropartita di un obbligo – detenere in permanenza uno stock di specialità medicinali in modo tale da garantire in ogni momento un adeguato approvvigionamento di medicinali all'insieme della popolazione – dal quale risultava esonerato l'altro canale distributivo, rappresentato dai laboratori farmaceutici. Secondo la Corte, i vantaggi concessi dal governo francese avevano quale unico scopo quello di porre i soggetti gravati dai vincoli di servizio pubblico in condizione di concorrere con gli altri soggetti attivi sul medesimo mercato²³, non potendosi, quindi, configurare alcun tipo di vantaggio in capo ai beneficiari, né un'alterazione delle normali condizioni di concorrenza²⁴.

GUCE L 57 del 27 febbraio 2001, p. 32; n. 2001/851/CE del 21 giugno 2001, *relativa agli aiuti di Stato corrisposti dall'Italia alla compagnia marittima Tirrenia di Navigazione*, in GUCE L 318 del 4 dicembre 2001, p. 9; n. 2002/149/CE del 30 ottobre 2001, *relativa agli aiuti pubblici corrisposti dalla Francia alla Société nationale marittime Corse-Méditerranée (SNCM)*, in GUCE L 50 del 21 febbraio 2002, p. 66.

¹⁹ M. MEROLA e C. MEDINA, *op. cit.*, p. 649.

²⁰ Relazione al Consiglio europeo di Laeken, *Servizi di interesse generale*, cit., punto 14. Per un'analisi dell'atto si veda M. CAPANTINI, *Servizi di interesse generale e aiuti di Stato. La Relazione della Commissione al Consiglio europeo di Laeken e le prospettive giurisprudenziali e normative*, in *RIDPC*, 2003, pp. 478-492.

²¹ Sentenza del 22 novembre 2001, causa C-53/00, *Ferring*, in *Racc.*, p. I-9067.

²² A sostegno delle sue argomentazioni, la Corte richiama una sua precedente pronuncia nella quale aveva già fatto riferimento alla tesi compensativa. Si tratta della sentenza del 7 febbraio 1985, causa 240/83, *ADBHU*, in *Racc.*, p. 531, punti 3 e 18. Il riferimento non sembra, però del tutto condivisibile, posto che nel caso da ultimo citato la misura, sebbene finanziata con risorse statali, era stata adottata per adempiere ad un obbligo imposto da una direttiva comunitaria. In questo senso M. MEROLA e C. MEDINA, *op. cit.*, p. 658.

²³ *Ferring*, cit., punti 25-27.

²⁴ Conformemente a quanto sostenuto nelle conclusioni Avv. Gen. A. Tizzano, *Ferring*, cit., punti 61-62.

Il punto che distingue i due orientamenti è la diversa concezione di cosa debba intendersi per ‘conferimento di un vantaggio in capo al beneficiario’, il quale, come ricordato in precedenza, costituisce uno degli elementi costitutivi della nozione di aiuto. La tesi ‘aiuto di Stato’ applica una concezione ‘lorda’ di vantaggio, ritenendo che debba considerarsi aiuto ogni misura statale che attribuisca un beneficio all’impresa, a prescindere, almeno nella fase della qualificazione, dall’eventuale contropartita a carico del beneficiario²⁵.

Viceversa, i sostenitori dell’approccio compensativo ritengono che per aversi aiuto sia necessaria l’attribuzione di un vantaggio ‘netto’, da calcolarsi detraendo i costi che l’impresa è chiamata a sostenere per l’espletamento della missione di interesse generale. Alcuni autori sottolineano come l’approccio compensativo, escludendo la possibilità di considerare ‘vantaggio’ la compensazione degli obblighi di servizio pubblico, costituisca l’applicazione in questo ambito del principio dell’operatore privato in un’economia di mercato. La compensazione dei costi supplementari derivanti dall’erogazione di un servizio di interesse generale è intesa come il prezzo pagato dallo Stato per acquistare un servizio fornito alla collettività che, se pari al costo da compensare, deve ritenersi corrispondente al prezzo di mercato, e, come tale, non può essere considerato aiuto ai sensi del diritto dell’Unione. Tuttavia, questo modo di procedere non convince: l’analisi della giurisprudenza dimostra come, in materia di aiuti di Stato, il principio trovi applicazione solo per la valutazione di misure aventi natura commerciale²⁶, quando, cioè, lo Stato agisca come un ‘normale’ operatore economico e non, come nel caso dei servizi di interesse generale, nell’esercizio di potestà sovrane²⁷. In queste cir-

²⁵ Tale distinzione è stata utilizzata nelle conclusioni Avv. Gen. P. Léger presentate il 14 gennaio 2003, relative alla causa C-280/00, *Altmark Trans*, punti 31-35. In argomento M. MARTINELLI, *op. cit.*, p. 131; M. MEROLA e C. MEDINA, *op. cit.*, pp. 666-670; D. TRIANTAFYLLOU, *L’encadrement communautaire du financement du service public*, in *RTDE*, 35, 1999, p. 32.

²⁶ Sull’utilizzo del principio in materia di aiuti di Stato si vedano G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, cit., pp. 809-811; N. KHAN e K-D. BORCHARDT, *The Private Market Investor Principle: Reality Check or Distorting Mirror?*, in AA.VV., *Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, cit., pp. 109-123; G. KARYDIS, *Le principe de l’opérateur économique privé», critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu’aides d’État, au sens de l’article 87 § 1 du Traité CE*, in *RTDE*, 2003, pp. 389-413. Per quanto riguarda più nello specifico l’ambito dei servizi di interesse generale: D. CASALINI, *Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell’investitore privato in economia di mercato*, in *Foro Amm.*, fasc. 10, 2003, pp. 2733-2750.

²⁷ M. MEROLA, *op. cit.*, pp. 121-122, spec. nota 10; F. LOUIS e A. VALLERY, *op. cit.*, p. 62; M. MEROLA e C. MEDINA, *op. cit.*, pp. 675-676.

costanze, ogni tentativo di stabilire quale sia il prezzo di mercato è fittizio, risultando sostanzialmente inutile per qualificare la misura²⁸.

2.2. *La presenza di profili problematici in entrambe le impostazioni e l'elaborazione di una possibile 'terza via'*

L'accoglimento dell'una o dell'altra impostazione non ha un interesse meramente teorico, posto che, pur essendoci casi nei quali non incide sulla qualificazione della misura statale²⁹, la scelta determina conseguenze importanti dal punto di vista pratico. Entrambi gli orientamenti, infatti, hanno implicazioni di non poco momento dal punto di vista procedurale, con forti ricadute anche sul piano sostanziale.

L'utilizzo dell'approccio 'aiuto di Stato', facendo rientrare tutte le misure di finanziamento dei servizi di interesse generale nell'ambito applicativo dell'articolo 107 TFUE e seguenti, impone gli Stati membri la notifica di tutte le misure di sostegno e, soprattutto, impedisce la loro messa in esecuzione³⁰ fintantoché la Commissione non abbia dichiarato la loro compatibilità con il diritto dell'Unione europea. La soluzione, ineccepibile sotto il profilo della coerenza sistematica, rischia di rivelarsi problematica in un contesto come quello in esame. L'obbligo di *stand-still* potrebbe, infatti, rendere più difficoltosa, quando non addirittura interrompere, l'erogazione di servizi essenziali per la popolazione³¹. Una situazione di questo tipo risulta difficilmente compatibile con uno dei requisiti fondamentali del concetto stesso di servizio di interesse generale, ossia la continuità nell'erogazione³². Alla luce di quanto precede, è giocoforza ammettere

²⁸ A. ALEXIS, *Services publics et aides d'État: Evolution récente de la jurisprudence*, in *RDUE*, 2002, pp. 63-107.

²⁹ Nel caso *FFSA*, ad esempio, Commissione e Tribunale erano giunti alla stessa conclusione – la compatibilità del regime posto in essere dalle autorità francesi – sebbene la prima avesse fatto proprio l'approccio compensativo, mentre il secondo la tesi 'aiuto di Stato'. Quest'ultimo, infatti, dopo aver sancito che le misure francesi dovessero considerarsi aiuti di Stato, aveva ammesso la loro compatibilità con il diritto comunitario facendo riferimento alla clausola di deroga prevista dall'attuale art. 106(2) TFUE.

³⁰ L'obbligo di notifica e l'obbligo sospensione mirano a salvaguardare l'efficacia del sistema di controllo, una loro eventuale violazione determina l'illegittimità insanabile dell'aiuto, anche se non la sua incompatibilità sostanziale con il mercato comune. Sul punto G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 833-838; O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese: tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli 2001, pp. 13-15.

³¹ M. MARTINELLI, *op. cit.*, p. 138. Vi è, però chi ritiene che sia un falso problema, risolvibile dagli Stati semplicemente attraverso una miglior programmazione degli interventi: in questo senso, M. MEROLA e C. MEDINA, *op. cit.*, pp. 686-687.

³² *Libro Verde 2003*, cit., punti 55-56.

che, almeno nella sua versione più rigorosa, l'approccio 'aiuto di Stato' sia eccessivamente rigido e potenzialmente poco adatto ad offrire adeguata tutela a interessi che, come visto, non hanno più una portata meramente nazionale, ma costituiscono «valori comuni dell'Unione»³³.

D'altro canto, come minuziosamente dimostrato dall'Avvocato Generale Léger nelle conclusioni sul caso *Altmark*³⁴, neppure l'eventuale l'utilizzo dell'impostazione compensativa *à la Ferring* può dirsi priva di problemi. In primo luogo, esentare gli Stati dall'obbligo di notifica comporta una forte riduzione nel controllo che le istituzioni europee sono in grado di esercitare sugli aiuti di Stato erogati nel settore in esame³⁵, di fatto esautorando la Commissione dall'esercizio di tale funzione³⁶. In questo modo, la determinazione di quali misure compensative costituiscano aiuti di Stato è sostanzialmente rimessa ai giudici nazionali, mentre il controllo da parte degli organi sovranazionali è eventuale ed *ex post*, potendo avvenire solo se, e quando, venga proposto un ricorso da parte di uno dei concorrenti del soggetto beneficiario del finanziamento. La soluzione appare ispirata ad una logica incompatibile con quella che caratterizza l'intero sistema di controllo³⁷, attribuito alla competenza esclusiva della Commissione³⁸, ponendo rischi evidenti per la sua tenuta complessiva e aprendo

³³ Art. 14 TFUE. Sulla disposizione si vedano, per tutti, M. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli Users' Rights*, in *DUE*, 2005, pp. 441-471; M. ROSS, *Article 16 EC and Services of General Interest: From Derogation to Obligation*, in *ELR*, 25, 2000, pp. 22-38.

³⁴ F. LOUIS e A. VALLERY, *op. cit.*, p. 58 osservano che «[b]y far the most scathing attack on *Ferring* [...] was mounted by Advocate General Léger in his first opinion of 19 March 2002 in *Altmark*, case C-280/00». L'Avvocato Generale fu costretto a presentare due conclusioni sul caso – le prime il 19 marzo 2002, mentre le seconde il 14 gennaio 2003 – in seguito alla decisione della Corte, adottata con ordinanza del 18 giugno 2002, di riaprire la trattazione orale della causa. In senso critico sulle considerazioni svolte dall'Avvocato Generale Léger si veda D. GALLO, *Accesso ai servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato*, in P. DE CATERINI (a cura di), *Quattro studi in materia di aiuti di Stato*, Bari 2007, pp. 103-108.

³⁵ M. MEROLA e C. MEDINA, *op. cit.*, pp. 679-682.

³⁶ Il rischio è ammesso anche da alcuni autori che sostengono l'approccio compensativo, quale D. GALLO, *Finanziamento dei servizi*, cit., p. 904.

³⁷ Regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999, *recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del Trattato CE*, in GU L 83 del 27.03.1999, pp. 1-9. Sulla procedura di controllo degli aiuti si veda, per tutti, O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo*, cit., pp. 1-121.

³⁸ In generale su questo aspetto G. DELLA CANANEA, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *RIDPC*, 1993, pp. 399-438. Per quanto riguarda, più nello specifico, alcuni settori in particolare G. CAGGIANO, *Il ruolo della Commissione per la compensazione del servizio pubblico nella disciplina generale e televisiva*, in *Studi integr. eur.*, 2006, pp. 61-75.

alla possibilità di una pericolosa frammentazione del controllo esercitato sull'erogazione degli aiuti di Stato all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea³⁹.

La situazione risulta ulteriormente complicata dall'assenza di indicazioni precise sul calcolo del sovraccosto derivante dagli obblighi di servizio pubblico, elemento evidentemente decisivo per determinare se la misura debba considerarsi aiuto di Stato. Questo tipo di calcolo comporta valutazioni molto delicate, tanto che una parte della dottrina sostiene addirittura l'impossibilità di distinguere in modo netto gli oneri imputabili all'espletamento di un servizio di interesse generale dai costi che l'impresa deve sostenere per la sua attività ordinaria⁴⁰.

Da ultimo, l'accoglimento della tesi compensativa determina difficoltà di non poco momento anche sul piano sistematico, privando di ogni tipo di ruolo la deroga di cui all'articolo 106(2) TFUE⁴¹. Infatti, se la compensazione risulta inferiore al sovraccosto derivante dagli obblighi di servizio generale, la misura non costituisce un aiuto di Stato e, dunque, non vi è alcuna necessità di fare riferimento alla clausola di deroga. Se, invece, il finanziamento eccede i costi sostenuti per l'espletamento degli obblighi di servizio pubblico, la misura non può considerarsi necessaria per il perseguimento della missione di interesse generale, dovendo, quindi, escludersi, anche in questo caso, l'applicabilità della disposizione in esame. La situazione deriva, come sottolineato dall'Avvocato Generale Léger nelle prime conclusioni relative al caso *Altmark*⁴², dalla confusione di due momenti distinti: quello della qualificazione e quello dell'eventuale giustificazione della misura. In effetti, la sentenza *Ferring* utilizza i criteri previsti

³⁹ E. GROWINKA, *op. cit.*, p. 441; M. MEROLA e C. MEDINA, *op. cit.*, pp. 682-683. Più in generale su tale argomento P. NICOLAIDES, *Decentralised State Aid Control in an Enlarged European Union: Feasible, Necessary or Both?*, in *ECLR*, 26, 2003, pp. 263-276.

⁴⁰ P. NICOLAIDES, *Distortive Effects of Compensatory Aid Measures: A Note on the Economics of the Ferring Judgement*, in *ECLR*, 2002, p. 313; ID., *The New Frontier of State Aid Control – An Economic Assessment of Measures that Compensate Enterprises*, in *Intereconomics*, 37, 2002, p. 195.

⁴¹ D. GALLO, *Finanziamento dei servizi*, cit., p. 904; M. MARTINELLI, *op. cit.*, p. 139; M. MEROLA, C. MEDINA, *op. cit.*, pp. 678-679. Tuttavia F. LOUIS e A. VALLERY, *op. cit.*, p. 59 mettono in luce come tale situazione, per quanto sintomo di scarsa coerenza, non possa considerarsi un errore di diritto. L'inapplicabilità dell'art. 106(2) TFUE deriva dall'assenza di uno dei presupposti per la sua applicazione – l'esistenza di una norma di diritto dell'Unione europea ostativa del perseguimento della missione di interesse generale.

⁴² Conclusioni Avv. Gen. P. Léger presentate il 19 marzo 2002, relative alla causa C-280/00, *Altmark Trans*, punto 78. In senso critico sul punto D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 657-662.

per l'applicazione della clausola di deroga di cui all'articolo 106(2) TFUE già durante la fase di qualificazione, e non come fattori in grado di legittimare la concessione di un aiuto finalizzato alla compensazione di oneri di servizio pubblico. In questo modo, l'approccio compensativo determina l'«internalizzazione»⁴³ del servizio pubblico, non più considerato come possibile motivo di deroga, ma come elemento costitutivo della nozione stessa di aiuto⁴⁴.

Le difficoltà sollevate da entrambe le impostazioni hanno spinto molti studiosi a proporre soluzioni alternative, nel tentativo di offrire risposte più adeguate al problema. Tra queste, merita di essere menzionata la proposta avanzata dall'Avvocato Generale Jacobs nelle conclusioni relative al caso *GEMO*⁴⁵. L'approccio, successivamente definito criterio *quid pro quo*⁴⁶, sosteneva la necessità di distinguere due diverse situazioni, in base alla natura del rapporto tra il finanziamento e gli obblighi di interesse generale, nonché al grado di chiarezza con cui tali obblighi fossero stati definiti. L'obiettivo era determinare quale dei due approcci visti in precedenza avrebbe dovuto utilizzarsi per la qualificazione della misura. La prima categoria comprendeva tutte le situazioni nelle quali le misure di sostegno finanziario avessero un nesso diretto e palese con obblighi di servizio chiaramente definiti da parte delle autorità nazionali. In questi casi, trattandosi di finanziamenti che costituivano una mera contropartita – un *quid pro quo* – rispetto ai costi sostenuti per l'espletamento della missione di inte-

⁴³ S. RODRIGUES, *Services publics et droit communautaire en 2001: de la régulation à l'évaluation?*, in *Europe*, Février 2002, p. 5. L'internalizzazione è dovuta, come chiarito dall'Avvocato Generale Tizzano nelle sue conclusioni relative al caso *Ferring* (punto 61), al fatto che «[n]on si possono [...] considerare in maniera disgiunta l'imposizione dell'obbligo e la concessione della compensazione, dato che si tratta di due facce di uno stesso intervento pubblico volto, nel suo complesso, a garantire il soddisfacimento di interessi di primaria importanza per la collettività».

⁴⁴ In questo senso, *Ferring*, cit., punto 18. In questo passaggio della sentenza, la Corte mette in luce come la qualificazione della misura debba avvenire in due tempi, dovendosi «esaminare [...] se, a prescindere dagli obblighi di servizio previsti dal legislatore francese, la non imposizione ai grossisti distributori del contributo sulle vendite dirette possa, in via di principio, configurare un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato e, in caso affermativo, [...] se la natura di aiuto di tale regime debba essere esclusa in virtù degli specifici obblighi di servizio pubblico imposti ai grossisti distributori dal sistema francese di approvvigionamento di medicinali delle farmacie». Il passaggio riprende quando espresso nelle conclusioni Avv. Gen. A. Tizzano, *Ferring*, cit., punto 30.

⁴⁵ Conclusioni Avv. Gen. F. Jacobs, *GEMO*, cit., punti 110-124. Si noti che tali conclusioni furono presentate il 30 aprile 2002, vale a dire nel periodo intercorso tra le due conclusioni dell'Avvocato Generale Léger in *Altmark*.

⁴⁶ Conclusioni Avv. Gen. P. Léger presentate il 14 gennaio 2003, relative alla causa C-280/00, *Altmark Trans*, punto 75.

resse generale, l'Avvocato Generale proponeva l'utilizzo dell'approccio compensativo, escludendo in radice la possibilità di considerarsi aiuti di Stato. Viceversa, la tesi 'aiuto di Stato' avrebbe dovuto essere applicata in tutte le situazioni che non presentavano tali caratteristiche, lasciando aperta la possibilità di giustificare le misure facendo ricorso all'articolo 106(2) TFUE.

La soluzione prospettata dall'Avvocato Generale Jacobs è apprezzabile nel suo tentativo di trovare un punto di equilibrio virtuoso tra la flessibilità dell'approccio compensativo e le maggiori garanzie, in termini di controllo sui comportamenti statali, offerte dall'impostazione 'aiuto di Stato'. Tuttavia, essa non ha goduto di grande fortuna nella giurisprudenza successiva⁴⁷, anche a causa di alcuni problemi che ne rendevano problematica l'applicazione⁴⁸. Tra gli altri, si segnala la difficoltà nell'individuazione dei casi in cui fosse ravvisabile un rapporto di stretta bilateralità tra il finanziamento statale e i sovraccosti sostenuti dall'impresa⁴⁹. L'esempio proposto dall'Avvocato Generale, quello dei contratti di servizio pubblico aggiudicati in esito a gare di appalto⁵⁰, per quanto sicuramente rilevante, non può considerarsi esaustivo, mancando, di converso, l'indicazione di criteri ulteriori per l'individuazione degli altri casi potenzialmente facenti parte della prima categoria.

2.3. I criteri elaborati nella sentenza *Altmark*

Un importante momento di svolta nell'evoluzione giurisprudenziale in materia di compensazioni di oneri di servizio pubblico è senz'altro rappresentato dalla sentenza *Altmark*. Il caso riguardava una controversia relativa al trasporto di passeggeri con autobus nella circoscrizione di Landkreis Stendhal in Germania. La Corte, investita di una questione pregiudiziale dal *Bundesverwaltungsgericht*, era stata chiamata a determinare se le sovvenzioni concesse dall'autorità locale tedesca a favore dell'*Altmark Trans* dovessero considerarsi aiuti di Stato ai sensi del diritto comunitario. La soluzione offerta dalla Corte si pone in una linea di formale continuità con la sentenza *Ferring*, facendo proprio l'approccio compensativo, salvo introdurre una se-

⁴⁷ L'approccio è stato esplicitamente ripreso solo nelle conclusioni dell'Avv. Gen. C. Stix-Hackl presentate il 7 novembre 2002, relative alle cause riunite da C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse Spa*, punti 153-157.

⁴⁸ Sul punto A. SINNAEVE, *State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case*, in *EStAL Quart.*, 2003, p. 356; C. RIZZA, *op. cit.*, pp. 79-80.

⁴⁹ E. GROWINKA, *op. cit.*, p. 450.

⁵⁰ Conclusioni Avv. Gen. F. Jacobs, *GEMO*, cit., punto 119.

rie di novità tese a circoscriverne la portata ed a porre paletti più precisi per la qualificazione della misura⁵¹.

Si parla, a tale proposito, di approccio compensativo «attenuato»⁵² o «condizionato»⁵³. La sentenza *Altmark* prevede, infatti, che il finanziamento di un servizio di interesse generale possa sfuggire alla qualifica di aiuto di Stato, nonché al connesso obbligo di notifica, solo se siano rispettate quattro condizioni da intendersi in senso cumulativo⁵⁴. In prima battuta, l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, i quali devono essere definiti in modo chiaro. In seconda battuta, occorre che i parametri in base ai quali viene erogata la compensazione siano previamente definiti in modo obiettivo e trasparente⁵⁵. In terza battuta, la compensazione non può eccedere quanto

⁵¹ La dottrina appare divisa sulla collocazione sistematica della sentenza *Altmark*. Alcuni autori tendono a mettere maggiormente in luce gli elementi di continuità rispetto alla sentenza *Ferring*, ritenendola una semplice precisazione rispetto a quanto già espresso in precedenza; in questo senso: J.-M. THOUVENIN, *The Altmark Case and its Consequences*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (eds), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, The Hague 2009, p. 107; D. GALLO, *Finanziamento dei servizi*, cit., p. 904; M. MARTINELLI, *op. cit.*, p. 142; E. GROWINKA, *op. cit.*, p. 451. Appare, però, più convincente l'opinione di coloro che, valorizzandone i numerosi profili di novità, considerano la pronuncia qualcosa di più vicino ad un vero e proprio *revirement* rispetto all'orientamento precedente. Sul punto si vedano le considerazioni di M. MEROLA, *op. cit.*, p. 130. L'A. mette in luce come l'introduzione delle quattro condizioni costituisca un forte segno di discontinuità rispetto al passato, posto che «la stragrande maggioranza dei finanziamenti di servizi pubblici attualmente in essere nei Paesi dell'Unione europea dovrebbero essere qualificati come aiuti di Stato in base ad un'applicazione rigorosa della sentenza». Sempre in questo senso si vedano J. L. BUENDIA SIERRA, *Finding the Right Balance*, cit., pp. 198-199; F. LOUIS, A. VALLERY, *op. cit.*, p. 66; M. MEROLA e C. MEDINA, *op. cit.*, pp. 678-679; A. FRATINI e F. FIRPO, *op. cit.*, p. 1209, i quali mettono in luce come la sentenza *Altmark* vada «ben oltre la precedente pronuncia, fino a creare un quadro che, con provocatoria approssimazione, oseremmo definire quasi regolamentare».

⁵² M. MEROLA, *op. cit.*, p. 129.

⁵³ O. LYNSEY, *The Application of Article 86(2) EC to Measures Which Do Not Fulfil the Altmark Criteria; Institutionalizing Incoherence in the Legal Framework Governing State Compensation of Public Service Obligations*, in *World Comp.*, 30, 2007, p. 158.

⁵⁴ *Altmark*, cit., punti 88-93.

⁵⁵ A tale proposito, la Corte ha aggiunto che «la compensazione da parte di uno Stato membro delle perdite subite da un'impresa senza che siano stati previamente stabiliti i parametri di detta compensazione, allorché in un secondo tempo risulta che la gestione di alcuni servizi nell'ambito dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non è stata economicamente redditizia, costituisce un intervento finanziario che rientra nella nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato.» (punto 90)

necessario per coprire i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti, nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento. Da ultimo, nel caso in cui la scelta dell'impresa incaricata dell'adempimento di un compito di interesse generale non sia avvenuta tramite una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire i servizi al costo minore per la collettività, il livello della compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e in grado di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi.

La soluzione elaborata in *Altmark* affronta alcuni degli aspetti di maggiore criticità palesati dall'approccio compensativo. In primo luogo, le condizioni individuate consentono di determinare in modo più preciso se, ed in che misura, le misure statali possano davvero considerarsi una contropartita per l'espletamento del servizio di interesse generale e, non conferendo alcun vantaggio in capo al beneficiario, essere escluse dall'ambito applicativo delle norme sugli aiuti di Stato. La loro introduzione riduce sensibilmente la discrezionalità, per molti versi eccessiva, concessa dall'approccio compensativo 'puro' alle autorità nazionali nel determinare quali misure statali di sostegno ai servizi di interesse generale dovessero considerarsi aiuti di Stato, sottoponendo nuovamente il loro giudizio al controllo della Commissione⁵⁶.

Inoltre, l'attenuazione della tesi compensativa ha consentito di restituire un ruolo all'articolo 106(2) TFUE, il quale trova oggi applicazione nei confronti di quei provvedimenti statali che non soddisfino tutte le condizioni in modo congiunto⁵⁷. In realtà, la 'riscoperta' della clausola di deroga in questo ambito non è un risultato attribuibile direttamente alla sentenza *Altmark*. Nonostante l'enfasi posta dall'Avvocato Generale Léger, i giudici avevano, infatti, preferito non esprimersi in modo preciso sul punto⁵⁸. La possibilità di ricorrere all'articolo 106(2) TFUE nei casi in cui non siano soddisfatte tutte quattro le condizioni è stata dapprima affermata in alcune decisioni individuali adottate dalla Commissione⁵⁹, per trovare definitiva consacra-

⁵⁶ Sul punto F. LOUIS e A. VALLERY, *op. cit.*, p. 69.

⁵⁷ In questo senso M. MEROLA, *op. cit.*, p. 135; D. GALLO, *Finanziamento dei servizi*, cit., pp. 906-907; A. BIONDI, *Una giustificazione per gli aiuti di Stato: il finanziamento dei servizi di interesse generale*, in *Serv. Pubbl. App.*, 2004, pp. 244-245. Dubbi in proposito sono espressi da F. LOUIS e A. VALLERY, *op. cit.*, p. 73.

⁵⁸ O. LYNSKEY, *op. cit.*, p. 159.

⁵⁹ Si veda, a titolo esemplificativo, la decisione della Commissione n. 2004/339/CE del 15 ottobre 2003, *sulle misure attuate dall'Italia in favore di RAI S.p.a.*, in GUUE L 119 del 23.04.2004, p. 1. Sul punto A. RENZULLI, *Services of General Economic*

zione nel cd. ‘Pacchetto Monti’⁶⁰. Complessivamente, la sentenza *Altmark* ha costituito un indubbio passo avanti verso una maggiore certezza del diritto in un ambito molto sensibile dal punto di vista politico e di difficile gestione sotto il profilo giuridico. L’evoluzione giurisprudenziale successiva, la dottrina e, soprattutto, l’azione della Commissione hanno contribuito a chiarire ulteriormente il quadro, affrontando alcune delle questioni ancora aperte. Nel contempo, sono, però, emerse una serie di difficoltà che costituiscono la conseguenza dell’applicazione di una disciplina molto rigorosa⁶¹ e, come ammesso dalla stessa Commissione, non sempre in grado di trovare immediata e completa applicazione in tutti gli ambiti, talvolta molto diversi tra loro, nei quali operano i servizi di interesse generale⁶².

Nei prossimi paragrafi, la questione verrà affrontata con specifico riferimento alle misure volte al finanziamento dei servizi socio-sanitari, un ambito nel quale pare essersi affermata la tendenza da parte degli organi dell’Unione ad adottare un atteggiamento meno rigoroso nella valutazione delle misure statali, quando non addirittura a prevedere un trattamento differenziato per questo tipo di attività. L’analisi si concentra dapprima sulla giurisprudenza e sulla prassi della Commissione, esaminando i casi relativi al settore socio-sanitario nei quali hanno trovato applicazione i criteri *Altmark*. L’indagine sarà successivamente completata facendo riferimento alle soluzioni adottate sul piano normativo, prendendo in considerazione le disposizioni del ‘Pacchetto Monti’ più rilevanti ai fini in esame⁶³.

3. *L’applicazione delle condizioni Altmark ai servizi socio-sanitari*

3.1. *I principali profili di criticità: la quarta condizione Altmark*

Le quattro condizioni elaborate nella sentenza *Altmark* costitui-

Interest: The Post-Altmark Scenario, in *EPL*, 14, 2008, pp. 414-417; O. LYNKEY, *op. cit.*, pp. 161-162; L. IDOT, *Concurrence et services d’intérêt général. Bref bilan des évolutions postérieures au Traité d’Amsterdam*, in J-V. LOUIS e S. RODRIGUES (dir.), *op. cit.*, p. 57; M. MEROLA, *op. cit.*, pp. 136-137.

⁶⁰ Le misure del «Pacchetto Monti», soprattutto per quanto riguarda le disposizioni che interessano più direttamente i servizi sociali, saranno oggetto di analisi specifica *infra*, par. 4.

⁶¹ D. GALLO, *Finanziamento dei servizi*, cit., p. 906; L. IDOT, *Concurrence et services d’intérêt général*, cit., pp. 53-54; F. LOUIS e A. VALLERY, *op. cit.*, p. 66.

⁶² Comunicazione della Commissione, *Riforma delle norme UE in materia di aiuti di Stato relativamente ai servizi di interesse economico generale*, 23 marzo 2011, COM(2011) 146 def., p. 7.

⁶³ In argomento si veda *infra*, par. 4.

scono una forma di «sophistication»⁶⁴ dei criteri di applicazione dell'articolo 106(2) TFUE, andando oltre quanto previsto da tale norma⁶⁵. Accanto ai due criteri già rinvenibili nella clausola di deroga – il fatto che l'impresa sia stata effettivamente incaricata di una missione di interesse generale chiaramente definita e che la compensazione non ecceda quanto necessario per il raggiungimento di detta missione – sono previste due condizioni ulteriori perché il finanziamento possa escludersi dal campo applicativo della normativa sugli aiuti di Stato. Si tratta, in particolare, dell'obbligo di definire *ex ante*, in modo chiaro e trasparente i parametri per il calcolo della compensazione, nonché della necessità che, nel caso in cui la scelta dell'impresa non sia avvenuta per il tramite di una procedura di appalto pubblico, il finanziamento sia commisurato ai costi che avrebbe dovuto sopportare un'impresa media gestita in modo efficiente per fornire il medesimo servizio⁶⁶.

Il risultato è una maggiore severità nel determinare quali misure adottate a sostegno dei servizi di interesse generale rientrino nell'ambito applicativo degli articoli 107 TFUE e seguenti⁶⁷. A conferma di ciò, basti rilevare come siano estremamente rari i casi nei quali l'applicazione del test *Altmark* abbia condotto ad escludere la qualifica di aiuto di Stato.

I problemi maggiori sono in genere derivati dell'applicazione della seconda e, soprattutto, della quarta condizione⁶⁸. Quest'ultima introduce due requisiti alternativi che sollevano difficoltà di non poco momento dal punto di vista sia pratico che concettuale⁶⁹. In prima battuta, viene codificato il *favor* per le procedure concorsuali di selezione in tutti i casi in cui vi sia un intervento nel mercato di un'autorità pubblica⁷⁰. Pur senza arrivare ad imporre l'utilizzo di tale procedura di selezione⁷¹, la quarta condizione *Altmark* fissa una sorta di

⁶⁴ A. BARTOSCH, *Clarification or Confusion? How to Reconcile the ECJ's Rulings in Altmark and Chronopost*, in *EStAL Quart.*, 2003, p. 385.

⁶⁵ M. MEROLA, *op. cit.*, p. 129.

⁶⁶ J.L. BUENDIA SIERRA, *Finding the Right Balance*, cit., p. 199; D. GALLO, *Finanziamento dei servizi*, cit., pp. 913-920; M. MARTINELLI, *op. cit.*, p. 144.

⁶⁷ J.-M. THOUVENIN, *op. cit.*, p. 108; A. RENZULLI, *op. cit.*, p. 430; L. IDOT, *Concurrence et services d'intérêt général*, cit., p. 53.

⁶⁸ J.L. BUENDIA SIERRA, *Finding the Right Balance*, cit., p. 199; M. MEROLA, *op. cit.*, p. 131; O. LYNKEY, *op. cit.*, p. 167; L. IDOT, *Concurrence et services d'intérêt général*, cit., p. 54.

⁶⁹ In questo senso M. MEROLA, *op. cit.*, p. 131.

⁷⁰ M. MARTINELLI, *op. cit.*, pp. 146-148

⁷¹ Sul punto E. GROMNICKA, *op. cit.*, 458. Secondo alcuni, la Commissione sembrava leggere la sentenza *Ferring* nel senso di imporre agli Stati membri l'utilizzo di procedure concorsuali di selezione, in questo senso A. BARTOSCH, *The Relationship*

presunzione di legittimità a favore di tutte le compensazioni determinate in esito ad una gara pubblica di appalto⁷². Il ricorso ad una procedura aperta è considerata la miglior garanzia affinché l'affidamento del servizio di interesse generale avvenga al minor costo per la collettività⁷³. L'atteggiamento è stato criticato, perché improntato ad un'eccessiva fiducia verso una procedura che, per quanto indubbiamente importante⁷⁴, non sembrerebbe potersi considerare «in tutti i casi il *deus ex machina* capace di assicurare che l'impresa scelta sia la più efficiente»⁷⁵. In realtà, la prassi della Commissione sembrerebbe andare proprio nel senso auspicato da questi autori, non ritenendo sufficiente il mero rispetto formale del requisito⁷⁶. Perché la condizione possa dirsi soddisfatta, viene, infatti, richiesto l'utilizzo di una procedura di selezione effettivamente competitiva, a prescindere dal dato formale. L'eventuale ricorso a procedure negoziate, anche se conformi alle norme europee di diritto derivato sugli appalti pubblici⁷⁷, non offre adeguate garanzie in questo senso e non può, quindi,

Between Public Procurement and State Aid Surveillance - The Toughest Standard Applies?, in *EStAL Quart.*, 2002, p. 564.

⁷² M.T. KARAYIGIT, *Under the Triangle Rules of Competition, State Aid and Public Procurement: Public Undertakings Entrusted with Operation of Services of General Economic Interest*, in *ECLR*, 2009, p. 562.

⁷³ T. MÜLLER, *Efficiency Control in State Aid and the Power of Member to Define SGEIs*, in *EStAL Quart.*, 2009, p. 49. La sentenza *Altmark* non chiarisce, però, quali siano i requisiti da soddisfare, né spiega cosa debba intendersi per «minor costo per la collettività». Alcuni autori ritengono che l'espressione faccia riferimento al parametro dell'«offerta del minor prezzo» (A. RENZULLI, *op. cit.*, pp. 411-412; A. FRATINI, F. FILPO, *op. cit.*, pp. 1211-1212), mentre altra parte della dottrina rileva giustamente come tale locuzione possa anche essere intesa nel senso di consentire l'utilizzo di un altro criterio, quello dell'«offerta economicamente più vantaggiosa», consentendo, in questo modo, di prendere in considerazione elementi ulteriori rispetto al costo del servizio (D. GALLO, *Finanziamento dei servizi*, cit., p. 919; E. GROMNICKA, *op. cit.*, p. 458).

⁷⁴ C. BOVIS, *Financing Services of General Interest, Public Procurement and State Aids: the Delineation between Market Forces and Protection in the European Common Market*, in *Journ. Business L.*, 2005, p. 27 ritiene che l'appalto pubblico rivesta una «pivotal position» in questo ambito, rappresentando una «essential component of State aid regulation».

⁷⁵ D. GALLO, *Finanziamento dei servizi*, cit., p. 919. Sul punto si veda, inoltre, C. BOVIS, *The Conceptual Links between State Aid and Public Procurement in the Financing of Services of General Economic Interest*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD E J. VAN DE GRONDEN (eds), *op. cit.*, pp. 169-170.

⁷⁶ Si veda, ad esempio, la Decisione della Commissione del 14 giugno 2004, Aiuto di Stato N 143/04, *Oneri di servizio pubblico — Electricity Supply Board (ESB)*, in GU C 242 del 01.10.2005, p. 5.

⁷⁷ Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, *relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, in GU L 134 del 20.04.2004, pp. 114-240.

ritenersi sufficiente per considerare soddisfatta la quarta condizione *Altmark*⁷⁸.

È facile prevedere che l'applicazione di questa condizione in materia di servizi socio-sanitari possa risultare quanto meno difficoltosa. Questo soprattutto per ragioni storiche, trattandosi di settori nei quali tradizionalmente la scelta dell'operatore a cui affidare l'erogazione del servizio vede un utilizzo limitato di procedure di selezione aperte. Il requisito in esame è, quindi, destinato a giocare un ruolo di secondo piano, facendo sì che l'attenzione dell'interprete debba necessariamente concentrarsi sul secondo sotto-requisito.

Nel caso in cui l'affidamento del servizio non sia avvenuto tramite una procedura di appalto pubblico, è necessario valutare l'efficienza della compensazione erogata, commisurandola ai costi che un'ipotetica impresa, di medie dimensioni e gestita in modo efficiente, avrebbe dovuto sopportare per fornire il medesimo servizio. Il requisito, trasposizione in questo ambito del principio dell'investitore privato in un'economia di mercato, risulta talvolta di difficile applicazione. Non è sempre agevole, soprattutto in settori tradizionalmente sottratti all'azione delle forze di mercato, individuare l'impresa privata da utilizzare quale termine di paragone⁷⁹, né possibile confrontare i costi sostenuti da un soggetto incaricato dell'erogazione di un servizio di interesse generale con quelli di un'entità che agisce unicamente per la massimizzazione del proprio profitto. Vi sono casi nei quali un'applicazione rigorosa del parametro in esame rischierebbe di non consentire la copertura di tutti i costi sostenuti per l'erogazione del servizio. Ad oggi, la situazione è stata specificatamente affrontata solo con riguardo al caso di una società operante in condizioni di monopolio legale nel settore postale⁸⁰, ma, come avvertito dalla dottrina più attenta, essa ha indubbia rilevanza anche per i servizi oggetto di analisi nel presente lavoro. Difficoltà di questo tipo sono, infatti, destinate ad emergere in tutti quei settori nei quali «il SIEG preesiste all'impresa [...] e ne caratterizza così profondamente l'attività da rendere impossibile una comparazione con altre imprese simili ma non titolari di SIEG», come avviene, tanto per limitarsi all'esempio citato dall'autore, nel caso degli ospedali pubblici⁸¹.

⁷⁸ J.L. BUENDIA SIERRA, *Finding the Right Balance*, cit., pp. 210-211.

⁷⁹ T. MÜLLER, *op. cit.*, pp. 44-45.

⁸⁰ Sentenza del 3 luglio 2003, in cause riunite C-83/01P, C-93/01P e C-94/01P, *Chronopost SA*, in Racc., p. I-6993. Sulla pronuncia si vedano D. GALLO, *Finanziamento dei servizi*, cit., pp. 921-923; A. FRATINI e A. CARTA, *Chronopost c. UFEX: la Corte di Giustizia UE e le «relazioni pericolose» fra i settori riservati e mercati aperti alla concorrenza*, in *DCI*, 2004, pp. 374-387

⁸¹ M. MEROLA, *op. cit.*, p. 131.

3.2. La rivisitazione del test *Altmark*: il caso BUPA

Vale la pena sottolineare come uno dei pochi casi nei quali si è ritenuto che tutte le condizioni *Altmark* fossero soddisfatte riguarda proprio il settore socio-sanitario. Si tratta, in particolare, di una pronuncia del Tribunale in un caso relativo al mercato irlandese dell'assicurazione privata di malattia⁸². La controversia verteva sulla possibilità di considerare aiuto di Stato il meccanismo compensativo introdotto dalle autorità irlandesi per garantire una più equa ripartizione del rischio tra gli operatori attivi sul mercato. Il *Risk Equalization System* (RES) prevedeva⁸³ il pagamento da parte delle imprese assicuratrici con un profilo di rischio migliore rispetto a quello medio di mercato di un canone alle autorità nazionali, le quali, di converso, potevano disporre l'erogazione di contributi a favore delle imprese caratterizzate da un livello di rischio deteriore⁸⁴. Meccanismi analoghi per la ripartizione dei rischi sono presenti anche in altri Paesi nei quali operino sistemi sanitari a struttura mutualistica caratterizzati da una più forte partecipazione di operatori privati⁸⁵. Concretandosi in un trasferimento di risorse imposto da un atto dell'autorità pubblica e avente carattere selettivo, tali meccanismi pongono evidenti problemi di compatibilità rispetto alla disciplina sugli aiuti di Stato.

Per quanto riguarda, più nello specifico, il caso irlandese⁸⁶, la con-

⁸² Sentenza del 12 febbraio 2008, causa T-289/03, *BUPA*, in *Racc.*, p. II-81.

⁸³ L'utilizzo dei verbi al passato si spiega perché questo modello di RES appartiene ormai al passato, dopo la pronuncia della Corte Suprema irlandese del 16 luglio 2008 (*Bupa Ireland Limited & anor -v- Health Insurance Authority & ors*, [2008] IESC 42) che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'atto con il quale il Ministro della Salute ne aveva disposto l'istituzione.

⁸⁴ Più nel dettaglio la decisione di far scattare i pagamenti spettava al Ministro della Sanità, su raccomandazione della *Health Insurance Agency*, un'agenzia indipendente creata nel 2001.

⁸⁵ È questo, ad esempio, il caso dei Paesi Bassi dove nel 2006, con l'*Health Insurance Act (Zorgverzekeringswet)* è stato introdotto un sistema di equalizzazione dei rischi molto sofisticato (per una presentazione si veda Ministry of Health Insurance and Sport, *Risk Adjustment under the Health Insurance Act in the Netherlands*, The Hague, June 2008), tanto da essere considerato un possibile modello da esportare anche in altri Paesi non solo europei, quali gli Stati Uniti. Sul punto W.P.M.M. VAN DE VEN e F.T. SCHUT, *Universal/Mandatory Health Insurance in the Netherlands: A Model for the United States?*, in *Health Affairs*, 27, 2008, pp. 771-781. Per una presentazione dell'evoluzione che ha interessato il sistema sanitario olandese si vedano S. LAVRIJSEN e S. DE VRIES, *Netherlands*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (eds), *op. cit.*, pp. 388-393; K.G.H. OKMA, *Recent Changes in Dutch Health Insurance: Individual Mandate or Social Insurance?*, National Academy of Social Insurance – Robert Wood Johnson Foundation, February 2009 disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1340012> (visitato il 20 settembre 2011).

troveria traeva origine da un ricorso proposto di fronte al Tribunale contro una decisione⁸⁷ con la quale la Commissione aveva deciso di non sollevare obiezioni nei confronti del RES notificatole dalle autorità irlandesi. L'obiettivo del RES era evitare che, dopo la liberalizzazione del mercato dell'assicurazione sanitaria avvenuta nel 1994⁸⁸, i nuovi entranti potessero concentrarsi sui soggetti con profili di rischio più basso e, dunque, più redditizi, lasciando all'ex-monopolista pubblico – il *Voluntary Health Insurance Board* (VHI) – la gestione dei rischi cattivi, con evidenti pericoli per la sostenibilità finanziaria dell'intero sistema. Inoltre, il meccanismo di ripartizione del rischio era teso a compensare i costi derivanti dagli obblighi di servizio pubblico imposti, fin dal momento della liberalizzazione, in capo a tutti gli operatori attivi sul mercato⁸⁹. Si tratta, in particolare dell'obbligo di adesione aperta, in base al quale ogni operatore è tenuto ad accettare tutti sottoscrittori di età inferiore ai 65 anni, dell'obbligo di tariffazione comune, che impone una tariffa unica a prescindere dalle condizioni personali dell'assicurato, dell'obbligo di copertura vitalizia, il quale impedisce all'assicuratore di porre termine al contratto in modo unilaterale, e dell'obbligo di prestazioni minime, in base al quale i benefici garantiti dai contratti assicurativi devono essere superiori ad un livello qualitativo minimo fissato per legge.

Le imprese private che avevano proposto ricorso avverso la decisione della Commissione sostenevano che l'intero meccanismo andasse ad esclusivo vantaggio dell'impresa pubblica ex-monopolista, la quale, in effetti, era destinata a ricevere la quasi totalità dei pagamenti

⁸⁶ Per una presentazione generale del sistema sanitario irlandese B. NOLAN, *L'interazione tra assicurazioni malattia pubbliche e private*, in *Quaderni europei sul nuovo welfare*, 10, 2008 disponibile su <http://www.newwelfare.org/?cat=13> (visitato il 20 settembre 2011).

⁸⁷ Decisione della Commissione del 13 maggio 2003, aiuto di Stato N 46/03, *Irlanda – Regime di aiuti all'equalizzazione del rischio nel mercato irlandese delle assicurazioni sulla salute*, in GU C 186 del 06.08.2003, p. 16.

⁸⁸ In seguito all'adozione della direttiva del Consiglio n. 92/49/CEE del 18 giugno 1992, *relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita (terza direttiva assicurazione non vita)*, in GU L 228 dell'11.08.1992, pp. 1-23.

⁸⁹ Oltre all'ex-monopolista pubblico – il *Voluntary Health Insurance Board* –, a partire dal 1 gennaio 1997 aveva cominciato ad operare sul mercato irlandese la società *BUPA Ireland Ltd.*, sussidiaria della *British United Provident Association Ltd.* Nell'ottobre 2004 aveva fatto il proprio ingresso un altro operatore, la società *Vivas Healthcare*. Nel 2006 la BUPA ha deciso di lasciare il mercato irlandese e le sue attività sono state acquisite dalla *Quinn Healthcare Limited*. Da ultimo, nell'aprile 2007, il controllo di *Vivas Healthcare* è stato acquisito dalla *Hibernian Aviva Health Insurance Limited*.

erogati in base al RES⁹⁰. Le ricorrenti contestavano anche la possibilità di considerare il meccanismo una forma di compensazione degli oneri di servizio pubblico, non potendosi configurare nel caso di specie l'esistenza di un servizio di interesse generale ai sensi del diritto dell'Unione europea.

Il Tribunale ha rigettato tutte le argomentazioni sollevate dalle ricorrenti⁹¹, confermando punto per punto le conclusioni a cui era arrivata la Commissione. In via preliminare, è interessante notare come tale comunanza di vedute si sia realizzata nonostante l'utilizzo di schemi interpretativi diversi⁹². La decisione della Commissione, adottata prima della sentenza *Altmark*, non faceva ovviamente riferimento al test che sarebbe poi stato elaborato in quella sede, limitandosi ad applicare l'approccio compensativo puro *à la Ferring*. Questo non ha, però, impedito al Tribunale di procedere all'applicazione del test *Altmark*, non potendosi ravvisare, come giustamente osservato dagli stessi giudici, alcun motivo per limitare nel tempo la portata dell'interpretazione dell'articolo 107 TFUE elaborata dalla Corte⁹³.

La pronuncia si caratterizza per il «light touch»⁹⁴ utilizzato dai giudici nei confronti delle scelte adottate dalle autorità nazionali in questo ambito. Il tratto, pur assumendo un'intensità del tutto peculiare soprattutto per quanto riguarda l'applicazione della terza e della quarta condizione, è evidente anche in altri passaggi della sentenza.

Quanto al primo requisito, il quale impone che l'impresa sia stata effettivamente incaricata dell'esecuzione di obblighi di servizio pubblico definiti in modo preciso, il Tribunale ha molto enfatizzato la sua sostanziale coincidenza con quanto previsto ai sensi dell'articolo 106(2) TFUE⁹⁵. Muovendo da tale considerazione, il Tribunale ha così

⁹⁰ In effetti si stima che nel primo anno di operatività del RES – il 2005, secondo la raccomandazione dell'Agenzia – avrebbe dovuto esservi un trasferimento di circa 30 milioni di euro a favore del VHI. Tale eventualità non si è mai realizzata, posto che non vi è mai stata alcuna erogazione in base al RES, il quale era stato sospeso in seguito al ricorso presentato da BUPA e altri operatori.

⁹¹ W. SAUTER, *Comment to Case T-289/03, British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v. Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 12 February 2008*, nyr, in *CMLR*, 46, 2009, p. 281 osserva che «[t]he applicant were simply steamrolled».

⁹² Ad ulteriore conferma di quanto sostenuto *supra*, par. 2.2.

⁹³ *BUPA*, cit., punti 158-159. Sugli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali si vedano, per tutti, M. CONDINANZI e R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino 2009, pp. 232-237.

⁹⁴ M. ROSS, *A Healthy Approach*, cit., p. 137.

⁹⁵ *BUPA*, cit., punto 162. Sulla scelta di enfatizzare la stretta aderenza tra le condizioni *Altmark* e quelle dell'art. 106(2) TFUE si veda D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., p. 699.

potuto giustificare la scelta di limitare il proprio controllo ai soli casi in cui la qualificazione dell'attività data dalle autorità nazionali fosse affetta da errore manifesto. A tale proposito, si vuole rimarcare ancora una volta l'enfasi posta dai giudici sull'esistenza di un legame diretto tra l'utilizzo di un approccio tendenzialmente poco intrusivo rispetto alla qualificazione dell'attività e la limitatezza delle competenze di cui dispone l'Unione europea in materia di servizi sanitari⁹⁶.

La seconda condizione è stata, invece, decurtata di uno dei suoi elementi essenziali, vale a dire la preventiva individuazione dei parametri per il calcolo della compensazione. Il Tribunale ha ritenuto che la condizione potesse dirsi soddisfatta anche se il sistema notificato dalle autorità irlandesi non prevedesse la possibilità di definire in via preventiva i parametri di calcolo⁹⁷. Se, da un lato, la soluzione va nel senso auspicato da alcuni autori, preoccupati che l'applicazione del requisito «could cause unequal treatment of undertakings as results of purely procedural factors»⁹⁸, dall'altro, finisce con il ridurre la portata di un principio fondamentale del diritto dell'Unione europea, quello di trasparenza, proprio rispetto ad uno degli aspetti più delicati dell'intera questione, ossia il calcolo della remunerazione del servizio⁹⁹.

La volontà di non procedere ad un'applicazione rigorosa del test *Altmark* risulta in modo ancora più evidente in riferimento alla terza condizione. I giudici, invece di determinare se l'ammontare della compensazione fosse commisurato ai costi addizionali connessi alla fornitura del servizio e ad un margine di utile ragionevole per l'adempimento, tenendo eventualmente conto degli introiti realizzati dal prestatore, hanno ritenuto che la condizione potesse dirsi soddisfatta semplicemente rilevando come non fosse stato dimostrato il carattere manifestamente inappropriato del meccanismo compensativo¹⁰⁰. La

⁹⁶ *BUPA*, cit., punto 167 dove il Tribunale osserva come «la determinazione della natura e della portata di una missione SIEG in settori di azione particolari, che non rientrano nella competenza della Comunità, ai sensi dell'art. 5, primo comma, CE, o sono fondati su una competenza comunitaria solo limitata o ripartita, ai sensi del secondo comma di tale articolo, resta, in linea di principio, nell'ambito di competenza esclusiva degli Stati». Sul punto si vedano le considerazioni già svolte *supra*, Cap. II, par. 4.2, lett. ii).

⁹⁷ *BUPA*, cit., punto 211.

⁹⁸ A. RENZULLI, *op. cit.*, p. 407.

⁹⁹ Tuttavia D. GALLO, *Finanziamento dei servizi*, cit., p. 915 osserva che il collegamento tra trasparenza e assenza di un vantaggio «seppure condivisibile sul piano teorico [...] non pare essere stato sufficientemente motivato, se si considera che un vantaggio può sorgere anche a seguito di una procedura altamente trasparente nella determinazione della compensazione».

¹⁰⁰ *BUPA*, cit., punto 238.

scelta di limitare a tal punto l'intensità dello scrutinio è stato giustificato, anche in questa occasione, facendo riferimento alla sostanziale identità tra la condizione in esame e il criterio della proporzionalità di cui all'articolo 106(2) TFUE, un dato che, in effetti, risulta difficilmente contestabile¹⁰¹. Ciò che appare meno condivisibile è la scelta di fare riferimento a tale circostanza per stravolgere quanto previsto dalla terza condizione *Altmark*, la quale è stata considerata soddisfatta senza neppure procedere ad una precisa quantificazione dei suoi vari elementi costitutivi. Il Tribunale ha, infatti, negato la possibilità di esercitare un controllo più intenso sulla legittimità delle erogazioni disposte nell'ambito del RES, limitandosi ad accertare che le scelte nazionali non fossero affette da errore manifesto, nonostante tale limite non sia affatto previsto per quanto riguarda l'applicazione della condizione in esame.

Alla luce di quanto precede, non sorprende che lo stesso atteggiamento di scarso rigore sia stato adottato anche nell'applicazione della condizione tradizionalmente più problematica, vale a dire la quarta. Il requisito è stato ritenuto soddisfatto senza neppure valutare se il sistema di equalizzazione dei rischi fosse compatibile con i parametri di efficienza richiesti¹⁰². Una volta rilevata l'inapplicabilità del primo sotto-requisito – l'utilizzo di una gara di appalto pubblico per la selezione del prestatore – in un mercato privo di barriere all'ingresso come quello dell'assicurazione sanitaria in Irlanda, il Tribunale avrebbe dovuto procedere a valutare se il *quantum* della compensazione fosse commisurato ai costi che un'impresa media gestita in modo efficiente avrebbe dovuto sostenere per fornire il medesimo servizio. I giudici hanno, però, ritenuto che neppure tale requisito potesse applicarsi al caso di specie, posto che il RES aveva un «effetto neutro [...] rispetto ai ricavi e agli utili degli assicuratori» e mirava al ristoro «unicamente [di] costi non connessi con l'efficienza degli operatori»¹⁰³. In effetti, non tutti i costi sostenuti dagli assicuratori erano rimborsabili ai sensi del RES, essendo escluse le spese amministrative e di *marketing*. Tuttavia, l'impostazione adottata risulta eccessivamente restrittiva, riducendo il problema dell'efficienza ad una questione di mera riduzione delle spese gestionali¹⁰⁴.

¹⁰¹ In questo senso D. GALLO, *Finanziamento dei servizi*, cit., p. 917; M. MARTINELLI, *op. cit.*, p. 146; A. BIONDI e L. RUBINI, *op. cit.*, p. 95. In termini diversi A. FRATINI e F. FILPO, *op. cit.*, p. 1213.

¹⁰² *BUPA*, cit., punto 246. In argomento T. MÜLLER, *op. cit.*, p. 44.

¹⁰³ *BUPA*, cit., punto 250.

¹⁰⁴ A tale proposito W. SAUTER, *Comment to BUPA*, cit., p. 283 osserva «it would be a sad day if efficiency meant really no more than cutting down administrative

Facendo leva su tali argomentazioni¹⁰⁵, il Tribunale ha sostanzialmente evitato ogni valutazione circa l'efficienza del soggetto beneficiario del finanziamento, privando il test di uno dei suoi elementi essenziali e sicuramente più innovativi. In questo modo, inoltre, i giudici si sono sottratti ad una delle questioni più importanti e, al tempo stesso, controverse non solo per quanto riguarda il caso di specie, ma anche in senso più generale. La necessità di una gestione più efficiente è, infatti, un tema centrale nell'intero dibattito sull'adozione di nuovi modelli gestionali nell'ambito dei servizi sanitari. Questo elemento costituisce la chiave per risolvere il dilemma tra la progressiva riduzione delle risorse a disposizione delle autorità pubbliche, da un lato, e la crescente domanda di servizi socio-sanitari di alta qualità da parte dei cittadini europei, dall'altro. La rinuncia da parte dei giudici di Lussemburgo ad esercitare un controllo pieno sul punto risulta, quindi, poco giustificabile, essendo frutto di un atteggiamento eccessivamente remissivo.

3.3. *L'evoluzione successiva: verso un test differenziato per i servizi socio-sanitari?*

La sentenza *BUPA* apporta modifiche sostanziali¹⁰⁶ al test *Altmark*, privandolo, o comunque riducendo la portata, di alcuni dei

staff, removing excessive layers of management and trimming down marketing departments».

¹⁰⁵ Il Tribunale fa riferimento anche ad un ulteriore aspetto, vale a dire l'impossibilità per la Commissione di conoscere con certezza chi avrebbe effettivamente beneficiato del RES, e, quindi, avrebbe dovuto essere confrontato un operatore efficiente, posto che il meccanismo non era ancora entrato in funzione nel momento in cui era stata adottata la Decisione. L'argomentazione risulta quanto meno opinabile, essendo noto a tutti che i pagamenti sarebbero andati a favore dell'ex-monopolista VHI. A conferma di ciò, basti rilevare che la stessa Commissione nota come «[t]he RES, if activated, would lead to payments from BUPA (the Irish branch of the well known British insurer) to VHI, the State owned Irish company, former monopoly» (*Decisione aiuto di Stato N 46/03*, cit., punto 39).

¹⁰⁶ E. SZYSZCZAK, *Modernising Healthcare: Pilgrimage for the Holy Grail?*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGARD e J. VAN DE GRONDEN (eds), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, Cambridge 2009, pp. 205-207; A. BARTOSCH, *The Ruling in BUPA – Clarification or Modification of Altmark?*, in *EStAL Quart.*, 2008, pp. 211-213; J.L. BUENDIA SIERRA, *Finding the Right Balance*, cit., pp. 200-201. Proprio in considerazione delle importanti modifiche introdotte da *BUPA*, non pare potersi condividere la lettura minimalista proposta da PIER. MENGOZZI, *La tendenza del diritto comunitario a evolversi in senso sempre più personalistico e la disciplina generale dei servizi di interesse economico generale*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2008, p. 320 il quale parla di semplice «differenza di tono» tra le due pronunce.

suoi elementi essenziali, quale il controllo sull'efficienza del meccanismo compensativo. La scelta, accolta in modo molto critico da parte di alcuni autori¹⁰⁷, deve essere valutata con grande attenzione, prendendo in considerazione le ragioni che ne stanno alla base e interrogandosi sulle ricadute che tale pronuncia potrà avere sull'evoluzione futura della disciplina.

In prima battuta, le modifiche apportate alle condizioni *Altmark* confermano la difficoltà di una trasposizione troppo meccanica del test in ambiti diversi da quello di origine. D'altra parte, nonostante la portata 'quasi normativa' della sentenza *Altmark*, si tratta pur sempre di una soluzione elaborata in riferimento ad un settore specifico e, come tale, non necessariamente di immediata applicazione in ambiti diversi, soprattutto se, come nel caso di specie, relativi a servizi di interesse generale 'non tradizionali'.

Il dato è stato sottolineato con forza nel caso *BUPA*, soprattutto in riferimento alla terza condizione. Per giustificare la scelta di non procedere ad un controllo pieno sulle scelte nazionali, il Tribunale ha notato come il funzionamento del RES «[differisse] radicalmente da quello dei sistemi di compensazione oggetto delle sentenze *Ferring* [...] e *Altmark*»¹⁰⁸. Ma considerazioni analoghe valgono anche per la seconda e la quarta condizione, visto che, in entrambi i casi, l'adozione di una lettura eterodossa può essere spiegata anche facendo riferimento ad alcune peculiarità del sistema compensativo. D'altra parte, è evidente come un meccanismo per la ripartizione dei rischi nell'ambito del sistema sanitario ponga questioni difficilmente risolvibili solo facendo ricorso ad uno strumento elaborato per valutare la compatibilità di finanziamenti erogati a favore di un'azienda di trasporti operante su una tratta non redditizia. È inevitabile che tale schema interpretativo debba essere rivisto e modificato, così da renderlo applicabile anche in contesti molto diversi da quello di origine, come nel caso dei servizi socio-sanitari¹⁰⁹.

In secondo luogo, l'affievolimento del test *Altmark* deciso in *BUPA* costituisce un aspetto del dibattito sul controllo che le autorità europee possono esercitare rispetto alle scelte adottate a livello nazionale in materia di organizzazione dei loro sistemi socio-sanitari. A conferma di ciò, basti rilevare l'enfasi posta dal Tribunale sull'esi-

¹⁰⁷ W. SAUTER, *Comment to BUPA*, cit., p. 282. L'A. ritiene che sarebbe stato più coerente ammettere che lo schema irlandese non rispettava le condizioni *Altmark* e poi affrontare la questione della sua compatibilità attraverso l'applicazione dell'art. 106(2) TFUE (ex art. 86(2) TCE).

¹⁰⁸ *BUPA*, cit., punto 237.

¹⁰⁹ W. SAUTER, *Comment to BUPA*, cit., p. 283.

stenza di un nesso di diretta causalità tra la scelta di adottare uno standard di controllo poco intrusivo, se non di totale deferenza, nei confronti delle decisioni adottate dallo Stato¹¹⁰ e la necessità di rispettare l'ampio margine di discrezionalità di cui dispongono le autorità statali in questo ambito. L'esistenza di un così ampio margine di manovra è giustificato in riferimento a due ordini di ragioni. Da un lato, la complessità delle valutazioni sottese alla creazione e messa in opera di un meccanismo compensativo di questo tipo. Così, nel valutare se il RES fosse compatibile con la terza condizione, è stato sottolineato come la complessità dei fatti economici imponesse al Tribunale di limitare l'intensità del proprio scrutinio, evitando di sostituirsi alle valutazioni effettuate sul punto dalle autorità nazionali¹¹¹. Dall'altro, viene richiamata la limitatezza delle competenze di cui dispone l'Unione europea in tema di organizzazione e fornitura di servizi sanitari, evidenziando l'esistenza di un legame diretto tra la rinuncia ad esercitare un controllo più rigoroso e l'articolo 168 TFUE.

A questo punto, occorre domandarsi quale sia la portata della sentenza *BUPA*, vale a dire se, ed in che termini, l'approccio *soft* adottato in questo caso sia suscettibile di trovare ulteriore applicazione, aprendo, dunque, ad una rivisitazione dei principi *Altmark*. In via preliminare, si deve rilevare come in tutti i casi relativi agli aiuti di Stato occorra usare grande cautela nell'estrapolare dalla singola decisione principi aventi portata generale. In questo ambito, infatti, le soluzioni sono spesso elaborate in stretto riferimento al contesto fattuale che caratterizza il caso oggetto di esame e non sono, quindi, necessariamente trasponibili altrove *sic et simpliciter*. Il caso *BUPA* non fa eccezione in questo senso, come dimostra l'attenzione dedicata dal Tribunale alle specificità del settore sanitario irlandese¹¹².

Resta, a questo punto, da determinare se l'approccio *BUPA* sia destinato a trovare applicazione quanto meno in materia di servizi socio-sanitari, dando vita ad un nuovo corso giurisprudenziale per

¹¹⁰ M. Ross, *An Healthy Approach*, cit., p. 131. L'A. osserva in modo critico come «the tenor of the CFI's approach in roundly dismissing all the applicants' arguments was robustly in support of Member States' discretion».

¹¹¹ A tale proposito occorre notare che proprio la complessità degli accertamenti imposti dall'applicazione delle condizioni *Altmark* in casi riguardanti il settore sanitario ha portato il Tribunale di primo grado a rigettare il ricorso in carenza proposto da una società tedesca – la Asklepios Kliniken GmbH, specializzata nella gestione di centri ospedalieri – nei confronti della Commissione, la quale era stata chiamata ad indagare su presunti aiuti illegali concessi dal Governo tedesco agli ospedali pubblici; si veda sentenza dell'11 luglio 2007, causa T-167/04, *Asklepios Kiliken GmbH*, in *Racc.*, p. II-2379, punti 87-91.

¹¹² J.L. BUENDIA SIERRA, *Finding the Right Balance*, cit., p. 200.

quanto riguarda nello specifico i servizi di interesse generale operanti in questo ambito. È questo l'auspicio di alcuni autori, i quali ritengono che la rivisitazione del test *Altmark* costituisca il primo segno tangibile di una maggiore attenzione da parte dei giudici di Lussemburgo verso i valori specifici sottesi ai servizi della salute e, più in generale, alle attività del settore sociale. Valori che, vale la pena ricordare, non hanno più una portata meramente nazionale, ma che sempre di più assumono una propria rilevanza autonoma nell'ordinamento comunitario. È questo il caso, ad esempio della solidarietà intergenerazionale, prevista dall'articolo 3(3) TUE introdotto con il Trattato di Lisbona tra i valori su cui si fonda l'Unione europea. Secondo questa parte della dottrina, la pronuncia costituirebbe «a potentially significant step toward reworking the European model of competition to include elements of solidarity»¹¹³.

Per quanto indubbiamente suggestiva, questo tipo di lettura, prima di poter essere sottoscritta nella sua interezza, deve essere valutata alla luce della prassi. Per il momento, la Commissione non sembra essere andata nel senso indicato dal Tribunale, preferendo fare ricorso all'impostazione tradizionale, fondata su un'applicazione integrale del test *Altmark* e, una volta verificato il mancato soddisfacimento, sul ricorso alla clausola di deroga di cui all'articolo 106(2) TFUE.

L'approccio è stato adottato anche in alcune recenti decisioni relative al settore sanitario¹¹⁴ e all'edilizia popolare¹¹⁵. Tra queste, particolarmente interessante risulta essere la decisione riguardante il nuovo schema compensativo adottato dalle autorità irlandesi in sostituzione del RES¹¹⁶. L'obiettivo del meccanismo è lo stesso del sistema perequativo già oggetto della sentenza *BUPA*, assicurare, cioè, una più equa ripartizione dei rischi tra gli operatori, al fine di tutelare la stabilità finanziaria di un sistema che si fonda sul principio della solidarietà intergenerazionale. Il nuovo schema si basa su un sistema di

¹¹³ M. Ross, *An Healthy Approach*, cit., p. 140.

¹¹⁴ Decisione della Commissione del 3 maggio 2005, Aiuto di Stato N541/2004 e N542/2004, *Paesi Bassi – Sistema di perequazione dei rischi e costituzione di riserve*, in GU C 324 del 21.12.2005, p. 30; Decisione della Commissione del 28 ottobre 2009, Aiuto di Stato N54/2009, *Belgio – Financement des hôpitaux publics du réseau IRS de la Région Bruxells-Capitale*, in GU C 74 del 24.03.2010, p. 46.

¹¹⁵ Decisione della Commissione del 14 gennaio 2010, Aiuto di Stato E 2/2005 e N642/2009, *Paesi Bassi – Existing and special project aid to Dutch housing corporations*, in GU C 31 del 09.02.2010, p. 4.

¹¹⁶ Come già si è avuto modo di sottolineare in precedenza, il RES è stato abbandonato dopo che il 16 luglio 2008 la Corte Suprema irlandese aveva dichiarato incostituzionale la decisione del Ministro della Salute con il quale era stato istituito. Sul punto si veda *supra*, par. 3.2.

sgravi fiscali crescenti in base all'età dell'assicurato¹¹⁷. Gli sgravi sono finanziati da una tassa che grava su tutti gli operatori del settore ed è calcolata semplicemente in base al numero degli assicurati di ciascuno di essi. Il sistema favorisce, dunque, gli operatori che annoverano tra i loro assicurati un maggior numero di persone anziane e che, per questa ragione, presentano un profilo di rischio meno favorevole rispetto a quello medio di mercato. Il nuovo schema è, dunque, destinato, come già il RES, a favorire l'ex-monopolista pubblico – il VHI –, il quale continua a presentare un profilo di rischio peggiore rispetto agli altri operatori¹¹⁸.

L'aspetto più interessante della decisione adottata dalla Commissione in riferimento al nuovo schema irlandese riguarda il problema della qualificazione della misura. A tale proposito è stato messo in luce come il meccanismo perequativo debba considerarsi un aiuto di Stato ai sensi del diritto dell'Unione, non soddisfacendo il test *Altmark* e, più in particolare, la sua quarta condizione. Dopo aver confermato l'inapplicabilità del primo sotto-requisito – quello relativo all'utilizzo di una gara d'appalto per la selezione del prestatore – in un mercato aperto come quello dell'assicurazione malattia irlandese, la Commissione ha rilevato come il meccanismo non garantisca che il livello della compensazione sia commisurato ai costi che un'impresa media gestita in modo efficiente avrebbe dovuto sostenere per la fornitura dello stesso servizio¹¹⁹.

Ciò che merita di essere sottolineato non è tanto il diverso risultato a cui giungono Commissione e Tribunale nel merito, dato questo che potrebbe essere giustificato dalle differenze intercorrenti tra i due schemi, ma il fatto che, in questo caso, si sia proceduto ad un'applicazione rigorosa del test, secondo quello che costituisce l'approccio tradizionalmente utilizzato anche dalla Corte in altri ambiti materiali. La Decisione in esame sembrerebbe, quindi, escludere la possibilità che si vada verso un'applicazione differenziata delle con-

¹¹⁷ Possono beneficiare dello sgravio solo gli assicurati che abbiano più di 50 anni. Lo schema prevede vantaggi fiscali crescenti per le fasce di età superiori: per il 2009 era previsto che lo sgravio fosse di 200 euro per gli assicurati dai 50 ai 59 anni, di 500 euro per quelli dai 60 a 69, di 950 euro per quelli dai 70 ai 79 e di 1.175 euro per quelli che abbiano più di 80 anni. Sul punto *Decisione aiuto di Stato N 582/2008*, cit., punto 19.

¹¹⁸ Secondo i dati forniti dalla Commissione (*Decisione aiuto di Stato N 582/2008*, cit., punto 22) per il 2009 il VHI avrebbe dovuto ottenere circa 40 milioni di euro, mentre gli altri due operatori, *Quinn Healthcare Limited* e *Hibernian Aviva Health Insurance Limited*, avrebbero dovuto contribuire per circa 32 milioni di euro e 10 milioni di euro rispettivamente.

¹¹⁹ *Decisione aiuto di Stato N 582/2008*, cit., punti 70-73.

dizioni *Altmark* nei soli casi riguardanti il settore socio-sanitario¹²⁰, smentendo le ipotesi avanzate sul punto da una parte della dottrina dopo l'adozione della sentenza *BUPA*.

È auspicabile che il contrasto tra le soluzioni adottate dal Tribunale e dalla Commissione venga presto chiarito, trattandosi di un aspetto fondamentale ai fini dell'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato rispetto ai servizi socio-sanitari.

4. 'Pacchetto Monti' e servizi socio-sanitari

4.1. Gli obiettivi generali del 'Pacchetto Monti'

I dubbi e le difficoltà connessi all'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato nel settore dei servizi socio-sanitari, così come evoluta in seguito agli apporti della prassi e della giurisprudenza, trovano parziale conforto in alcune disposizioni del cd. 'Pacchetto Monti'. Questo *corpus* normativo, varato dalla Commissione nel 2005 nell'ambito del Piano d'azione 2005-2009 per la riforma degli aiuti di Stato¹²¹, si compone di tre misure diverse. La prima è la Decisione «riguardante l'applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2 del trattato CE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale» ('Decisione')¹²². La seconda è la «Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico» ('Disciplina')¹²³. La terza misura è la Direttiva n. 2005/81/CE «che modifica la direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche nonché fra determinate imprese»¹²⁴.

¹²⁰ Nonostante il Commissario europeo responsabile della concorrenza, commentando la Decisione, abbia avuto modo di osservare come «consistent with the earlier decision on the Risk Equalization Scheme, the Commission continues to recognise the wide margin of discretion Member States enjoy in the organization of health services. The Commission supports aid in the form of justified and proportional compensation linked to the performance of public services», lasciando, quindi, intravedere la possibilità di un'applicazione differenziata delle condizioni *Altmark* in questo settore specifico.

¹²¹ Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato – *Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009*, 7 giugno 2005, COM(2005)1 107 def.

¹²² Decisione della Commissione n. 2005/842/CE del 28 novembre 2005, in GU L 312 del 29.11.2005, p. 67.

¹²³ In GU C 297 del 29.11.2005, p. 4.

¹²⁴ Direttiva 2005/81/CE della Commissione del 28 novembre 2005, in GU L

L'obiettivo primario perseguito dalla Commissione attraverso l'adozione di tali misure era completare il quadro normativo relativo alle compensazioni di obblighi di pubblico servizio, affrontando alcuni degli aspetti problematici lasciati irrisolti dalla sentenza *Altmark*¹²⁵. In particolare, l'intervento era teso a chiarire se, ed in che termini, una compensazione statale, di cui fosse stata accertata la natura di aiuto per il mancato soddisfacimento di una delle quattro condizioni *Altmark*, potesse comunque considerarsi compatibile con il Trattato attraverso l'applicazione di quello che oggi è l'articolo 106(2) TFUE¹²⁶. Come visto in precedenza, la sentenza *Altmark* non aveva offerto una risposta certa al quesito, dando vita ad un acceso dibattito in dottrina. L'urgenza di un simile intervento derivava dalla consapevolezza che la maggiore severità del nuovo corso giurisprudenziale inaugurato con *Altmark* avrebbe fatto ricadere nell'ambito applicativo delle norme sugli aiuti di Stato una gran parte degli schemi compensativi utilizzati dagli Stati¹²⁷. Dal momento che solo un'esigua minoranza di questi era stata notificata alla Commissione, per tutti gli altri vi era il rischio di essere considerati aiuti illegali e, come tali, in predicato di essere sospesi, oltre che, se del caso, recuperati¹²⁸.

4.2. *L'esonero dall'obbligo di notifica degli aiuti concessi a determinate categorie di servizi socio-sanitari*

L'elemento più rilevante del Pacchetto¹²⁹ è senza dubbio la Deci-

312, p. 47. L'atto completa il quadro normativo sulla compensazione degli obblighi di servizio pubblico, rendendo possibile il controllo sul rispetto del divieto di sovracompensazioni e di sovvenzioni incrociate. A tal fine, la Direttiva impone l'obbligo di separazione contabile all'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale che riceva compensazioni in relazione alla prestazione di tale servizio e che eserciti anche altra attività. In argomento, P. MANZINI, *Note sulle relazioni pericolose tra Stato e imprese nel quadro del diritto comunitario*, in *DUE*, 2002, pp. 487-504; O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo*, cit., p. 22 spec. nota 49. Sul principio di trasparenza in generale si veda, per tutti, A. SANTINI, *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano 2004.

¹²⁵ J.L. BUENDIA SIERRA, *Finding the Right Balance*, cit., 202 utilizza la locuzione «Post-Altmark package», proprio per sottolineare come «these instruments must be understood in the context created by the 2003 *Altmark* judgment».

¹²⁶ M. MEROLA, *op. cit.*, p. 135; M. MARTINELLI, *op. cit.*, p. 153.

¹²⁷ J.L. BUENDIA SIERRA, *Finding the Right Balance*, cit., p. 202.

¹²⁸ In generale sull'obbligo di recupero degli aiuti illegali G. STROZZI, *Gli aiuti di Stato*, cit., pp. 397-404; E. RIGHINI, *Godot Is Here: Recovery as an Effective State Aid Remedy*, in AA.VV., *Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, cit., pp. 265-288; O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo*, cit., pp. 28-53; R. CAFARI PANICO, *Il recupero degli aiuti illegittimamente concessi*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, pp. 39-52.

¹²⁹ J.L. BUENDIA SIERRA, *Finding the Right Balance*, cit., p. 202 la considera addirittura «the key element» dell'intero Pacchetto.

sione, atto nel quale vengono fissate le condizioni che consentono di considerare determinate compensazioni di obbligo di servizio pubblico compatibili con il mercato comune ed esentate dall'obbligo di notifica¹³⁰. Il regime previsto dalla Decisione si applica a quattro categorie diverse di misure.

La prima comprende le compensazioni di minore importanza, quelle, cioè, il cui importo non superi i 30 milioni di euro annui, concesse ad imprese con un fatturato annuo inferiore ai 100 milioni di euro¹³¹. La disposizione rivela come, anche per quanto riguarda le compensazioni di servizio pubblico, la Commissione intenda concentrarsi solo sugli aiuti che producano effetti distorsivi più gravi, trascurando quelli di minore impatto¹³². La fissazione di un limite minimo appare, dunque, ispirato alla stessa logica che ha portato la Commissione all'individuazione di una soglia al di sotto della quale gli aiuti non rientrano più nell'ambito applicativo dell'articolo 107 TFUE¹³³. Tuttavia, a differenza di quanto avviene per la regola *de minimis*, il fatto che una misura compensativa sia inferiore al limite fissato dalla Decisione non comporta la sua automatica compatibilità con il mercato interno, essendo comunque richiesto il rispetto di condizioni ulteriori. Come si avrà modo di vedere meglio in seguito, non si tratta di una differenza di poco conto, posto che tali condizioni riguardano aspetti molto delicati, quali le modalità di conferimento dell'incarico e l'importo della compensazione. Tra i due limiti vi è,

¹³⁰ Art. 1 della Decisione. La scelta della Commissione di utilizzare lo strumento della decisione, ancorandolo all'allora articolo 86(3) TCE (attualmente art. 106(3) TFUE), è stata fortemente criticata in dottrina. In primo luogo, si osserva come si tratti del primo caso in cui questo articolo sia stato utilizzato come base giuridica per l'adozione di un atto destinato a produrre effetti *erga omnes*. In secondo luogo, lo strumento e la base giuridica appaiono inadeguati anche rispetto all'obiettivo perseguito, vale a dire esentare dall'obbligo di notifica determinate categorie di aiuti. Per tali motivi, vi è chi ritiene che sarebbe stato più opportuno l'adozione di un regolamento di esenzione da parte del Consiglio ai sensi dell'art. 109 TFUE. In questo senso A. SINNAEVE, *op. cit.*, p. 360. Si noti che la medesima proposta era stata formulata anche dal Governo italiano nella *Posizione dello Stato italiano concernente il «Piano d'azione nel settore degli aiuti di Stato»*, settembre 2005, p. 21 disponibile al sito http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/comments_saap/37378.pdf (visitato il 20 settembre 2011) In argomento si vedano, inoltre, D. GALLO, *Finanziamento dei servizi*, cit., p. 931 spec. nota 119; M. MARTINELLI, *op. cit.*, p. 154 spec. nota 107.

¹³¹ La disposizione non si applica in ogni caso agli aiuti concessi nel settore dei trasporti terrestri (art. 2(2), secondo comma).

¹³² M. MEROLA, *op. cit.*, p. 141

¹³³ Regolamento (CE) n. 1998/2006 della Commissione del 15 dicembre 2006, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato agli aiuti di importanza minore («de minimis»), in GU L 379 del 28.12.2006, pp. 5-10.

poi, una differenza anche dal punto di vista quantitativo, posto che il massimale previsto dalla Decisione risulta decisamente più elevato rispetto alla regola *de minimis*¹³⁴. La scelta ha ricadute molto rilevanti per il settore socio-sanitario, consentendo di esentare dall'obbligo di notifica, e dal connesso obbligo di *stand still*, molti dei finanziamenti destinati ad una parte importante dei servizi sociali, vale a dire quelli prestati a livello locale¹³⁵.

Le categorie successive comprendono finanziamenti erogati a favore di servizi di interesse economico generale operanti in specifici settori¹³⁶. Per quanto rileva maggiormente ai fini del presente lavoro, è previsto che debbano ritenersi compatibili con il mercato comune, ed esentate dall'obbligo di notifica, le compensazioni «concesse ad ospedali e ad imprese aventi incarichi di edilizia popolare che svolgono attività considerate dallo Stato membro come servizi di interesse generale»¹³⁷. Più nello specifico, il considerando 16 della Decisione elenca, senza alcuna pretesa di esaustività, una serie di attività che rientrano in questa categoria. Si tratta, ad esempio, dei servizi di emergenza o di quelli connessi alla ricerca offerti dagli ospedali, nonché la fornitura di alloggi a tutti i cittadini impossibilitati a trovarne uno a condizioni di mercato in ragione della loro limitata solvibilità. Si noti che, a differenza di quanto avviene per le altre categorie, nel caso degli ospedali e delle imprese di edilizia popolare non è previsto alcun limite di carattere quantitativo¹³⁸.

Nonostante apparentemente ispirata ad una logica diversa rispetto alla previsione di una soglia minima, anche in questo caso, la scelta delle compensazioni da ricomprendere nel regime previsto dalla Decisione si fonda su considerazioni di natura esclusivamente quantita-

¹³⁴ G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino 2008, p. 109. L'A. osserva come si tratti di due «entità incommensurabili», posto che l'art. 2 del Regolamento (CE) n. 1998/2006 prevede che per poter beneficiare dell'esenzione l'aiuto non possa superare i 200.000 euro nell'arco di tre esercizi finanziari.

¹³⁵ Sul punto *Comunicazione 2007*, cit., p. 13.

¹³⁶ Accanto alle compensazioni concesse ad ospedali e imprese di edilizia popolare, è previsto che il regime *ex art. 1* della Direttiva si applichi anche alle compensazioni erogate a favore di collegamenti aerei o marittimi, nonché ad aeroporti e porti.

¹³⁷ Art. 2(1), lett. b) della Decisione.

¹³⁸ Le lettere c) e d) dell'art. 2(1) prevedono che la presunzione di compatibilità e l'esenzione dall'obbligo di notifica si applichino nei confronti delle compensazioni erogate a favore dei collegamenti aerei o marittimi, solo se il loro traffico annuale non abbia superato i 300.000 passeggeri nei due anni precedenti, e di quelle concesse ad aeroporti e porti il cui traffico annuale non abbia superato rispettivamente il milione di passeggeri e i 300.000 passeggeri nei due esercizi precedenti.

tiva. Il dato rilevante è, ancora una volta, l'incidenza degli effetti distorsivi generati da questo tipo di compensazioni. Come chiarito dal considerando 16, la possibilità di considerare compatibili con il mercato interno questo tipo di compensazioni deriva dal fatto che «nella fase attuale di sviluppo del mercato interno, il livello di distorsione di questi settori non è necessariamente proporzionale al livello del fatturato e della compensazione». Questo modo di procedere è stato criticato da alcuni autori, i quali hanno messo in luce come il ragionamento appaia «incapace di attribuire ai servizi pubblici la rilevanza che meritano nell'ordinamento comunitario quale elemento cardine del modello europeo di società»¹³⁹. Secondo questa parte della dottrina, sarebbe stato preferibile l'utilizzo di un criterio non esclusivamente economico e più attento alla natura dell'attività, così da estendere l'applicabilità della Decisione anche ad altri servizi che svolgono funzioni analogamente essenziali per la collettività. La critica, sebbene condivisibile in linea di principio, presenta sostanziali difficoltà da un punto di vista pratico, imponendo di determinare le attività ricomprese nell'ambito applicativo della Decisione attraverso l'utilizzo di un criterio incerto ed instabile come quello dell'«essenzialità» del servizio.

L'esonero delle categorie di aiuti viste in precedenza dall'obbligo di notifica è subordinato al rispetto di due condizioni ulteriori, relative alle modalità di conferimento dell'incarico e all'importo della compensazione, le quali riproducono, con un'importante novità di cui si dirà in seguito, i criteri di applicabilità dell'articolo 106(2) TFUE.

In primo luogo, l'articolo 4 della Decisione impone che l'affidamento della gestione del servizio avvenga attraverso uno o più atti ufficiali. Pur confermando la sostanziale libertà delle autorità nazionali relativamente alla natura e alla forma dell'atto, il quale può avere carattere legislativo, regolamentare o anche contrattuale, la disposizione individua una serie di elementi che devono essere previsti nello stesso. Si tratta, più nel dettaglio, dell'indicazione della natura e della durata degli obblighi di servizio pubblico¹⁴⁰, delle imprese e del territorio interessati, della natura dei diritti esclusivi eventualmente con-

¹³⁹ D. GALLO, *Finanziamento dei servizi*, cit., p. 932 spec. nota 119.

¹⁴⁰ Si noti come la Commissione abbia ritenuto legittimo l'atto di conferimento nonostante mancasse l'indicazione della durata degli obblighi. In un caso riguardante gli aiuti concessi dal governo olandese alle imprese operanti nel settore dell'edilizia popolare è stato osservato come «the lack of a determined duration is acceptable taking into account the very nature of the public service in the field of housing. The lifetime of the social housing investments extends over several decades. The Dutch housing policy dates from the 19th century and is not foreseen to change in the future.» (*Decisione aiuto di Stato N 541/2004 e N 542/2004*, cit., punti 53 e 67).

cessi, dei parametri di calcolo della compensazione e, da ultimo, delle modalità per evitare sovracompensazioni.

Tra queste merita particolare attenzione il requisito relativo ai parametri di calcolo, trattandosi dell'elemento di novità al quale si accennava in precedenza. La scelta di includere tali parametri tra i dati da indicare nell'atto di conferimento impone agli Stati di definirli in via preventiva. La previsione finisce, con il riprodurre, almeno nella sostanza, la seconda condizione *Altmark*, introducendo, così, un'importante novità rispetto all'articolo 106(2) TFUE. D'altra parte, già nel Preambolo della Decisione è prevista la possibilità che «alcune disposizioni della presente decisione non si limit[i]no [...] a mantenere lo *status quo*», quando, come nel caso di specie, la previsione di condizioni ulteriori siano necessarie al fine di «permettere un controllo efficace dei criteri di cui all'articolo 86, paragrafo 2»¹⁴¹.

La seconda condizione riguarda, invece, l'ammontare della compensazione, prevedendo come la stessa non debba essere superiore ai costi netti derivanti dall'adempimento della missione di interesse generale, ai quali può essere aggiunto un margine di utile ragionevole. Il calcolo dei costi deve avvenire tenendo conto degli introiti realizzati grazie alla prestazione del servizio. La disposizione riprende la terza condizione *Altmark*, la quale, a sua volta, costituiva la trasposizione del principio di proporzionalità già previsto dall'articolo 106(2) TFUE. La Decisione, a differenza di quanto avvenuto nella sentenza, non si limita a prevedere la formula per il calcolo della compensazione, ma specifica in modo dettagliato come debba essere determinato ciascuno dei fattori¹⁴². Tuttavia, nel valutare il rispetto di tale condizione, vi è la tendenza da parte della Commissione a non utilizzare in modo rigoroso la formula prevista dalla Decisione, prendendo in considerazione anche elementi ulteriori. Nel caso relativo alle imprese olandesi di edilizia popolare, ad esempio, l'assenza di sovracompensazione è stata determinata facendo riferimento alla presenza di una contabilità separata per le attività che beneficiano dell'aiuto pubblico e al fatto che le imprese in questione «have a legal obligation to not have profits as primary objective»¹⁴³.

¹⁴¹ Considerando 20 della Decisione. Sul punto M. MEROLA, *op. cit.*, p. 140.

¹⁴² I paragrafi da 2 a 4 dell'articolo 5 definiscono in modo dettagliato quali costi e quali entrate occorra prendere in considerazione, nonché cosa si intenda per 'margine di utile ragionevole'.

¹⁴³ *Decisione aiuto di Stato N 541/2004 e N 542/2004*, cit., punti 70-71. Il ragionamento è stato confermato anche in una decisione più recente, anch'essa relativa al settore dell'edilizia popolare olandese, si veda Decisione della Commissione del 14 gennaio 2010, Aiuto di Stato E 2/2005 e 642/2009, *Paesi Bassi – Existing and special project aid to housing corporations*, in GU C 26 del 17.09.2010.

Da ultimo, sempre per quanto riguarda questa condizione, è previsto che qualora la compensazione superi i limiti previsti, gli Stati siano tenuti al recupero dell'eccedenza, fatta salva la possibilità, nel caso in cui questa non superi il 10% di quanto dovuto, di riportare la sovracompensazione all'anno successivo. Per quanto riguarda il settore dell'edilizia popolare, il margine della sovracompensazione riportabile all'anno successivo è innalzato al 20%, posto che in questo ambito le entrate delle imprese sono soggette a forti variazioni dovute al rischio di insolvibilità degli inquilini¹⁴⁴.

4.3. *L'applicazione dell'articolo 106(2) TFUE agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione per obblighi di servizio pubblico*

Nel caso in cui un finanziamento concesso dallo Stato per consentire l'espletamento di una missione di interesse generale non rispetti le quattro condizioni *Altmark*, né rientri nelle categorie disciplinate dalla Decisione, può ancora essere considerato compatibile con il diritto dell'Unione attraverso l'applicazione dell'articolo 106(2) TFUE. Al fine di chiarire meglio in che modo la clausola di deroga possa trovare applicazione in materia di aiuti di Stato concessi a servizi di interesse generale, la Commissione ha adottato, sempre nell'ambito del 'Pacchetto Monti', una Comunicazione dal titolo «Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico».

La Disciplina costituisce un atto di *soft law* e, come tale, risulta privo di immediata efficacia vincolante sul piano giuridico¹⁴⁵. Tuttavia, l'atto riveste grande importanza dal punto di vista sistematico, trattandosi del primo caso in cui la Commissione ha inteso offrire un inquadramento generale circa l'applicazione della clausola di deroga rispetto ad uno specifico settore¹⁴⁶. Inoltre, la Disciplina contribuisce a colmare le lacune¹⁴⁷ che caratterizzavano il test elaborato in

¹⁴⁴ Considerando 13 della Decisione.

¹⁴⁵ J.L. BUENDIA SIERRA, *Finding the Right Balance*, cit., p. 204; M. MARTINELLI, *op. cit.*, pp. 156-157.

¹⁴⁶ M. MEROLA, *op. cit.*, p. 139.

¹⁴⁷ Merita di essere sottolineato come, nel settore degli aiuti pubblici, il ricorso ad atti di *soft law* quali strumenti utili a colmare eventuali vuoti normativi non costituisca affatto una novità. Soprattutto in passato, la Commissione ha spesso utilizzato, in attesa dell'adozione di un atto vincolante, strumenti di questo tipo per disciplinare aspetti anche molto rilevanti, quale la disciplina degli aiuti *de minimis* (Comunicazione della Commissione, *relativa agli aiuti de minimis*, in GUCE C 68 del 06.03.1996, p. 9. La materia è stata successivamente disciplinata dal Regolamento (CE) n. 69/2001

Altmark rispetto a tale elemento, chiarendo in modo definitivo come l'articolo 106(2) TFUE operi anche in materia di aiuti Stato, potendo essere invocato per derogare alla disciplina fissata dalle norme del Trattato¹⁴⁸. A tale proposito, occorre rilevare come la clausola di deroga non si applichi rispetto alle disposizioni aventi carattere procedurale. La Disciplina prevede, infatti, che tutte le misure compensative che non rispettino i parametri *Altmark* e che non rientrino nell'ambito applicativo della Decisione debbano essere notificate alla Commissione, escludendo che le autorità nazionali possano sottrarsi all'obbligo previsto dall'articolo 108(8) TFUE semplicemente invocando l'articolo 106(2) TFUE.

La soluzione, sebbene perfettamente coerente con l'impianto generale della disciplina europea sugli aiuti pubblici, è stata criticata da alcuni autori, i quali la ritengono inadatta ad un ambito come quello in esame¹⁴⁹. Secondo questa parte della dottrina, il dovere di notificare la misura e, soprattutto, il connesso obbligo di sospendere l'attuazione in attesa di un pronunciamento da parte della Commissione potrebbero avere ripercussioni negative sulla continuità nella fornitura del servizio. Facendo leva su tali argomenti, gli autori in esame auspicano l'adozione di un approccio meno rigido, così da escludere ogni profilo di illegittimità degli aiuti concessi sotto forma di compensazione di obblighi di servizio pubblico che gli Stati, ritenendoli compatibili con il mercato interno attraverso il ricorso all'articolo 106(2) TFUE, non abbiano notificato alla Commissione¹⁵⁰.

La proposta, fondata su motivi di opportunità, non è, però, ricevibile, risultando contraria a quanto previsto dal Trattato in tema di controllo sugli aiuti pubblici. Il suo eventuale accoglimento comporterebbe, infatti, non solo e non tanto «una 'decentralizzazione' dell'applicazione delle regole concernenti gli obblighi di servizio pubblico»¹⁵¹, ma il completo snaturamento del sistema di controllo sugli

della Commissione del 12 gennaio 2001, *relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti d'importanza minore* («de minimis»), in GU L 10 del 13.11.2001, pp. 30-32 successivamente abrogato dal Regolamento (CE) n. 1998/2006, cit.). Sul punto si vedano le considerazioni svolte da O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna 2008, pp. 100-101 spec. nota 169 e EAD., *Il procedimento di controllo*, cit., pp. 170-180.

¹⁴⁸ O. LYNSKEY, *op. cit.*, p. 166.

¹⁴⁹ D. GALLO, *Finanziamento dei servizi*, cit., pp. 932-937.

¹⁵⁰ La soluzione era già stata proposta, facendo riferimento alle posizioni espresse dall'avv. gen. Tizzano nel caso *Ferring*, da G. CAPUTI, *Servizi pubblici ed aiuti di Stato nella giurisprudenza comunitaria: ad ogni onere corrisponde una contropartita considerevole*, in *RIDPC*, 2004, p. 856.

¹⁵¹ D. GALLO, *Finanziamento dei servizi*, cit., p. 934.

aiuti di Stato, il quale affida alla competenza esclusiva della Commissione, sotto la supervisione della Corte, il controllo sulla compatibilità con il mercato interno delle misure di aiuto¹⁵². Un suo eventuale accoglimento determinerebbe, infatti, il riconoscimento in capo alle autorità nazionali della possibilità di sottrarre al controllo della Commissione misure che costituiscono aiuti di Stato, semplicemente facendo leva sull'articolo 106(2) TFUE per giustificare la loro scelta di non procedere alla notifica.

Vi è poi un secondo aspetto che merita di essere brevemente affrontato, confermando anch'esso l'infondatezza delle critiche rivolte alla soluzione accolta dalla Disciplina. Ammettere che le autorità nazionali abbiano il potere di valutare la legittimità di una misura di aiuto con il diritto dell'Unione europea attraverso l'applicazione dell'articolo 106(2) TFUE implicherebbe il riconoscimento di efficacia diretta alla disposizione anche in questo ambito¹⁵³. Tale possibilità deve, però, escludersi, posto che, trattandosi di una clausola di deroga, il riconoscimento di efficacia diretta può aversi solo nel caso in cui tale caratteristica sia propria della norma 'da derogare'¹⁵⁴. Condizione questa che, anche alla luce di quanto visto in precedenza, non risulta soddisfatta per ciò che riguarda l'articolo 107 TFUE, disposizione senz'altro priva di tale caratteristica¹⁵⁵.

Passando ora al merito della Disciplina, occorre rilevare come l'atto riprenda in modo puntuale lo schema ed il contenuto della Decisione, riproponendone anche gli aspetti più innovativi¹⁵⁶. In prima battuta, la Commissione conferma l'ampia discrezionalità di cui godono gli Stati membri nell'individuazione delle attività da considerarsi di interesse generale, limitando il proprio scrutinio sul punto ai casi di errore manifesto¹⁵⁷. In seconda battuta, viene ribadita la necessità che il conferimento della gestione del servizio avvenga attraverso l'adozione di uno o più atti ufficiali, nei quali devono essere obbligatoriamente indicati una serie di elementi che consentano un controllo puntuale da parte degli organi dell'Unione. Tra questi, vi è l'indica-

¹⁵² Sentenza del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, in *Racc.*, p. I-6199, punto 52 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁵³ In generale sul tema si veda, per tutti, J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights*, cit., pp. 341-352.

¹⁵⁴ In questo senso, si vedano per tutti M. MEROLA e C. MEDINA, *op. cit.*, pp. 678-679.

¹⁵⁵ Sul punto si registra una convergenza pressoché assoluta in dottrina, anche da parte degli autori più critici verso la soluzione adottata dalla Disciplina. In questo senso si veda D. GALLO, *Finanziamento dei servizi*, cit., p. 941.

¹⁵⁶ A. RENZULLI, *op. cit.*, p. 423.

¹⁵⁷ Punti 9-10 della Disciplina.

zione dei «parametri per il calcolo, il controllo e la revisione della compensazione»¹⁵⁸. Il criterio, già previsto nella Decisione, ripropone la seconda condizione *Altmark*, andando oltre ai tradizionali requisiti di applicabilità dell'articolo 106(2) TFUE. L'analisi della prassi rivela, però, come l'innovazione non sia stata adeguatamente valorizzata dagli organi di controllo. La tendenza è evidente anche per quanto riguarda il settore dei servizi sociali: nel caso *BUPA*, ad esempio, il Tribunale ha sancito la compatibilità del RES con la clausola di deroga senza neppure prendere in considerazione il mancato rispetto del criterio in esame, limitandosi, invece, ad esaminare la necessità e la proporzionalità dello schema perequativo elaborato dalle autorità irlandesi¹⁵⁹.

Per quanto attiene l'importo della compensazione, la Disciplina ribadisce come questo non possa eccedere «quanto necessario per coprire i costi determinati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto degli introiti relativi agli stessi, nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi»¹⁶⁰, definendo successivamente ciascuno degli elementi. A tale proposito, vi è chi ha messo in luce come la formula di calcolo codificata dalla Disciplina, la stessa fatta propria dalla Decisione, rischi di rivelarsi indebitamente restrittiva, portando ad individuare una soglia di compensazione ammissibile inferiore rispetto a quella derivante dall'applicazione della terza condizione *Altmark*¹⁶¹. Se così fosse, si tratterebbe di un risultato evidentemente assurdo, determinando l'illegittimità ai sensi della clausola di deroga di una compensazione che non potrebbe neppure considerarsi un aiuto di Stato in base ai criteri elaborati dalla giurisprudenza comunitaria per l'interpretazione dell'articolo 107 TFUE¹⁶².

Anche la Disciplina, come già la Decisione, evita il riferimento al principio dell'investitore in un'economia di mercato quale parametro per valutare l'efficienza della compensazione. La Commissione ha, dunque, ritenuto preferibile non andare oltre a quanto previsto dall'articolo 106(2) TFUE, il quale, come noto, non impone di valutare

¹⁵⁸ Punto 12, lett. d) della Disciplina.

¹⁵⁹ Nel caso in esame, la scelta di procedere all'applicazione dell'art. 86(2) TCE (oggi articolo 106(2) TFUE) risulta sovrabbondante e non corretta da un punto di vista sistematico, posto che, come visto nei paragrafi precedenti, la Corte aveva già escluso che il RES potesse considerarsi un aiuto di Stato, avendo ritenute soddisfatte tutte quattro le condizioni *Altmark*.

¹⁶⁰ Punto 14 della Disciplina.

¹⁶¹ D. GALLO, *Finanziamento dei servizi*, cit., pp. 930-931.

¹⁶² B. RAPP-JUNG, *State Financing of Public Services – The Commission New Approach*, in *EStAL Quart.*, 2004, p. 211.

l'efficienza della misura, ma solo se si tratti di un provvedimento necessario per consentire l'espletamento del servizio di interesse generale in condizioni economicamente accettabili¹⁶³.

La mancata introduzione della clausola di efficienza è stata criticata da alcuni autori, i quali hanno messo in luce come, in questo modo, la Commissione abbia rinunciato all'aspetto sicuramente più innovativo del test *Altmark*, adottando un atteggiamento remissivo che potrebbe rivelarsi controproducente nel medio periodo¹⁶⁴. La scelta di considerare compatibili con il diritto dell'Unione europea anche compensazioni eccessive, in quanto destinate a coprire i costi di imprese inefficienti, determina, infatti, l'insorgenza di una «situazione di *regulation failure* e quindi di perdita di benessere collettivo»¹⁶⁵. Questi autori¹⁶⁶ auspicano, quindi, una modifica del quadro regolamentare, attraverso l'adozione di un atto normativo¹⁶⁷ che preveda la possibilità per gli organi di controllo sovranazionali di procedere ad una verifica dell'efficienza della misura compensativa al fine di valutarne la compatibilità con il mercato interno.

Una modifica di questo tipo, indubbiamente in linea con gli obiettivi dell'agenda di Lisbona e con i propositi di riforma del Piano di azione, determinerebbe un sensibile ampliamento dei poteri di controllo esercitabili dalla Commissione in questo ambito. Come osservato dalla dottrina più attenta, l'introduzione di una clausola di efficienza nell'applicazione dell'articolo 106(2) TFUE in materia di compensazioni per obblighi di servizio pubblico renderebbe «la Commissione arbitro della legittimità delle risorse destinate ai servizi pubblici, dando così il via ad una profonda revisione dei SIEG in Europa»¹⁶⁸. È facile prevedere che, proprio per queste ragioni e nonostante gli auspici formulati in dottrina, ogni tentativo di introdurre modifiche in questo senso incontrerà la ferma opposizione degli Stati membri, preoccupati di vedere ulteriormente ridotta la loro discre-

¹⁶³ Punto 8 della Disciplina.

¹⁶⁴ Sul punto in generale T. MÜLLER, *op. cit.*, pp. 39-46.

¹⁶⁵ L. CERASO, *op. cit.*, p. 125. *Contra* D. GALLO, *Finanziamento dei servizi*, cit., pp. 928-929.

¹⁶⁶ L. CERASO, *op. cit.*, p. 126; M. MEROLA, *op. cit.*, p. 140. L'A. osserva che la scelta di non andare oltre al test di necessità per valutare la legittimità della misura ai sensi dell'art. 106(2) TFUE sia effettuata in riferimento «allo stadio attuale di sviluppo del mercato» (punto 8 della Disciplina) e, dunque, sia destinata a subire evoluzioni in futuro.

¹⁶⁷ M. MEROLA, *op. cit.*, p. 140. L'A. propone «una modifica dell'inquadramento o l'adozione di una direttiva-quadro».

¹⁶⁸ *Ivi*, p. 141.

zionalità nell'allocazione delle risorse in un ambito così delicato dal punto di vista politico.

4.4. Verso la modifica del 'Pacchetto Monti': quali conseguenze per i servizi socio-sanitari?

L'analisi della prassi applicativa relativa alle norme del 'Pacchetto Monti' dimostra come proprio il settore socio-sanitario costituisca uno degli ambiti più problematici sotto questo profilo¹⁶⁹, anche in ragione delle specificità di attività organizzate secondo logiche non sempre assimilabili a quelle del mercato. Prendendo atto di tale situazione, la Commissione, in una Comunicazione del marzo 2011 relativa alla 'Riforma delle norme UE in materia di aiuti di Stato relativamente ai servizi di interesse economico generale', ha per la prima volta ammesso la possibilità di modificare le disposizioni del Pacchetto¹⁷⁰, così da introdurre un «approccio diversificato e proporzionato [...] per determinati tipi di servizi sociali», nonché, altro ambito rilevante ai fini in esame, per «servizi pubblici di carattere locale su scala ridotta con un'incidenza limitata sugli scambi tra gli Stati membri»¹⁷¹. L'obiettivo è semplificare l'applicazione delle norme nei confronti delle attività in questione, rivedendo, ad esempio, le condizioni per le quali è richiesta la notifica dei progetti di aiuto.

Si tratta di un mutamento di prospettiva che merita di essere attentamente valutato, rappresentando una prima apertura verso un'applicazione a geometria variabile delle norme sugli aiuti di Stato, in ragione della loro struttura di finanziamento e degli obiettivi perseguiti¹⁷². In questo modo, la Commissione sembra voler accogliere le proposte avanzate da alcuni autori, soprattutto sull'onda della sentenza *BUPA*, sull'opportunità di prevedere una maggior flessibilità nell'applicazione della disciplina relativa agli aiuti di Stato per quanto

¹⁶⁹ Per una disamina dell'applicazione del Pacchetto in materia di servizi socio-sanitari si veda il Documento di lavoro dei servizi della Commissione, *L'applicazione delle norme UE in materia di aiuti di Stato ai servizi di interesse economico generale dopo il 2005 e i risultati della consultazione pubblica*, 23 marzo 2011, SEC(2011) 397, pp. 28-33.

¹⁷⁰ Secondo il Commissario alla concorrenza Joaquin Almunia, la riforma avrebbe dovuto essere completata entro la fine del 2011, sul punto si veda il discorso *Reforming EU State aid Rules on Public Services. The Way Forward*, EPC Policy Dialogue, Brussels, 2 May 2011 disponibile su <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/300&format=HTML&aged=0&language=EN&gui-Language=en> (visitato il 27 settembre 2011).

¹⁷¹ Comunicazione 2011, *Riforma delle norme UE in materia di aiuti di Stato*, cit., p. 7.

¹⁷² *Ivi*, p. 9.

riguarda, nello specifico, il settore socio-sanitario. In effetti, l'adozione di un «approccio diversificato» nei confronti di tali servizi potrebbe essere visto come un primo passo verso quella rimodulazione in senso solidaristico del diritto europeo della concorrenza invocata da una parte della dottrina¹⁷³.

Resta, tuttavia, da valutare se, e soprattutto in che modo, tali propositi si tradurranno in modifiche concrete all'attuale assetto normativo. Una prima risposta al quesito è stata offerta dalla Commissione stessa, attraverso l'adozione di alcuni documenti che, sebbene ancora in una versione preliminare, offrono un quadro più chiaro circa il possibile contenuto della riforma. Tra questi vi è, prima di tutto, un progetto di Comunicazione «relativa all'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale»¹⁷⁴, attraverso la quale la Commissione intende chiarire, una volta di più, taluni concetti fondamentali, quali, tra gli altri, la nozione di impresa e le condizioni alle quali le compensazioni non sono considerate aiuti di Stato ai sensi del diritto dell'Unione. Parallelamente, si è avuta la presentazione di tre progetti di atti destinati a modificare ed integrare il 'Pacchetto Monti'. Si tratta, più nel dettaglio, di un progetto di Decisione «riguardante l'applicazione dell'articolo 106(2) TFUE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di interesse economico generale»¹⁷⁵, di un progetto di Comunicazione sulla «Disciplina UE degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico»¹⁷⁶ e di un progetto di Regolamento «relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 TFUE agli aiuti di importanza minore ('de minimis') concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale»¹⁷⁷.

Una lettura complessiva dei progetti dimostra come l'obiettivo della Commissione sia effettivamente quello di rendere più flessibile l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato alle compensazioni degli obblighi di servizio pubblico, garantendo, come da lei

¹⁷³ M. Ross, *An Healthy Approach*, cit., p. 140. In argomento si veda *supra*, par. 3.3.

¹⁷⁴ Disponibile su http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/forms_docs/sgei_draft_communication_it.pdf (visitato il 27 settembre 2011)

¹⁷⁵ Disponibile su http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/forms_docs/sgei_draft_decision_it.pdf (visitato il 27 settembre 2011).

¹⁷⁶ Disponibile su http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/forms_docs/sgei_draft_framework_it.pdf (visitato il 27 settembre 2011).

¹⁷⁷ Disponibile su http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/forms_docs/sgei_draft_deminimis_it.pdf (visitato il 27 settembre 2011).

stessa auspicato nella Comunicazione del marzo 2011, «che l'onere amministrativo per le autorità pubbliche interessate sia proporzionato all'incidenza della misura sulla concorrenza nel mercato interno»¹⁷⁸. D'altro canto, risulta parimenti evidente la volontà di perseguire l'obiettivo attraverso interventi puntuali, senza stravolgere l'intero sistema, né rinunciare a quelli che costituiscono i suoi elementi essenziali soprattutto per ciò che riguarda il sistema di controllo.

Ai fini del presente lavoro, giova rilevare come molte delle modifiche proposte riguardino proprio il settore socio-sanitario e, in particolare, l'incidenza delle regole in materia di aiuti di Stato sulla fornitura di tali servizi a livello locale. Si tratta di una questione che era già stata sollevata da più parti e che, recentemente, è stata affrontata anche dal Parlamento europeo, il quale, in una risoluzione del 5 luglio 2011, ha chiesto che la riforma del 'Pacchetto Monti' contribuisca a «semplificare le regole, tra cui quelle sul controllo della compensazione eccessiva dei fornitori di SSIG a livello locale e migliorare la flessibilità dell'applicazione», «estendere l'elenco delle deroghe dalla notifica in analogia al caso degli ospedali e dell'edilizia sociale», nonché «riesaminare il livello appropriato della soglia de minimis applicabile ai SSIG»¹⁷⁹.

Molte delle indicazioni del Parlamento sono state recepite dalla Commissione. In prima battuta, il progetto di Decisione amplia il novero delle categorie di aiuti concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico che, nel momento in cui rispettino le condizioni già previste nella versione della Decisione attualmente in vigore¹⁸⁰, sono esentati dall'obbligo di notifica. Per quanto riguarda, nello specifico, il settore socio-sanitario, l'atto prevede che, oltre al caso delle compensazioni erogate per la prestazione di servizi di interesse economico generale da parte di ospedali, l'esenzione operi anche nei confronti di misure compensative finalizzate alla prestazione di «servizi di interesse economico generale che soddisf[ic]ano esigenze sociali fondamentali per quanto riguarda l'assistenza sanitaria, i servizi per l'infanzia, l'accesso al mercato del lavoro, l'edilizia popolare e l'assistenza e l'inclusione sociale di gruppi vulnerabili»¹⁸¹.

¹⁷⁸ Comunicazione 2011, *Riforma delle norme UE in materia di aiuti di Stato*, cit., p. 9.

¹⁷⁹ *Risoluzione del Parlamento europeo sul futuro dei servizi sociali di interesse generale*, 5 luglio 2011, INI/2009/2222, punto 43.

¹⁸⁰ In argomento si veda *supra*, par. 4.2.

¹⁸¹ Art. 1(1), lett. c, del progetto di Decisione. L'esenzione in questi casi opera anche per aiuti che superino la soglia quantitativa stabilita alla lettera a). Il progetto modifica il livello della soglia, prevedendo che l'esenzione dall'obbligo di notifica

Nonostante la scelta poco condivisibile di introdurre una nuova locuzione per definire questa categoria di attività, soprattutto in un contesto di scarsa chiarezza come quello che caratterizza la definizione delle diverse tipologie di servizi di interesse generale, la disposizione parrebbe ricomprendere la maggior parte delle attività socio-sanitarie aventi natura economica che perseguano un interesse di carattere generale. Se così fosse, saremmo di fronte ad una novità importante per il settore in esame, la quale contribuirebbe a risolvere in radice le difficoltà ingenerate dal rispetto dell'obbligo di notifica e, soprattutto, di quello di *stand still* per la fornitura di servizi destinati nella maggior parte dei casi a soddisfare esigenze primarie dell'individuo¹⁸². Il progetto di Decisione introduce, però, un limite all'operatività dell'esenzione, precisando che la stessa si applichi solo quando l'incarico di prestare servizi di interesse economico generale abbia durata inferiore ai 10 anni¹⁸³. La rigidità della norma, la quale non distingue a seconda delle caratteristiche del singolo settore, è in qualche modo temperata dalla previsione contenuta nel medesimo articolo, la quale estende l'esenzione anche agli affidamenti ultradecennali, nel caso in cui «il fornitore del servizio deve effettuare un investimento significativo che occorre ammortizzare per tutta la durata dell'incarico, conformemente ai principi contabili generalmente accettati».

Novità importanti sono presenti anche nel progetto di Disciplina relativa alla compatibilità con il diritto UE degli aiuti erogati sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico che non soddisfino i requisiti previsti dalla Decisione e, dunque, non possano beneficiare dell'esenzione dall'obbligo di notifica. Il progetto introduce alcune modifiche che riguardano aspetti essenziali dell'atto facente parte del 'Pacchetto Monti'¹⁸⁴. Tra queste, meritano particolare attenzione le disposizioni relative all'importo della compensazione, le quali prevedono che lo stesso non possa essere superiore ai costi netti derivanti dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, fatta salva la possibilità di includervi un margine di utile ragionevole¹⁸⁵. Il progetto stabilisce, inoltre, i metodi di calcolo¹⁸⁶ del nuovo parametro, quello dei costi netti, prevedendo che possa essere determinato

operi per tutte le compensazioni inferiori ai 15 milioni di euro e non, come previsto dalla Decisione in vigore, ai 30 milioni di euro.

¹⁸² In argomento, si veda *supra*, par. 2.2.

¹⁸³ Art. 1(2) del progetto di Decisione.

¹⁸⁴ *Supra*, par. 4.3.

¹⁸⁵ Punto 21 del progetto di Disciplina. Nella sua versione del 2005, l'atto fa riferimento ai 'costi' e non ai 'costi netti'.

¹⁸⁶ Punti 22-30 del progetto di Disciplina.

in via preventiva¹⁸⁷ o facendo riferimento ai costi ed alle entrate effettivamente registrati.

L'innovazione più importante contenuta nel progetto di Disciplina è la previsione secondo la quale gli Stati membri sarebbero tenuti introdurre incentivi all'efficienza nel calcolo della compensazione¹⁸⁸, ampliando, così, la portata dell'articolo 106(2) TFUE. Tradizionalmente, si è, infatti, ritenuto che la disposizione non imponga di valutare l'efficienza della compensazione, ma solo se si tratti di una misura necessaria per la fornitura del servizio in condizioni economicamente sostenibili. L'introduzione di una clausola di efficienza determinerebbe un sensibile ampliamento dei poteri di controllo della Commissione, consentendole di valutare anche aspetti di carattere qualitativo. Anche per questo motivo, è facile prevedere che la novità, per quanto fortemente auspicata da diversi autori¹⁸⁹, sia destinata a sollevare forti polemiche, andando ad incidere su un aspetto molto delicato dal punto di vista politico.

Tra gli atti presentati dalla Commissione, vi è, infine, un progetto di Regolamento per aiuti di minore importanza concessi ad imprese fornitrici di servizi di interesse economico generale. Si tratta, a differenza dei progetti di Decisione e Disciplina, di una novità assoluta rispetto al contenuto attuale del 'Pacchetto Monti', destinato ad introdurre una soglia *de minimis* specifica per il settore in esame¹⁹⁰, al di sotto della quale gli aiuti non rientrano nell'ambito applicativo dell'articolo 107 TFUE¹⁹¹. Più in dettaglio, l'articolo 2 del progetto prevede che possano beneficiare di tale regime gli aiuti il cui ammontare sia inferiore ai 150.000 euro per esercizio finanziario, concessi ad un'impresa con fatturato annuo medio inferiore ai 5 milioni di euro nei due esercizi finanziari precedenti¹⁹². L'articolo 1 stabilisce, poi, una

¹⁸⁷ Attraverso l'utilizzo della metodologia del costo evitato netto o quella dell'attribuzione dei costi.

¹⁸⁸ La previsione di un obbligo in tal senso – al punto 36 del progetto si stabilisce che «[n]el definire il metodo di compensazione, gli Stati *devono* introdurre incentivi a favore di una prestazione efficiente dei SIEG» – sembrerebbe contrastare con la natura *soft* dell'atto (corsivo aggiunto).

¹⁸⁹ Per un'analisi del dibattito sul punto, si veda *supra*, par. 4.3.

¹⁹⁰ Una volta adottato, il Regolamento dovrà considerarsi *lex specialis* rispetto al regime generale disciplinato dal Regolamento (CE) n. 1998/2006, cit.

¹⁹¹ Il progetto di Regolamento si fonda sull'art. 2(1) del Regolamento (CE) n. 994/98 del Consiglio, del 7 maggio 1998, *sull'applicazione degli articoli 92-93 del Trattato che istituisce la Comunità europea a determinate categorie di aiuti orizzontali*, in GU L142 del 14.05.1998, pp. 1-4.

¹⁹² La soglia risulta più favorevole rispetto a quella prevista dal Regolamento (CE) n. 1998/2006, dove si stabilisce che l'importo complessivo degli aiuti *de minimis* non possa superare i 200.000 euro in tre esercizi finanziari. Giova ricordare

condizione ulteriore, limitando l'applicabilità della norma *de minimis* ai soli aiuti erogati da autorità locali che rappresentino una popolazione inferiore ai 10.000 abitanti. Il requisito costituisce una novità assoluta nel diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato. In questo caso, a differenza di quanto avviene in altri ambiti¹⁹³, l'applicabilità della soglia *de minimis* non dipende, infatti, solo dalla consistenza dell'aiuto, ma anche dalle caratteristiche del soggetto erogatore. Si apre, così alla possibilità che la stessa misura sia sottoposta ad un diverso trattamento a seconda della natura del soggetto che ne ha disposto l'erogazione. Una differenza che si giustifica, almeno secondo la Commissione, per l'impatto che le caratteristiche del soggetto erogatore hanno sull'incidenza di questi tipi di aiuti sugli scambi tra gli Stati membri e sulla concorrenza nel mercato interno e, dunque, sulla loro compatibilità con l'articolo 107 TFUE.

La previsione di un regime specifico per gli aiuti erogati per la fornitura di servizi di interesse economico generale da parte di enti locali di limitate dimensioni costituisce il tentativo da parte della Commissione di rispondere alle critiche, emerse anche durante il processo di consultazione pubblica conclusosi nel 2011¹⁹⁴, relative all'eccessiva onerosità delle regole in materia di aiuti di Stato per servizi organizzati su base locale. Un forte invito alla Commissione ad intervenire per risolvere questo tipo di problema è stato formulato anche dal Parlamento nella risoluzione del 5 luglio 2011¹⁹⁵. A fini del presente lavoro, giova sottolineare come l'attenzione del Parlamento e di co-

come, per contrastare la gravissima crisi finanziaria ed economica che ha colpito tutti i Paesi dell'Unione a partire dal 2008, la Commissione aveva adottato nel 2009 un *Quadro temporaneo per gli aiuti di Stato destinati a sostenere l'accesso al finanziamento nella situazione di crisi finanziaria*, in GU C 83 del 07.04.2009, p. 1, nel quale dichiarava di ritenere *de minimis*, a determinate condizioni, gli aiuti fino ai 500.000 euro. Il Quadro, la cui scadenza era prevista per il 31 dicembre 2010, è stato ulteriormente prorogato fino al 31 dicembre 2011 (*Quadro unionale per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in GU C 6 del 11.01.2011, pp. 5-15).

¹⁹³ Vi sono altri casi nei quali la soglia *de minimis* viene determinata prendendo in considerazione elementi diversi dal solo ammontare dell'aiuto, quali, come nei casi degli aiuti destinati alle piccole e medie imprese, i destinatari della misura o, come nel caso degli aiuti regionali agli investimenti e all'occupazione, le sue finalità. Si veda, ad esempio, il Regolamento (CE) n. 800/2008 della Commissione del 6 agosto 2008, *che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli 87-88 del Trattato (regolamento generale di esenzione per categoria)*, in GU L 214 del 09.08.2008, pp. 3-46.

¹⁹⁴ Documento di lavoro dei servizi della Commissione, *L'applicazione delle norme UE in materia di aiuti di Stato ai servizi di interesse economico generale*, cit., p. 39.

¹⁹⁵ *Risoluzione del Parlamento europeo sul futuro dei servizi sociali di interesse generale*, cit., punto 43.

loro che hanno partecipato al processo di consultazione si è concentrato, tra le diverse tipologie di attività organizzate a livello locale, proprio sulla questione dei servizi sociali, essendo questo l'aspetto di gran lunga più problematico e delicato, anche in ragione della sua rilevanza da un punto di vista economico. Sebbene tale situazione non trovi formale riconoscimento nel progetto di Regolamento, il cui ambito applicativo copre tutte le tipologie di servizi di interesse economico generale organizzati a livello locale, è evidente come l'atto, se adottato, avrà un'incidenza del tutto particolare proprio nel settore in esame.

CAPITOLO IV

Servizi sanitari e libera prestazione dei servizi

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'accesso alle cure mediche in un altro Stato membro ai sensi della disciplina sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. – 3. L'accesso alle cure mediche in un altro Stato membro attraverso l'applicazione delle norme sulla libera prestazione dei servizi. – 3.1. I trattamenti sanitari come 'servizi' ai sensi del diritto dell'Unione europea. – 3.2. L'autorizzazione preventiva come restrizione alla libera prestazione dei servizi. – 3.3. L'ammissibilità della restrizione per talune categorie di trattamenti: i dubbi circa la loro individuazione. – 3.4. Il requisito dell'autorizzazione preventiva al vaglio della Corte: i) Il controllo sugli aspetti procedurali; ii) Il controllo su aspetti sostanziali: a) la determinazione dei trattamenti da rimborsare; iii) b) la tempestività del trattamento quale fattore rilevante per la legittimità dell'obbligo di autorizzazione. – 3.5. La determinazione del rimborso attraverso l'applicazione congiunta dell'articolo 56 TFUE e della normativa sul coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale. – 3.6. Le implicazioni quantitative e qualitative della giurisprudenza sulla mobilità dei pazienti. – 4. La risposta sul piano politico: il diverso atteggiamento di Stati e Commissione. – 5. La Direttiva sull'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera. – 5.1. La genesi di un atto controverso. – 5.2. La rimborsabilità delle cure ricevute in un altro Stato membro: i) I trattamenti che possono essere subordinati ad autorizzazione preventiva; ii) Le condizioni di ammissibilità dell'autorizzazione preventiva; iii) I requisiti per la concessione dell'autorizzazione; iv) Le modalità di rimborso: il rapporto con la normativa sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. – 5.3. L'individuazione degli obblighi dello Stato di cura. – 5.4. La cooperazione in materia di cure sanitarie. – 5.5. La Direttiva e il sistema delle competenze: i) La controversa individuazione della base giuridica dell'atto; ii) Direttiva e principio di sussidiarietà; iii) Direttiva e principio di proporzionalità.

1. *Introduzione*

L'applicazione delle norme relative al mercato interno nei confronti dei servizi socio-sanitari, sebbene non possa più considerarsi un'assoluta novità, continua ad essere fonte di tensioni e controversie. Vi è, infatti, il timore che il ricorso a tali norme possa contribuire a snaturare la funzione propria dei servizi in esame, rendendo più difficile la tutela dei valori sociali sottostanti.

L'ambito in cui queste tensioni sono più evidenti è quello dei ser-

vizi sanitari. Una delle questioni più controverse riguarda la c.d. mobilità dei pazienti, vale a dire la possibilità per chiunque sia iscritto ad un sistema sanitario di uno Stato dell'Unione di chiedere il rimborso delle spese mediche sostenute in un altro Paese membro. Il fenomeno mette in contrapposizione, da un lato, l'interesse dell'individuo ad avere accesso alle cure di cui necessita anche ricorrendo a prestatori stabiliti in uno Stato diverso da quello in cui è assicurato e, dall'altro, l'esigenza degli Stati di poter adeguatamente programmare l'erogazione delle cure sanitarie, così da assicurarne la qualità e l'accesso su base universale.

L'Unione europea ha da tempo provveduto a disciplinare la mobilità dei pazienti nell'ambito della normativa sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. L'equilibrio tra i diversi interessi in gioco fissato a livello normativo è stato, però, messo in discussione dall'intervento della Corte, la quale, in una serie di sentenze adottate a partire dalla fine degli anni '90, ha affrontato la questione attraverso l'applicazione delle norme sulla libera circolazione dei servizi. Per questa via sono stati introdotti nuovi limiti alla capacità di azione degli Stati, rafforzando la posizione del singolo, qui inteso come beneficiario del servizio. Nel luglio 2008, la Commissione aveva presentato una Proposta di Direttiva, attraverso la quale, da una parte, si intendeva codificare i principi elaborati a livello giurisprudenziale e, dall'altra, si voleva disciplinare aspetti ulteriori, non ancora presi in considerazione dalla Corte. Il processo negoziale è stato lungo e ricco di difficoltà, giungendo a conclusione solo a marzo 2011.

L'evoluzione fino a qui tratteggiata pone importanti questioni di carattere sostanziale e sistematico, le quali saranno analizzate nel corso del presente capitolo. Quanto alla prima dimensione, occorre valutare se, ed in che termini, l'applicazione delle norme sulla libera circolazione dei servizi possa incidere sul perseguimento di obiettivi fondamentali dal punto di vista sociale, i quali risultano connaturati all'organizzazione dei servizi sanitari. Per quanto riguarda la seconda dimensione, deve essere esaminata la compatibilità delle azioni intraprese dalle istituzioni dell'Unione con il riparto di competenze previsto dal Trattato per quanto attiene all'organizzazione dei servizi sanitari, materia che, come noto, rientra nella competenza esclusiva statale. Il profilo in esame risulta particolarmente rilevante soprattutto alla luce delle iniziative intraprese sul piano normativo, dove si assiste ad un primo tentativo, a dire il vero molto limitato, di armonizzare alcuni aspetti inerenti all'erogazione delle prestazioni mediche.

2. *L'accesso alle cure mediche in un altro Stato membro ai sensi della disciplina sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale*

L'Unione europea ha già da tempo previsto la possibilità che il sistema sanitario di uno Stato membro sia chiamato ad accollarsi le spese mediche sostenute da un proprio assicurato in un altro Paese membro. L'ipotesi è disciplinata nell'ambito della libera circolazione delle persone e, più precisamente, dal Regolamento (CEE) n. 1408/71¹, successivamente abrogato dal Regolamento (CE) n. 883/2004². Le norme in parola mirano a rafforzare il coordinamento tra i diversi sistemi nazionali di sicurezza sociale, così da evitare che lo spostamento in un altro Stato membro da parte del lavoratore migrante³ determini la perdita dei diritti previdenziali da questo acquisiti⁴. Nonostante esse coprano una serie molto ampia di settori⁵, la scelta di

¹ Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio del 14 giugno 1971, *relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità*, in GU L 149 del 05.07.1971, pp. 2-50. Le disposizioni di dettaglio relative alla sua applicazione pratica sono contenute nel Regolamento (CEE) n. 574/72 del Consiglio del 21 marzo 1972, *che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/71 relativo al coordinamento dei regimi di previdenza sociale applicabili ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità*, in GU L 74 del 27.03.1972, pp. 1-83.

² Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, *sul coordinamento dei sistemi di previdenza sociale*, in GU L 166 del 30.04.2004, pp. 1-123. Il Regolamento è operativo dal 1 maggio 2010 con l'entrata in vigore delle norme di applicazione contenute in Regolamento (CE) n. 987/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009, *che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale*, in GU L 284 del 30.10.2009, pp. 1-42. Come si avrà modo di vedere meglio in seguito, la modifica non ha avuto una forte incidenza sull'argomento oggetto della presente analisi, posto che il nuovo Regolamento non presenta novità sostanziali sul punto.

³ La normativa in esame non si applica ai soli cittadini europei, ma anche ai cittadini di Paesi terzi che siano legalmente residenti nel territorio di uno Stato membro. L'estensione della portata soggettiva è stata disposta dal Regolamento (UE) n. 1231/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, *che estende il regolamento (CE) n. 883/2004 e il regolamento (CE) n. 987/2009 ai cittadini di paesi terzi cui tali regolamenti non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità*, in GU L 344 del 29.12.2010, pp. 1-3.

⁴ Per un'ampia ricostruzione di tale evoluzione si vedano, *ex multis*, S. GIUBBONI e G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna 2007, pp. 139-196; D.S. MARTINSEN, *Social Security Regulation in the EU: The De-Territorialization of Welfare?*, in G. DE BURCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford 2005, pp. 89-110.

⁵ Il Regolamento (CEE) n. 1408/71 copriva le legislazioni riguardanti le prestazioni di malattia e di maternità, di invalidità, di vecchiaia, le prestazioni ai superstiti,

disciplinare in questa sede il caso del soggetto che si rechi in un altro Stato membro solo per ricevere cure mediche potrebbe apparire incongrua, mancando in questo caso un rapporto duraturo tra la persona e il mercato del lavoro del Paese ospite. In effetti, si tratta di un'esplicazione *sui generis* del principio dell'esportabilità delle prestazioni previdenziali⁶, uno dei principi fondamentali⁷ della normativa in esame. Come giustamente osservato da parte della dottrina, la scelta effettuata dal legislatore europeo si spiega solo facendo riferimento alla «volontà di non lasciare senza alcuna indicazione gli Stati nella regolazione di un'ipotesi 'circolatoria' comunque riguardante un soggetto rientrante nell'ambito soggettivo di applicazione del Regolamento»⁸.

L'articolo 20 del Regolamento (CE) n. 883/2004, come già l'articolo 22 del Regolamento (CEE) n. 1408/71⁹, prevede che un soggetto

le prestazioni per infortunio sul lavoro e malattie professionali, le prestazioni di disoccupazione, nonché le prestazioni familiari e gli assegni in caso di morte. Il Regolamento si applicava, inoltre, ai regimi di sicurezza sociale generali e speciali, contributivi e non contributivi, nonché ai regimi relativi agli obblighi del datore di lavoro o dell'armatore. Il Regolamento (CE) n. 883/2004 si applica, inoltre, ai regimi legali di prepensionamento.

⁶ In questo senso V. PASKALIA, *Co-ordination of Social Security in the European Union: an Overview of Recent Case Law*, in *CMLR*, 46, 2009, p. 1202; G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 174. Sul principio di esportabilità si vedano S. GIUBBONI e G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori*, cit., pp. 166-173.

⁷ Gli altri principi fondamentali sui quali si fonda la legislazione europea in materia di coordinamento dei regimi di sicurezza sociale sono: la parità del trattamento, l'unicità della legislazione applicabile e la totalizzazione dei periodi di assicurazione. Sui tali principi in generale K. LENAERTS, *Le développement de l'Union sociale européenne dans la jurisprudence de la Cour de Justice. The Development of the European Social Union in ECJ Case-Law*, in *ERA Forum*, 9, 2008, pp. 87-90. Per quanto riguarda, più nello specifico, la questione dell'unicità della legislazione applicabile si veda F. MARONGIU BONAIUTI, *La legge applicabile alle prestazioni di sicurezza sociale nel regolamento n. 883/2004*, in *RDSS*, 2010, pp. 537-572.

⁸ G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 175, spec. nota 6.

⁹ Oltre all'ipotesi in esame, la disposizione prevede la possibilità per i cittadini europei di ottenere le cure quando risiedono in uno Stato diverso da quello in cui sono assicurati e quando soggiornano all'estero. Per quanto riguarda tale ultima situazione, è stata introdotta – in Italia nel 2004 – la Tessera europea di assicurazione malattia (TEAM), la quale consente ai cittadini europei (oltre a quelli di Liechtenstein, Norvegia, Islanda e Svizzera) di accedere alle cure «medicalmente necessarie» (non solo quelle urgenti, ma comunque escluse quelle relative a patologie contratte prima della partenza) durante i soggiorni all'estero. La Tessera sostituisce i precedenti modelli E110, E111, E119 e E128. Sul punto Comunicazione della Commissione, *Relativa all'introduzione della Tessera europea di assicurazione malattia*, 17 febbraio 2003, COM(2003) 73 def. Le caratteristiche della TEAM sono disciplinate nelle decisioni n. 189, n. 190, n. 191 del 18 giugno 2003 della Commissione amministrativa per la sicurezza sociale dei migranti (CASSTM), in *GU L* 276 del 27.10.2003.

possa recarsi in un altro Stato membro¹⁰ per ricevere cure mediche a carico del proprio sistema nazionale solo nel caso in cui sia stato debitamente autorizzato dalle competenti autorità nazionali¹¹. Una volta ottenuta l'autorizzazione, il paziente ha diritto a ricevere sia prestazioni in natura, erogate dall'istituzione dello Stato ospite secondo le disposizioni della legislazione che essa applica¹², sia prestazioni in denaro. Quanto al rimborso, la normativa sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale¹³ prevede che questo debba essere calcolato in base alle tariffe dello Stato in cui la prestazione medica è stata fornita.

L'autorizzazione deve essere concessa ogni qualvolta le cure di cui l'interessato necessita non possano, tenendo conto del suo stato di salute e del probabile decorso della malattia, «essergli praticate entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico»¹⁴. La disposi-

¹⁰ A tale proposito si veda la sentenza del 12 aprile 2005, causa C-145/03, *Keller*, in *Racc.*, p. I-2529, punto 70 dove la Corte ha affermato che «Nel caso in cui i medici autorizzati dall'istituzione dello Stato membro di dimora abbiano optato, per ragioni di vitale urgenza e alla luce delle conoscenze mediche del momento, per il trasferimento dell'assicurato in un istituto ospedaliero situato sul territorio di uno Stato terzo, l'art. 22, n. 1, lett. a), punto i), e lett. c), punto i), del regolamento n. 1408/71 dev'essere interpretato nel senso che le cure dispensate in quest'ultimo Stato devono essere prese a carico dall'istituzione dello Stato membro di dimora conformemente alla legislazione applicata da quest'ultima istituzione, a condizioni identiche a quelle di cui si giovano gli assicurati rientranti in tale legislazione. Ove si tratti di cure rientranti tra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro competente, spetta poi all'istituzione di quest'ultimo Stato accollarsi l'onere delle prestazioni così erogate, rimborsando l'istituzione dello Stato membro di dimora alle condizioni previste dall'art. 36 del regolamento n. 1408/71. Qualora le cure dispensate in un istituto situato in uno Stato terzo non siano state prese a carico dall'istituzione dello Stato membro di dimora, ma sia dimostrato che l'interessato aveva il diritto di ottenere una tale presa a carico, e qualora le dette cure rientrino tra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro competente, l'istituzione competente è tenuta a rimborsare direttamente all'interessato o ai suoi aventi causa il costo di tali cure in modo da garantire un livello di presa a carico equivalente a quello di cui l'interessato si sarebbe giovato se fossero state applicate le disposizioni dell'art. 22, n. 1, del regolamento n. 1408/71».

¹¹ L'autorizzazione viene rilasciata attraverso il modello E112. Per quanto riguarda l'Italia, il modello deve essere richiesto all'ASL di residenza.

¹² Art. 20 del Regolamento (CE) n. 883/2004. Una previsione analoga era già rinvenibile nell'art. 22(1), i) del Regolamento (CEE) n. 1408/71.

¹³ Art. 36 del Regolamento (CEE) n. 1408/71, riprodotto senza variazioni nell'art. 35 del Regolamento (CE) n. 883/2004.

¹⁴ Art. 20 del Regolamento (CE) n. 883/2004. La disposizione modifica leggermente quella contenuta nell'art. 22(2) del Regolamento (CEE) n. 1408/71, dove si prevedeva che l'autorizzazione dovesse essere concessa quando le cure non potessero «esser[e] praticate [al paziente] entro il lasso di tempo normalmente necessario per ottenere il trattamento in questione nello Stato membro di residenza».

zione precisa, inoltre, come l'obbligo di concedere l'autorizzazione sussista solo nel caso in cui le cure per le quali si chiede il rimborso siano già coperte dal sistema sanitario nazionale.

Entrambi questi requisiti sono stati stati oggetto di modifiche successive da parte del legislatore comunitario in risposta al tentativo della Corte di ampliare, sfruttando la scarsa precisione che caratterizzava la versione originaria dell'articolo 22 del Regolamento (CEE) n. 1408/71, la portata soggettiva e materiale della disposizione¹⁵. Si fa riferimento, in particolare, ai casi *Pierik I*¹⁶ e *II*¹⁷, entrambi relativi alla richiesta di rimborso avanzata da un pensionato olandese per i costi relativi ad un trattamento idroterapico a cui si era sottoposto in Germania.

In prima battuta, la Corte aveva ampliato l'ambito soggettivo di applicazione della norma, osservando come la nozione di 'lavoratore' alla quale la disposizione faceva riferimento dovesse essere interpretata in senso estensivo, fino a ricomprendervi «qualsiasi persona che, esercitando o no un'attività lavorativa possieda la qualità di assicurato in forza della legislazione previdenziale di uno o più Stati membri»¹⁸. Il secondo profilo problematico riguardava la possibilità per gli Stati di negare l'autorizzazione nel caso in cui il trattamento richiesto non rientrasse tra quelli già coperti dal sistema sanitario nazionale. L'incertezza derivava dall'assenza nella versione originaria della norma di un esplicito divieto in tal senso. Anche in questo caso, i giudici avevano inteso favorire il paziente, rilevando come, nel momento in cui tutte le altre condizioni fossero state soddisfatte, l'obbligo di concedere l'autorizzazione sussistesse anche per trattamenti non rimborsabili in sede nazionale¹⁹. È evidente come tale interpretazione della norma interferisse con la libertà degli Stati di determinare l'ampiezza della copertura offerta dai loro sistemi di sicurezza

¹⁵ Sul punto G. ORLANDINI, *op. cit.*, pp. 174-176; A. DAWES, 'Bonjour Herr Doctor': *National Healthcare Systems, the Internal Market and Cross-Border Medical Care within the European Union*, in *LIEI*, 33, 2006, p. 168. Più in generale, l'azione della Corte ha contribuito ad ampliare in modo sensibile la portata del Regolamento (CEE) n. 1408/71, non solo per quanto riguarda la disposizione in esame, ma anche rispetto altre norme. Sul punto V. HATZOPOULOS, *Health Law and Policy: The Impact of the EU*, in G. DE BURCA (ed.), *op. cit.*, p. 125. Per una rassegna della giurisprudenza recente relativa all'applicazione del Regolamento si veda V. PASKALIA, *op. cit.*, pp. 1177-1218.

¹⁶ Sentenza del 16 marzo 1978, causa 117/77, *Pierik*, in *Racc.*, p. 825 ('*Pierik I*').

¹⁷ Sentenza del 31 maggio 1979, causa 182/78, *Pierik*, in *Racc.*, p. 1977 ('*Pierik II*').

¹⁸ *Pierik II*, cit., punto 4.

¹⁹ *Ivi*, punto 11. Sul punto V. HATZOPOULOS, *Health Law and Policy*, cit., p. 126.

sociale, con possibili ricadute anche sulla loro capacità di controllo della spesa sanitaria²⁰.

L'atteggiamento di apertura della Corte aveva incontrato la ferma opposizione degli Stati, i quali erano intervenuti modificando le disposizioni controverse. Attraverso il Regolamento (CEE) n. 1390/81²¹ era stato sostituito il termine «lavoratore» con l'espressione «lavoratore subordinato o autonomo»²², mentre, con il Regolamento (CEE) n. 2793/81²³ si era chiarito come il dovere di concedere l'autorizzazione sussistesse solo «quando le cure figur[i]no fra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro».

In questo modo, gli Stati intendevano porre rimedio alla giurisprudenza *Pierik*, riaffermando come la rimborsabilità delle spese mediche sostenute da un loro affiliato in un altro Stato membro fosse una questione di loro esclusiva competenza²⁴. L'atteggiamento di apertura della Corte era considerato un fattore in grado di mettere in discussione il compromesso tra l'interesse del paziente a circolare liberamente e l'esigenza di preservare la sostenibilità finanziaria dei sistemi nazionali codificato dalle norme sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale²⁵. Disposizioni che, subordinando la libertà di cir-

²⁰ G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 175.

²¹ Regolamento (CEE) n. 1390/81 del Consiglio del 12 maggio 1981, *che estende ai lavoratori non salariati e ai loro familiari il regolamento (CEE) n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità*, in GU L 143 del 29.05.1981, pp. 1-32.

²² Si noti, tuttavia, come l'intervento del legislatore comunitario non abbia impedito alla Corte di continuare ad utilizzare l'ampia definizione di lavoratore elaborata in *Pierik* in casi successivi. Per tutti si veda sentenza del 25 febbraio 2003, causa C-326/00, *IKA*, in *Racc.*, p. I-1703. Sul punto si vedano, per tutti, A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte Speciale*, 3^a ed., Torino 2010, pp. 97-100; M. CONDINANZI, A. LANG e B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano 2003, pp. 71-74.

²³ Regolamento (CEE) n. 2793/81 del Consiglio del 17 settembre 1981, *recante modifica del regolamento (CEE) n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati ed ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità e del regolamento (CEE) n. 574/72 che stabilisce le modalità d'applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/71*, in GU L 275 del 29.09.1981, pp. 1-14.

²⁴ D'altra parte il principio secondo cui la materia sociale rientra nella competenza esclusiva statale costituisce un principio fondamentale della normativa in esame, come dimostra il fatto che si tratti di un atto che mira al semplice coordinamento, e non all'armonizzazione, dei diversi sistemi nazionali. In questo senso sentenza del 6 marzo 1979, causa 100/78, *Rossi*, in *Racc.*, p. 831, punto 13. Sul punto V. HATZOPOULOS, *Health Law and Policy*, cit., p. 123.

²⁵ In argomento P. VAN NUFFEL, *Patients' Free Movement Rights and Cross-Border Access to Healthcare*, in *MJECL*, 2005, p. 256.

colare per beneficiare di un servizio al previo ottenimento di un'autorizzazione, consentono alle competenti autorità nazionali di avere l'ultima parola sulla questione²⁶. D'altra parte, non può trascurarsi come l'obiettivo primario di tali norme non sia quello di favorire la libera circolazione dei pazienti²⁷, quanto evitare che l'esercizio di tale libertà possa pregiudicare la stabilità finanziaria dei sistemi previdenziali nazionali.

3. *L'accesso alle cure mediche in un altro Stato membro attraverso l'applicazione delle norme sulla libera prestazione dei servizi*

3.1. *I trattamenti sanitari come 'servizi' ai sensi del diritto dell'Unione europea*

L'analisi della normativa sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale costituisce ormai «only part of the story with respect to the individual entitlements of patients to access health care services in the EU»²⁸. A partire dalla fine degli anni '90, la questione della mobilità dei pazienti è stata affrontata anche attraverso l'applicazione delle norme del Trattato sulla libera circolazione di merci e, soprattutto, dei servizi. Questo tipo di evoluzione ha inciso profondamente sull'equilibrio tra i diversi interessi in gioco, rafforzando sensibilmente la posizione dei singoli pazienti. A tale proposito, vi è chi ritiene che l'intervento della Corte avrebbe contribuito al consolidamento di un nuovo diritto dei cittadini europei a ricevere trattamenti sanitari di qualità e tempestivi, diritto che troverebbe la sua base giuridica nell'articolo 35 della Carta dei diritti fondamentali²⁹. Nel contempo, parte della dottrina fa notare come l'evoluzione abbia segnato un'indebita riduzione della capacità degli Stati membri nell'organizzazione dei loro sistemi sanitari. Secondo alcuni, l'enfasi posta dai giudici europei sulla dimensione individuale del diritto alla salute, figlia di una concezione economicistica del rapporto tra medico e paziente, rischierebbe di mettere a rischio la tutela della sua dimensione collet-

²⁶ In questo senso M. FERRERA, *The Boundaries of Welfare. European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford 2005, pp. 127-129.

²⁷ A. DAWES, 'Bonjour Herr Doctor', cit., p. 167.

²⁸ T. HERVEY e J. MCHALE, *Health Law and the European Union*, Cambridge 2004, p. 119.

²⁹ A. KACZOROWSKA, *A Review of the Creation by the European Court of Justice of the Right to an Effective and Speedy Medical Treatment and its Outcomes*, in *ELJ*, 12, 2006, pp. 365-370.

tiva e, più in particolare, la capacità dei sistemi sanitari nazionali di assicurare cure mediche di qualità e accessibili su base universale³⁰.

Presupposto perché le norme sulla libera prestazione dei servizi possano trovare applicazione in materia di servizi sanitari è che tali attività siano qualificabili come 'servizi'. Tale possibilità risulta fortemente controversa, posto che, nonostante i profondi cambiamenti che hanno interessato il settore nell'ultimo periodo, nei Paesi europei la cura della salute è percepita come un bene sociale³¹, un'attività, cioè, che lo Stato è chiamato a svolgere nell'espletamento dei propri obblighi nei confronti della collettività, e non una prestazione che possa formare oggetto di transazione economica³².

Il Trattato prevede che la nozione di servizio³³ si applichi alle sole prestazioni aventi rilevanza economica, vale a dire quelle «fornite normalmente dietro retribuzione»³⁴. L'elemento cardine è, dunque, la pre-

³⁰ In questo senso G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 189; C. NEWDICK, *Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity*, in *CMLR*, 43, 2006, pp. 1646 e 1655-1658.

³¹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Servizi sanitari, mercato e «modello sociale europeo»*, in *Mercato conc. reg.*, 2009, pp. 180

³² Per un'analisi approfondita del processo che ha portato alla trasformazione dei servizi sanitari in attività commerciali e commerciabili si veda M. KRAJEWSKI, *Commodifying and Embedding Services of General Interests in Transnational Contexts. The Example of Healthcare Liberalization in the EU and the WTO*, in C. JOERGES e J. FALKE (eds), *Karl Polanyi, Globalization and the Potential of Law in Transnational Markets*, London 2011, pp. 231-254.

³³ La dottrina sul punto è amplissima e non è possibile darne conto in modo esaustivo in questa sede. Per tutti si vedano G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, 6ª ed., Padova 2010, pp. 582-589; R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 219-225; R. MASTROIANNI, *La libertà di circolazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali*, in F. BESTAGNO e L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano 2007, pp. 6-8; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 2nd ed., Oxford 2007, pp. 358-368; M. CONDINANZI, A. LANG e B. NASCIBENE, *op. cit.*, pp. 192-195; M. CONDINANZI e B. NASCIBENE, *La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, 2ª ed., Vol. XXVI del Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone, Torino 2006, pp. 333-336; M. LUGATO, *Articolo 50*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano 2004, 408-411; E. GREPPI, *Voce Stabilimento e servizi nel diritto comunitario*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, IV ed., vol. XIV, Torino 1999, pp. 490-493.

³⁴ Art. 57 TFUE. In argomento A. TIZZANO, *La libera circolazione dei servizi*, in ID. (a cura di), *Professioni e servizi nella CEE*, Padova 1985, p. 45. L'A. osserva come la presenza dell'avverbio «normalmente» abbia consentito alla Corte di includere nel novero delle attività sottoposte alla disciplina comunitaria anche prestazioni sporadicamente offerte senza corrispettivo.

senza di una retribuzione³⁵, la cui caratteristica principale, come chiarito dalla Corte nel caso *Humbel*, «va [...] rintracciata nella circostanza che essa costituisce il corrispettivo economico della prestazione considerata»³⁶.

La regola trova applicazione anche nei confronti delle attività mediche, nonostante la loro natura particolare³⁷. Il dato costituisce ormai un punto fermo nella giurisprudenza della Corte, avendo trovato accoglimento già nella sentenza *Luisi e Carbone*³⁸ del 1984, e successivamente nel caso *Grogan*. In tale ultima pronuncia, i giudici avevano qualificato come servizio l'interruzione della gravidanza, in quanto «attività medica normalmente fornita dietro retribuzione e che può essere praticata nell'ambito di una libera professione»³⁹.

La questione è stata nuovamente affrontata, ed ulteriormente approfondita⁴⁰, nei casi relativi ai limiti posti dagli Stati membri alla rimborsabilità delle spese mediche sostenute in altri Paesi membri da soggetti appartenenti ai loro sistemi sanitari. La prima di queste controversie aveva riguardato la vicenda di un cittadino lussemburghese, il quale aveva richiesto il rimborso alla propria cassa malattia delle spese sostenute per consentire alla propria figlia minorenni di essere sottoposta ad un trattamento ortodontistico in Germania. Tralasciando, per ora, il merito della controversia, ciò che preme sottolineare in

³⁵ M. CONDINANZI e B. NASCIMBENE, *op. cit.*, p. 334. Gli AA. mettono in luce come sarebbe più corretto utilizzare il termine 'remunerazione', essendo la retribuzione tipica del rapporto di lavoro subordinato.

³⁶ Sentenza del 27 settembre 1988, causa C-263/86, *Humbel*, in *Racc.*, p. 5365, punto 17.

³⁷ W. GEKIERE, R. BAETEN e W. PALM, *Free Movement of Services in the EU and Health Care*, in E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN e T. HERVEY (eds), *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge 2010, pp. 462-463; P. KOUTRAKOS, *Healthcare as an Economic Service under EC Law*, in M. DOUGAN e E. SPAVENTA (eds), *Social Welfare and EU Law*, Oxford 2005, p. 107; G. DAVIES, *Welfare as a Service*, in *LIEI*, 29, 2002, p. 28.

³⁸ Sentenza del 31 gennaio 1984, cause riunite 286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone*, in *Racc.*, p. 377.

³⁹ Sentenza del 4 ottobre 1991, causa C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Grogan*, in *Racc.*, p. I-4685, punto 21.

⁴⁰ V. HATZOPOULOS, *Killing National Health and Insurance Systems but Healing Patients? The European Market for Health Care Services after the Judgement of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms*, in *CMLR*, 39, 2002, p. 688 mette in luce come in entrambi i casi citati in precedenza la Corte avesse preferito non approfondire la questione, limitandosi a sancire la possibilità che tali attività fossero ricomprese tra quelle sottoposte alle norme sulla libera prestazione dei servizi. D'altra parte, l'affermazione non aveva sollevato grandi discussioni, posto che entrambe le vicende, per quanto indubbiamente delicate sotto altri profili, non riguardavano direttamente la struttura e l'organizzazione dei sistemi sanitari nazionali.

questa sede è come la Corte, seguendo la via tracciata nelle sue conclusioni dall'Avvocato Generale Tesaur⁴¹, non abbia mostrato alcuna incertezza nel qualificare il trattamento come servizio, trattandosi di una prestazione «fornita verso corrispettivo»⁴².

La medesima impostazione ha poi trovato conferma anche in casi nei quali il trattamento era stato erogato in strutture ospedaliere, posto che, come chiarito in un passaggio della sentenza *Smits e Peerbooms*, ai fini della qualificazione dell'attività non occorre «distinguere a seconda che le cure [siano] dispensate in ambito ospedaliero o fuori dallo stesso»⁴³. È questo il caso della sentenza *Müller-Fauré e Van Riet*, relativa a rimborsi richiesti da pazienti olandesi per trattamenti ricevuti rispettivamente in Germania e in Belgio⁴⁴; del caso *Leichtle*, riguardante un paziente tedesco che aveva chiesto il ristoro di alcune spese relative al suo soggiorno presso un centro termale italiano⁴⁵; della sentenza *Watts*, concernente il rimborso delle spese mediche sostenute da una paziente inglese in Francia⁴⁶; della pronuncia *Stamatelaki*, sul caso di un cittadino greco ricoverato presso una clinica privata londinese⁴⁷; della sentenza *Elchinov*, concernente il caso di un cittadino bulgaro che si era rivolto ad un clinica tedesca⁴⁸, nonché di alcune pronunce adottate dalla Corte in seguito ai ricorsi per infrazione presentati dalla Commissione nei confronti di Francia⁴⁹,

⁴¹ Conclusioni Avv. Gen. G. Tesaur^o presentate il 16 settembre 1997, relative alle cause C-120/95 e C-158/96, *Decker e Kobll*, punto 17.

⁴² Sentenza del 28 aprile 1998, causa C-158/96, *Kobll*, in *Racc.*, I-1931, punto 29. Lo stesso giorno la Corte aveva adottato anche un'altra sentenza (causa C-120/95, *Decker*, in *Racc.*, p. I-1831), relativa ad una vicenda molto simile, sebbene relativa alla libera circolazione delle merci e non dei servizi, tanto che le conclusioni dell'Avvocato Generale Tesaur^o si riferiscono congiuntamente ad entrambi i casi. La sentenza *Decker* riguardava il rifiuto da parte della *Caisse de maladie des employés privés* di provvedere al rimborso del costo di un paio di occhiali da vista da parte di un cittadino lussemburghese ad Arlon (Belgio).

⁴³ Sentenza del 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits e Peerbooms*, in *Racc.*, I-5473, punto 53.

⁴⁴ Sentenza del 13 maggio 2003, causa C-385/99, *Müller-Fauré e Van Riet*, in *Racc.*, p. I-4509, punto 38.

⁴⁵ Sentenza del 18 marzo 2004, causa C-8/02, *Leichtle*, in *Racc.*, p. I-2541, punto 28.

⁴⁶ Sentenza del 16 maggio 2006, causa C-372/04, *Watts*, in *Racc.*, p. I-4325, punti 89-90.

⁴⁷ Sentenza del 19 aprile 2007, causa C-444/05, *Stamatelaki*, in *Racc.*, p. I-3185, punti 21-22.

⁴⁸ Sentenza del 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, non ancora pubbl. in *Racc.*, punto 36.

⁴⁹ Sentenza del 5 ottobre 2010, causa C-512/08, *Commissione c. Francia*, non ancora pubbl. in *Racc.*, punto 30.

Lussemburgo⁵⁰ e Portogallo⁵¹. Questa serie di pronunce sembrerebbe, quindi, confermare in modo definitivo il principio elaborato dall'Avvocato Generale Tesauro nel caso *Kobll*, secondo il quale la natura particolare delle attività che ne fanno parte, «non implica affatto che il settore previdenziale costituisca un'isola impermeabile all'influenza del diritto comunitario e che, di conseguenza, esulino dal suo campo di applicazione tutte le normative nazionali ad esso afferenti»⁵².

L'univocità che caratterizza il filone giurisprudenziale in esame⁵³ non può, però, portare a trascurare le difficoltà, i dubbi e le critiche che ne hanno segnato l'evoluzione e che, ancora oggi, costituiscono motivo di un acceso dibattito. Il punto più controverso attiene al requisito della retribuzione e, più in particolare, se questo possa dirsi soddisfatto anche nel caso in cui il rimborso venga richiesto ad un sistema sanitario che eroga prestazioni 'in natura', senza, cioè, alcun esborso di denaro da parte del beneficiario. Si tratta di una caratteristica tipica degli ordinamenti nei quali opera un servizio sanitario nazionale, ma che è rinvenibile anche in alcuni Stati, come la Germania e i Paesi Bassi, i cui sistemi sanitari si ispirano al modello mutualistico⁵⁴.

⁵⁰ Sentenza del 27 gennaio 2011, causa C-490/09, *Commissione c. Lussemburgo*, non ancora pubbl. in Racc., punto 34.

⁵¹ Sentenza del 27 ottobre 2011, causa C-255/09, *Commissione c. Portogallo*, non ancora pubbl. in Racc., punto 46.

⁵² Conclusioni Avv. Gen. G. Tesauro, *Kobll*, cit., punto 17. La fortuna di tale espressione è tale che G. DAVIES, *Welfare as a Service*, cit., p. 28 ritiene abbia ormai acquisito «the status of a catechism».

⁵³ Sul quale si vedano J. BAQUERO CRUZ, *The Case Law of the European Court of Justice on the Mobility of Patients*, in J.W.W. VAN DE GRONDEN, E. SZYSZCZAK, U. NEERGAARD e M. KRAJEWSKI (eds), *Health Care and EU Law*, The Hague 2011, pp. 79-102; F. IPPOLITO, *I servizi sanitari tra servizi di interesse economico generale e servizi di interesse generale*, in *DPUE*, 2007, pp. 21-24.

⁵⁴ I sistemi sanitari dei Paesi europei possono dividersi in due grandi categorie: il sistema mutualistico e il servizio sanitario nazionale. Il primo modello, detto anche bismarckiano, è storicamente il più risalente, essendo stato adottato già alla fine del 1800 in Germania (sotto il cancellierato di Bismarck) ed in altri Paesi dell'Europa continentale. Attualmente si rifanno a questo modello la Germania, il Belgio, il Lussemburgo, l'Olanda, la Francia e i Paesi membri dell'Est Europa. Esso prevede che l'erogazione dei servizi sia affidato a mutue assicurative – enti privati o para-statali – finanziate attraverso contributi sociali versati dai lavoratori iscritti. Il secondo, detto anche 'modello Beveridge' dal nome di colui che ne ha teorizzato i tratti essenziali (Lord Beveridge), è stato adottato per la prima volta, almeno per quanto riguarda l'Europa, dalla Gran Bretagna nel 1946 con l'istituzione del *National Health System*. Successivamente il modello ha trovato accoglimento anche nei Paesi scandinavi e nell'Europa meridionale (Italia, Spagna, Portogallo e Grecia). In questi ordinamenti le prestazioni sanitarie sono erogate da strutture pubbliche o convenzionate con il Servizio Sanitario e il loro finanziamento è garantito attraverso la fiscalità generale. Sul punto si vedano le considerazioni. Sulla distinzione si veda V.

Il dibattito sul punto era sorto immediatamente dopo l'adozione della già citata sentenza *Kobll*. Da più parti si sosteneva che la qualificazione di un trattamento medico come servizio potesse essere ammessa unicamente nel contesto di sistemi 'a rimborso', quale, per l'appunto, quello lussemburghese oggetto della sentenza, ma dovesse escludersi in ambiti nei quali il rapporto tra sistema sanitario e paziente fosse privo di qualsivoglia elemento che potesse conferire allo stesso rilevanza economica⁵⁵.

L'impostazione aveva trovato accoglimento nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer relative al caso *Smits e Peerbooms*⁵⁶, dove si negava la possibilità di considerare servizi ai sensi del diritto dell'Unione europea i trattamenti medici ricevuti in Austria e Germania da due cittadini olandesi. Questo perché il regime olandese, a differenza di quello lussemburghese oggetto della sentenza *Kobll*, garantisce ai soggetti assicurati la possibilità di beneficiare di cure gratuite e, pertanto, prive del necessario requisito della retribuzione. L'assenza di tale elemento non avrebbe potuto, sempre nell'opinione dell'Avvocato Generale, essere colmata neppure facendo riferimento alla giurisprudenza *Bond van Adverteerders*⁵⁷, secondo la quale non è necessario che il corrispettivo della prestazione provenga direttamente dal beneficiario. In questo tipo di sistemi, infatti, il contributo versato dai fondi assicurativi agli organismi convenzionati non viene calcolato in base al numero di trattamenti effettivamente erogati, ma in via forfetaria prendendo in considerazione una serie più ampia di fattori⁵⁸. Muovendo da tali considerazioni, l'Avvocato Ge-

HATZOPOULOS, *Health law and Policy*, cit., pp. 115-119; Per un'interessante analisi quantitativa dei due modelli: A. WAGSTAFF, *Social Health Insurance vs. Tax-Financed Health Systems - Evidence from the OECD*, World Bank Policy Research Working Paper no. 4821, January 2009. Più in generale, sui diversi modelli di *welfare State* in Europa, si vedano le considerazioni svolte *supra*, cap. I, par. 1.

⁵⁵ Sul punto A. DAWES, *'Bonjour Herr Doctor'*, cit., pp. 170-171; V. HATZOPOULOS, *Killing National Health*, cit., pp. 690-692.

⁵⁶ Conclusioni Avv. Gen. D. Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 18 maggio 2000, relative alla causa C-157/99, *Smits e Peerbooms*, punti 35-45. La medesima impostazione è stata fatta propria anche nelle conclusioni dell'Avv. Gen. A. Saggio, presentate il 18 maggio 2000, relative alla causa C-368/98, *Vanbraekel*, punti 17-23. In argomento si veda F.A. CANCELLA, *Servizi del welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milano 2009, pp. 229-231.

⁵⁷ Sentenza del 26 aprile 1988. causa 352/85, *Bond van Adverteerders*, in *Racc.*, p. 2085, punto 16.

⁵⁸ Conclusioni Avv. Gen. Ruiz-Jarabo Colomer, *Smits e Peerbooms*, cit., punto 28 metteva in luce come «[t]he charges which sickness funds agree each year with medical practitioners differ according to the specialism concerned and do not consist of a separate payment per medical procedure. They are calculated by means of an arithmetical formula whereby amount A, representing average income, is added to

nerale rilevava come la situazione fosse sostanzialmente analoga a quella riscontrata dalla Corte nei casi *Humbel* e *Wirth*, entrambi relativi al settore dell'istruzione pubblica. In queste sentenze si era escluso potesse ravvisarsi «la caratteristica essenziale della retribuzione» nel caso in cui, nell'organizzare e finanziare tali attività, lo Stato non persegua finalità di lucro, ma intenda semplicemente assolvere ai propri compiti in campo sociale, culturale ed educativo⁵⁹.

La soluzione proposta dall'Avvocato Generale non aveva, però, trovato accoglimento da parte della Corte, la quale aveva ritenuto che le prestazioni mediche di cui avevano beneficiato i signori Smits e Peerbooms in strutture ospedaliere austriache e tedesche dovessero considerarsi attività aventi rilevanza economica e, dunque, 'servizi' ai sensi del diritto dell'Unione europea⁶⁰. Si noti come, nel discostarsi dalla linea argomentativa proposta dall'Avvocato Generale, i giudici non abbiano neppure preso in considerazione il parallelismo con i servizi educativi, evitando di pronunciarsi sulle eventuali differenze tra i due ambiti⁶¹.

Nonostante tutto, il ragionamento seguito dall'Avvocato Generale in *Smits e Peerbooms* è stato riproposto in riferimento ad un caso relativo al *National Health Service*⁶². Il sistema inglese, capostipite e modello dei servizi sanitari nazionali in Europa⁶³, si caratterizza per la gratuità delle prestazioni erogate da parte degli organismi sanitari che ne fanno parte. In questo ambito, a differenza di quanto avviene nei sistemi di assicurazione sanitaria 'all'olandese', non vi è neppure l'inter-

amount B, representing the average cost of running a practice, the sum of which is divided by a factor representing the workload (on the basis, for example, of 2.350 patients a year, in the case of a general practitioner, and however many deliveries a year, in the case of a midwife). That calculation means that, for the year 2000, a general practitioner will receive from the sickness insurance fund with which he has concluded a health-care agreement the amount – known as a subscription charge – of NLG 133 for every insured person who has chosen to be treated at his surgery, irrespective of the number of patients he actually sees, and regardless of the fact that some may need to be seen more often than others and some may not need to be seen at all at any time during the year.»

⁵⁹ *Humbel*, cit., punti 17-19; sentenza del 7 dicembre 1993, causa C-109/92, *Wirth*, in *Racc.*, p. I-6447, punti 15-17.

⁶⁰ *Smits e Peerbooms*, cit., punto 53.

⁶¹ In senso molto critico su tale scelta C. NEWDICK, *The European Court of Justice, Trans-National Health Care and Social Citizenship – Accidental Death of a Concept?*, in *Wis. Int'l L.J.*, 26, 2009, pp. 860-861. Sul punto si vedano, inoltre, W. GEKIERE, R. BAETEN e W. PALM, *op. cit.*, pp. 466-467.

⁶² *Watts*, cit., punti 89-90. In argomento F.A. CANCELLA, *op. cit.*, pp. 232-238; M. COUSIN, *Patient Mobility and National Health Systems*, in *LIEI*, 34, 2007, p. 186.

⁶³ Sulla storia dell'NHS si veda C. WEBSTER, *The National Health Service. A Political History*, 2nd ed., Oxford 2002.

vento successivo da parte di un fondo assicurativo teso a rimborsare i costi relativi al trattamento medico, posto che il finanziamento è assicurato tramite la fiscalità generale. Secondo la maggioranza degli Stati intervenuti nel corso del procedimento *Watts*, tale caratteristica, unitamente all'impossibilità per il paziente di scegliere il momento ed il luogo in cui gli verranno fornite le prestazioni mediche di cui necessita, impedirebbe l'applicazione delle norme sulla libera prestazione dei servizi in un contesto di questo tipo, collocando l'intero sistema fuori dalla portata di tali disposizioni. Questo perché, si sostiene in dottrina⁶⁴, una lettura degli articoli 56 TFUE e seguenti compatibile con il rispetto delle competenze statali in materia di sanità pubblica dovrebbe portare ad escluderne l'applicabilità in tutti i casi in cui il rimborso sia richiesto ad un ordinamento nel quale la fornitura di prestazioni medico-ospedaliere sia priva di rilevanza economica.

Anche in questo caso, però, la Corte ha rigettato l'argomentazione, confermando come la giurisprudenza *Kobll* si applichi a prescindere dalle differenze che intercorrono tra i diversi sistemi sanitari⁶⁵. D'altra parte, una soluzione di diverso tipo avrebbe costituito una palese violazione del principio di neutralità⁶⁶, alla luce del quale all'Unione europea è fatto divieto di ingerirsi nelle scelte effettuate dagli Stati membri nell'organizzazione dei loro sistemi previdenziali⁶⁷.

In questo contesto, l'attenzione si concentra esclusivamente sulla prestazione che il paziente riceve dal prestatore di servizi medici stabilito in un altro Stato membro. Nessuna rilevanza viene, invece, riconosciuta al contesto nel quale tale rapporto si inserisce, ossia al rapporto tra il paziente ed il sistema sanitario di appartenenza⁶⁸, al quale viene chiesto il rimborso delle spese. Il punto è stato sottolineato con grande chiarezza nel caso *Müller-Fauré e Van Riet*, in cui la Corte ha sancito che «una prestazione medica dispensata in uno Stato membro e pagata dal paziente non può cessare di rientrare nell'ambito di applicazione della libera prestazione dei servizi assicurata dal Trattato per il solo fatto che il rimborso delle cure in questione è richiesto a titolo dell'assicurazione malattia di un altro Stato membro che pre-

⁶⁴ G. ORLANDINI, *op. cit.*, pp. 192-200.

⁶⁵ *Watts*, cit., punto 89.

⁶⁶ Sul principio si veda *supra*, Cap. II, par. 3.4 e dottrina *ivi* citata.

⁶⁷ Non sorprende che una simile soluzione incontri l'opposizione degli Stati con un sistema 'a rimborso', sul punto si vedano le conclusioni dell'Avv. Gen. D. Ruiz-Jarabo Colomer, *Müller-Fauré e Van Riet*, cit., punto 58.

⁶⁸ Sui diversi tipi di rapporto N. BERNARD, *Between a Rock and a Soft Place: Internal Market Versus Open Co-ordination*, in M. DOUGAN e E. SPAVENTA (eds), *Social Welfare and EU Law*, Oxford 2005, p. 271; E. SPAVENTA, *Public Services and European Law: Looking for Boundaries*, in *Cambr. YELS*, 2002-2003, p. 285.

vede essenzialmente un intervento in natura»⁶⁹. Questo fa sì che la dimostrazione dell'esistenza di una retribuzione risulti piuttosto agevole, visto che le prestazioni mediche transfrontaliere sono pagate dagli stessi beneficiari direttamente all'ente erogante⁷⁰.

Tuttavia la distinzione tra i due piani non è sempre agevole, come dimostra la confusione nella quale è incorsa la Corte stessa in alcuni casi. In *Smits e Peerbooms*, ad esempio, nel tentativo di offrire risposta a tutte le argomentazioni messe in campo dall'Avvocato Generale, i giudici hanno ritenuto di dover confermare l'applicabilità della giurisprudenza *Bond van Adverteeders* anche nel caso di specie. In un passaggio della sentenza, è stato, infatti, rilevato come «la circostanza che un trattamento medico ospedaliero sia finanziato direttamente dalle casse dell'assicurazione malattia sulla base di convenzioni e di tariffe prestabilite non è comunque tale da sottrarre tale trattamento al settore dei servizi di cui all'art. 60 del Trattato. Si deve infatti ricordare, [...] che l'art. 60 del Trattato non prescrive che il servizio sia pagato da coloro che ne fruiscono»⁷¹. La considerazione sembrerebbe lasciar intendere che l'elemento in esame sia effettivamente rilevante per la qualificazione dell'attività, essendo compreso tra i fattori citati a sostegno dell'applicabilità delle norme sulla libera prestazione dei servizi. Il riferimento non è, però, coerente con l'impostazione generalmente seguita dalla Corte, posto che, in questo modo, si finisce con il riconoscere rilevanza ai fini della qualificazione dell'attività anche al contesto in cui essa si inserisce⁷².

L'esclusiva attenzione nei confronti del rapporto tra il paziente transfrontaliero e il prestatore del servizio di cura comporta una serie di corollari che meritano di essere presi in considerazione. In prima battuta, nessuna rilevanza viene riconosciuta al fatto che, come sottolineato da più parti⁷³, i sistemi sanitari ai quali viene chiesto il rimborso svolgano un'attività che costituisce unicamente espressione del principio di solidarietà e, come tale, priva di rilevanza economica.

⁶⁹ *Müller-Fauré e Van Riet*, cit., punti 55-59.

⁷⁰ *Kobll*, cit., punto 29; *Smits e Peerbooms*, cit., punto 55; *Müller-Fauré e Van Riet*, cit., punto 39; *Watts*, cit., punto 90; *Stamatelaki*, cit., punto 22. Sul punto G. DAVIES, *Welfare as a Service*, cit., pp. 28-29.

⁷¹ *Smits e Peerbooms*, cit., punti 56-57.

⁷² In questo senso conclusioni Avv. Gen. L.A. Geelhoed presentate il 15 dicembre 2005, relative alla causa C-372/04, *Watts*, punto 54.

⁷³ V. HATZOPOULOS, *Financing National Health Care in a Transnational Environment: The Impact of the European Community Internal Market*, in *Wis. Int'l L.J.*, 26, 2009, p. 761; C. NEWDICK, *Accidental Death of a Concept?*, cit., p. 844; A. CYGAN, *Public Healthcare in the European Union: Still a Service of General Economic Interest?*, in *ICLQ*, 57, 2008, p. 532; G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 198.

Questo perché, secondo il ragionamento della Corte, ciò che occorre determinare in questa sede non è se un dato sistema sanitario nazionale possa considerarsi un prestatore di servizi ai sensi del diritto dell'Unione europea, cosa che, tra l'altro, parrebbe doversi escludere almeno per quanto riguarda i servizi sanitari nazionali⁷⁴, ma se le cure ricevute da un paziente in un Paese diverso da quello in cui è assicurato possano qualificarsi come servizi. Per quanto formalmente corretto, questo modo di procedere rischia di non tenere nella giusta considerazione le ricadute che l'applicazione delle norme sulla libera circolazione dei servizi possono avere sulla tenuta dei sistemi nazionali e, in ultima analisi, sulla loro capacità di garantire servizi di qualità su base universale⁷⁵.

Inoltre, ai fini dell'applicazione delle norme sulla libera prestazione dei servizi, risulta irrilevante se le prestazioni mediche siano considerate o meno servizi nell'ordinamento di origine del paziente⁷⁶. Il punto era già stato chiarito dalla Corte in un precedente caso, relativo proprio all'ambito sanitario. In *Grogan*, i giudici non avevano avuto esitazioni nel ritenere che i trattamenti medici finalizzati all'interruzione di gravidanza potessero qualificarsi come servizi ai sensi dell'articolo 57 TFUE⁷⁷, nonostante l'ordinamento in questione, quello irlandese, considerasse tali attività non solo prive di rilevanza economica, ma addirittura vietate⁷⁸.

⁷⁴ Conclusioni Avv. Gen. L.A. Geelhoed, *Watts*, cit., punto 55. La conclusione sembrerebbe trovare una conferma indiretta in una recente sentenza della nostra Corte di Cassazione (Cass. civ., 2 aprile 2009, n. 8093 (ord.), in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, con nota di D. CHINDEMI, pp. 1283-1299), nella quale è stata escluso che il paziente di una struttura sanitaria pubblica o di una convenzionata possa considerarsi 'consumatore', posto che questi non ha la libertà di scegliere dove beneficiare della prestazione, né corrisponde alcun compenso per il servizio. Il ragionamento seguito dalla nostra Suprema Corte porterebbe a ritenere che il Servizio Sanitario Nazionale non possa considerarsi prestatore di servizi ai sensi del diritto comunitario. Una conclusione di segno diametralmente opposta è stata, invece, elaborata in riferimento all'NHS britannico, G. DAVIES, *Health and Efficiency: Community Law and National Health Systems in the Light of Müller-Fauré*, in *MLR*, 2004, pp. 100-101.

⁷⁵ In argomento C. NEWDICK, *Accidental Death of a Concept?*, cit., p. 861.

⁷⁶ In senso critico G. ORLANDINI, *op. cit.*, pp. 196-199.

⁷⁷ *Grogan*, cit., punto 21.

⁷⁸ Art. 40, s. 3, sub-s. 3 della Costituzione irlandese. Per una ricostruzione della vicenda, anche in riferimento alle decisioni adottate sull'argomento dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, si vedano C. BARNARD, *The Substantive Law*, cit., pp. 362-366; T. HERVEY e J. McHALE, *op. cit.*, pp. 144-156.

3.2. *L'autorizzazione preventiva come restrizione alla libera prestazione dei servizi*

L'aspetto sul quale la Corte ha concentrato la propria attenzione riguarda la compatibilità con le norme sulla libera circolazione dei servizi dei meccanismi di autorizzazione ai quali è generalmente subordinata la rimborsabilità delle spese mediche sostenute da un soggetto in Paese membro diverso da quello di origine.

In via preliminare, giova sottolineare come il fatto che la misura statale si rivolga nei confronti del beneficiario del servizio non impedisce il ricorso alle norme sulla libera circolazione⁷⁹. Nonostante, infatti, l'articolo 57 TFUE faccia espresso riferimento al solo spostamento del prestatore, già da tempo la Corte ha avuto modo di chiarire come lo spostamento del beneficiario «ne costituisce il necessario complemento che risponde allo scopo di liberalizzare ogni attività retribuita e non regolata dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, delle persone e dei capitali»⁸⁰. Non è casuale che l'affermazione sia stata elaborata in riferimento ad una vicenda relativa ai servizi sanitari, poiché proprio questo tipo di attività, insieme ai servizi del settore turistico, costituiscono l'ambito nel quale tale modalità circolatoria in esame assume maggiore rilevanza, almeno sotto il profilo quantitativo.

Una normativa nazionale che subordini ad autorizzazione preventiva il rimborso delle spese mediche sostenute dal paziente in uno Stato membro diverso da quello di residenza ha un evidente effetto dissuasivo rispetto alla possibilità che questi si rivolga ad un prestatore stabilito in un altro Paese e deve, quindi, considerarsi una restrizione ai sensi dell'articolo 56 TFUE⁸¹. Questo anche alla luce del

⁷⁹ Lo spostamento del destinatario costituisce una delle modalità attraverso le quali può realizzarsi il movimento transfrontaliero del servizio. Le altre ipotesi sono quella, più classica, in cui a spostarsi è il prestatore e quella in cui si sposta il servizio stesso, senza che né il prestatore, né il destinatario si muovano. È questo il caso, per quanto riguarda l'ambito in esame, della sanità elettronica o *e-health*. Da ultimo, vi sono casi in cui sia il prestatore sia il destinatario sono stabiliti nello stesso Paese e si spostano entrambi per raggiungere il ruolo dove il servizio sarà fornito (il medico che si rechi con il paziente in una clinica in un altro Stato membro). Più in generale sulle diverse modalità di circolazione dei servizi si vedano, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 587-589; R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 228-237; C. BARNARD, *The Substantive Law*, cit., pp. 355-360; M. CONDINANZI e B. NASCIMBENE, *op. cit.*, pp. 336-341.

⁸⁰ *Luisi e Carbone*, cit., punto 10.

⁸¹ Conclusioni Avv. Gen. G. Tesauro, *Kobll*, cit., punto 43. L'impostazione è stata costantemente ripresa e confermata dalla Corte, si vedano *Kobll*, cit., punti 34-35;

fatto che si tratta di un requisito previsto solo per i trattamenti dispensati all'estero e non per quelli erogati dal sistema nazionale.

La Corte tende a risolvere la questione in modo spesso apodittico, tanto che, come giustamente osservato in dottrina, «the finding of a restriction [...] is almost a formality, merely a prelude to the more substantive question of whether it may be justified»⁸². L'atteggiamento non costituisce affatto una prerogativa dell'ambito in esame, derivando piuttosto dall'ampia concezione del termine 'restrizione' generalmente utilizzata dalla Corte. In origine, si riteneva che il divieto di cui all'articolo 56 TFUE si riferisse solo alle cd. misure distintamente applicabili, vale a dire a quei provvedimenti che, per usare la terminologia dell'articolo 57 TFUE, non consentissero al prestatore proveniente da un altro Stato membro «di prestare la sua attività alle stesse condizioni imposte dal Paese ai propri cittadini». Successivamente si è andati oltre l'obbligo del trattamento nazionale, ormai considerato solo il parametro minimo per valutare la legittimità delle restrizioni⁸³. Allo stato attuale, deve ritenersi incompatibile con l'articolo 56 TFUE ogni normativa nazionale che abbia l'effetto di rendere più gravosa, o semplicemente meno attraente, la prestazione di servizi tra Stati membri, rispetto alla prestazione puramente interna⁸⁴. L'evoluzione, fortemente influenzata dalla giurisprudenza *Cassis de Dijon*⁸⁵ relativa alla libera circolazione delle merci⁸⁶, intende ga-

Smits e Peerbooms, cit., punti 61-69; *Müller-Fauré e Van Riet*, cit., punti 41-46; *Watts*, cit., punti 96-98; *Stamatelaki*, cit., punti 26-28; *Elchinov*, cit., punto 41.

² G. DAVIES, *Health and Efficiency*, cit., p. 102. Sul punto si veda, inoltre, D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano 2010, p. 611.

⁸³ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 596; M. CONDINANZI e B. NASCIBENE, *op. cit.*, p. 353.

⁸⁴ Per tutte sentenza 25 luglio 1991, causa 76/90, *Säger*, in *Racc.*, p. 4221, punto 12; sentenza del 5 ottobre 1994, causa C-381/93, *Commissione c. Francia*, in *Racc.*, p. I-5145, punto 17. In senso analogo, più di recente, sentenza del 11 giugno 2009, cause riunite C-155/08 e C-157/08, *X e Passenheim-Van Schoot*, in *Racc.*, p. I-5093, punto 32. Sull'evoluzione in parola si vedano, *ex multis*, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 596-599; R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 251-255; C. BARNARD, *The Substantive Law*, cit., pp. 369-378; M. CONDINANZI e B. NASCIBENE, *op. cit.*, pp. 348-356. Per un'analisi approfondita dei diversi tipi di ostacoli individuati dalla Corte si vedano J. MEULMAN e H. DE WAELE, *A Retreat from Säger? Servicing or Fine-Tuning the Application of Article 49 EC*, in *LIEI*, 2006, pp. 207-228.

⁸⁵ Sentenza del 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Rewe-Zentral*, in *Racc.*, p. 649.

⁸⁶ Su tale rapporto si vedano, per tutti, R. MASTROIANNI, *La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria. I principi generali*, in F. BESTAGNO, L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano 2007, 15-16; J. SNELL, *Goods and Services in EC Law*, Oxford 2002, pp. 65-70.

rantire un effetto utile alle norme sulla libertà di prestazione dei servizi, distinguendole da quelle sul diritto di stabilimento. L'obiettivo, infatti, è evitare che il prestatore occasionale sia sottoposto a tutte le norme nazionali alla pari del prestatore stabilito, una situazione che finirebbe con lo svuotare di significato la libertà in esame⁸⁷.

3.3. *L'ammissibilità della restrizione per talune categorie di trattamenti: i dubbi circa la loro individuazione*

Il diritto dell'Unione europea prevede che gli Stati possano limitare la circolazione dei servizi, ove questo sia espressamente previsto dal Trattato o risponda ad esigenze imperative connesse con l'interesse generale. Occorre, dunque, valutare se l'obbligo di ottenere un'autorizzazione prima di poter richiedere il rimborso delle spese mediche sostenute in un altro Stato membro possa essere giustificato su tali basi.

Come si accennava in precedenza, la questione costituisce il momento decisivo nella valutazione della compatibilità con le norme sul mercato interno dei limiti posti dagli Stati membri alla mobilità dei pazienti⁸⁸. È in questa fase, infatti, che avviene il tentativo di riconciliare i diversi interessi in gioco, cercando una sintesi tra il diritto del singolo, inteso come beneficiario di un servizio, ad accedere alle cure mediche anche in un altro Paese membro e la salvaguardia della dimensione collettiva del diritto alla salute, vale a dire la possibilità per i sistemi sanitari nazionali di continuare ad erogare trattamenti di qualità e accessibili su base universale. L'esame relativo all'ammissibilità o meno dell'obbligo di autorizzazione preventiva costituisce, quindi, il momento chiave per valutare che tipo di impatto il diritto dell'Unione europea potrà avere sull'organizzazione dei sistemi sanitari e, in senso più generale, sullo sviluppo del cd. modello sociale europeo.

La risposta offerta dalla Corte al quesito è duplice, fondandosi, almeno in un primo momento, sulla distinzione tra le prestazioni erogate *intramoenia*, vale a dire all'interno di strutture ospedaliere, e quelle *extramoenia*. Il ricorso alle deroghe previste dal diritto del-

⁸⁷ Come chiarito già nella sentenza del 3 dicembre 1974, causa 33/74, *Van Binsbergen*, in *Racc.*, p. 1279, punti 10-11. Sul punto G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 596-597; R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, cit., pp. 254-255.

⁸⁸ G. DAVIES, *Health and Efficiency*, cit., p. 102. L'A. mette in luce come l'analisi sull'ammissibilità della giustificazione costituisca la vera questione di sostanza, posto che «[i]t is in the latter area that the law does its real work».

L'Unione europea veniva ammessa solo per la prima tipologia di trattamenti, mentre era esclusa per la seconda. In questo modo, si veniva a stabilire una sorta di presunzione di legittimità per le limitazioni imposte in riferimento alle cure ospedaliere e, al contrario, una presunzione di illegittimità per le altre⁸⁹. I motivi di una tale scelta erano stati chiariti in *Müller-Fauré e van Riet*⁹⁰, dove la Corte aveva messo in luce come la distinzione tra le diverse tipologie di trattamenti fosse necessaria per il diverso impatto che l'eliminazione dell'obbligo di autorizzazione preventiva avrebbe potuto avere sull'equilibrio finanziario dei sistemi previdenziali nazionali nei due casi⁹¹. Per quanto riguarda i trattamenti ospedalieri, il requisito dell'autorizzazione preventiva era ritenuta uno strumento di cui le autorità nazionali dovevano poter disporre per programmare adeguatamente «il numero di infrastrutture ospedaliere, la loro ripartizione geografica, la loro organizzazione e le attrezzature di cui sono dotate, o ancora la natura dei servizi medici che sono in grado di fornire»⁹². Tale attività di programmazione era considerata necessaria perché il sistema fosse in grado di erogare servizi di qualità ed accessibili a tutti, evitando, nel contempo, ogni possibile spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane. In questo ambito, la restrizione della libertà dei pazienti di rivolgersi a istituti stabiliti in altri Stati membri era funzionale al soddisfacimento dell'interesse generale e, dunque, giustificata ai sensi del diritto dell'Unione.

Lo stesso, almeno secondo l'impostazione inizialmente accolta dalla Corte, non poteva dirsi per le prestazioni erogate al di fuori delle strutture ospedaliere, quali i trattamenti forniti da professionisti nei loro studi o presso il domicilio del paziente. In questo caso, l'assenza di infrastrutture era considerato un fattore che rendeva meno pressante l'esigenza di programmazione, escludendo, quindi, la possibi-

⁸⁹ C. BARNARD, *The Four Freedoms*, cit., pp. 396-397.

⁹⁰ *Müller-Fauré e Van Riet*, cit., punti 76-98. In senso analogo *Smits e Peerboms*, cit., punto 76.

⁹¹ W. PALM e I.A. GLINOS, *Enabling Patient Mobility in the EU: Between Free Movement and Coordination*, in E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN e T. HERVEY (eds), *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge 2010, pp. 531-532; J.W. VAN DE GRONDEN, *Cross-Border Health Care in the EU and the Organization of the National Health Care Systems of the Member States: The Dynamics Resulting from the European Court of Justice's Decisions on Free Movement and Competition Law*, in *Wis. Int'l L.J.*, 26, 2009, pp. 714-715; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, p. 200; A. DAWES, 'Bonjour Herr Doctor', cit., p. 172; P. VAN NUFFEL, *op. cit.*, p. 258; P. KOUTRAKOS, *Health-care as an Economic Service*, cit., pp. 120-121.

⁹² *Müller-Fauré e Van Riet*, cit., punto 77.

lità di giustificare il mantenimento da parte degli Stati membri dell'obbligo di autorizzazione preventiva.

Proprio in riferimento ai trattamenti *extramoenia*, la Corte aveva avuto modo di rilevare come l'abolizione dell'obbligo di autorizzazione non sembrasse in grado di provocare «spostamenti transfrontalieri di pazienti di una tale rilevanza, [stanti] le barriere linguistiche, la distanza geografica, le spese di soggiorno all'estero e la mancanza di informazioni sulla natura delle cure ivi dispensate»⁹³, non potendosi, quindi, rilevare alcun rischio reale per l'equilibrio finanziario del sistema. L'affermazione, tra l'altro in contrasto con quanto affermato dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle sue conclusioni relative al caso⁹⁴, risulta paradossale⁹⁵. L'elemento che, secondo il ragionamento della Corte, non giustificherebbe il mantenimento del requisito dell'autorizzazione preventiva è la frammentazione del mercato, dovuta alla presenza di una serie di ostacoli che di fatto ne impediscono l'integrazione. Se ne dovrebbe, quindi, dedurre che la legittimazione a restringere la libertà di movimento dei pazienti sia tanto maggiore quanto più il mercato delle prestazioni sanitarie risulti integrato, un risultato che appare il frutto di un corto circuito argomentativo.

In secondo luogo, questo tipo di considerazione conferma il timore che la rimozione degli ostacoli alla libera circolazione dei servizi sanitari attraverso l'applicazione dell'articolo 56 TFUE giovi solo ad una cerchia ristretta di soggetti, i quali, essendo dotati delle necessarie risorse finanziarie e culturali, o più semplicemente per ragioni di collocazione geografica, sono in grado di beneficiare delle

⁹³ *Müller-Fauré e Van Riet*, cit., punto 95. In senso conforme si veda, più di recente, *Commissione c. Portogallo*, cit., punti 76-78.

⁹⁴ Conclusioni Avv. Gen. D. Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 22 ottobre 2002, relative alla causa C-385/99, *Müller-Fauré e Van Riet*, punti 51-52. L'Avvocato Generale mette in luce come esista «un numero relativamente elevato di medici che fruiscono della libertà di stabilimento per esercitare la professione in Stati membri diversi da quello di cui sono cittadini. Nel caso in cui il paziente consulta uno di questi medici che parlano la sua stessa lingua, la barriera linguistica cade. Allo stesso modo, le frontiere linguistiche in Europa sono ben lungi dal coincidere con i confini territoriali degli Stati e, in vaste zone frontaliere, la popolazione spesso si esprime nella lingua del paese confinante. Si pensi, ad esempio, a quel che avviene in Belgio e nei Paesi Bassi, in Lussemburgo e in Germania, in Italia e in Austria, in Svezia e in Finlandia, in Spagna e in Portogallo, o in paesi di lingua identica come Irlanda e Regno Unito, Austria e Germania. Neppure la distanza costituisce un fattore di dissuasione, alla luce del progresso delle comunicazioni in Europa, della tendenza a fissare una seconda residenza in un altro Stato membro, nonché della facilità e della frequenza con cui buona parte della popolazione si sposta in altri paesi per trascorrervi le proprie vacanze.»

⁹⁵ In questo senso P. KOUTRAKOS, *Healthcare as an Economic Service*, cit., pp. 127-128; M. FLEAR, *Case note on Müller-Fauré*, in *CMLR*, 41, 2004, pp. 209-233.

aperture imposte dalla Corte. Si tratta del cosiddetto fenomeno del ‘turismo medico-sociale’⁹⁶, per il quale una *élite* di cittadini è in grado di recarsi in altri Paesi per accedere in tempi più rapidi ai trattamenti sanitari di cui necessita, lasciando che i costi siano sopportati dalla generalità dei contribuenti o degli assicurati⁹⁷. In questo contesto, il rischio paventato da alcuni autori è che la giurisprudenza della Corte finisca per favorire lo sviluppo di un sorta di ‘solidarietà al contrario’⁹⁸. Se così fosse, l’applicazione delle norme sul mercato interno in questo ambito determinerebbe effetti perversi, ribaltando completamente la logica secondo cui operano i sistemi previdenziali nazionali, fondati, come noto, sul principio di solidarietà⁹⁹.

Accanto a questi problemi di carattere sistematico, sui quali si tornerà ancora più avanti, non può trascurarsi come la scelta della Corte di prevedere due regimi di deroga distinti per le prestazioni *intra-moenia* e quelle *extramoenia* presenti difficoltà anche di carattere pratico.

In primo luogo, perché, come sottolineato da più parti, la distinzione non è sempre agevole, stante, ad esempio, l’esistenza di cicli di cura che non si prestano ad essere categorizzati in modo netto, combinando trattamenti di entrambe le tipologie.

La situazione è ulteriormente complicata dalle differenze che caratterizzano i diversi sistemi nazionali sul punto: vi sono, infatti, prestazioni che in alcuni Paesi sono erogate in strutture ospedaliere, mentre in altri no¹⁰⁰. Diventa, perciò, decisivo stabilire se la qualificazione del trattamento debba avvenire con riguardo all’ordinamento di origine del paziente o rispetto a quello di destinazione. Visto che ciò di cui si discute è la legittimità di una misura che mira a tutelare la capacità infrastrutturale dello Stato di origine, sembrerebbe logico accogliere il primo criterio. Tuttavia, vi è il rischio, debitamente sottolineato da una parte della dottrina, che una soluzione di questo tipo si presti ad abusi da parte degli Stati membri e introduca un elemento di forte frammentazione, lasciando che l’applicabilità delle norme dell’Unione dipenda esclusivamente da scelte adottate a livello nazio-

⁹⁶ Sul punto si vedano le considerazioni svolte nelle conclusioni Avv. Gen. Ruiz-Jarabo Colomer, *Smits e Perbooms*, cit., punto 80.

⁹⁷ F. TACCONI, *Freedom of Health and Medical Care Services within the European Union*, in *ZaöRV*, 68, 2008, pp. 205-207; C. NEWDICK, *Citizenship, Free Movement and Health Care*, cit., p. 1646.

⁹⁸ G. ORLANDINI, *op. cit.*, pp. 190-191.

⁹⁹ Sul principio di solidarietà nell’ordinamento dell’Unione europea si veda *supra*, Cap. II, par. 3.2.

¹⁰⁰ T. HERVEY e J. MCHALE, *op. cit.*, p. 136; E. STEYGER, *National Health Care Systems under Fire (But not too Heavily)*, in *LIEI*, 29, 2002, p. 97.

nale¹⁰¹. Anche alla luce di quanto precede, non sorprende che la Corte abbia tradizionalmente utilizzato il secondo criterio, quello ‘del paese di destinazione’. La qualificazione del trattamento è, infatti, avvenuta facendo esclusivo riferimento al luogo in cui la prestazione è stata erogata. Nel caso *Müller-Fauré*, i giudici si erano spinti oltre, arrivando ad ammettere, sebbene solo in termini teorici, la possibilità di equiparare a trattamenti non ospedalieri anche prestazioni erogate in ambiente ospedaliero, ove queste ultime «poss[a]no essere effettuate anche da un medico nel suo studio o in un centro medico»¹⁰². Si tratta di una soluzione che, benché dettata dalla necessità di superare le difficoltà insite nella distinzione in esame, risulta problematica, introducendo ulteriori elementi di incertezza e rischiando di ampliare in modo eccessivo il novero dei trattamenti per i quali non è ammesso l’obbligo di autorizzazione preventiva.

Da ultimo, occorre considerare come via siano casi nei quali l’esigenza di programmazione – elemento su cui si fonda la giustificazione dell’obbligo di autorizzazione per le sole cure ospedaliere – potrebbe sussistere anche per i trattamenti erogati *extra-moenia*. È quanto avviene, ad esempio, qualora la prestazione di servizi medici non ospedalieri richieda l’acquisizione e l’utilizzo di apparecchiature molto costose: anche in questo caso appare necessario salvaguardare la capacità delle autorità nazionali di pianificare adeguatamente l’allocazione delle risorse, esattamente come per i servizi ospedalieri. Proprio facendo leva su tale aspetto, l’Avvocato Generale Sharpston nel caso *Commissione c. Francia*¹⁰³, aveva sostenuto la necessità di superare la tradizionale distinzione tra cure ospedaliere e non ospedaliere, rilevando come l’elemento cruciale per determinare l’ammissibilità dell’obbligo di autorizzazione non avrebbe dovuto essere il luogo fisico in cui è stata erogata la prestazione, quanto l’onerosità del trattamento e la connessa necessità di programmazione da parte delle autorità nazionali.

La soluzione proposta dall’Avvocato Generale è stata, almeno nelle sue linee essenziali, accolta dalla Corte, la quale ha sancito che il re-

¹⁰¹ G. DAVIES, *Health and Efficiency*, cit., p. 103.

¹⁰² *Müller-Fauré e Van Riet*, cit., punto 75.

¹⁰³ Conclusioni Avv. Gen. E. Sharpston presentate il 15 luglio 2010, relative alla causa C-512/08, *Commissione c. Francia*, punti 65-69. Il caso trae origine da un ricorso per infrazione presentato dalla Commissione contro la Francia con il quale veniva contestata la legittimità di una norma del codice di previdenza sociale (art. R.332-3) che subordinava all’obbligo di autorizzazione preventiva il rimborso non solo le spese sostenute per cure ospedaliere, ma anche per quelle che richiedono l’uso di apparecchiature mediche pesanti previste da una specifica disposizione del *Code de la santé publique* (art. L-6122-26).

quisito della previa autorizzazione possa essere ammesso non solo in riferimento a cure erogate in ambiente ospedaliero, ma anche rispetto a trattamenti non ospedalieri che comportino l'uso di apparecchiature mediche pesanti. Questo perché «le apparecchiature mediche pesanti [...] devono poter essere oggetto di una politica di pianificazione [...] soprattutto per quanto riguarda il loro numero e la loro ripartizione geografica, onde garantire sull'intero territorio nazionale un'offerta di cure di alto livello razionalizzata, stabile, equilibrata ed accessibile, ma anche onde evitare, per quanto possibile, gli sprechi di risorse finanziarie, tecniche ed umane»¹⁰⁴. Nel ragionamento della Corte, a differenza di quanto sostenuto dall'Avvocato Generale, il nuovo criterio va a completare, e non a sostituire, quello fondato sul luogo di erogazione del trattamento. In altre parole, deve ritenersi che il requisito della previa autorizzazione sia comunque ammissibile nel caso di trattamenti ospedalieri, a prescindere dal tipo di apparecchiature utilizzate per la loro erogazione.

La nuova impostazione ha il merito di rendere più flessibile l'accertamento della Corte, consentendo una maggiore aderenza ad una realtà fluida e che mal si presta ad essere ridotta in schemi troppo rigidi. Di converso, non può negarsi come per questa via si rischi di introdurre nuovi elementi di incertezza quanto all'applicazione delle norme sulla libera circolazione dei servizi in questo ambito, rendendo ancora più insicuro il confine tra le attività per le quali è ammissibile l'imposizione di un obbligo di previa autorizzazione e quelle escluse da tale novero.

3.4. *Il requisito dell'autorizzazione preventiva al vaglio della Corte*

La possibilità concessa agli Stati di limitare la mobilità dei pazienti nel caso di talune tipologie di trattamenti si fonda sul riconoscimento da parte dei giudici europei della necessità di rispettare la capacità delle autorità nazionali di intervenire per la corretta gestione di un settore che «genera costi notevoli e deve rispondere a bisogni crescenti, mentre le risorse finanziarie che possono essere destinate alle cure sanitarie non sono, quale che sia la modalità di finanziamento usata, illimitate»¹⁰⁵. In un simile contesto, ammettere che debba riconoscersi ai pazienti una libertà assoluta nella scelta dell'istituto ospedaliero a cui rivolgersi potrebbe vanificare ogni sforzo di programmazione, con gravi rischi per la tenuta complessiva del sistema¹⁰⁶. La pianificazione dell'offerta risulta, infatti, necessaria per tenere sotto

¹⁰⁴ *Commissione c. Francia (C-512/08)*, cit., punti 36-42.

¹⁰⁵ *Müller-Fauré e Van Riet*, cit., punto 80.

controllo i costi, evitando, per quanto possibile, sprechi di risorse, nonché per garantire la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure ospedaliere.

Si deve osservare come la Corte, nel valutare l'ammissibilità della restrizione, faccia riferimento ad entrambe le tipologie di clausole di deroga previste dal diritto dell'Unione europea¹⁰⁷. Da un lato, l'obiettivo di prevenire una grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale è considerato motivo imperativo connesso all'interesse generale. Dall'altro, trovano applicazione anche le clausole di deroga espressamente previste dal Trattato e, in particolare, la tutela della sanità pubblica, nel cui ambito applicativo sono fatti rientrare altri obiettivi perseguiti dagli Stati attraverso l'obbligo di autorizzazione preventiva. Si tratta, più nel dettaglio, del mantenimento di adeguati livelli di qualità ed accessibilità dei servizi medico-ospedalieri, nonché della conservazione di una competenza medica nel territorio nazionale, ove la stessa sia necessaria per la sanità pubblica o, addirittura, per la sopravvivenza della popolazione¹⁰⁸.

Merita attenzione il diverso atteggiamento adottato dalla Corte nel valutare la legittimità dell'obbligo di autorizzazione rispetto a quanto avviene per la qualificazione dell'attività¹⁰⁹. In questa fase dell'analisi i giudici danno prova di maggior pragmatismo e flessibilità, valorizzando appieno l'importanza che i servizi in esame rivestono nel contesto socio-economico europeo¹¹⁰. È sicuramente possibile leggere in questa diversità di impostazione la volontà di rassicurare tutti coloro – Stati membri *in primis* – preoccupati per le conseguenze che l'applicazione del diritto sovranazionale potrebbe avere sull'organizzazione dei sistemi previdenziali nazionali e, in ultima analisi, sulla qualità e sull'accessibilità dei servizi da questi erogati.

I segni più evidenti di tale atteggiamento sono soprattutto due. In

¹⁰⁶ C. BARNARD, *The Four Freedoms*, cit., pp. 394-395; G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 183; A. DAWES, *'Bonjour Herr Doctor'*, cit., pp. 172-173.

¹⁰⁷ Sul regime di deroga previsto dal diritto dell'Unione in materia di libera circolazione dei servizi si veda, per tutti, B. NASCIBENE, *Le eccezioni ai principi. Interessi generali e ordine pubblico*, in F. BESTAGNO e L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *op. cit.*, pp. 42-69.

¹⁰⁸ Questa sistematizzazione dei motivi di deroga è stata elaborata dalla Corte per la prima volta in *Smits e Peerbooms*, cit., punti 72-74 e puntualmente ripresa in tutte le pronunce successive.

¹⁰⁹ Sul punto P. KOUTRAKOS, *Healthcare as an Economic Service*, cit., pp. 115-117.

¹¹⁰ *Contra* D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., p. 615. L'A. ritiene che «l'approccio scelto dai giudici sembra aver *de facto* indebitamente privato le autorità pubbliche di un tale potere», vale a dire di programmare e gestire il proprio sistema di *welfare* e la propria politica sanitaria.

primo luogo, merita di essere sottolineata la scelta di fare riferimento alle deroghe fondate sui motivi imperativi di interesse generale, senza, però, indagare in modo approfondito sul carattere della misura restrittiva. Come noto questa tipologia di cause di giustificazione – non espressamente prevista dal Trattato, ma di derivazione pretoria – può trovare applicazione solo nei confronti di misure non discriminatorie o, per utilizzare il linguaggio della Corte, indistintamente applicabili¹¹¹. Sarebbe stato, quindi, lecito aspettarsi che, una volta accertato il carattere restrittivo dell'obbligo di autorizzazione preventiva, i giudici comunitari si fossero interrogati sulla natura dello stesso. Nelle conclusioni relative al caso *Kobll*, l'Avvocato Generale Tesauro aveva sottolineato l'urgenza e la necessità di un simile intervento, soprattutto alla luce delle incertezze e delle contraddizioni che caratterizzano la giurisprudenza della Corte sul punto¹¹². In particolare, l'elemento di maggior difficoltà riguarda l'esatta qualificazione di quelle misure che, come nel caso dell'obbligo di autorizzazione preventiva, pur non risultando formalmente discriminatorie, introducono in ogni caso una disparità di trattamento tra prestatori stabiliti e non stabiliti. In alcuni casi misure di questo tipo sono state considerate distintamente applicabili¹¹³, mentre in altri indistintamente applicabili¹¹⁴, con conseguenze di non poco momento per quanto riguarda il regime di deroga loro applicabile¹¹⁵.

Tuttavia, la Corte si è costantemente sottratta all'invito formulato dall'Avvocato Generale, limitandosi a rilevare come l'obbligo in parola abbia l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra Stati membri più difficile di quella puramente interna ad un singolo Stato e passando poi a valutarne la legittimità con riferimento ad entrambe

¹¹¹ In questo senso sentenza del 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, in *Racc.*, p. I-4165, punto 37.

¹¹² Conclusioni Avv. Gen. G. Tesauro, *Kobll*, cit., punto 50. Sempre in materia di mobilità dei pazienti, la scarsa chiarezza che caratterizza la giurisprudenza della Corte sul punto è stata messa nuovamente in luce nelle Conclusioni Avv. Gen. V. Trstenjak presentate il 14 aprile 2011, relative alla causa C-255/09, *Commissione c. Portogallo*, punto 94.

¹¹³ Sentenza 14 novembre 1995, causa C-484/93, *Svensson e a.*, in *Racc.*, p. I-3955.

¹¹⁴ Sentenza del 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Bachmann*, in *Racc.*, p. I-249.

¹¹⁵ Vale la pena di ricordare che le misure distintamente applicabili possono essere giustificate solo nel caso in cui rientrino nelle deroghe espressamente previste dal Trattato, quali, ai sensi dell'art. 52 TFUE, quelle fondate su motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica. Per le seconde, invece, è prevista la possibilità di fare ricorso a giustificazioni ulteriori fondate sulla tutela di 'esigenze imperative connesse all'interesse generale'.

le tipologie di deroga previste dal diritto dell'Unione¹¹⁶. Si noti come, in questo modo, la Corte non solo abbia sensibilmente ampliato il novero delle ragioni legittimamente invocabili dagli Stati in un ambito sensibile come quello in esame¹¹⁷, ma abbia anche accresciuto il proprio spazio di manovra nella ricerca di un punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco. Non avendo confini rigidamente definiti, l'insieme delle ragioni imperative si presta, infatti, ad essere modellato e, soprattutto, ulteriormente ampliato per far fronte a nuove esigenze quale, nel caso di specie, la tutela della stabilità finanziaria dei sistemi previdenziali nazionali¹¹⁸.

Il secondo elemento che dimostra l'atteggiamento di minor rigore adottato dalla Corte in questa fase dell'analisi è la scelta di ammettere possibili deroghe al divieto di cui all'articolo 56 TFUE, seppur in presenza di motivi aventi carattere economico¹¹⁹. Caratteristica questa che appare evidente rispetto alla salvaguardia dell'equilibrio finanziario del sistema nazionale, ma anche per quanto riguarda il mantenimento di un servizio-medico ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti. Tanto che, proprio in riferimento a questo secondo motivo, è la Corte stessa a rilevare come possa darsi applicazione all'articolo 62 TFUE «anche se tale obiettivo [sia] intrinsecamente connesso alle modalità di finanziamento del sistema previdenziale»¹²⁰.

La scelta sembrerebbe deviare rispetto a uno dei principi cardine in materia, secondo cui il ricorso alla facoltà di deroga, non importa se attraverso l'adozione di misure discriminatorie o non, è ammesso solo per il perseguimento di obiettivi non aventi natura economica¹²¹.

¹¹⁶ C. BARNARD, *The Four Freedoms*, cit., p. 376. L'A. osserva che in questo modo la Corte «avoids the intellectual somersaults involved in deciding whether particular national rules are indistinctly applicable or non-discriminatory».

¹¹⁷ Che tale fattore costituisca un elemento importante per capire l'atteggiamento della Corte è certificato dallo stesso Avvocato Generale Tesauro nelle conclusioni relative al caso *Kobll* (punto 50), dove, accanto all'invito ad un maggior rigore sistematico, si osserva che l'esatta qualificazione della tipologia di restrizione risulta viepiù difficile «vuoi perché l'effetto discriminatorio (in fatto) è fin troppo evidente, vuoi perché le particolarità di un determinato settore inducono a maggiore prudenza».

¹¹⁸ In senso critico sulla tendenza da parte della Corte di ampliare, talvolta oltre il consentito, l'ambito applicativo dei motivi imperativi connessi all'interesse generale si veda R. MASTROIANNI, *I principi generali*, cit., pp. 11-15.

¹¹⁹ In argomento P. KOUTRAKOS, *Healthcare as an Economic Service*, cit., p. 116; T. HERVEY e J. MCHALE, *op. cit.*, pp. 140-141. In senso più ampio si veda, inoltre, R. MASTROIANNI, *I principi generali*, cit., pp. 11-15.

¹²⁰ *Smits e Peerbooms*, cit., punto 73.

¹²¹ In questo senso *Bond van Adverteerders*, cit., punti 32-33; sentenza del 25 luglio 1991, causa 288/89, *Gouda*, in *Racc.*, p. 4007, punto 11; *Svensson*, cit., punto 15; sentenza del 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Ciola*, in *Racc.*, p. I-2517, punto

Tuttavia, la deviazione viene giustificata in riferimento al carattere non esclusivamente economico dell'obiettivo perseguito attraverso l'imposizione dell'obbligo di autorizzazione, avendo questo evidenti ricadute anche sul piano sociale. Nell'opinione della Corte, infatti, solo gli «obiettivi di natura *puramente* economica»¹²² non si prestano ad essere invocati quali motivi di deroga, mentre lo stesso non vale nel caso di obiettivi 'pluridimensionali'. Attraverso l'introduzione dell'avverbio 'puramente', i giudici di Lussemburgo hanno voluto ampliare in misura significativa lo spazio di manovra degli Stati membri, essendo estremamente rari i casi nei quali non sia possibile rilevare 'un secondo fine' oltre a quello economico. D'altro canto, una lettura di segno opposto avrebbe comportato un'indebita restrizione della portata della clausola di deroga, escludendone l'applicabilità anche in casi, come quello di specie, nei quali il perseguimento di un obiettivo di carattere economico risulta intimamente connesso alla protezione di valori sociali essenziali. Per questo motivo, l'impostazione deve senz'altro essere condivisa, segnalando, tra l'altro, il tentativo della Corte di non procedere ad un'applicazione troppo meccanica delle norme sul mercato interno, a favore di una più pragmatica ricerca di un punto di equilibrio tra l'interesse statale a regolare servizi essenziali per la collettività e quello dell'individuo a poter beneficiare di prestazioni mediche di qualità in tempi più rapidi.

L'adozione di un approccio più flessibile non comporta, in ogni caso, la rinuncia da parte della Corte ad esercitare il suo potere di controllo sulle modalità di esercizio della deroga. Ammettere che gli Stati possano restringere la mobilità dei pazienti non significa concedere loro carta bianca nell'esercizio di tale facoltà. La possibilità di sottrarsi ad uno dei principi fondamentali dell'ordinamento sovranazionale – la libera circolazione dei servizi – ha, anche in questo ambito, carattere eccezionale ed è, quindi, ammessa solo se rispettosa degli specifici criteri elaborati dalla Corte stessa¹²³. In particolare, perché l'obbligo di autorizzazione preventiva possa considerarsi legittimo, occorre che, oltre a perseguire un obiettivo di interesse generale – caratteristica questa riconosciuta alla tutela della stabilità finanziaria del sistema sanitario – risulti necessaria per il conseguimento

16, sentenza del 16 gennaio 2003, causa C-388/01, *Commissione c. Italia (musei)*, in *Racc.*, p. I-721, punto 22. Sul punto G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 599-600; R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, cit., p. 258; M. CON-DINANZI e B. NASCIBENE, *op. cit.*, p. 358.

¹²² *Müller-Fauré e Van Riet*, cit., punto 72 (corsivo aggiunto).

¹²³ R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, cit., pp. 261-266; M. CON-DINANZI e B. NASCIBENE, *op. cit.*, pp. 361-363

del fine e proporzionata rispetto allo stesso. Detti requisiti impongono di valutare se la misura adottata sia concretamente idonea allo scopo di tutela alla quale è destinata e se l'obiettivo non potesse conseguirsi con modalità meno restrittive per la circolazione dei servizi.

In tutti i casi relativi alla mobilità intracomunitaria dei pazienti, la Corte ha esercitato un controllo puntuale sul rispetto dei principi enunciati in precedenza¹²⁴. Sintomatico a tale proposito il caso *Stamatelaki*, relativo alla vicenda di un cittadino greco che, soffrendo di un tumore alla vescica, si era rivolto ad una clinica privata londinese. Una volta tornato in patria, egli aveva chiesto il rimborso delle spese sostenute al proprio servizio sanitario, il quale aveva, però, rigettato l'istanza. La normativa greca escludeva, infatti, ogni possibilità di rimborso nel caso in cui le spese costituissero il corrispettivo di trattamenti ricevuti in una struttura privata, ammettendo un'eccezione solo per i ragazzi e i bambini di età inferiore ai quattordici anni. Secondo il governo greco aprire alla possibilità di un rimborso anche per spese sostenute in strutture private avrebbe potuto determinare un potenziale aggravio nell'onere sostenuto dalle casse pubbliche, con rischi evidenti per la sostenibilità dell'intero sistema. Il diniego opposto al sig. Stamatelaki doveva, perciò, ritenersi una misura giustificata anche ai sensi del diritto dell'Unione europea, perseguendo un obiettivo – la salvaguardia della stabilità finanziaria del sistema – la cui legittimità era già stata riconosciuta a più riprese dai giudici di Lussemburgo¹²⁵.

L'argomentazione è stata, però, respinta dalla Corte, la quale ha rilevato come il soddisfacimento del requisito non fosse sufficiente a giustificare una misura evidentemente sproporzionata rispetto al fine perseguito. Il governo greco aveva a disposizione altre possibilità meno restrittive e più rispettose della libertà di prestazione dei servizi per tutelare la solidità finanziaria del servizio sanitario nazionale¹²⁶. Tra queste, ad esempio, la creazione di un regime di autorizzazione preventiva conforme ai limiti imposti dal diritto dell'Unione o l'imposizione di massimali all'importo rimborsabile¹²⁷. Accorgimenti che avrebbero consentito di tenere sotto controllo la spesa sanitaria, senza

¹²⁴ Sul punto si vedano, in particolare, W. GEKIERE, R. BAETEN e W. PALM, *op. cit.*, pp. 482-488; J. NICKLESS, *The Internal Market and the Social Nature of Health Care*, in R. BAETEN, M. MCKEE e E. MOSSIALOS (eds), *The Impact of EU Law on Health Care Systems*, Brussels 2002, pp. 66-69. Si vedano, inoltre, le considerazioni svolte sul punto nelle conclusioni Avv. Gen. E. Sharpston, *Commissione c. Francia*, *cit.*, punti 76-85.

¹²⁵ *Stamatelaki*, *cit.*, punto 33.

¹²⁶ *Ivi*, punti 34-35.

¹²⁷ *Leichtle*, *cit.*, punto 48.

impedire ai soggetti affiliati al proprio sistema sanitario di beneficiare della loro libertà di circolazione.

i) Il controllo sugli aspetti procedurali

Il riferimento ai principi di necessità e proporzionalità elaborati in relazione alle deroghe fondate su ragioni imperative di interesse generale consente alla Corte di esercitare, prima di tutto, un controllo sulle condizioni procedurali da cui dipende la concessione dell'autorizzazione¹²⁸.

Il sindacato della Corte sul punto è particolarmente penetrante²⁹, individuando in modo analitico le condizioni che gli Stati sono chiamati a rispettare. Più nel dettaglio, si prevede che, perché un regime di autorizzazione preventiva possa dirsi legittimo ai sensi del diritto dell'Unione europea, è necessario che sia fondato su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo agli interessati¹³⁰. L'obiettivo è limitare la discrezionalità delle autorità statali nel concedere l'autorizzazione, minimizzando il rischio di esercizio arbitrario della potestà pubblica¹³¹.

Ma non basta, la Corte disciplina in modo preciso anche il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione, prevedendo che esso debba essere facilmente accessibile da parte dei soggetti coinvolti, garantire che la richiesta sia trattata in un tempo ragionevole ed in modo imparziale, nonché prevedere la possibilità di proporre un ricorso giurisdizionale avverso un'eventuale decisione di diniego¹³².

L'ultimo elemento risulta evidentemente essenziale agli occhi dei giudici di Lussemburgo, i quali non si accontentano di un suo rispetto solo formale da parte degli Stati. Così, per garantire che le autorità giurisdizionali nazionali siano in grado di esercitare un controllo effettivo, la Corte arriva ad imporre obblighi ulteriori in capo agli Stati membri¹³³. In primo luogo, questi devono assicurare che i dinieghi di autorizzazione, o i pareri sui quali tali dinieghi si fon-

¹²⁸ C. BARNARD, *The Four Freedoms*, cit., p. 395.

¹²⁹ P. KOUTRAKOS, *Healthcare as an Economic Service*, cit., p. 117. L'A. sostiene che «the proceduralization that the Court appears to introduce» costituisca una delle principali caratteristiche di questo filone giurisprudenziale.

¹³⁰ Si veda, da ultimo, *Elchimov*, cit., punto 44. In senso analogo, in riferimento al settore dei trasporti, si veda sentenza del 20 febbraio 2001, causa C-205/99, *Ana-lir e a.*, in *Racc.*, p. I-1271.

¹³¹ J.W. VAN DE GRONDEN, *Cross-Border Health Care*, cit., p. 723.

¹³² In questo senso si vedano *Smits e Peerbooms*, cit., punto 90; *Müller-Fauré e Van Riet*, cit., punto 85. Su tali criteri A. DAWES, *Bonjour Herr Doctor*, cit., p. 173; T. HERVEY e J. McHALE, *op. cit.*, p. 130, P. VAN NUFFEL, *op. cit.*, p. 261.

¹³³ *Ivi*, p. 262.

dano, rechina l'indicazione della loro base giuridica e siano adeguatamente motivati. Inoltre, occorre che «i giudici cui è presentato un ricorso [debbano] potersi avvalere, se lo ritengono necessario per l'esercizio del controllo loro spettante, del parere di esperti indipendenti che presentino tutte le garanzie di obiettività ed imparzialità»¹³⁴. L'accesso ad un ricorso giurisdizionale effettivo diviene, quindi, il principale parametro per valutare la legittimità 'procedurale' della misura derogatoria in esame¹³⁵.

L'introduzione del requisito non costituisce una garanzia solo per la posizione del singolo, ma, almeno indirettamente, anche per il ruolo che la Corte è in grado di svolgere in tale ambito. Non bisogna, infatti, dimenticare che la maggior parte delle sentenze fin qui adottate hanno avuto ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da un giudice nazionale. Prevedere che tutte le situazioni più controverse debbano necessariamente essere discusse di fronte ad un'istanza giurisdizionale contribuisce, dunque, a consolidare la posizione della Corte, creando i presupposti perché anche le nuove questioni che dovessero sorgere in materia di mobilità dei pazienti siano sottoposte alla sua attenzione¹³⁶.

ii) Il controllo su aspetti sostanziali: a) la determinazione dei trattamenti da rimborsare

Nonostante la sua intensità e pervasività, il controllo esercitato dai giudici europei sulle condizioni procedurali per la concessione dell'autorizzazione non pone particolari problemi di ordine sistematico. La possibilità per gli organi giurisdizionali di esercitare questo tipo

¹³⁴ *Inizan*, cit., punto 49.

¹³⁵ Si noti come lo stesso avviene anche in altri contesti normativi, quale, ad esempio, quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il fatto che le misure nazionali siano suscettibili di essere impugnate di fronte agli organi giurisdizionali costituisce un elemento spesso decisivo del test di proporzionalità applicato dalla Corte per valutare l'adozione di misure derogatorie ai sensi dell'art. 15 CEDU. Nel caso *Aksoy c. Turchia*, sentenza del 18 dicembre 1996, in *ECRR* 1996-VI, punto 81 la Corte aveva negato che le misure antiterrorismo adottate dalle autorità turche fossero legittime ai sensi della CEDU, posto che «the absence of any realistic possibility of being brought before a court to test the legality of the detention meant that he was left completely at the mercy of those holding him». In argomento I. VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in *RDI*, 2005, p. 980.

¹³⁶ P. KOUTRAKOS, *Healthcare as an Economic Service*, cit., pp. 118-119. L'A. mette in luce come questo tipo di evoluzione potrebbe essere foriero di tensioni tra corti nazionali e Corte di giustizia, soprattutto nel momento in cui quest'ultima non fosse «prepared to treat the essential procedural tests it has introduced in its case-law as questions for the national court to decide».

di scrutinio anche in ambiti nei quali la tutela dei diritti individuali è subordinata ad un intervento positivo da parte dello Stato è, infatti, un dato ricorrente, essendo ormai ammessa anche in ordinamenti nei quali l'autonomia degli organi politici nell'adozione di tali scelte allocative ha tradizionalmente costituito un limite pressoché invalicabile per il potere giudiziario¹³⁷.

Lo stesso non può dirsi rispetto alla scelta dei giudici europei di esercitare il proprio controllo anche su profili sostanziali della decisione adottata dalle autorità nazionali. Da un lato, vi è chi mette in luce l'inadeguatezza della Corte, in quanto organo giurisdizionale, a sindacare il merito di decisioni che, comportando l'allocatione di risorse scarse, spettano esclusivamente ad autorità democraticamente elette ed investite di tale responsabilità¹³⁸. Dall'altro, vi è chi ritiene che tale atteggiamento costituisca un'indebita interferenza da parte della Corte, in quanto istituzione dell'Unione europea, in un ambito che il Trattato riserva alla competenza esclusiva degli Stati membri¹³⁹.

Due sono gli aspetti sui quali la Corte si è soffermata in modo particolare: la tipologia di trattamenti ai quali il paziente ha diritto di accedere e se i tempi di attesa possano considerarsi un fattore rilevante nella decisione relativa alla concessione dell'autorizzazione.

La prima questione è stata affrontata in dettaglio nel caso *Smits e Peerbooms*, avente ad oggetto la vicenda di due cittadini olandesi che si erano visti negare il rimborso delle spese mediche sostenute rispettivamente in Germania ed Austria. Il diniego era stato motivato rilevando come i trattamenti ai quali si erano sottoposti non rientravano tra quelli «usuali negli ambiti professionali interessati», condizione questa prevista dalla legislazione olandese affinché una prestazione ricevuta in un altro Paese membro potesse essere presa a carico dal sistema sanitario nazionale e tradizionalmente interpretata come esclusivamente riferita agli ambiti medici olandesi. Entrambi i soggetti si erano, infatti, sottoposti a cure non normalmente praticate

¹³⁷ È questo il caso, ad esempio della Gran Bretagna, dove i limiti posti alla possibilità di ingerirsi nelle scelte allocative adottate dagli organi politici sono ancora piuttosto rigidi, nonostante il progressivo ammorbidimento della cd. *due deference doctrine*. Sul punto di recente di veda A. YOUNG, *In Defence of Due Deference*, in *MLR*, 72, 2009, pp. 554-580.

¹³⁸ E. SZYSZCZAK, *Modernising Healthcare: Pilgrimage for the Holy Grail?*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGARD e J. VAN DE GRONDEN (eds), *op. cit.*, pp. 194-195; C. NEWDICK, *Accidental Death of a Concept?*, *cit.*, pp. 850-851; ID., *Citizenship, Free Movement and Health Care*, *cit.*, pp. 1651-1653.

¹³⁹ G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 186.

in Olanda, se non, come nel caso del trattamento ricevuto dal signor Peerbooms, a titolo sperimentale¹⁴⁰.

Investita della questione, la Corte ha rilevato che il requisito, così come interpretato dalle autorità olandesi, fosse incompatibile con le norme sul mercato interno, in quanto non oggettivo e discriminatorio. L'applicazione di un siffatto criterio avrebbe, infatti, avuto l'effetto di restringere il novero dei trattamenti rimborsabili ai soli normalmente praticati nei Paesi Bassi, finendo, secondo l'opinione dei giudici, con il favorire i prestatori olandesi. Per evitare tali effetti distorsivi, la Corte ha sancito che la determinazione dei trattamenti rimborsabili non possa essere effettuata in riferimento ad uno specifico contesto nazionale, ma in base «a quanto sufficientemente comprovato e consolidato nella scienza medica internazionale»¹⁴¹.

La soluzione è stata fortemente criticata sia sotto il profilo del merito, sia in riferimento alle sue conseguenze sul piano sistematico. Quanto al primo aspetto, i problemi maggiori attengono proprio al riferimento fatto alla scienza medica internazionale, qui intesa come garanzia assoluta di una maggiore oggettività nel determinare i trattamenti rimborsabili. L'impostazione tradisce una concezione semplicistica della scienza medica e delle modalità con le quali sono assunte le decisioni in tale ambito. Il dato scientifico non è l'unico elemento rilevante, essendo svariati i fattori che incidono sul risultato del processo deliberativo, quali, tra gli altri, le aspettative dei pazienti, le preferenze dei medici, la disponibilità delle risorse, o l'ingerenza del potere politico. In un simile contesto parlare di oggettività è quanto meno problematico¹⁴², posto che, come sottolineato in dottrina, «what is considered normal health and what constitutes sickness or impairment are negotiable and the conventions vary from community to community»¹⁴³. Questo è tanto più vero con riguardo a trattamenti

¹⁴⁰ Più nel dettaglio, la signora Smits, affetta dal morbo di Parkinson, si era sottoposta ad un trattamento multidisciplinare di tale malattia, il quale prevedeva cure fisioterapiche e ergoterapici, nonché un'assistenza socio-psicologica. Il signor Peerbooms era entrato in coma a seguito di un incidente automobilistico ed era stato trasferito alla clinica universitaria di Innsbruck (Austria) per essere sottoposto ad una speciale terapia intensiva mediante neurostimolazione, una tecnica che nei Paesi Bassi è in uso a titolo sperimentale solo in due centri e non è accessibile ai pazienti di età superiore ai 25 anni.

¹⁴¹ Smits e Peerbooms, cit., punto 94.

¹⁴² Sul punto J. McHALE, *Framing a Right to Treatment in English Law? Watts in Retrospective*, in *MJECL*, 14, 2007, pp. 273-275; G. ORLANDINI, *op. cit.*, pp. 186-187.

¹⁴³ R. PORTER, *The Greatest Benefit to Mankind – A Medical History of Humanity from Antiquity to the Present*, New York 1997, p. 36. Sul punto si veda, inoltre, C. NEWDICK, *Citizenship, Free Movement and Health Care*, cit., pp. 1658-

sperimentali, i quali sono spesso oggetto di dibattito e profonde divisioni anche nella scienza medica internazionale.

Venendo ora alla seconda dimensione, è giocoforza ammettere che la scelta di sindacare il criterio utilizzato dalle autorità nazionali per determinare quali trattamenti medici debbano essere rimborsati costituisca un'indubbia ingerenza in un ambito tradizionalmente riservato alla competenza esclusiva degli Stati membri¹⁴⁴. In questo caso la Corte si spinge fino ad imporre l'utilizzo di un criterio specifico – il riferimento alla scienza medica internazionale – per determinare l'ampiezza della copertura garantita dal sistema sanitario nazionale. La soluzione risulta difficilmente conciliabile con l'assunto secondo cui il diritto dell'Unione non può imporre agli Stati di ampliare l'elenco delle prestazioni prese a carico dai loro sistemi sanitari, il quale costituisce un corollario del principio, stabilito dall'articolo 168 TFUE, in base al quale l'organizzazione dei sistemi previdenziali rileva della competenza esclusiva statale¹⁴⁵. Vi è, dunque, un potenziale problema di compatibilità tra quanto affermato dalla Corte e il Trattato, alla luce del fatto che «there is no basis in the Treaty free movement of services provisions to [...] impose substantive criteria on when, if at all, the right to seek treatment in a non contracted institution should be recognised»¹⁴⁶. Inoltre, l'atteggiamento della Corte contrasta con quanto deciso in riferimento all'articolo 22 del Regolamento (CEE) n. 1408/71, il quale era stato modificato proprio nel senso di limitare l'obbligo di rimborso alle sole cure mediche già coperte dal sistema nazionale, in risposta ad alcune pronunce nelle quali la Corte aveva indebitamente ampliato la portata della disposizione¹⁴⁷.

iii) b) la tempestività del trattamento quale fattore rilevante per la legittimità dell'obbligo di autorizzazione

Molti ordinamenti nazionali, sulla scorta di quanto previsto dalla normativa sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, stabiliscono che l'autorizzazione debba obbligatoriamente essere concessa nel caso in cui il trattamento risulti necessario per il paziente. Se-

1659. L'A. sottolinea come «nymphomania and homosexuality have in the past been perceived as illnesses, but attitudes change.»

¹⁴⁴ G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 187; T. HERVEY e J. McHALE, *op. cit.*, pp. 138-139.

¹⁴⁵ Si noti come il riferimento a tali principi ritorni in modo quasi ossessivo in tutte le sentenze della Corte. In tal senso sentenza del 7 febbraio 1984, causa 238/82, *Duphar e a.*, in *Racc.*, p. 523, punto 16, *Kobll*, cit., punto 17, *Smits e Peerbooms*, cit., punto 44, *Müller-Fauré e Van Riet*, cit., punto 100; *Watts*, cit., punto 121; *Elchinov*, cit., punto 58.

¹⁴⁶ E. SPAVENTA, *Public Services and European Law*, cit., p. 289.

¹⁴⁷ Sul punto si veda *supra*, par. 1.

condo una giurisprudenza ormai costante, il requisito deve essere interpretato nel senso di impedire un diniego dell'autorizzazione in tutti i casi in cui «un trattamento identico o che presenti lo stesso grado di efficacia per il paziente [non] possa essere tempestivamente ottenuto»¹⁴⁸ in una struttura ospedaliera appartenente al sistema sanitario dello Stato di residenza. La formulazione scelta dalla Corte differisce da quella utilizzata dalle norme sul coordinamento sistemi nazionali di sicurezza sociale.

L'articolo 22 del Regolamento (CEE) n. 1408/71 prevedeva, infatti, che l'autorizzazione non potesse essere negata ove le cure richieste dal paziente non fossero disponibili «entro il lasso di tempo normalmente necessario per ottenere il trattamento in questione nello Stato membro di residenza.» L'impostazione scelta dai giudici appare più favorevole per il paziente rispetto a quella codificata dal Regolamento (CEE) n. 1408/71¹⁴⁹. La disposizione normativa sembrava, infatti, sancire l'irrelevanza degli eventuali ritardi 'normali', ad esempio perché dovuti a fattori strutturali, per determinare la tempestività del trattamento disponibile nello Stato di residenza. La Corte, con un intervento che potremmo definire *praeter legem*, ha, però, eliminato ogni differenza tra i due regimi, chiarendo come anche la condizione prevista dal testo normativo possa ritenersi soddisfatta solo ove risulti che «un trattamento identico o che presenti lo stesso grado di efficacia per il paziente possa essere tempestivamente ottenuto nello Stato membro di residenza»¹⁵⁰.

Le indicazioni fornite dalla Corte sul punto sono state recepite solo in parte a livello normativo. L'articolo 20 del Regolamento (CE) n. 883/2004 prevede, infatti, che l'obbligo di autorizzazione sussista qualora la cura non possa essere fornita «entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico, tenuto conto dell'attuale stato di salute dello stesso e della probabile evoluzione della sua malattia». Ancora una volta, la dicitura scelta sembrerebbe sancire la necessità di determinare la tempestività del trattamento alternativo messo a disposizione dal sistema nazionale non solo in riferimento alla condizione del paziente, ma tenendo anche in considerazione le esigenze del sistema. Resta da vedere se il tentativo di contrastare le modifi-

¹⁴⁸ *Smits e Peerbooms*, cit., punto 103.

¹⁴⁹ In questo senso P. VAN NUFFEL, *op. cit.*, p. 263; A.P. VAN DER MEI, *Cross-border Access to Medical Care within the European Union: Some Reflections on Gerrets-Smits and Peerbooms and Vabraekel*, in *MJECL*, 2002, p. 206.

¹⁵⁰ *Inizan*, cit., punto 45; *Elchinov*, cit., punto 65. La medesima lettura era stata accolta anche nelle conclusioni Avv. Gen. P. Cruz Villalón presentate il 10 giugno 2010, relative alla causa C-173/09, *Elchinov*, punti 77-80.

che imposte in via giurisprudenziale avrà successo o se, anche in questo caso, la Corte deciderà di interpretare il requisito uniformandolo a quanto elaborato in applicazione delle norme sulla libera circolazione dei servizi.

D'altro canto, merita di essere sottolineato il riferimento alla condizione clinica presente e futura del paziente quale elemento rilevante per determinare la tempestività del trattamento. La novità riprende e codifica un elemento costante nella giurisprudenza sulla mobilità dei pazienti, tradizionalmente molto attenta al dato individuale. La Corte ha chiarito a più riprese che, per valutare se il trattamento disponibile presso un istituto appartenente al sistema sanitario dello Stato di residenza possa dirsi tempestivo, legittimando, quindi, il rigetto della richiesta di autorizzazione, occorra tenere conto del quadro clinico attuale del paziente, nonché dei suoi antecedenti¹⁵¹. Nel caso *Müller-Fauré e Van Riet* è stato ulteriormente precisato come tra gli elementi potenzialmente rilevanti figurino anche il grado di dolore e la tipologia di infermità che affligge il soggetto, in quanto fattori che potrebbero «rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di un'attività professionale»¹⁵².

La grande attenzione dedicata alla condizione del soggetto richiedente contrasta con la limitata considerazione riservata alle esigenze del sistema. La Corte pare addirittura voler suggerire che la tempestività del trattamento debba essere valutata alla luce del solo dato individuale. Infatti, in nessun caso è stata anche solo paventata la possibilità di giustificare un ritardo nell'erogazione del servizio adducendo esigenze organizzative inerenti al sistema sanitario nazionale¹⁵³.

L'esempio più evidente in tal senso è dato dalle considerazioni svolte dalla Corte sulla possibilità di ritenere l'esistenza di liste d'attesa come un fattore rilevante per determinare la tempestività del trattamento e, di conseguenza, per giustificare il diniego di autorizzazione. La questione tocca un punto estremamente sensibile sotto il profilo politico e ha suscitato un forte dibattito non solo nella letteratura scientifica¹⁵⁴. Le liste d'attesa sono uno strumento largamente utilizzato nei sistemi sanitari di tutta Europa per far fronte alla cronica inadeguatezza delle risorse disponibili, consentendo di stabilire

¹⁵¹ *Smits e Peerbooms*, cit., punto 104.

¹⁵² *Müller-Fauré e Van Riet*, cit., punto 90. In senso conforme conclusioni Avv. Gen. P. Cruz Villalón, *Elchinov*, cit., punto 78. Sul punto P. KOUTRAKOS, *Health-care as an Economic Service*, cit., p. 122. L'A. considera tale riferimento all'attività professionale un'ulteriore prova dello 'strabismo mercantile' della Corte.

¹⁵³ C. NEWDICK, *Accidental Death of a Concept?*, cit., p. 856.

¹⁵⁴ J.W. VAN DE GRONDEN, *Cross-Border Health Care*, cit., pp. 724-725; A. CYGAN, *op. cit.*, p. 547 spec. nota 64.

una priorità tra i diversi trattamenti, così da favorire quelli ritenuti più urgenti. Il loro utilizzo risponde alla necessità di programmare l'assistenza medica, esigenza ineludibile anche agli occhi della Corte, soprattutto per quanto riguarda le prestazioni erogate in strutture ospedaliere¹⁵⁵. Ed è per questo che molti Stati ritenevano che l'esistenza di liste d'attesa 'ragionevoli' potesse giustificare la decisione di negare l'autorizzazione a recarsi presso un istituto sanitario non appartenente al sistema sanitario nazionale. Solo così sarebbe stato possibile evitare che i pazienti, avvalendosi dei diritti loro riconosciuti dalla Corte, avessero la possibilità di aggirare i tempi di attesa, mettendo a rischio l'efficacia degli sforzi di programmazione profusi dalle autorità nazionali.

La questione è stata affrontata in dettaglio nella sentenza *Watts*, relativa al caso di un'anziana signora inglese recatasi in Francia per sottoporsi ad un'operazione all'anca dopo che il *Bedford Primary Care Trust* – la branca dell'NHS competente territorialmente – aveva rifiutato di rilasciarle l'autorizzazione a recarsi all'estero, adducendo quale motivazione l'avvenuto inserimento del suo caso nella lista d'attesa prevista per questo tipo di interventi. Più in particolare, la signora *Watts* era stata classificata tra i casi di *routine*, il che significava un'attesa di circa un anno, poi ridotta a quattro mesi in seguito ad una visita cui si era sottoposta nel periodo immediatamente successivo. Secondo il governo britannico, intervenuto nel corso del procedimento, tale lasso di tempo doveva considerarsi compatibile con il requisito della tempestività, essendo il frutto di scelte legittimamente adottate dalle competenti autorità nazionali¹⁵⁶.

La Corte ha, però, rigettato l'argomentazione, negando che la mera esistenza di una lista di attesa possa considerarsi fattore sufficiente per giustificare una restrizione alla mobilità dei pazienti. Perché possa dirsi legittimo ai sensi delle norme sul mercato interno è necessario che il meccanismo preveda una «valutazione medica oggettiva della situazione clinica del paziente, della sua anamnesi, dell'eventuale decorso della sua malattia, dell'intensità del suo dolore e/o della natura della sua infermità al momento della presentazione o del rinnovo della domanda di autorizzazione» e non si limiti ad utilizzare «priorità cliniche prestabilite in termini generali»¹⁵⁷.

Anche in questa circostanza il dato individuale sembrerebbe, dunque, prevalere sulle esigenze collettive di cui le liste d'attesa costitui-

¹⁵⁵ Sul punto si veda *supra*, par. 3.4.

¹⁵⁶ J. BAQUERO CRUZ, *The Case Law*, cit., pp. 87-89; J. McHALE, *op. cit.*, pp. 263-271; F. TACCONI, *op. cit.*, pp. 196-200; M. COUSIN, *op. cit.*, p. 184.

¹⁵⁷ *Watts*, cit., punto 119.

scono espressione⁵⁸. La tutela del diritto alla salute del singolo ha indotto la Corte a trascurare l'importanza della funzione perseguita attraverso l'utilizzo dello strumento in esame. Il quale, a differenza di quanto riduttivamente affermato dall'Avvocato Generale Geelhoed, non risponde «a considerazioni di carattere puramente economico»⁵⁹, svolgendo, al contrario, un ruolo importante nella gestione e nella programmazione dell'offerta ospedaliera, ad esempio nel garantire l'accessibilità e la qualità delle prestazioni erogate. Il superamento su base individuale delle liste, per quanto indubbiamente positivo dal punto di vista del singolo beneficiario, potrebbe essere foriero di conseguenze negative per la tenuta del sistema, riducendo la capacità di pianificazione delle autorità nazionali¹⁶⁰. Una soluzione che, tra l'altro, risulta difficilmente compatibile con la riconosciuta necessità di garantire agli Stati membri la possibilità di programmare in modo adeguato l'offerta dei servizi erogati in ambito ospedaliero. È auspicabile, quindi, che la Corte, pur senza rinunciare ad esercitare il proprio controllo, superi questa sorta di presunzione di illegittimità delle liste d'attesa, valorizzando maggiormente le finalità sociali perseguite attraverso il loro utilizzo.

3.5. *La determinazione del rimborso attraverso l'applicazione congiunta dell'articolo 56 TFUE e della normativa sul coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale*

L'articolo 56 TFUE riconosce ai pazienti il diritto di ottenere il rimborso delle spese mediche sostenute in un altro Paese membro unicamente secondo le condizioni e le tariffe previste dalla legislazione del loro Stato di residenza. Viceversa, l'articolo 35 del Regolamento (CE) n. 883/2004, così come già l'articolo 36 del Regolamento (CEE) n. 1408/71, garantisce loro la piena copertura delle spese sostenute, imponendo l'applicazione delle modalità previste dallo Stato di soggiorno. Lo stesso vale anche nel caso di diniego dell'autorizzazione rivelatosi in seguito infondato, in quanto contrastante con le condizioni imposte dal diritto dell'Unione¹⁶¹.

Il rimborso ottenibile ai sensi del Regolamento risulta dunque più

¹⁵⁸ G. ORLANDINI, *op. cit.*, pp. 187-188; A. CYGAN, *op. cit.*, pp. 547-550.

¹⁵⁹ Conclusioni Avv. Gen. L.A. Geelhoed, *Watts*, cit., punto 84. Per una critica severa dell'approccio utilizzato dall'Avvocato Generale si veda C. NEWDICK, *Accidental Death of a Concept?*, cit., p. 855.

¹⁶⁰ In questo senso C. NEWDICK, *Citizenship, Free Movement and Health Care*, cit., pp. 1661-1663.

¹⁶¹ In questo senso *Watts*, cit., punto 125.

conveniente per il paziente rispetto a quanto previsto ai sensi delle norme sulla libera circolazione dei servizi. Solo nel primo caso vi è, infatti, la garanzia che le spese sostenute saranno integralmente rimborsate dallo Stato di residenza¹⁶². Se così è, si potrebbe ritenere che il canale aperto dalla Corte attraverso l'applicazione delle norme sulla libera prestazione dei servizi risulti, almeno per quanto riguarda i trattamenti ospedalieri o assimilati¹⁶³, poco significativo dal punto di vista pratico. Per questo tipo di cure, infatti, la Corte ammette la possibilità per gli Stati di prevedere un obbligo di autorizzazione preventiva, la cui concessione è subordinata alle stesse condizioni deducibili dalle disposizioni in materia di coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale. Come osservato dalla Corte, infatti, «*in un caso e nell'altro* [...] la questione è se i trattamenti ospedalieri richiesti dallo stato di salute dell'interessato possano essere dispensati sul territorio dello Stato membro della sua residenza entro un lasso di tempo accettabile che mantenga la loro utilità ed efficacia»¹⁶⁴.

In realtà, l'articolo 56 TFUE conserva una propria ragion d'essere anche in questo ambito, essendo utilizzato per garantire ai pazienti transfrontalieri condizioni di rimborso più favorevoli rispetto a quelle previste dalle norme sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Sconfessando l'assunto secondo cui i due regimi costituiscono canali separati ed alternativi¹⁶⁵, i giudici di Lussemburgo sono giunti ad applicare il diritto primario in via sussidiaria rispetto al diritto derivato, così da ampliare la portata di quest'ultimo¹⁶⁶.

¹⁶² Occorre, inoltre, sottolineare come il paziente che abbia ottenuto l'autorizzazione a recarsi presso un centro di cura stabilito in un Paese membro diverso da quello di residenza non è tenuto a pagare il costo della prestazione, posto che lo stesso sarà pagato direttamente dal sistema sanitario di appartenenza. Sul punto e per un'analisi ad ampio raggio dei rapporti tra i due regimi si veda V. HATZOPOULOS, *Killing National Health*, cit., pp. 696-702.

¹⁶³ Il discorso è diverso per quanto riguarda i trattamenti *extramoenia* che non comportino l'utilizzo di attrezzature pesanti, per i quali l'applicazione dell'art. 56 TFUE ha comportato l'eliminazione del requisito dell'autorizzazione preventiva, rafforzando in modo sensibile la posizione dei pazienti transfrontalieri.

¹⁶⁴ *Watts*, cit., punto 60 (corsivo aggiunto).

¹⁶⁵ *Vanbraekel*, cit., punto 36; *Inizan*, cit., 19-21; *Watts*, cit., punto 48.

¹⁶⁶ L'utilizzo congiunto dei due canali è oggetto di forti contestazioni da parte degli Stati, come dimostra il caso *Commissione c. Spagna* (ricorso del 20 maggio 2008, causa C-211/08, in GU C197 del 02.08.2008). Tale caso risulta rilevante ai fini del presente lavoro sebbene non riguardi la questione della mobilità dei pazienti, essendo relativo al rimborso delle spese mediche sostenute in occasione di un soggiorno temporaneo in un altro Paese Membro. Nel corso del procedimento, la Spagna, sostenuta dal Belgio, ha sostenuto che le disposizioni in materia di coordinamento dei regimi di sicurezza sociale costituissero una normativa speciale per il settore sanitario, tesa a garantire il rispetto per le competenze statali per quanto con-

Per questa via, è stato stabilito che, nel caso in cui l'applicazione delle tariffe dello Stato di soggiorno porti a riconoscere al paziente un rimborso inferiore a quanto lo stesso avrebbe ricevuto qualora il medesimo trattamento fosse stato erogato nello Stato di affiliazione, quest'ultimo è tenuto a farsi carico della differenza¹⁶⁷. L'obbligo, evidentemente esorbitante rispetto a quanto richiesto dal Regolamento, è fatto derivare proprio dall'articolo 56 TFUE, il quale vieta che ai pazienti transfrontalieri sia riservato un trattamento meno favorevole rispetto a quello previsto per il paziente che non si avvalga della libertà di circolazione¹⁶⁸. Il ragionamento della Corte prevede, dunque, la possibilità di un'applicazione congiunta dei due regimi: in prima battuta, viene fatto riferimento a quanto previsto dalle disposizioni sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e, in via secondaria ed eventuale, alle norme di diritto primario sulla libera circolazione dei servizi, così da garantire al paziente un trattamento di maggior favore¹⁶⁹.

Il principio secondo cui gli Stati sono tenuti a compensare l'eventuale differenza tra il rimborso previsto dal Paese di soggiorno e quello del Paese di residenza è stato ribadito, ed ulteriormente chiarito, anche in riferimento al servizio sanitario nazionale britannico, un sistema che, come noto, prevede che l'erogazione delle prestazioni avvenga gratuitamente per il beneficiario. Pur ribadendo l'impostazione vista in precedenza, in questo contesto la Corte ha distinto due diverse situazioni. La prima riguarda il caso in cui la legislazione nazionale preveda la copertura integrale dei costi del trattamento ero-

cerne l'organizzazione e il funzionamento dei loro sistemi sanitari. L'impostazione è stata, però sconfessata dall'Avvocato Generale Mengozzi, il quale ha messo in luce come i due regimi costituiscano sì «due sistemi autonomi», ma, al tempo stesso, complementari, senza che sia possibile ravvisare alcuna gerarchia tra gli stessi (conclusioni Avv. Gen. P. Mengozzi presentate il 25 febbraio 2010, relative alla causa C-211/08, *Commissione c. Spagna*, punti 70-72). La Corte ha confermato la possibilità di un utilizzo congiunto dei due regimi, salvo, quanto all'entità del rimborso, tra cure 'programmate' e quelle 'improvvisate'. Per queste ultime è stata esclusa la sussistenza di un obbligo di integrazione da parte delle autorità nazionali nel caso in cui il livello di copertura nello Stato membro di soggiorno sia inferiore a quello dello Stato di appartenenza (Sentenza 15 giugno 2010, causa C-211/08, *Commissione c. Spagna*, non ancora pubbl. in Racc., punti 40-69.)

¹⁶⁷ *Vanbraekel*, cit., punto 53; *Elchimov*, cit., punto 78.

¹⁶⁸ Tale disparità di trattamento costituisce, infatti, una restrizione che non può giustificarsi facendo riferimento alla necessità di salvaguardare la tenuta finanziaria del sistema, posto che i costi da sopportare sono quelli previsti dal sistema stesso. In questo senso *Vanbraekel*, cit., punto 51. Sul punto G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 202.

¹⁶⁹ Il recepimento da parte degli Stati di tale obbligo si sta rivelando problematico, come dimostrano le procedure di infrazione aperte dalla Commissione nei confronti di alcuni Stati membri, quale, ad esempio, la Francia o il Lussemburgo.

gato. In riferimento a tale situazione la Corte ha chiarito come non possa rilevarsi alcuna restrizione e, dunque, alcun obbligo di intervento in capo al servizio sanitario di affiliazione, posto che il paziente, non essendo tenuto ad alcun esborso, viene a trovarsi nelle stesse condizioni previste per le prestazioni erogate nell'ambito del sistema di appartenenza¹⁷⁰. Al contrario, i giudici hanno rilevato come l'obbligo di compensazione da parte del servizio sanitario di affiliazione sussista in tutti i casi in cui non vi sia la copertura integrale dei costi. Se così non fosse, infatti, il paziente transfrontaliero si troverebbe in una posizione peggiore rispetto a quella in cui sarebbe stato nel caso in cui si fosse rivolto ad una struttura appartenente al proprio sistema sanitario, una situazione che, come si è già avuto modo di vedere, costituirebbe una restrizione ai sensi dell'articolo 56 TFUE¹⁷¹.

L'utilizzo delle disposizioni sulla libera circolazione dei servizi in funzione complementare rispetto alle norme sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale è riproposto anche per quanto attiene la rimborsabilità delle spese accessorie, quali, ad esempio, i costi di viaggio o per l'alloggio¹⁷². Le norme sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale prevedono solo la copertura delle spese mediche in senso proprio, nonché di quei costi ad esse indissociabilmente colle-

¹⁷⁰ *Watts*, cit., punto 130. La Corte ha così rigettato l'argomentazione della signora Watts, secondo la quale sosteneva la sussistenza di un obbligo in capo al Paese di residenza di coprire in ogni circostanza l'integralità della differenza tra il costo del trattamento erogato e quello del trattamento equivalente disponibile nello Stato di residenza. Secondo i giudici, infatti, l'accoglimento di tale posizione avrebbe messo il paziente nelle condizioni di beneficiare «di un livello di copertura eccedente la portata del diritto di cui dispone nei confronti del servizio sanitario nazionale cui appartiene» (punto 132). Sul punto M. COUSINS, *op. cit.*, p. 189. L'A. mette in luce come il ragionamento sia in realtà «flawed», posto che «Mrs. Watts would not have been entitled to treatment abroad *at all* under the UK national health system». L'impostazione è stata comunque confermata in *Elchinov*, cit., punto 79.

¹⁷¹ *Watts*, cit., punto 131. Il governo britannico sosteneva che le caratteristiche del sistema rendevano estremamente difficoltoso, quando non impossibile, l'oggettiva determinazione del costo del trattamento equivalente messo a disposizione dal servizio sanitario nazionale, impedendo, quindi, di verificare la necessità dell'intervento compensativo dello Stato. La Corte ha, però, rigettato l'argomentazione facendo notare come anche nell'ordinamento britannico, così come in quelli che presentano caratteristiche analoghe, siano comunque presenti «norme che mirano a determinare l'importo delle spese che devono in linea di massima essere fatturate ad alcuni pazienti stranieri, da essi pagati, per trattamenti dispensati in un istituto ospedaliero che appartiene al servizio sanitario nazionale» (punto 133). In senso critico sul punto M. COUSINS, *op. cit.*, p. 189.

¹⁷² Sul punto J.W. VAN DE GRONDEN, *Cross-Border Health Care*, cit., pp. 721-722; F. TACCONI, *op. cit.*, pp. 204-205.

gati, escludendo, quindi, tutti gli oneri aventi un legame meno diretto con il trattamento ricevuto¹⁷³. Anche in questo caso, però, il ricorso all'articolo 56 TFUE ha consentito alla Corte di andare oltre ai limiti fissati a livello normativo. Muovendo dall'assunto secondo cui le norme sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale «non prescriv[ono], ma nemmeno vieta[no]»¹⁷⁴ di prevedere la rimborsabilità di altre tipologie di spesa, i giudici hanno decretato il carattere restrittivo di una norma che escluda la copertura delle spese accessorie sostenute dal paziente transfrontaliero quando la loro rimborsabilità sia invece prevista nel caso di prestazioni erogate da una struttura appartenente al sistema sanitario nazionale. Così, se uno Stato prevede che il trasferimento verso gli ospedali nazionali sia a carico del proprio sistema sanitario, non potrà negare il rimborso di tali spese a coloro che si rechino presso strutture stabilite in altri Paesi membri.

L'obiettivo è la rimozione di ostacoli che costituiscono un indubbio disincentivo alla mobilità dei pazienti, essendo «senz'altro tali da ripercuotersi direttamente sulla scelta del luogo di cura»¹⁷⁵ e, come tali, rappresentando un forte impedimento ad un'integrazione effettiva del mercato dei servizi sanitari¹⁷⁶. Ancora una volta, però, il rischio è che l'attenzione verso gli interessi dei singoli pazienti porti a trascurare la dimensione collettiva del diritto di accesso alle cure ospedaliere, con la possibilità di ricadute negative per l'intero sistema. Come giustamente osservato in dottrina, «it may be very nice to have a system whereby an individual patient can opt for the more favourable approach to reimbursement of costs (of the host or competent State) but somebody has to administer and finance this system»¹⁷⁷. L'applicazione congiunta di entrambi i canali di accesso alle cure in Paesi diversi da quello di residenza – quello disciplinato dalle norme sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e quello fondato sulla libera prestazione dei servizi – è sicuramente molto positivo dal

¹⁷³ Il punto è confermato dalla Corte a più riprese. Per tutte si veda *Watts*, cit., punto 136

¹⁷⁴ *Watts*, cit., punto 138.

¹⁷⁵ *Leichtle*, cit., punto 36.

¹⁷⁶ A.P. VAN DER MEL, *Free Movement of Persons within the European Community. Cross-border Access to Public Benefits*, Oxford 2003, p. 311.

¹⁷⁷ M. COUSINS, *op. cit.*, p. 192. L'A. fa notare come tale modo di procedere contrasti con uno degli principi fondamentali della normativa sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, quello dell'unicità della legislazione applicabile, alla luce del quale una certa fattispecie deve essere tendenzialmente assoggettata ad un solo sistema normativo nazionale. Sul principio si vedano S. GIUBBONI e G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori*, cit., pp. 151-160.

punto di vista dei pazienti, ma rischia di creare costi amministrativi aggiuntivi che andranno inevitabilmente a gravare sulla collettività. Dubbi permangono sulla possibilità che questo modo di procedere possa davvero garantire una maggiore effettività del diritto alla salute dei cittadini europei anche nel lungo periodo¹⁷⁸, o se, al contrario, sia destinato solo a soddisfare i bisogni contingenti di un numero ristretto di pazienti dotati dei mezzi, non solo economici, per poterne beneficiare.

3.6. *Le implicazioni quantitative e qualitative della giurisprudenza sulla mobilità dei pazienti*

L'analisi delle conseguenze derivanti dall'applicazione delle norme sulla libera prestazione dei servizi sui sistemi sanitari nazionali è oggetto di forte dibattito in dottrina¹⁷⁹. Da una parte, vi è chi ritiene che l'intervento della Corte costituisca un elemento fortemente destabilizzante per la tenuta dei sistemi nazionali, rappresentando un elemento di rischio per la loro capacità di garantire ai cittadini un accesso universale a cure di qualità¹⁸⁰. Vi è chi prevede addirittura che i flussi di pazienti saranno tali da mettere sotto pressione quei sistemi in grado di offrire trattamenti migliori, tanto da ingenerare «a temptation on the part of the national authorities of those States to reduce the quality of the service provided, in order to discourage such 'medical tourism': a classical 'race to the bottom'»¹⁸¹.

Al tempo stesso, viene messo in luce come le aperture imposte dalla Corte potrebbero avere ricadute positive non solo per i singoli cittadini, ma anche per i sistemi previdenziali. La possibilità per i pazienti di muoversi liberamente, rivolgendosi alle strutture che offrono servizi migliori e in tempi più rapidi potrà contribuire a ridurre le liste d'attesa nei Paesi di residenza¹⁸², attraverso un miglior bilanciamento della domanda e dell'offerta su scala europea¹⁸³. A tale pro-

¹⁷⁸ G. ORLANDINI, *op. cit.*, pp. 203-204.

¹⁷⁹ Per una visione complessiva del dibattito J. BAQUERO CRUZ, *The Case Law*, cit., pp. 99-100.

¹⁸⁰ A. CYGAN, *op. cit.*, p. 548; G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 192; C. NEWDICK, *Citizenship, Free Movement and Health Care*, cit., p. 1663.

¹⁸¹ T. HERVEY, *Social Solidarity: A Buttress Against Internal Market Law?*, in J. SHAW (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford 2000, p. 42.

¹⁸² Sul punto T. HERVEY e J. McHALE, *op. cit.*, p. 142.

¹⁸³ E. MOSSIALOS e M. MCKEE, *EU Law and the Social Character of Health Care*, Brussels 2002, pp. 102-103; W. PALM e J. NICKLESS, *Access to Healthcare in the European Union*, in *Eurohealth*, 7, 2001, p. 13.

posito, vi è chi sottolinea come gli effetti benefici potranno manifestarsi in modo più evidente nelle regioni frontaliere, rafforzando la cooperazione tra le autorità nazionali per una gestione più efficiente delle risorse a disposizione e, in ultima analisi, contribuendo al miglioramento delle cure erogate¹⁸⁴. Secondo questa parte della dottrina, l'intervento della Corte concorrerebbe, dunque, al processo di modernizzazione dei sistemi sanitari nazionali, rappresentando un importante fattore di cambiamento.

I dati ad oggi disponibili non consentono ancora di trarre conclusioni definitive sul punto. Ciò che si può rilevare, nonostante la perdurante carenza di adeguate evidenze empiriche¹⁸⁵, è che la mobilità intracomunitaria dei pazienti è un fenomeno ancora marginale dal punto di vista quantitativo¹⁸⁶. Il numero delle persone che ha effettivamente beneficiato di questa particolare forma di esportabilità delle prestazioni previdenziali è limitato e non è prevedibile che la situazione possa mutare radicalmente in ragione dell'intervento della Corte. Gli ostacoli, soprattutto quelli legati ad aspetti pratici – la lingua, i costi o la distanza – sono numerosi e pervasivi¹⁸⁷, tanto che la possibilità di rivolgersi ad un prestatore stabilito in un Paese diverso dal proprio è ancora percepita come una sorta di *extrema ratio* e non una semplice alternativa ai trattamenti erogati nell'ambito del sistema sanitario nazionale¹⁸⁸. Le uniche eccezioni a questo stato delle cose sono rinvenibili nelle regioni di frontiera¹⁸⁹, nonché in riferimento a

¹⁸⁴ A. COHEUR, *Integrating Care in the Border Regions*, in *Eurohealth*, 7, 2001, p. 10.

¹⁸⁵ M. ROSENMÖLLER, M. MCKEE, R. BAETEN e I.A. GLINOS, *Patient Mobility: The Context and Issues*, in M. ROSENMÖLLER, M. MCKEE e R. BAETEN (eds), *Patient Mobility in the European Union. Learning from Experience*, Trowbridge 2006, p. 5. Gli AA. osservano che «[a]ccurate statistics on patients moving across borders is almost nonexistent».

¹⁸⁶ La Commissione stima che l'assistenza sanitaria transfrontaliera assorba solo l'1% delle risorse pubbliche destinate all'assistenza sanitaria, vale a dire circa 10 miliardi di euro per l'Unione europea nel suo insieme. Sul punto Comunicazione della Commissione, *Quadro comunitario concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera*, 2 luglio 2008, COM(2008) 4125 def., pp. 8-9. In argomento V. HATZOPOULOS, *Financing National Health Care*, cit., p. 775.

¹⁸⁷ Sul punto M. ROSENMÖLLER, M. MCKEE, R. BAETEN e I.A. GLINOS, *op. cit.*, p. 2.

¹⁸⁸ In questo senso P. KOUTRAKOS, *Healthcare as an Economic Service*, cit., p. 128.

¹⁸⁹ A tale proposito si veda Comunicazione della Commissione, *Consultazione relativa ad un'azione comunitaria nel settore dei servizi sanitari*, 26 settembre 2006, SEC(2006) 1195/4, p. 6 dove si osserva come «per i cittadini delle regioni frontaliere l'ospedale più vicino può trovarsi nello Stato membro limitrofo». In riferimento

trattamenti specialistici, soprattutto negli Stati membri più piccoli e caratterizzati da un volume di pazienti ridotto, per i quali la propensione a recarsi presso strutture stabilite in altri Stati membri è decisamente più elevata.

Il riferimento al dato quantitativo, per quanto indubbiamente importante, non può, però, esaurire l'analisi delle conseguenze della giurisprudenza in materia di mobilità dei pazienti. L'aspetto più rilevante ai fini del presente lavoro è invero l'impatto 'qualitativo' dell'intervento della Corte, vale a dire le ricadute derivanti dall'applicazione delle norme sulla libera circolazione dei servizi sulla capacità degli Stati di regolare i loro sistemi previdenziali. Anche in questo caso le risposte offerte dalla dottrina sono discordanti. Da un lato, vi è chi ritiene l'intervento della Corte un'indebita ingerenza in un ambito che il Trattato riserva alla competenza esclusiva degli Stati¹⁹⁰. Altri sostengono, invece, che l'intervento della Corte costituisca solo la corretta applicazione di un principio fondamentale su cui si fonda il mercato interno, ai sensi del quale l'organizzazione dei sistemi previdenziali, pur spettando agli Stati, debba comunque avvenire in conformità con quanto previsto dal diritto dell'Unione europea¹⁹¹.

Nessuna di queste affermazioni pare potersi condividere nella sua interezza, ma entrambe contengono elementi di verità. Da un lato, infatti, bisogna ammettere che, almeno per quanto riguarda i trattamenti ospedalieri, l'intervento della Corte non ha un'intensità tale da mettere in crisi il riparto di competenze previsto dal Trattato. Le modifiche imposte agli Stati riguardano aspetti per molti versi marginali e, in ogni caso, non si discostano in modo sostanziale da quanto già previsto dal diritto derivato¹⁹². Dall'altro, però, è facile capire perché la giurisprudenza della Corte possa essere percepita dagli Stati come una pericolosa intrusione in un ambito tradizionalmente considerato impermeabile. L'applicazione delle norme sulla libera prestazione dei servizi, determina, infatti, l'apertura di un'ulteriore breccia nella distinzione tra sfera sociale e quella economica che ha tradizionalmente ca-

ad una specifica esperienza che riguarda anche l'Italia si vedano T. ALBRECHT, R. PRIBACOVIE BRINOVEC e J. ÁTALC, *Cross-border Care in the South: Slovenia, Austria and Italy*, in M. ROSENMÖLLER, M. MCKEE e R. BAETEN (eds), *op. cit.*, pp. 9-21. Più in generale, W. PALM e I.A. GLINOS, *op. cit.*, pp. 538-540.

¹⁹⁰ G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 196; Y. JORENS, *The Right to Health Care Across Borders*, in R. BAETEN, M. MCKEE e E. MOSSIALOS (eds.), *The Impact of EU Law*, *cit.*, pp. 87-88 e 99-100.

¹⁹¹ P. VAN NUFFEL, *op. cit.*, pp. 269-270; G. DAVIES, *Health and Efficiency*, *cit.*, pp. 106-107.

¹⁹² In questo senso T. HERVEY e J. MCHALE, *op. cit.*, p. 134.

ratterizzato la costruzione europea¹⁹³. A tale proposito si deve osservare come, a differenza di quanto avviene in materia di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, questa breccia non costituisca più il frutto di una scelta autonoma da parte degli Stati, ma venga loro imposta dalla Corte attraverso l'applicazione delle norme del Trattato.

Uno degli aspetti che ha suscitato maggior preoccupazione, per quanto riguarda le ricadute della giurisprudenza in esame, è l'approccio adottato dalla Corte nel valutare la compatibilità delle normative nazionali con le regole sulla libera prestazione dei servizi. L'analisi rivela, infatti, la tendenza da parte dei giudici a concentrarsi in modo talvolta eccessivo sulla dimensione economica ed individuale delle prestazioni sanitarie. L'attenzione verso gli interessi del singolo – inteso qui prima di tutto come consumatore¹⁹⁴ – rischia di sovrastare e marginalizzare la dimensione collettiva del diritto alla salute, con effetti potenzialmente negativi sul mantenimento del carattere solidaristico dei sistemi nazionali europei¹⁹⁵. Tale aspetto costituisce il principale limite della giurisprudenza in esame, riducendone sensibilmente la capacità di contribuire al processo di modernizzazione dei sistemi sanitari degli Stati membri.

Lo «strabismo mercantile»¹⁹⁶ della Corte si traduce nell'utilizzo di «an 'economic' rather than a 'welfare' language»¹⁹⁷. Questo perché i vantaggi che l'intervento della Corte riconosce ai pazienti non si fondano su considerazioni di carattere sociale, ma derivano dall'applicazione di alcuni principi fondamentali del mercato interno¹⁹⁸. È per questo motivo che non può condividersi la tesi secondo cui la giurisprudenza sulla mobilità dei pazienti contribuirebbe alla creazione di un vero e proprio diritto sociale in capo ai beneficiari¹⁹⁹, poten-

¹⁹³ Sul tema si veda *supra*, cap. I, par. 2.

¹⁹⁴ G. DAVIES, *The Community's Internal Market-Based Competence to Regulate Healthcare: Scope, Strategies and Consequences*, in *MJECL*, 14, 2007, p. 234. L'A. sostiene che la giurisprudenza della Corte abbia l'effetto di «creating consumers out of patients».

¹⁹⁵ E. SZYSZCZAK, *Modernising Healthcare*, cit., p. 200; C. NEWDICK, *Accidental Death of a Concept?*, cit., pp. 854-855.

¹⁹⁶ G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 191.

¹⁹⁷ P. KOUTRAKOS, *Healthcare as an Economic Service*, cit., pp. 126-129. In questo senso si veda, inoltre, C. NEWDICK, *Accidental Death of a Concept?*, cit., p. 857.

¹⁹⁸ Sul punto E. SZYSZCZAK, *Modernising Healthcare*, cit., p. 195.

¹⁹⁹ A. KACZOROWSKA, *op. cit.*, pp. 365-370; K. SIEVEKING, *ECJ Rulings on Health Care Services and their Effects on the Freedom of Cross-Border Patient Mobility in the EU*, ZERP-Discussionpapier 3/2006, Bremen 2006, p. 25; T. HERVEY, *The Right to Health in the EU*, in T. HERVEY e J. KENNER (eds), *Economic and Social Rights Under the EU Charter of Fundamental Rights: a Legal Perspective*, Oxford 2003, pp. 193-222. Sul processo di creazione di un diritto sociale ad opera della

dola considerare un primo passo verso la costituzione di un *welfare State* europeo²⁰⁰. Più modestamente, l'intervento della Corte si limita a rimuovere alcuni ostacoli alla creazione del mercato interno, consentendo a singoli pazienti il pieno esercizio della loro facoltà di recarsi presso un prestatore stabilito in uno Stato diverso da quello di residenza²⁰¹.

D'altra parte, la scelta della Corte, per quanto accusata anche di scarsa trasparenza²⁰², appare per molti versi obbligata, risultando l'unica compatibile con il riparto di competenze stabilito dal Trattato in materia di servizi sanitari. La valorizzazione del dato economico è funzionale a giustificare l'intervento dell'Unione europea nell'ambito in esame. In questo senso, le critiche mosse alla Corte per la sua scarsa attenzione al dato sociale possono risultare un po' ingenerose, soprattutto se provenienti dagli Stati, i quali, in quanto 'Signori dei Trattati' possono considerarsi i principali responsabili di tale atteggiamento.

4. *La risposta sul piano politico: il diverso atteggiamento di Stati e Commissione*

La giurisprudenza della Corte sulla mobilità dei pazienti ha, almeno nell'immediato, suscitato reazioni di chiusura da parte degli Stati. Fatte salve poche eccezioni, rappresentate per lo più da pronunce adottate da alcuni tribunali nazionali²⁰³, gli Stati membri hanno

Corte si veda K. LENAERTS e P. FOUBERT, *Social Rights in the Case-Law of the European Court of Justice. The Impact of the Charter on Fundamental Rights of the European Union on Standing Case-Law*, in *LIEI*, 28, 2001, pp. 267-296.

²⁰⁰ Y. JORENS, *op. cit.*, p. 109; H. NYS, *Comparative Health Law and the Harmonization of Patients' Rights in Europe*, in *EJHL*, 7, 2001, p. 317.

²⁰¹ In argomento J. McHALE, *Fundamental Rights and Health Care*, in E. MOSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN e T. HERVEY (eds), *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge, 2010, pp. 304-306.

²⁰² G. DAVIES, *The Community's Internal Market-Based Competence*, *cit.*, p. 233.

²⁰³ È questo il caso, ad esempio della Camera sociale della Corte di Cassazione francese la quale ha dato applicazione ai principi elaborati dalla Corte di giustizia in *Affaire 00-15.993 – T.A.S.S. Nanterre*, 9 février 2000, *M. Magnan*, *Bull.* V, No. 112, 120; o della suprema corte amministrativa svedese (*Regjeringsrätten*) nei casi *Jelinek* (caso 5595-09), *Stigell* (caso 6790-01) e *Wistrand* (caso 6396-01), tutti decisi nel gennaio 2004. Per una disamina di queste decisioni si veda A. DAWES, 'Bonjour Herr Doctor', *cit.*, pp. 174-176. Costituisce un'eccezione importante in questo senso anche il programma adottato dal servizio sanitario britannico due mesi dopo l'adozione da parte della Corte della sentenza nel caso *Smits e Peerbooms*. Il programma coinvolgeva tre *National Health Service Trusts* del sud-est dell'Inghilterra e preve-

in genere dimostrato una scarsissima propensione a trasporre i principi elaborati dalla Corte nei loro ordinamenti, limitandosi, nella maggior parte dei casi, ad ignorare quanto statuito dai giudici di Lussemburgo²⁰⁴.

L'atteggiamento di chiusura da parte di coloro che avrebbero dovuto dare concreta applicazione ai principi elaborati in via giurisprudenziale non ha sicuramente contribuito a consolidare un quadro normativo già di per sé poco chiaro. Fin da subito ci si è resi conto²⁰⁵ che l'intervento della Corte, per quanto sicuramente importante per la sua funzione propulsiva, mancasse della necessaria sistematicità, lasciando irrisolte alcune questioni di primaria importanza. Da più parti si è sostenuta la necessità di andare oltre un approccio meramente casistico, riportando a sistema quanto affermato a livello giurisprudenziale, al fine di garantire maggior certezza giuridica in un settore estremamente delicato dal punto vista politico e sociale²⁰⁶. L'iniziativa è stata assunta dalla Commissione, il cui obiettivo, oltre a quello della certezza giuridica, era porre rimedio alla perdurante inadempienza degli Stati membri.

Facendo seguito all'invito del Consiglio europeo del 26 giugno 2002, a febbraio 2003 è stato lanciato un Processo di riflessione di alto livello sulla mobilità dei pazienti e sugli sviluppi dell'assistenza sanitaria nell'Unione europea, culminato nell'elaborazione di un rapporto pubblicato a dicembre dello stesso anno²⁰⁷. Il documento si articolava intorno a cinque temi, tra i quali figurava il problema di conciliare gli obiettivi nazionali relativi all'organizzazione dei sistemi sa-

deva il trasferimento di alcuni pazienti – circa 600 nell'arco di pochi anni – presso strutture ospedaliere francesi, tedesche e belghe. L'aspetto più interessante ai fini del presente lavoro è che le autorità britanniche avevano presentato il programma come un modo per adempiere agli obblighi derivanti dal diritto comunitario. Per una presentazione più dettagliata ed una valutazione del programma si veda Department of Health, *Evaluation of Treating Patients Overseas*, Final Report, University of York, July 2002.

²⁰⁴ È quanto emerge dal *Report on the Application of Internal market Rules to Health Services. Implementation by the Member States of the Court's Jurisprudence*, Commission Staff Working Paper, 28 July 2003, SEC(2003) 900. Per una critica severa di tale atteggiamento si veda G. DAVIES, *Health and Efficiency*, cit., pp. 106-107.

²⁰⁵ Sul punto si veda G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 205

²⁰⁶ Si noti come l'esigenza di una più compiuta regolamentazione del settore fosse già stata messa in luce dall'Avvocato Generale Tesauro nelle sue conclusioni relative ai casi *Kohll e Decker* (punto 60). In argomento si vedano W. GEKIERE, R. BAETEN e W. PALM, *op. cit.*, pp. 493-496.

²⁰⁷ *Processo di riflessione di alto livello sulla mobilità dei pazienti e sugli sviluppi dell'assistenza sanitaria nell'Unione europea*, Risultati del processo di riflessione, 9 dicembre 2003, HLPR/2003/16.

nitari e gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione. A tale proposito, il rapporto invitava la Commissione «a esaminare [...] le modalità di un miglioramento della certezza giuridica in seguito alla giurisprudenza della Corte in materia di diritto dei pazienti a beneficiare delle cure mediche in un altro Stato membro e a presentare opportune proposte»²⁰⁸. Nell'aprile 2004, la Commissione ha, quindi, adottato una Comunicazione, ribadendo la propria disponibilità ad intraprendere nuove iniziative per chiarire meglio i principi elaborati dalla Corte, così da assicurare la loro piena applicazione negli ordinamenti nazionali²⁰⁹. Sempre sulla base di tale Comunicazione è stato, inoltre, creato un Gruppo di alto livello sui servizi sanitari e l'assistenza medica, composto da rappresentanti degli Stati membri e presieduto da un rappresentante della Commissione, al quale è stato affidato il compito di promuovere la cooperazione in alcune aree considerate prioritarie²¹⁰.

Le iniziative non si sono, però, esaurite sul piano degli atti di *soft law*. Convinta che la complessità del problema richiedesse una regolamentazione fondata anche su atti dotati di efficacia vincolante, la Commissione aveva deciso di inserire la questione della mobilità dei pazienti tra quelle disciplinate dalla Direttiva Servizi²¹¹. Nella prima Proposta dell'atto – quella effettivamente presentata dall'allora commissario per il mercato interno Frits Bolkestein²¹² – figurava una norma, l'articolo 23, specificamente dedicato alla materia. La disposizione, codificando la giurisprudenza della Corte, stabiliva il diritto

²⁰⁸ *Ivi*, p. 11.

²⁰⁹ Comunicazione della Commissione, *Seguito del processo di alto livello sulla mobilità dei pazienti e sugli sviluppi dell'assistenza sanitaria nell'Unione europea*, 20 aprile 2004, COM(2004) 310 def., pp. 8-10.

²¹⁰ Si tratta, in particolare, della mobilità dei pazienti e dell'acquisto transfrontaliero di medicinali, mobilità dei professionisti; centri di riferimento, valutazione della tecnologia, informazione ed *e-health*, valutazione dell'impatto delle nuove politiche sui sistemi nazionali e sicurezza dei pazienti.

²¹¹ Direttiva 123/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 *relativa ai servizi nel mercato interno*, in GU L 376 del 27.12.2006, pp. 36-68. Per un'analisi complessiva dell'atto si vedano, tra gli altri, C. BARNARD, *Unravelling the Services Directive*, in *CMLR*, 45, 2008, pp. 323-394; V. HATZOPOULOS, *Que reste-il de la directive sur les services?*, in *Cah. Dr. Eur.*, 43, 2007, pp. 299-358; R. CAFARI PANICO, *La liberalizzazione dei servizi tra il regime vigente e la direttiva Bolkestein*, in *DPCE*, 2006, pp. 1880-1893.

²¹² Nonostante l'atto sia generalmente conosciuto come 'Direttiva Bolkestein', si deve ricordare come Frits Bolkestein cessò il suo incarico di commissario il 22 novembre 2004, vale a dire addirittura prima che il Parlamento potesse esprimersi in prima lettura (16 febbraio 2006). La proposta modificata, profondamente diversa rispetto alla prima versione e sulla cui base sarebbe poi stata adottata l'atto finale, è stata presentata dal commissario Charlie McCreevy.

per i cittadini europei di beneficiare dei vantaggi derivanti dal diritto interno nel caso in cui si fossero recati in un Paese membro diverso da quello di affiliazione per ricevere i trattamenti resi necessari dal loro stato di salute. Più nel dettaglio, la norma riproponeva la distinzione tra cure ospedaliere e non ospedaliere, prevedendo la possibilità per gli Stati di subordinare al rilascio di un'autorizzazione preventiva l'assunzione degli oneri finanziari solo con riguardo alla prima categoria di trattamenti. A tale proposito, venivano codificati anche i requisiti per la concessione dell'autorizzazione, vietandone il rigetto in tutti i casi in cui le cure fossero comprese «fra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro di affiliazione» e non potessero «essere dispensate al paziente entro un termine accettabile, dal punto di vista medico, tenuto conto del suo attuale stato di salute e del probabile decorso della malattia».

In questo modo la Commissione intendeva rafforzare i diritti dei pazienti, imponendo agli Stati di adeguarsi alle pronunce della Corte, oltre ad incrementare la certezza del diritto in questo ambito. Fin da subito, però, la scelta di inserire le attività sanitarie in un atto come la Direttiva Servizi aveva sollevato forti resistenze, soprattutto da parte di alcuni settori della società civile, quali i sindacati e le organizzazioni di volontariato attive in questo ambito. Ciò che destava maggiore preoccupazione era la sottoposizione del settore in esame alle regole del mercato interno, secondo modalità che non sembravano tenere nella dovuta considerazione la sua funzione sociale. Il timore era che l'inclusione dei servizi sanitari all'interno dell'atto potesse determinare un'ulteriore spinta verso l'adozione di modelli organizzativi sempre più ispirati a logiche di mercato, con conseguenze potenzialmente negative sulla qualità e sull'accessibilità delle prestazioni²¹³.

Dopo un dibattito durato due anni, la Commissione era stata costretta a recedere dal suo intento di includere i servizi sanitari tra le attività coperte dalla Direttiva Servizi. L'intervento del Parlamento²¹⁴ aveva, infatti, determinato non solo la rimozione dell'articolo 23, ma l'esclusione dell'intero settore²¹⁵ dall'ambito applicativo della Diret-

²¹³ Per una presentazione articolata di tali posizioni si veda R. BAETEN, *The Proposal for a Directive on Services in the Internal Market Applied to Healthcare Services*, Paper presented for the public hearing in the European Parliament, 11 November 2004.

²¹⁴ *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno*, 16 febbraio 2006, P6_TA(2006)0061. Per un'analisi complessiva dell'intera vicenda F. IPOLITO, *op. cit.*, pp. 24-25.

²¹⁵ R. BAETEN, *Health and Social Services in the Internal Market*, in C. DEGRYSE

tiva. Impostazione che sarebbe poi stata accolta anche nella versione finale: l'articolo 2, lettera f) prevede che l'atto non si applichi ai servizi sanitari, precisando, ad ogni buon conto, che questo vale «a prescindere che vengano prestati o meno nel quadro di una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione e di finanziamento e dalla loro natura pubblica o privata»²¹⁶.

La scelta, imposta dal Parlamento, ma fortemente sostenuta dagli Stati, è stata criticata da diversi autori, i quali ne hanno messo in luce alcuni effetti perversi. Da un lato, infatti, l'esclusione non consente agli Stati di riappropriarsi della discrezionalità perduta, non potendo ovviamente impedire alla Corte di continuare ad applicare le norme di diritto primario sulla libera circolazione dei servizi anche nei confronti delle attività in esame²¹⁷. Dall'altro, essa priva i pazienti della possibilità di beneficiare della semplificazione delle procedure e delle garanzie previste dalla Direttiva a vantaggio dei destinatari dei servizi, incidendo, quindi, sul piano della concreta applicazione dei diritti²¹⁸.

In realtà, nel momento stesso in cui la posizione dei servizi sanitari veniva stralciata, il Parlamento invitava la Commissione a procedere verso una più compiuta sistematizzazione della materia. Pochi mesi dopo la presentazione della Proposta modificata della Direttiva Servizi²¹⁹, nella quale veniva sancita in modo definitivo l'esclusione del settore, la Commissione adottava una nuova Comunicazione²²⁰ con la quale veniva lanciata una consultazione tesa a delineare con maggior precisione i contorni della futura azione dell'Unione in ambito sanitario. In questo caso, l'iniziativa poteva contare sul pieno so-

e P. Pochet (eds), *Social Developments in the European Union 2006*, Brussels 2007, p. 162. L'A. osserva come sia stato invece adottato un diverso approccio per i servizi sociali, per i quali non si è provveduto ad un'esclusione completa, ma solo selettiva, individuando alcune attività nello specifico. Si tratta, in particolare, dei servizi riguardanti gli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia e il sostegno alle famiglie ed alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno.

²¹⁶ Su questo aspetto sia consentito il richiamo a F. Costamagna, *Direttiva 'Servizi' e servizi di interesse economico generale: analisi di un rapporto difficile*, in DCSI, 2009, pp. 119-121. Sul punto si vedano, inoltre, le considerazioni svolte in U. Neergaard, *Services of General (Economic) Interest and the Services Directive – What Is Left Out, Why and Where to Go?*, in U. Neergaard, R. Nielsen e L.M. Roseberry (eds), *The Services Directive. Consequences for the Welfare State and European Social Model*, Copenhagen 2008, pp. 65-120.

²¹⁷ G. Orlandini, *op. cit.*, pp. 207-208.

²¹⁸ In questo senso C. Barnard, *Unraveling the Services Directive*, cit., pp. 343-344; V. Hatzoopoulos, *Que reste-il de la directive sur les services?*, cit., pp. 329-330.

²¹⁹ *Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al mercato interno*, 4 aprile 2006, COM(2006) 160 def.

²²⁰ Comunicazione 2006, *Consultazione relativa ad un'azione comunitaria*, cit.

stegno degli Stati membri, i quali avevano finalmente riconosciuto la necessità di un intervento organico sul piano normativo, sottolineando come fosse loro «ferma convinzione che in questo settore l'evoluzione [dovesse] derivare da un consenso politico e non prettamente dalla giurisprudenza»²²¹.

5. *La Direttiva sull'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera*

5.1. *La genesi di un atto controverso*

Le richieste di un chiarimento del quadro normativo in materia di mobilità dei pazienti hanno trovato accoglimento nell'adozione della Direttiva sui diritti dei pazienti relativa all'assistenza sanitaria transfrontaliera ('Direttiva') avvenuta il 9 marzo 2011²²². Il processo di adozione dell'atto, il quale ha avuto inizio con la presentazione di una proposta da parte della Commissione il 2 luglio 2008 ('Proposta')²²³, si è rivelato lungo e difficoltoso, a causa della delicatezza delle

²²¹ *Dichiarazione sui valori e principi comuni*, Allegata alle *Conclusioni del Consiglio sui valori e principi comuni dei sistemi sanitari dell'Unione europea*, 2 giugno 2006, 2006/C, in GU C 146, p. 2.

²²² Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011, *concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera*, in GU L 88 del 04.04.2011, pp. 45-65. Per una prima analisi complessiva dell'atto, si vedano W. SAUTER, *Harmonization in Healthcare: the EU's Patients Rights Directive*, TILEC Discussion Paper DP 2011-030, June 2011; R. BAETEN, *L'UE et les soins de santé: développements politiques et juridiques de l'année 2010*, OSE Briefing Paper no. 6, Avril 2011.

²²³ *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera*, 2 luglio 2008, COM(2008) 414 def. Sulla Proposta si è pronunciato in prima lettura il Parlamento europeo: *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo del Consiglio concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera*, 23 aprile 2009, P6_TA(2009)286. Inizialmente attesa per l'autunno 2007, la presentazione dell'atto era stata più volte posticipata fino a che, a dicembre dello stesso anno, era stata cancellata, in modo apparentemente definitivo, dall'agenda della Commissione. La situazione è cambiata con l'arrivo del nuovo commissario per la salute, Androula Vassiliou, la quale, un po' a sorpresa, ha deciso di rilanciare l'iniziativa. Vi è chi sottolinea come la scelta di ritirare la Proposta fosse stata anche dettata dalla necessità di non interferire con il dibattito sull'adozione del Trattato di Lisbona, aprendo un nuovo fronte potenzialmente molto controverso. Non è un caso che la proposta sia stata presentata pochi giorni dopo la celebrazione del primo referendum irlandese, il cui esito negativo «neutralised the fear that the proposal might affect the approval of the Lisbon Treaty». In questo senso R. BAETEN, *The Proposal for a Directive on Patients' Rights in Cross-Border Healthcare*, in C. DEGRYSE (ed.), *Social Deve-*

questioni affrontate, ma anche dell'intransigenza delle posizioni negoziali assunte da alcuni dei soggetti coinvolti.

Non può, infatti, trascurarsi come l'atto vada ad incidere su un settore estremamente delicato dal punto di vista politico, sociale ed economico. Proprio a tale proposito, basti rilevare l'attenzione riservata alla Proposta da parte dei parlamenti nazionali, molti dei quali hanno deciso di partecipare attivamente al processo di adozione dell'atto, inviando osservazioni alla Commissione sulle questioni più controverse²²⁴.

lopments in the European Union 2008, Brussels 2009, p. 157. In ogni caso, la presentazione della proposta è stata salutata con favore da più parti. In questo senso *Editorial Comments. Towards an Improved Framework for Cross-Border Healthcare*, in *CMLR*, 45, 2008, p. 1325. Gli AA. osservano come «[i]t is not difficult to applaud the initiative». Sempre in questo senso si veda W. SAUTER, *The Proposed Patients' Rights Directive and the Reform of (Cross-Border) Healthcare in the European Union*, in *LIEI*, 36, 2009, p. 110.

²²⁴ Questo tipo di intervento da parte dei parlamenti nazionali si inserisce nel contesto della cooperazione tra il livello nazionale e quello sovranazionale durante la fase pre-legislativa. Il suo sviluppo è avvenuto in via di prassi e grazie al sostegno del Parlamento europeo, non essendo tale possibilità espressamente prevista a livello normativo. Il Protocollo (n. 2) sull'applicazione del principio di sussidiarietà allegato al Trattato di Lisbona codifica in parte tale prassi, prevedendo la possibilità per ciascuno dei parlamenti nazionali di inviare un parere motivato ai Presidenti del Consiglio, del Parlamento europeo e della Commissione nel quale espone le ragioni per le quali ritiene che il progetto di un atto legislativo non sia conforme al principio di sussidiarietà. Nel caso di specie, invece, l'intervento dei parlamenti nazionali ha riguardato uno spettro più ampio di questioni, anche relative ad aspetti sostanziali. A differenza di quanto avviene per la procedura codificata dal Protocollo n. 2, le istituzioni europee non hanno, però, alcun obbligo di prendere in considerazione le osservazioni inviate attraverso questo canale 'informale'. Le osservazioni dei parlamenti nazionali sono disponibili su www.ipex.eu. Sulla questione della partecipazione dei parlamenti nazionali nel corso del processo di adozione degli atti dell'Unione europea, anche alla luce delle recenti innovazioni, si vedano O. PORCHIA, *La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze*, in *Studi integr. eur.*, 2010, pp. 642-646; S. DE BELLIS, *L'interazione fra i parlamenti nazionali e le istituzioni comunitarie dopo Lisbona*, in *Studi integr. eur.*, 2010, pp. 621-623; L. GIANNITI e R. MASTROIANNI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali*, in F. BASSANINI e G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna 2008, pp. 161-183; J-V. LOUIS, *National Parliaments and the Principle of Subsidiarity: Legal Options and Practical Limits*, in *Eur. Const. L.R.*, 15, 2008, pp. 429-458; W. SLEATH, *The Role of National Parliaments in European Affairs*, in G. AMATO, H. BRIBOSIA e B. DE WITTE (eds), *Génèse et destinée de la Constitution européenne. Genesis and Destiny of the European Constitution*, Brussels 2007, pp. 545-564; R. MASTROIANNI, *Le competenze dell'Unione*, in G. MORBIDELLI e F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione europea*, Torino 2006, pp. 148-154; R. CAFARI PANICO, *Principio di sussidiarietà e clausola di flessibilità*, in G. ADINOLFI e A. LANG (a cura di), *Il Trattato che*

Inoltre, si deve osservare come i diversi soggetti coinvolti nel processo di elaborazione dell'atto perseguissero finalità diverse tra loro e non facilmente riconciliabili. Da un lato, la Commissione mirava soprattutto a porre rimedio alla perdurante inadempienza degli Stati membri e allo sviluppo del processo di integrazione su alcuni aspetti specifici connessi all'assistenza sanitaria transfrontaliera. Dall'altro, il Parlamento²²⁵ sosteneva l'adozione dell'atto con l'obiettivo di rafforzare la tutela dei diritti degli individui nella loro veste di pazienti transfrontalieri. Da ultimo, gli Stati membri consideravano la Direttiva un'occasione per porre un limite all'attivismo della Corte e fissare paletti più precisi per l'applicazione delle norme sulla libera circolazione dei servizi in questo ambito.

Parimenti incerta e contraddittoria risulta la natura dell'atto.

Da un lato, è evidente il tentativo, soprattutto da parte della Commissione, di andare oltre la semplice rimozione degli ostacoli alla realizzazione del mercato interno nel settore sanitario, dimostrando maggiore attenzione nei confronti della dimensione sociale delle attività oggetto di disciplina. Sintomatica, a tale proposito, è la cura con cui si è cercato fin da subito di distinguere l'atto in esame dalla Direttiva Servizi, ad esempio eliminando, anche dal titolo, ogni richiamo ai 'servizi sanitari' e puntando, invece, sui 'diritti dei pazienti'²²⁶. Risponde a questo obiettivo anche la scelta di collocare l'atto nell'ambito dell'*Agenda sociale rinnovata*²²⁷, così come l'enfasi posta sullo stretto legame intercorrente tra questa iniziativa e la tutela dei valori e dei principi fondamentali comuni ai sistemi sanitari dell'Unione individuati dal Consiglio²²⁸.

D'altro canto, vi è chi mette in luce come gli elementi sopra ci-

adotta una Costituzione per l'Europa: quali limitazioni all'esercizio dei poteri sovrani degli Stati?, Milano 2006, pp. 102-109.

²²⁵ Si deve rilevare come tale impostazione sia quella maggioritaria, senza, però, godere del supporto unanime dei parlamentari. In ogni caso, merita di essere sottolineato il diverso atteggiamento tenuto dal Parlamento in questa occasione rispetto a quanto avvenuto per la Direttiva Servizi, dove si era fatto portatore di istanze più vicine agli interessi degli Stati.

²²⁶ R. BAETEN, *The Proposal for a Directive on Patients' Rights*, cit., p. 158. L'A. sottolinea come tale modifica miri a garantire alla Proposta il sostegno del Parlamento europeo, in quanto istituzione chiamata a rappresentare gli interessi dei cittadini europei.

²²⁷ Comunicazione della Commissione, *Agenda sociale rinnovata: opportunità, accesso e solidarietà nell'Europa del XXI secolo*, 2 luglio 2008, COM(2008) 412 def. La scelta di collocare l'atto in questo ambito ha sollevato alcuni dubbi in dottrina, sul punto si veda W. SAUTER, *The Proposed Patients' Rights Directive*, cit., pp. 113-114.

²²⁸ *Conclusioni del Consiglio su principi e valori comuni*, cit., pp. 2-3.

tati abbiano un valore prevalentemente formale e non incidano sulla natura dell'atto²²⁹. In prima battuta, si fa notare come, nonostante l'enfasi posta sulla dimensione sociale dei servizi sanitari, tra le basi giuridiche dell'atto figurino l'articolo 114 TFUE²³⁰, vale a dire la disposizione concernente il ravvicinamento delle disposizioni nazionali aventi ad oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno²³¹. Inoltre, viene sottolineato come l'impianto complessivo della Direttiva risulti, nonostante alcune modifiche intervenute nel corso dei negoziati, fortemente incentrato sulla tutela del singolo²³², inteso principalmente come consumatore e beneficiario di un servizio, mancando dei «legal and financial tools to contemplate coherent health systems and their social obligations»²³³. Da ultimo, si osserva come i riferimenti agli obiettivi sociali, per quanto altisonanti, siano per lo più inseriti nel Preambolo dell'atto, godendo, invece, di scarsa considerazione nel dettato normativo. Paradigmatico a tale proposito è quanto avviene in riferimento alla possibilità di considerare i servizi sanitari come servizi di interesse generale. Sebbene enfaticamente sancita nel Preambolo²³⁴, essa risulta priva di conseguenze sul piano normativo, non essendo ripresa nella parte dispositiva dell'atto.

Questo tipo di contraddizioni, le quali si traducono spesso in affermazioni prive di efficacia sul piano normativo, emergono in modo evidente anche nella determinazione dell'ambito applicativo dell'atto. Nella sua versione originale, la Proposta della Commissione prevedeva che l'atto si applicasse «alla prestazione di assistenza sanitaria, indipendentemente dalle relative modalità di organizzazione, di prestazione e di finanziamento o della sua natura pubblica o privata»²³⁵,

²²⁹ R. BAETEN, *The Proposal for a Directive on Patients' Rights*, cit., pp. 169-170.

²³⁰ La Proposta originale della Commissione, presentata il 2 luglio 2008, faceva ovviamente riferimento all'art. 95 CE. In seguito alla rinumerazione disposta dal Trattato di Lisbona, la nuova base giuridica dell'atto è l'art. 114 TFUE. In questo senso Comunicazione della Commissione, *Ripercussioni dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona sulle procedure decisionali interistituzionali in corso*, 2 dicembre 2009, COM(2009)665 def., p. 37.

²³¹ Le implicazioni derivanti dalla scelta della base giuridica dell'atto saranno analizzate più in dettaglio *infra*, par. 5.5.

²³² W. PALM e R. BAETEN, *The Quality and Safety Paradox in the Patients' Rights Directive*, in *EJPH*, 21, 2011, p. 273

²³³ R. BAETEN, *The Proposal for a Directive on Patients' Rights*, cit., p. 170.

²³⁴ Il Terzo considerando riconosce che «[i] sistemi sanitari dell'Unione sono un elemento centrale dei livelli elevati di protezione sociale dell'Unione e contribuiscono alla coesione e alla giustizia sociali e allo sviluppo sostenibile. Essi fanno parte dell'ampia gamma di servizi di interesse generale».

²³⁵ Art. 2 della Proposta. Proprio la possibilità che l'obbligo di rimborso sussista anche nel caso in cui le cure siano state erogate in una struttura privata ha costituito uno dei principali ostacoli all'adozione dell'atto (si veda *Comuni-*

senza neppure menzionare il fatto che dovesse trattarsi di un'attività avente carattere transfrontaliero. Viceversa, il considerando 9 precisava, in coerenza con quanto previsto dal titolo dell'atto, che la Direttiva riguardava solo i diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera. Nel definire il concetto, veniva messo in luce come questo non riguardasse solo i casi di spostamento del prestatore, ma anche la prestazione transfrontaliera di cure sanitarie, lo stabilimento di un prestatore proveniente da un altro Stato membro, nonché lo spostamento temporaneo di un professionista della sanità.

Tutto ciò lasciava supporre che l'atto intendesse disciplinare tutte le diverse modalità di circolazione. La deduzione, corretta sul piano logico, non trovava, però, conforto nell'analisi della Proposta, le cui disposizioni disciplinavano esclusivamente la prima modalità di circolazione dei servizi sanitari, vale a dire quella generalmente indicata come 'mobilità dei pazienti'. Sul punto²³⁶ era intervenuto il Parlamento europeo, il quale, sia in prima che in seconda lettura aveva proposto di specificare come le norme dell'atto si applicassero solo alla prestazione di assistenza sanitaria transfrontaliera e, dunque, ai soli casi nei quali il trattamento fosse offerto in uno Stato diverso da

cato stampa del Consiglio, 1 dicembre 2009, cit., p. 13). Gli Stati temevano, infatti, che la previsione di un simile obbligo potesse avere conseguenze negative sulla qualità delle prestazioni erogate, nonché contribuire ad innalzare i costi che le autorità nazionali sono chiamate a sostenere, mettendo a rischio la sostenibilità dei sistemi nazionali. Una delle proposte era quella di restringere il campo applicativo ai soli trattamenti erogati in strutture pubbliche. A tale proposito era stato proposto di prevedere la possibilità per gli Stati di rifiutare il rimborso nel caso in cui i servizi fossero stati erogati in strutture che non garantiscano il rispetto degli standard qualitativi previsti dagli operatori facenti parte di sistemi di sicurezza sociale statuari o servizi sanitari nazionali (Council of the European Union, *Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the application of patients' rights in cross-border healthcare. Analysis of the Presidency Compromise Text*, 11 November 2009, 15560/09, p. 31). Sul punto si veda, inoltre, COREPER, *Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the application of patients' rights in cross-border healthcare. Progress Report/Policy Debate*, 3 June 2009, 10026/09, p. 3. Nella versione finale dell'atto (art. 1) non è prevista alcuna distinzione in base alla natura, pubblica o privata, del prestatore. Sempre per quanto riguarda l'ambito applicativo dell'atto, si noti come l'art. 1 escluda una serie di attività, quali l'assistenza di lunga durata, l'assegnazione e l'accesso agli organi ai fini dei trapianti, i programmi pubblici di vaccinazione. Si tratta di aspetti sui quali vi è stato un intenso dibattito nel corso del processo di adozione dell'atto, stante la volontà di alcuni Stati – ad esempio la Spagna per ciò che concerne le cure di lunga durata – di ridurre al minimo l'ingerenza del diritto dell'UE in tali ambiti. Sulla portata oggettiva della Direttiva si veda R. SAUTER, *Harmonization in Healthcare*, cit., pp. 10-11.

²³⁶ Si vedano le considerazioni critiche formulate in Assemblée Nationale, *Rapport d'information sur l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers*, 9 décembre 2008, pp. 43-44.

quello in cui il paziente risulta persona assicurata. La soluzione non è, però, stata accolta integralmente nella versione finale dell'atto. L'articolo 1(2) della Direttiva si limita a statuire che la stessa «si applica alla prestazione di assistenza sanitaria ai pazienti», senza specificare che le cure debbano necessariamente avere carattere transfrontaliero. Precisazione che si trova solo al considerando 10, dove viene chiarito come «[l]a presente direttiva si dovrebbe applicare ai singoli pazienti che decidono di ricorrere all'assistenza sanitaria in uno Stato membro diverso dallo Stato membro di affiliazione».

Da ultimo, vi è un aspetto ulteriore che merita di essere sottolineato, relativo al rapporto tra la Direttiva e la giurisprudenza sulla mobilità dei pazienti. Come si è avuto modo di osservare in precedenza, il legislatore europeo era stato chiamato ad intervenire per chiarire il quadro normativo, dovendosi sostanzialmente limitare ad un'opera di codificazione dei principi sviluppati in via pretoria²³⁷. L'oggetto dell'atto risulta, però, essere più ampio rispetto a quanto originariamente previsto. L'articolo 1(1) della Direttiva chiarisce, infatti, come l'atto intenda stabilire «norme volte ad agevolare l'accesso a un'assistenza sanitaria transfrontaliera sicura e di qualità e promuovere la cooperazione tra gli Stati membri in materia di assistenza sanitaria». È evidente la distonia tra le richieste e quanto effettivamente elaborato. Nonostante la rubrica parli di 'obiettivo' al singolare, il disposto dell'articolo ne prevede una pluralità, di cui solo uno inerente alla questione disciplinata in via giurisprudenziale. Tale molteplicità di intenti si riflette sulla struttura dell'atto, il quale risulta composto da tre parti distinte, delle quali solo una riguardante la questione del rimborso delle spese mediche sostenute in un Paese membro diverso da quello di affiliazione²³⁸. Un'altra fissa gli standard minimi di comportamento cui deve attenersi lo Stato di cura per quanto riguarda la qualità della prestazione, gli obblighi di informazione e le

²³⁷ L'auspicio che si trattasse solo di un'opera di codificazione era stato formulato anche dal Ministro per la salute britannico, comparso in audizione di fronte alla Camera dei Lord. Sul punto il Ministro ha avuto modo di affermare che «the principle is to codify the case law that we have now and not to open up any other areas» (House of Lords, *Healthcare Across EU Borders: A Safe Framework*, Volume I: Report, 4th Report of Session 2008-09, 24 February 2009, punto 28).

²³⁸ Così come precisato dall'art. 3, la Direttiva utilizza il concetto di 'Stato membro di affiliazione' per indicare lo Stato nel quale il paziente è persona assicurata e 'Stato membro di cura' per il Paese nel cui territorio viene effettivamente prestata l'assistenza sanitaria transfrontaliera. Le due nozioni corrispondono rispettivamente a quelle di 'Stato competente' (o 'di residenza') e 'Stato di soggiorno' utilizzati dalla Corte e dal Regolamento (CEE) n. 1408/71, nonché dal Regolamento (CE) n. 883/2004. A loro volta corrispondenti alle nozioni di 'Stato di origine' e 'Stato di destinazione' tipicamente utilizzati per quanto attiene le libertà fondamentali.

garanzie procedurali. L'ultima regola la cooperazione tra gli Stati membri, disciplinando aspetti quali il riconoscimento delle prestazioni mediche rilasciate in altri Paesi e le reti di riferimento europee.

L'atto non si limita, quindi, a codificare quanto previsto dalla Corte in materia di mobilità dei pazienti, ma va oltre, creando nuovi diritti in capo al paziente transfrontaliero, riguardanti la qualità e la sicurezza delle cure, l'accesso alle informazioni di cui necessita, la possibilità di disporre di mezzi di ricorso adeguati, nonché il rimborso dei danni derivanti dall'assistenza sanitaria transfrontaliera, e imponendo una più stretta collaborazione tra gli Stati²³⁹. Proprio la scelta di occuparsi di tali questioni è risultata particolarmente controversa e problematica, posto che, in questo modo, l'atto interviene in ambiti molto delicati dal punto di vista socio-politico e tradizionalmente considerati materie di competenza esclusiva statale.

5.2. La rimborsabilità delle cure ricevute in un altro Stato membro

La Direttiva dedica l'intero Capo III alla questione sulla quale si è tradizionalmente concentrata l'attenzione dei giudici europei per quanto riguarda la mobilità dei pazienti, ossia la possibilità per un soggetto di chiedere al proprio sistema sanitario il rimborso delle spese mediche sostenute in un altro Stato membro. Questa parte dell'atto riprende e codifica la giurisprudenza sviluppatasi a partire dalla sentenza *Kobll*, provvedendo inoltre ad affrontare alcune delle questioni lasciate irrisolte dalla Corte. Il quadro che ne deriva non è, però, così chiaro e completo come auspicato. Da un lato, l'intervento del legislatore non riesce a dissipare tutti i dubbi ingenerati dall'approccio casistico della Corte. Dall'altro, si registrano alcune discrepanze tra le soluzioni codificate nella Direttiva e quelle elaborate dalla Corte, creando, così, una situazione di incertezza destinata ad ingenerare nuove controversie.

Giova, a questo punto, analizzare più nel dettaglio le soluzioni adottate dal legislatore europeo, soffermandosi sugli aspetti maggiormente problematici.

- i) I trattamenti che possono essere subordinati ad autorizzazione preventiva

La Direttiva conferma la possibilità che il rimborso dei costi sostenuti per determinate tipologie di trattamenti medici possa essere subordinato all'ottenimento di un'autorizzazione preventiva. L'indi-

²³⁹ La distinzione tra «old and new patients' rights» è introdotta da W. SAUTER, *The Proposed Patients' Rights Directive*, cit., p. 116.

viduazione delle cure rientranti in tale categoria ha rappresentato uno degli aspetti più controversi nel corso del processo di adozione dell'atto.

La Proposta della Commissione richiamava, a tale proposito, la distinzione elaborata dalla Corte fra trattamenti erogati in strutture ospedaliere e quelli privi di tale carattere. L'elemento di novità era rappresentato dal fatto che l'atto, a differenza di quanto avviene in giurisprudenza, prevedesse una definizione di 'cure ospedaliere'. In particolare, si stabiliva che la nozione dovesse applicarsi, prima di tutto, agli interventi sanitari che richiedono «il ricovero del paziente per almeno una notte». In secondo luogo, erano considerati facenti parte di tale categoria anche quei trattamenti che, pur non imponendo alcun ricovero, rientrassero in una lista appositamente redatta dalla Commissione, nella quale potevano figurare solo le cure richiedenti un'infrastruttura o apparecchiature mediche molto costose, oppure che comportino rischi particolari per il paziente o la popolazione. L'attribuzione di un simile potere di scelta alla Commissione ha, però, incontrato l'opposizione degli Stati membri ed è stato eliminato dal Parlamento già in prima lettura²⁴⁰.

Il riferimento alla tradizionale distinzione tra cure ospedaliere e non per l'individuazione dei casi in cui è ammissibile la previsione dell'obbligo di autorizzazione è stato abbandonato, su indicazione del Consiglio, nella versione finale dell'atto²⁴¹. L'Articolo 8 della Direttiva utilizza un criterio diverso, quello della necessità di pianificazione da parte delle autorità nazionali²⁴². La disposizione²⁴³ prevede che possa essere sottoposta ad autorizzazione preventiva l'assistenza sanitaria che «è soggetta a esigenze di pianificazione riguardanti l'obiettivo di assicurare [...] la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità o alla volontà di garantire il controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane e: i) com-

²⁴⁰ Emendamento 76 Risoluzione Parlamento in prima lettura.

²⁴¹ Non è stata accolta la proposta avanzata in prima lettura dal Parlamento europeo, il quale chiedeva (emendamento 83) di non consentire l'introduzione del requisito per quanto riguarda le malattie rare, al fine di facilitare la mobilità dei pazienti che ne sono affetti. In generale su tale aspetto si veda Comunicazione della Commissione, *Le malattie rare: una sfida per l'Europa*, 11 novembre 2008, COM(2008) 679 def.

²⁴² In particolare su tale aspetto si vedano le considerazioni svolte da R. BAETEN e W. PALM, *The Compatibility of Health Care Capacity Planning Policies with EU Internal Market*, in J.W.W. VAN DE GRONDEN, E. SZYSZCZAK, U. NEERGAARD e M. KRAJEWSKI (eds), *Health Care and EU Law*, The Hague 2011, pp. 383-404.

²⁴³ Art. 8(2), lett. a), della Direttiva. È previsto che gli Stati comunichino alla Commissione i trattamenti facenti parte di tale categoria.

porta il ricovero del paziente in questione per almeno una notte o ii) richiede l'utilizzo di un'infrastruttura sanitaria e di apparecchiature mediche altamente specializzate e costose». La stessa norma prevede, inoltre, che l'autorizzazione sia ammissibile ove i trattamenti comportino rischi particolari per il paziente o la popolazione²⁴⁴ oppure, novità introdotta per superare le obiezioni sollevate da alcuni Stati soprattutto in riferimento alle cliniche private²⁴⁵, siano prestati da soggetti che possano «suscitare gravi e specifiche preoccupazioni quanto alla qualità o alla sicurezza dell'assistenza»²⁴⁶. Tale ultima condizione risulta del tutto fuori luogo e ha effetti addirittura paradossali se letta in combinato disposto con il comma 6, lettera c) della stessa disposizione. Tale ultima norma prevede, infatti, che quelle stesse condizioni che giustificano l'imposizione dell'obbligo di autorizzazione preventiva – l'esistenza di gravi e specifiche preoccupazioni quanto alla qualità e alla sicurezza dell'assistenza – possano essere invocate dalle autorità nazionali per negare detta autorizzazione.

La scelta di fare riferimento alla distinzione introdotta dalla Corte in alcune decisioni più recenti²⁴⁷, non pare poter avere effetti rivoluzionari quanto al risultato finale, come dimostra il fatto che le categorie richiamate sono, se si esclude il riferimento ai rischi per la qualità della prestazione, sostanzialmente le stesse già presenti nella Proposta. Si tratta, come è evidente, di una soluzione di compromesso che cerca di mediare tra la proposta 'accentratrice' della Commissione e quella, sostenuta anche da alcuni parlamenti nazionali²⁴⁸, di riservare l'identificazione delle cure sottoponibili ad autorizzazione alle sole autorità nazionali. L'accoglimento di tale ultima proposta avrebbe comportato il riconoscimento di una discrezionalità eccessiva in capo agli Stati membri, lasciando loro la possibilità di estendere indebitamente l'obbligo di autorizzazione preventiva. Inoltre, una soluzione

²⁴⁴ Art. 8(2), lett. b), della Direttiva

²⁴⁵ Preoccupazione che emerge con chiarezza all'art. 8(6), lett. c), della Direttiva, dove si chiarisce come lo Stato membro di affiliazione possa rifiutare la concessione dell'autorizzazione qualora il prestatore susciti gravi e specifiche preoccupazioni quanto alla qualità dell'assistenza, «independentemente dal fatto che tali standard e orientamenti siano stabiliti da disposizioni legislative e regolamentari o attraverso sistemi di accreditamento istituiti dallo Stato membro di cura» (corsivo aggiunto).

²⁴⁶ Art. 8(2), lett. c), della Direttiva. La norma precisa che tale situazione non possa comunque sussistere per «[l']assistenza sanitaria soggetta alla normativa dell'Unione che garantisce livelli minimi di sicurezza e di qualità in tutta l'Unione».

²⁴⁷ Commissione c. Francia (C-512/08), cit., punti 36-42. Sulla pronuncia e, più in generale, sull'argomento si veda *supra*, par. 3.3. Un esplicito riferimento a detta giurisprudenza è rinvenibile al considerando 41 della Direttiva.

²⁴⁸ Assemblée Nationale, *Rapport d'information*, cit., pp. 61-62; House of Lords, *Healthcare Across EU Borders*, cit., punto 91.

di questo tipo avrebbe contribuito alla frammentazione del sistema, ostacolando l'esercizio da parte dei pazienti dei loro diritti²⁴⁹. Da questo punto di vista, la scelta della Direttiva di individuare alcuni limiti all'utilizzo dello strumento autorizzatorio da parte degli Stati appare, dunque, condivisibile.

ii) Le condizioni di ammissibilità dell'autorizzazione preventiva

L'articolo 8(1) della Direttiva prevede una condizione ulteriore per l'utilizzo da parte degli Stati del meccanismo dell'autorizzazione preventiva, stabilendo che allo stesso possa farsi ricorso solo se risulti necessario e proporzionato all'obiettivo da raggiungere e non costituisca un mezzo di discriminazione arbitraria o un ostacolo ingiustificato alla circolazione dei pazienti. La formulazione scelta, limitandosi a codificare una giurisprudenza ormai consolidata in materia di restrizioni ad una delle libertà fondamentali, risulta decisamente più cauta rispetto a quella contenuta nella versione originaria della Proposta presentata dalla Commissione nel luglio 2008.

La Proposta prevedeva, infatti, che per potersi avvalere della possibilità di subordinare la rimborsabilità delle spese sostenute in un altro Stato membro ad autorizzazione preventiva fosse necessario dimostrare che l'eventuale abolizione dell'obbligo potesse compromettere la stabilità finanziaria del sistema previdenziale nazionale²⁵⁰. Nonostante almeno in apparenza coerente con quanto stabilito dalla Corte, la soluzione codificata nella Proposta risultava, in realtà, molto più restrittiva per gli Stati membri. Dall'analisi della giurisprudenza emerge, infatti, come i giudici non abbiano mai chiesto allo Stato di dimostrare in concreto il rischio posto dal flusso in uscita dei pazienti per la tenuta del sistema, limitandosi ad accettare in astratto l'esistenza di un legame tra le misure restrittive adottate dalle autorità nazionali e il perseguimento di una finalità di interesse generale. Viceversa, la formulazione utilizzata nella Proposta della Commis-

²⁴⁹ In questo senso *Relazione della Commissione allegata alla Proposta di Direttiva*, cit., p. 16.

²⁵⁰ Si noti la differenza rispetto alla normativa sul coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale, dove la creazione di un regime autorizzatorio è prevista come obbligatoria. L'impostazione adottata nella Proposta di Direttiva era stata criticata dall'*Assemblée Nationale*, la quale ha messo in luce come «la conception de certains, de l'autorisation préalable comme une exception, ne résiste pas à l'analyse» (*Assemblée Nationale, Rapport d'information*, cit., p. 66). A tale proposito il Comitato delle Regioni, nel suo parere relativo all'art. 8 della Proposta di Direttiva, ha proposto «di configurare un sistema generale di autorizzazioni preventive per le cure ospedaliere in modo da dare agli Stati membri la possibilità di gestire e pianificare l'intero sistema sanitario» (Parere del Comitato delle Regioni, *Assistenza sanitaria transfrontaliera*, 12-13 febbraio 2009, DEVE-IV-032).

sione lasciava intendere come per lo Stato non sarebbe più sufficiente invocare tali obiettivi, essendo invece necessario dimostrare, attraverso il riferimento a dati concreti, che l'imposizione dell'obbligo di autorizzazione risultasse effettivamente necessaria a garantire la tenuta complessiva del sistema²⁵¹.

Se intesa in senso rigoroso, la modifica avrebbe potuto aggravare in modo sensibile l'onere probatorio imposto in capo agli Stati. Dimostrare che la mancanza di controlli sul flusso in uscita di pazienti possa rappresentare un fattore in grado di compromettere l'equilibrio finanziario dei sistemi sanitari nazionali o la programmazione e la razionalizzazione effettuata nel settore ospedaliero appare difficile, quando non addirittura impossibile²⁵². Tanto più che la Commissione aveva inteso sottolineare come «dai dati disponibili emerge che i sistemi sanitari degli Stati membri e la sostenibilità finanziaria dei loro sistemi di sicurezza sociale non saranno compromessi se i principi della libera circolazione concernenti la fruizione di assistenza sanitaria in un altro Stato membro saranno applicati nei limiti della copertura garantita dal regime obbligatorio di assicurazione malattia dello Stato di affiliazione»²⁵³. Veniva, così, a stabilirsi per i regimi di autorizzazione preventiva una sorta di presunzione di illegittimità che gli Stati avrebbero potuto superare solo fornendo dati che dimostrassero il contrario. Dati di cui, almeno al momento, nessuno sembra disporre²⁵⁴.

La formulazione utilizzata nella versione finale dell'atto elimina l'obbligo per gli Stati membri di dimostrare in concreto il nesso tra l'imposizione dell'obbligo di autorizzazione preventiva e la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale²⁵⁵. Si tratta di una modifica senza dubbio condivisibile, determinando l'abbandono di soluzioni il cui unico obiettivo sembrava essere quello di restringere la capacità di intervento degli Stati membri. Un atteggiamento che, sebbene molto favorevole per la posizione del singolo

²⁵¹ Secondo alcuni autori, il rigore adottato sul punto dalla Commissione era sospetto tanto da ipotizzare che si volesse in realtà utilizzare «this provision in due course as a bargaining chip during the negotiations, by ceding grounds on this point and thus preventing other aspects of the proposal from being watered down». In questo senso R. BAETEN, *The Proposal for a Directive on Patients' Rights*, cit., p. 161.

²⁵² W. SAUTER, *The Proposed Patients' Rights Directive*, cit., p. 125.

²⁵³ Considerando 31 della Proposta. Lo stesso concetto è ribadito anche Relazione della Commissione allegata alla Proposta di Direttiva, cit., pp. 15 e 17.

²⁵⁴ W. SAUTER, *The Proposed Patients' Rights Directive*, cit., p. 125. L'A. mette in luce come «few if any Member State may be expected to dispose of the data required to back up a prior authorization requirement at present, and, if the Commission is right, their chances of doing so in the future are slim».

²⁵⁵ R. SAUTER, *Harmonization in Healthcare*, cit., pp. 16-17.

paziente, risulta poco equilibrato e rischia di rendere estremamente difficoltoso il perseguimento di obiettivi fondamentali per la collettività.

iii) I requisiti per la concessione dell'autorizzazione

L'esame delle richieste di autorizzazione deve avvenire nel rispetto di una serie di requisiti di carattere sia procedurale, sia sostanziale.

I primi, disciplinati dall'articolo 9 della Direttiva, mirano a garantire che l'intero procedimento si svolga in modo oggettivo, trasparente, non discriminatorio e tempestivo²⁵⁶. Quanto a tale ultimo aspetto, il comma 3 della disposizione si limita a chiedere alle autorità nazionali di stabilire, rendoli pubblici, «tempi ragionevoli entro i quali le richieste di assistenza sanitaria transfrontaliera devono essere trattate», tenendo conto dello stato di salute del paziente e dell'urgenza del caso²⁵⁷. Gli Stati sono anche tenuti ad assicurare che i pazienti abbiano accesso a mezzi di ricorso giurisdizionale, di fronte ai quali possano impugnare le decisioni adottate dalle autorità amministrative relative alla fruizione dell'assistenza transfrontaliera.

Venendo, poi, ai requisiti di carattere sostanziale, occorre rilevare come l'articolo 8(5) della Direttiva faccia divieto agli Stati membri di rifiutare la concessione dell'autorizzazione quando l'assistenza sanitaria non possa essere prestata sul loro territorio «entro un termine giustificabile da un punto di vista clinico, sulla base di una valutazione medica oggettiva dello stato di salute del paziente, dell'anamnesi e del probabile decorso della sua malattia, dell'intensità del dolore e/o della natura della sua disabilità». La disposizione riprende, sebbene con alcune minime variazioni di tenore letterale²⁵⁸, la formulazione contenuta nell'articolo 20 del Regolamento (CE) n. 883/2004. Quest'ultimo stabilisce, infatti, che l'obbligo di autorizzazione sussista solo ove la cura non possa essere fornita «entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico, tenuto conto dell'attuale stato di salute dello stesso e della probabile evoluzione della malattia»²⁵⁹. In

²⁵⁶ Esigenze ribadite al considerando 47. Quanto alla tempestività, l'art. 9(3) della Direttiva si limita a prevedere che gli Stati membri stabiliscano «periodi di tempo ragionevoli entro i quali le richieste di assistenza sanitaria transfrontaliera devono essere trattate», sancendo, al contempo, l'obbligo per gli Stati di renderli pubblici.

²⁵⁷ La Proposta della Commissione si spingeva oltre, mettendo in luce, anche se solo nel Preambolo, come fosse opportuno «che le decisioni in materia di assistenza sanitaria transfrontaliera vengano di norma adottate entro quindici giorni di calendario».

²⁵⁸ Quale, ad esempio l'utilizzo della locuzione «da un punto di vista clinico» e non «sotto un profilo medico».

²⁵⁹ Una previsione per molti versi simile era contenuta all'articolo 22 del Regolamento (CEE) n. 1408/71, il quale prevedeva che gli Stati fossero tenuti a conce-

questo modo, la Direttiva, pur senza sconfessarla, sceglie di non aderire completamente all'impostazione fortemente incentrata sul paziente elaborata dalla Corte. Il riferimento al «punto di vista clinico» sembrerebbe, infatti, voler sottolineare come la congruità del trattamento alternativo offerto dallo Stato di affiliazione debba sì essere valutata in riferimento alle condizioni individuali del paziente, senza, però, trascurare le esigenze complessive del sistema. Resta da vedere se questa variazione, a dire il vero quasi impercettibile, rispetto alla posizione espressa in giurisprudenza²⁶⁰ potrà incidere sull'atteggiamento della Corte, determinando l'adozione di un approccio più attento agli interessi meta-individuali.

Il comma successivo prevede, inoltre, una serie di ipotesi nelle quali lo Stato di affiliazione può rifiutare di concedere l'autorizzazione. Come chiarito al considerando 45, si tratta di circostanze nelle quali «l'assistenza transfrontaliera può esporre il paziente o il pubblico ad un rischio che prevale sull'interesse del paziente a ricevere l'assistenza sanitaria transfrontaliera». In effetti, la disposizione prevede che le autorità nazionali possano negare l'autorizzazione quando i rischi per la sicurezza del paziente superino i benefici che questo otterrebbe dal farsi curare in un altro Stato membro, quando l'assistenza transfrontaliera metta in pericolo la sicurezza del pubblico o quando il prestatore susciti gravi e specifiche preoccupazioni quanto alla sicurezza individuale e collettiva²⁶¹. Da ultimo, lo stesso provvedimento può essere adottato qualora lo Stato sia in grado di offrire un trattamento analogo in un termine giustificabile dal punto di vista clinico.

Si tratta di una disposizione che, lungi dal costituire la codificazione della giurisprudenza della Corte, ne rovescia presupposti e prospettiva. La preoccupazione dei giudici è sempre stata quella di individuare le circostanze nelle quali le autorità nazionali fossero obbligate a concedere l'autorizzazione, muovendo dall'assunto che in tutti gli altri casi le stesse mantenessero intatta la loro capacità di rifiutare

dere l'autorizzazione a recarsi in un altro Stato membro solo ove le cure di cui il paziente necessita «non poss[ano] essergli praticate entro il lasso di tempo normalmente necessario per ottenere il trattamento in questione nello Stato membro di residenza». In argomento vedi *supra*, par. 3.4, *iii*). La scelta di rendere più omogenei i requisiti dei due regimi è salutata con favore da R. SAUTER, *Harmonization in Healthcare*, cit., p. 12.

²⁶⁰ Proprio in riferimento a tale distonia, vi è chi sottolinea come l'atto sia «both more and less than a faithful codification of the preceding [...] case law» (W. SAUTER, *The Proposed Patients' Rights Directive*, cit., p. 130).

²⁶¹ Si tratta di una clausola che alcuni Stati hanno voluto inserire soprattutto in riferimento ai prestatori privati di cure sanitarie, i quali suscitano maggiori preoccupazioni quanto al rispetto degli standard di sicurezza.

tale provvedimento. I redattori della Direttiva hanno, invece, scelto di mettere in evidenza una serie di ipotesi nelle quali l'autorizzazione può non essere concessa. Non è chiaro quale sia la reale utilità della disposizione, almeno dal punto di vista giuridico, posto che i motivi di diniego previsti dalla lista sono già previsti e disciplinati in altre disposizioni dell'atto. Paradigmatico in tal senso è il riferimento alla possibilità per lo Stato di negare l'autorizzazione quando l'assistenza sanitaria possa «essere prestata entro un termine giustificabile dal un punto di vista clinico»: condizione che riproduce quanto già previsto al comma 5 della medesima disposizione²⁶².

iv) Le modalità di rimborso: il rapporto con la normativa sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale

La Direttiva introduce un canale di accesso alle cure transfrontaliere distinto e parallelo rispetto a quello disciplinato dalla normativa sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale²⁶³. L'articolo 8(3) dell'atto prevede che, ove ne siano soddisfatte le condizioni, l'autorizzazione a ricevere assistenza sanitaria in un altro Stato membro deve essere concessa conformemente al Regolamento (CE) n. 883/2004, fatta salva la possibilità per il paziente di decidere diversamente.

L'obiettivo è non privare il paziente transfrontaliero dei benefici previsti dalla normativa sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale²⁶⁴, essendo questo regime per molti versi più favorevole, almeno per quanto riguarda i trattamenti ospedalieri ed assimilati²⁶⁵, rispetto a quello disciplinato dalla Direttiva. Quest'ultima²⁶⁶, codificando la giurisprudenza della Corte sul punto, prevede che il rimborso delle spese debba avvenire secondo quanto previsto dallo Stato di affiliazione²⁶⁷ e possa essere prestato anche *ex post*, vale a dire dopo

²⁶² Lo stesso può dirsi in riferimento alle ipotesi di diniego relative ai rischi per la sicurezza del paziente o del pubblico.

²⁶³ In questo senso viene confermato quanto già affermato dalla Corte a più riprese in riferimento all'applicazione dell'art. 56 TFUE. Sul punto si veda *supra*, par. 3.5. In argomento, M. FALCONE, *La direttiva 2011/24 sulla mobilità dei pazienti alla luce della cittadinanza europea*, in E. TRIGGIANI, (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari 2011, pp. 378-381.

²⁶⁴ Come chiarito dal considerando 31.

²⁶⁵ Come noto per i servizi non ospedalieri o che non importino l'utilizzo di apparecchiature pesanti, il regime della Direttiva risulta più favorevole, vietando agli Stati di subordinare la rimborsabilità delle spese all'ottenimento di un'autorizzazione preventiva.

²⁶⁶ Art. 7(4) della Direttiva.

²⁶⁷ Non vi è, quindi, la garanzia che l'intervento dello Stato copra integralmente le spese sostenute dal paziente transfrontaliero. Si tratta di un ulteriore elemento atto a limitare il numero dei cittadini in grado di beneficiare del regime.

che il paziente abbia già provveduto al pagamento del servizio²⁶⁸. Tale elemento rischia di restringere sensibilmente il novero di coloro che potranno effettivamente beneficiare del regime previsto dalla Direttiva, di fatto limitandone l'accesso ai soli cittadini più abbienti²⁶⁹.

Il regime di rimborso istituito dalla Direttiva risulta, inoltre, depotenziato rispetto alla giurisprudenza sulla mobilità dei pazienti, non essendo codificato l'obbligo per lo Stato di affiliazione di integrare il rimborso concesso ai sensi della normativa sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, nel caso in cui il rimborso previsto dalla legislazione dello Stato di cura sia inferiore a quanto il paziente avrebbe ottenuto ove si fosse affidato al proprio sistema sanitario. Come si è già avuto modo di osservare in precedenza, tale obbligo deriva dall'applicazione 'in chiave complementare' dell'articolo 56 TFUE, il quale, secondo quanto affermato dalla Corte nel caso *Vanbraekel*²⁷⁰, vieta di riservare al paziente transfrontaliero un trattamento meno favorevole rispetto a quello di cui avrebbe beneficiato qualora le stesse cure gli fossero state fornite dal suo sistema di affiliazione. Viceversa, l'articolo 8(5) della Direttiva si limita a prevedere, in modo piuttosto generico, la facoltà per gli Stati membri di «garantire ai pazienti diritti identici, quando si avvalgono dell'assistenza sanitaria transfrontaliera, a quelli di cui avrebbero beneficiato se avessero ricevuto tale assistenza in una situazione analoga nello Stato di affiliazione».

La scelta, giustificata dalla necessità di evitare che «la copertura superi il costo effettivo dell'assistenza sanitaria ricevuta»²⁷¹, rischia,

²⁶⁸ A tal fine, l'art. 7(6) della Direttiva prevede l'obbligo per gli Stati di dotarsi di un meccanismo per il calcolo dei costi dell'assistenza sanitaria prestata in un altro Stato membro da rimborsare ad un proprio assicurato. Il problema del calcolo dei costi costituisce uno degli aspetti sicuramente più problematici, posto che i criteri contabili utilizzati variano sensibilmente da Stato a Stato. È altresì probabile che la Direttiva possa costituire una spinta verso una maggiore armonizzazione anche sotto questo profilo.

²⁶⁹ La Direttiva riproduce, quindi, quella tendenza all'elitarismo già osservata, e criticata, in riferimento alla giurisprudenza della Corte sulla mobilità dei pazienti (sul punto si veda *supra*, par. 3.3). Il Parlamento europeo aveva proposto di effettuare uno studio di fattibilità per la creazione di una camera di compensazione al fine di facilitare i rimborsi transfrontalieri (in senso analogo Senato della Repubblica italiana, *Risoluzione della 14° Commissione permanente sulla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera*, 8 aprile 2009, p. 5). Il fondo non è, però, stato creato e, in ogni caso, non avrebbe rappresentato una soluzione efficace al problema in esame, non sollevando i pazienti dall'onere di dover pagare in anticipo i costi delle spese ricevute. Sul punto R. BAETEN, *L'UE et les soins de santé*, cit., p. 8.

²⁷⁰ Sul punto si veda *supra*, par. 3.5.

²⁷¹ Articolo 7(4) della Direttiva.

però, di rivelarsi addirittura controproducente in termini di certezza del diritto. Nulla vieta, infatti, alla Corte di continuare a ricorrere alle norme del Trattato sulla libera circolazione dei servizi per imporre agli Stati di integrare il *quantum* del rimborso erogato ai sensi della normativa sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. In questo modo verrebbe a crearsi una sorta di ‘terza via’ per il rimborso delle spese mediche sostenute in uno Stato membro diverso da quello di affiliazione, una soluzione sicuramente incompatibile con il principale obiettivo della Direttiva, ossia la semplificazione del quadro normativo relativo all’assistenza sanitaria transfrontaliera²⁷².

Considerazioni per molti versi analoghe possono essere formulate anche in riferimento alla rimborsabilità delle cosiddette ‘spese accessorie’, vale a dire di tutti quei costi indissociabilmente connessi alle spese mediche in senso proprio. L’articolo 8(4), terzo alinea, si limita a prevedere che lo Stato di affiliazione «possa» farsi carico di tali costi, senza prevedere un obbligo in tal senso. L’impostazione scelta si discosta da quella della Corte, la quale, muovendo dall’assunto secondo cui le norme in materia di libera circolazione dei servizi impongono la rimozione di ogni ostacolo alla mobilità dei pazienti, ha decretato l’esistenza di un obbligo per lo Stato di affiliazione di prevedere il rimborso delle spese accessorie nel caso in cui questo sia previsto per i trattamenti erogati sul suo territorio²⁷³.

5.3. L’individuazione degli obblighi dello Stato di cura

L’articolo 4 della Direttiva individua una serie di obblighi che lo Stato di cura è chiamato a rispettare nell’erogazione del trattamento. Nella versione finale dell’atto, la disposizione risulta decisamente più cauta rispetto a quella inizialmente proposta dalla Commissione. I timori degli Stati di vedere indebitamente ridotto il loro spazio sovrano in materia di gestione dei servizi sanitari hanno privato la norma di gran parte del suo carattere innovativo. Resta, tuttavia, la novità di una disposizione che prende in considerazione aspetti non disci-

²⁷² In senso critico sul punto *Editorial Comments. Towards an Improved Framework for Cross-Border Healthcare*, in *CMLR*, 45, 2008, pp. 1331-1332. Nell’editoriale si sostiene che la scelta di escludere dall’opera di codificazione la giurisprudenza *Vanbraekel* pone «a problem of compatibility between the proposed directive and primary Community law». Tale impostazione non può, però, condividersi posto che non è ravvisabile alcun contrasto tra la disposizione in esame e le norme di diritto primario sulla libera circolazione dei servizi. Se si accogliesse la tesi di questi autori, inoltre, si dovrebbe ritenere incompatibile con le norme del Trattato anche l’art. 20 del Regolamento (CE) n. 883/2004.

²⁷³ *Leichtle*, cit., punto 36. In argomento si veda *supra*, par. 3.5.

plinati a livello giurisprudenziale, rivolgendosi allo Stato di cura e non, come tradizione, a quello di affiliazione²⁷⁴.

L'apertura dell'articolo è dedicata ai principi di universalità, accesso ad un'assistenza di qualità, equità e solidarietà, i quali rappresentano, come riconosciuto anche dal Consiglio, il nucleo essenziale dei sistemi sanitari degli Stati membri²⁷⁵. Per quanto indubbiamente importante, il richiamo è espresso in termini così vaghi da apparire quasi una clausola di stile priva di effetti concreti sul piano normativo. La disposizione non impone, infatti, il rispetto di tali principi nell'offerta di assistenza sanitaria transfrontaliera, ma chiede solo che se ne 'tenga conto'. Ciononostante, vi è chi ritiene che questo tipo di riferimento sia di per sé sufficiente a conferire a detti principi efficacia vincolante, ammettendo, per questa via, la possibilità di un loro utilizzo da parte della Corte per valutare la legittimità delle scelte adottate a livello nazionale²⁷⁶. Tale lettura non pare, però, condivisibile, attribuendo alla clausola una portata eccessiva rispetto a quella desumibile dal testo dell'articolo.

La disposizione si preoccupa di chiarire fin da subito come la prestazione di assistenza sanitaria transfrontaliera debba avvenire conformemente alla legislazione dello Stato di cura e della normativa dell'Unione in materia di standard di sicurezza. La scelta della legge applicabile tradisce un'impostazione diametralmente opposta a quella che emergeva dalla Proposta della Commissione, la quale, invece, poneva dei limiti, anche se non così penetranti, alla capacità degli Stati membri nel definire gli standard di qualità e sicurezza da rispettare nell'erogazione dei trattamenti sanitari²⁷⁷. Viceversa, la disposizione in esame intende ribadire con assoluta chiarezza come la definizione di tali standard appartenga alla competenza esclusiva degli Stati anche per quanto riguarda l'assistenza transfrontaliera.

Un analogo atteggiamento di cautela è altresì ravvisabile per quanto riguarda gli obblighi posti dal secondo comma della disposizione in

²⁷⁴ W. PALM e R. BAETEN, *The Quality and Safety Paradox*, cit., p. 272. Gli Aa. sottolineano come «[p]erhaps the revolutionary nature of the Directive [lies] in the 'new' patients' rights, mainly described in Article 4 of the new Directive».

²⁷⁵ *Conclusioni del Consiglio su principi e valori comuni*, cit., p. 2. Sul punto, si veda M. FALCONE, *op. cit.*, pp. 386-389-

²⁷⁶ W. SAUTER, *The Proposed Patients' Rights Directive*, cit., p. 121.

²⁷⁷ L'art. 5 della Proposta di direttiva imponeva agli Stati di definire «standard chiari di qualità e sicurezza per l'assistenza sanitaria fornita sul loro territorio», lasciando, quindi, intendere che tale obbligo non riguardasse solo l'assistenza transfrontaliera, ma anche quella 'meramente interna'. Inoltre, veniva chiesto agli Stati che, nella definizione di tali standard, si tenesse conto «della scienza medica internazionale e delle buone pratiche mediche generalmente riconosciute».

capo allo Stato di cura. Quest'ultimo è, prima di tutto, tenuto a garantire che i pazienti ricevano le necessarie informazioni relative agli standard di qualità e sicurezza dai punti di contatto nazionali²⁷⁸, nonché dai prestatori di assistenza sanitaria, così da poter compiere le proprie scelte in maniera consapevole²⁷⁹. In seconda battuta, lo Stato di cura è tenuto a garantire ai pazienti provenienti da altri Stati membri l'accesso a mezzi di ricorso adeguati, di fronte ai quali sia possibile chiedere il risarcimento dei danni eventualmente subiti a causa dell'assistenza transfrontaliera. Inoltre, deve garantire l'esistenza di adeguati meccanismi di assicurazione per la responsabilità professionale, nonché il pieno rispetto del diritto alla riservatezza nel trattamento dei dati personali. Da ultimo, la Direttiva si preoccupa del problema della continuità della cura, riconoscendo il diritto del paziente ad avere accesso ad almeno una copia della sua cartella clinica nella quale sia riportato il trattamento a cui si è sottoposto.

L'articolo in esame vieta, inoltre, allo Stato di cura di sottoporre i pazienti provenienti da altri Paesi membri a qualsiasi forma di discriminazione basata sulla nazionalità. Divieto di discriminazione che, come previsto dal comma 4 della disposizione, impone alle autorità nazionali di garantire ai pazienti transfrontalieri lo stesso trattamento previsto per quelli nazionali anche per quanto riguarda gli onorari imposti dai prestatori, dovendosi includere nel novero, pur in assenza di esplicita previsione normativa in tal senso, anche quelli privati.

Il divieto, il quale dà attuazione ad uno dei principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione europea²⁸⁰, non vale, però, nei casi in

²⁷⁸ La cui creazione è prevista dall'art. 6 della Direttiva. Si tratta di organismi designati da ciascuno Stato e tenuti a contribuire alla diffusione di informazioni sulla possibilità di ricevere cure in un altro Paese membro, aiutare i pazienti transfrontalieri nell'espletamento delle formalità e, eventualmente, per ottenere un adeguato risarcimento in caso di danni.

²⁷⁹ La questione dell'informazione dei pazienti transfrontalieri costituisce uno degli aspetti più delicati in questo contesto. Proprio l'assenza di informazioni costituisce uno dei principali ostacoli all'integrazione del mercato dei servizi sanitari. Secondo un'indagine di Eurobarometro, il 30% dei cittadini europei non è a conoscenza della possibilità di ricevere assistenza sanitaria al di fuori del proprio paese di affiliazione (*Cross-Border Health Services in the EU*, Conducted by the Gallup Organization, Hungary upon the request of the DG SANCO, Flash EB n. 210, June 2007). Per tentare di ovviare a questo problema, l'art. 5, lettera b), della Direttiva impone allo Stato di affiliazione di offrire adeguate informazioni ai pazienti che ne facciano richiesta circa le opportunità di assistenza in altri Stati membri. Al raggiungimento dell'obiettivo dovrebbero contribuire i punti di contatto nazionali.

²⁸⁰ Sul punto si veda, per tutti, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 122. L'A. mette in luce come il principio costituisca uno dei pilastri su cui si fonda l'intero processo di integrazione.

cui sia il paziente transfrontaliero a beneficiare di un trattamento più favorevole rispetto a quello nazionale. A tale proposito, la Direttiva si limita, infatti, a chiarire come lo Stato membro di cura non sia obbligato ad accordare una priorità ai pazienti transfrontalieri, senza, però, vietare tale comportamento. Questo nonostante si tratti di un tipo di discriminazione destinato a incidere profondamente sul funzionamento dei sistemi sanitari potendo, come sottolineato dalla stessa Commissione, «compromettere nel lungo periodo gli investimenti in conto capitale nella sanità»²⁸¹. Soprattutto nei casi in cui il contributo del sistema sanitario nazionale sia calcolato *ex ante* in maniera forfetaria²⁸² e non in base al numero delle prestazioni effettivamente erogate, per gli istituti di cura risulterà più conveniente dare la precedenza ai pazienti provenienti da altri Stati membri, i quali, non essendo computati nel calcolo per il contributo statale, costituiscono una fonte aggiuntiva di reddito. La scelta del legislatore europeo di non vietare questo tipo di comportamenti, per quanto non del tutto soddisfacente dal punto di vista della coerenza complessiva del sistema²⁸³, risulta in linea con la giurisprudenza della Corte²⁸⁴, ai sensi della quale le ipotesi di questo tipo, comunemente definite di ‘discriminazione alla rovescia’, non rilevano per il diritto dell’Unione. Secondo l’impostazione in parola, il compito di approntare i rimedi necessari per far fronte a questo tipo di situazioni, evitando, così, ai propri cittadini di subire un trattamento peggiore rispetto a quello riservato a coloro che abbiano fatto uso delle libertà previste dal Trattato, grava esclusivamente sulle autorità nazionali²⁸⁵.

²⁸¹ *Relazione allegata alla Proposta di Direttiva*, cit., p. 13.

²⁸² È questo quanto avviene in tutti i sistemi sanitari non a rimborso, non solo quelli organizzati secondo il modello del servizio sanitario nazionale, ma anche quelli che si rifanno al modello mutualistico. Per quanto riguarda, più nello specifico, il sistema olandese, si vedano le considerazioni svolte sul punto nelle Conclusioni Avv. Gen. Ruiz-Jarabo Colomer, *Smits e Perbooms*, cit., punto 28.

²⁸³ R. BAETEN, *The Proposal for a Directive on Patients’ Rights*, cit., pp. 171-172.

²⁸⁴ Si veda, tra le altre, sentenza del 16 giugno 1994, causa C-132/93, *Steen*, in *Racc.*, p. I-2715, punti 8-11. Per un’analisi critica di tale linea giurisprudenziale si veda F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi insufficienti o esorbitanti?*, in *DUE*, 2007, pp. 917-939. In senso conforme R. ADAM e A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione europea*, 2ª ed., Torino 2010, pp. 372-374.

²⁸⁵ Per quanto riguarda l’Italia, la questione delle discriminazioni alla rovescia derivanti dall’applicazione del diritto dell’Unione è stata dapprima affrontata dalla Corte Costituzionale, la quale aveva rilevato come anche queste forme di discriminazione risultassero contrarie all’art. 3 Cost. (Corte Cost. 30 dicembre 1997, n. 443). Successivamente, si è avuto l’intervento del legislatore, il quale, con la legge comunitaria per il 2004, ha inteso sancire in modo definitivo il principio della parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto a quelli degli altri Stati membri residenti osta-

La previsione relativa al divieto di discriminazione fa salva la possibilità per lo Stato di cura di intervenire per impedire l'accesso a pazienti provenienti da altri Stati membri, ove l'adozione di simili misure sia giustificato da motivi imperativi di interesse generale. Nell'individuarli, la disposizione fa riferimento alla lista elaborata dalla Corte in riferimento all'obbligo di autorizzazione preventiva. Sono, dunque, giustificate eventuali restrizioni all'accesso di pazienti transfrontalieri nel caso in cui questo sia necessario al fine di assicurare una gamma equilibrata di cure di qualità, garantire un controllo sui costi ed evitare sprechi di risorse umane, tecniche o finanziarie. Le misure restrittive dovranno, come più volte ribadito dalla Corte anche in riferimento alle restrizioni alla mobilità pazienti, essere necessarie e proporzionate al raggiungimento dell'obiettivo e non rappresentare un mezzo di discriminazione arbitraria²⁸⁶. L'introduzione di una specifica clausola di deroga che consenta agli Stati, in determinate circostanze, di gestire i flussi in entrata non era prevista nella Proposta della Commissione²⁸⁷ ed è intervenuta solo in un momento successivo. Si tratta di una scelta senz'altro positiva, consentendo allo Stato di cura di trovare dentro al sistema gli strumenti per affrontare eventuali situazioni di difficoltà.

Al termine del processo di adozione dell'atto, questa parte della direttiva risulta, nel complesso, decisamente meno innovativa rispetto alla Proposta inizialmente presentata dalla Commissione. Le preoccupazioni destinate da previsioni in taluni casi eccessivamente proiettate in avanti hanno determinato una reazione di chiusura da parte degli Stati, segnando il ritorno a soluzioni improntate ad una maggiore cautela²⁸⁸.

Resta, tuttavia, l'importanza di previsioni normative che riguardano questioni che vanno oltre a quelle affrontate dalla Corte. Per la prima volta, infatti, un atto dell'Unione europea si propone di regolare aspetti inerenti alle modalità di erogazione dei trattamenti sanitari. A tale proposito, vi è chi ritiene l'atto una direttiva di armo-

biliti sul territorio nazionale (legge 18 aprile 2005, n. 62, in GU del 27 aprile 2005, suppl. ord. N. 76).

²⁸⁶ Inoltre, gli Stati sono tenuti a renderle pubbliche preventivamente.

²⁸⁷ In senso critico sulla scelta della Commissione si vedano W. SAUTER, *The Proposed Patients' Rights Directive*, cit., p. 122; R. BAETEN, *The Proposal for a Directive on Patients' Rights*, cit., p. 172.

²⁸⁸ Una scelta che è stata criticata in dottrina, dove è stata messa in luce la sua incongruenza rispetto all'atteggiamento decisamente più invasivo adottato dal legislatore europeo per quanto concerne la riduzione degli ostacoli alla circolazione dei pazienti. In questo senso W. PALM e R. BAETEN, *The Quality and Safety Paradox*, cit., p. 273

nizzazione e non di mera liberalizzazione²⁸⁹. Secondo alcuni autori, l'atto segnerebbe il passaggio, per quanto riguarda il settore dei servizi sanitari, da un'integrazione negativa ad una positiva²⁹⁰, riproponendo un modello di azione già largamente utilizzato in altri ambiti, quale, ad esempio, quello dei servizi a rete²⁹¹. La fissazione di regole comuni costituirebbe la fase di ri-regolazione facente seguito alla de-regolazione imposta dalle pronunce della Corte. Questo tipo di lettura risulta, però, poco convincente, soprattutto alla luce della scarsa incisività di questa parte della Direttiva nella sua versione finale. Inoltre, gli standard comuni introdotti non andrebbero in ogni caso a colmare i vuoti ipoteticamente creati dall'intervento della Corte, disciplinando, infatti, aspetti neppure presi in considerazione a livello giurisprudenziale e rivolgendosi nei confronti degli Stati di cura e non, come avviene per la giurisprudenza sulla mobilità dei pazienti, di quelli di affiliazione. Il riferimento alla dinamica 'de-regolazione/ri-regolazione' non serve, dunque, a spiegare l'evoluzione nel settore dei servizi sanitari, posto che in questo ambito la ri-regolazione indotta in via normativa incide su aspetti immuni dal processo di de-regolazione.

5.4. *La cooperazione in materia di cure sanitarie*

L'affermazione secondo cui la Direttiva vuole essere 'qualcosa di più' di una semplice codificazione della giurisprudenza sulla mobilità dei pazienti trova ulteriore conferma nel Capo IV dell'atto, il quale disciplina questioni inerenti alla *governance* del settore. Gli aspetti presi in considerazione sono molteplici e non tutti correlati alla mobilità dei pazienti. L'esempio più evidente in questo senso è dato dall'articolo 14, relativo all'assistenza sanitaria *on line* (*e-health*), vale a dire quella particolare modalità di prestazione transfrontaliera dei servizi sanitari che prevede l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, non implicando, dunque, alcuno spostamento da parte del paziente²⁹².

²⁸⁹ In senso critico sul punto, già in riferimento alla Proposta, R. BAETEN, *The Proposal for a Directive on Patients' Rights*, cit., pp. 165-166.

²⁹⁰ W. SAUTER, *The Proposed Patients' Rights Directive*, cit., pp. 126-127. In senso più generale sul binomio integrazione negativa/integrazione positiva si veda, per tutti, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 393-396.

²⁹¹ M. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli Users' Rights*, in *DUE*, 2005, pp. 441-471.

²⁹² Per un inquadramento complessivo del tema, si veda S. CALLENS, *The EU Legal Framework on E-health*, in E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN e T. HERVEY (eds), *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge 2010, pp. 561-588.

Questa parte dell'atto introduce un obbligo di cooperazione in capo agli Stati membri, con l'obiettivo di facilitare l'attuazione dell'atto. In effetti, il rafforzamento della cooperazione, non solo tra le autorità pubbliche, ma anche tra gli altri attori del settore, potrebbe avere ricadute sicuramente positive in termini di efficienza nella gestione delle risorse e di qualità delle prestazioni offerte²⁹³. A tal fine, l'articolo 10(1) della Direttiva individua una serie di ambiti nei quali la cooperazione tra gli Stati gioca un ruolo fondamentale, quali, tra gli altri, la definizione di standard di qualità e sicurezza e la definizione del contenuto delle fatture. Il comma 3 affronta la questione del rafforzamento della cooperazione transfrontaliera nelle regioni di confine, accogliendo, in questo senso, le indicazioni emerse anche durante il *Processo di riflessione di alto livello sulla mobilità dei pazienti*. La disposizione si limita, però, a prevedere che la Commissione incoraggi gli Stati membri a cooperare in questo ambito, risultando, dunque, meno incisiva rispetto a quanto previsto in altre parti dell'articolo in esame.

L'articolo 11 impone agli Stati di garantire il riconoscimento delle prescrizioni mediche rilasciate in un altro Paese membro e che riguardino un medicinale la cui immissione in commercio sia stata autorizzata ai sensi della direttiva 2001/83/CE²⁹⁴ o del Regolamento (CE) n. 726/2004²⁹⁵. Si tratta di una questione che presenta numerosi aspetti problematici²⁹⁶ sia da un punto di vista politico, sia sotto un profilo tecnico. Limitandosi a quest'ultima dimensione, basti rilevare come la creazione di un sistema di riconoscimento delle prescrizioni mediche ponga problemi di non poco momento quanto al controllo sull'autenticità delle stesse e alla corretta identificazione del medicinale prescritto, soprattutto alla luce delle differenze ravvisabili sul punto nei diversi Stati membri. La disposizione non affronta questi

²⁹³ Sul punto si veda quanto scaturito dal processo di alto livello di riflessione sulla mobilità dei pazienti, nel cui rapporto finale vengono individuate una serie di aree prioritarie su cui occorre concentrare gli sforzi di cooperazione (*Processo di riflessione di alto livello sulla mobilità dei pazienti*, cit., pp. 4-6).

²⁹⁴ Direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001, *recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano*, in GU L 311 del 28/11/2001, pp. 67-128.

²⁹⁵ Regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, *che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali*, in GU L 136 del 30.04.2004, pp. 229-261.

²⁹⁶ Su questi aspetti e, più in generale, su alcuni profili della disciplina europea del commercio di medicinali si veda O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna 2008, pp. 154-159.

problemi in dettaglio, affidando alla Commissione il compito di adottare le misure necessarie a tal fine.

L'obbligo di cooperazione favorisce, inoltre, lo sviluppo delle reti di riferimento europee. Si tratta di strutture aperte alla partecipazione di enti ospedalieri nazionali che dovrebbero contribuire alla realizzazione di economie di scala, soprattutto per la cura di patologie che «richied[an]o una concentrazione particolare di risorse o di competenze». L'articolo 12(1) della Direttiva sottolinea come tale strutture dovrebbero operare «soprattutto nel settore delle malattie rare», essendo questo un ambito nel quale la realizzazione di economie di scala potrebbe contribuire a superare gli ostacoli creati dal numero ristretto di potenziali beneficiari. Nelle intenzioni della Commissione, e come chiarito dalla disposizione in esame, queste strutture dovrebbero contribuire al perseguimento di una serie molto ampia ed eterogenea di obiettivi. Tra questi contribuire a realizzare le potenzialità della cooperazione in materia di assistenza sanitaria, rafforzare la condivisione di conoscenze, migliorare l'erogazione di un'assistenza di qualità, massimizzare l'uso economicamente efficiente delle risorse e, ancora, rafforzare la ricerca²⁹⁷. Di fronte ad obiettivi tanto importanti ed onerosi appaiono del tutto inadeguati gli strumenti che la Direttiva mette in campo per l'effettiva costituzione delle reti. Una situazione che non costituisce il frutto di un'autonoma scelta da parte del legislatore europeo, ma che deriva dalla limitatezza dei poteri di cui dispone l'Unione in questo ambito. Così, l'atto si limita ad incoraggiare gli Stati «a facilitare lo sviluppo delle reti», conferendo alla Commissione una serie di poteri²⁹⁸, che, per quanto importanti, non le consentono di risolvere alcune questioni di primaria importanza. È questo il caso, ad esempio, del reperimento delle risorse finanziarie necessarie per la creazione e il successivo funzionamento delle reti di riferimento: un aspetto molto delicato dal punto di vista politico, da cui dipende il successo dell'iniziativa.

5.5. *La Direttiva e il sistema delle competenze*

L'analisi della Direttiva non può prescindere dalla valutazione della compatibilità dell'atto con i principi fondamentali che regolano il sistema delle competenze nell'ordinamento dell'Unione europea. In

²⁹⁷ L'art. 12(2) della Direttiva prevede che le reti di riferimento perseguano «almeno tre» degli obiettivi elencati.

²⁹⁸ L'art. 12(4) della Direttiva prevede che la Commissione adotti i parametri che le reti dovranno rispettare, i criteri per l'ammissione alle stesse e i requisiti per la loro valutazione, nonché agevolare lo scambio di informazioni e competenze.

prima battuta, viene preso in considerazione il principio delle competenze di attribuzione, esaminando, in particolare, l'accesso dibattuto sviluppatosi sull'individuazione della base giuridica dell'atto. Successivamente, l'analisi si concentra sulla compatibilità della Direttiva o, meglio, di alcune sue parti con i principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

i) La controversa individuazione della base giuridica dell'atto

L'individuazione della base giuridica ha rappresentato uno degli aspetti più controversi del difficile processo negoziale che ha portato all'adozione della Direttiva. Nella sua versione finale, l'atto individua una doppia base giuridica, facendo riferimento sia all'articolo 114 TFUE sia all'articolo 168 TFUE. La soluzione è il frutto di un difficile compromesso tra i diversi attori coinvolti nel processo di adozione dell'atto. In particolare, Commissione²⁹⁹ e Parlamento avevano contestato l'inclusione dell'articolo 168 TFUE tra le basi giuridiche dell'atto, mettendo in luce come la norma, relativa alla sanità pubblica, non conferisca alcuna potestà normativa in capo alle istituzioni dell'Unione. In effetti, la scelta, fortemente sostenuta dal Consiglio³⁰⁰, risponde, prima di tutto, ad esigenze di carattere politico, mirando ad attenuare il carattere mercantile dell'atto derivante dal riferimento all'articolo 114 TFUE³⁰¹. Tale ultima norma³⁰² rappresenta, infatti, lo strumento tradizionalmente utilizzato per la rimozione delle barriere tra i mercati degli Stati membri, conferendo a Parlamento e Consiglio il potere di adottare, attraverso la procedura legislativa ordinaria, misure di ravvicinamento delle disposizioni nazionali aventi ad oggetto l'instaurazione o il funzionamento del mercato interno³⁰³.

D'altro canto, non può trascurarsi come il riferimento all'articolo

²⁹⁹ Il effetti, la Proposta presentata dalla Commissione il 2 luglio 2008 faceva riferimento al solo art. 114 TFUE (all'epoca art. 95 CE).

³⁰⁰ *Comunicato stampa del Consiglio*, 1 dicembre 2009, cit., p.13.

³⁰¹ Come ammesso anche da chi aveva sostenuto l'opportunità del riferimento all'art. 168 TFUE durante il processo di adozione della Direttiva. Per tutti, R. BAEYEN, *L'UE et les soins de santé*, cit., p. 4.

³⁰² Sulla disposizione si vedano, per tutti, F. CARUSO, *Articolo 95*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., pp. 654-659; R. ADAM, *Il diritto del mercato interno: l'art. 100 A e l'armonizzazione delle legislazioni*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1993, pp. 681-725.

³⁰³ Si tratta di una competenza avente carattere funzionale, essendo finalizzata alla rimozione degli ostacoli che impediscono l'integrazione del mercato europeo, e destinata ad incidere in modo trasversale in ambiti settoriali diversi. Il secondo paragrafo della disposizione esclude, però, la possibilità di adottare misure di ravvicinamento che riguardino le disposizioni fiscali, quelle sulla libera circolazione delle persone e quelle relative ai diritti ed interessi dei lavoratori dipendenti.

168 TFUE non sia del tutto privo di significato anche dal punto di vista giuridico, risultando necessario per l'adozione di un atto che persegue obiettivi ulteriori rispetto al completamento del mercato interno, mirando, tra l'altro, al rafforzamento della cooperazione tra gli Stati membri in materia di assistenza sanitaria. In effetti, come si avrà modo di vedere meglio in chiusura del presente paragrafo, alcuni degli aspetti disciplinati nel Capo della Direttiva dedicato alla cooperazione in materia di cure sanitarie risultano debolmente connessi con la realizzazione del mercato interno, rendendo, quindi, problematico il riferimento al solo articolo 114 TFUE³⁰⁴.

Durante il processo di adozione dell'atto, vi era chi contestava la possibilità di utilizzare l'articolo 114 TFUE per l'adozione di un atto che incide sulle modalità di organizzazione e fornitura dei servizi sanitari, nonché, in ultima analisi, sulle scelte di politica sanitaria degli Stati membri. L'articolo 168(5) TFUE, prevede, infatti, che le istituzioni europee possano sì intervenire con «misure di incentivazione per proteggere e migliorare la salute umana», precisando, però, come questo debba avvenire «ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» che riguardino l'ambito in esame. La norma sembrerebbe impedire l'adozione di qualsivoglia provvedimento di armonizzazione, anche se fondato su altre disposizioni del Trattato, quale, nel caso di specie, l'articolo 114 TFUE.

Si tratta, però, di una lettura che non può essere accolta, essendo, tra l'altro, già stata rigettata in modo netto da parte della Corte. Nel caso *Tobacco Advertising* i giudici hanno avuto modo di chiarire come l'articolo 168(5) TFUE non debba essere interpretato nel senso di impedire l'adozione una misura di armonizzazione fondata sull'articolo 114 TFUE per il semplice fatto che questa «[possa] avere un'incidenza sulla salute umana»³⁰⁵. Come chiarito dalla Corte a più riprese, l'elemento decisivo per determinare la possibilità di fare ricorso

³⁰⁴ A conferma di ciò, basti rilevare come, in modo del tutto inusuale, si sia sentita la necessità di ribadire, al considerando 2, che «[l']articolo 114 TFUE costituisca la base giuridica appropriata». In argomento R. SAUTER, *Harmonization in Healthcare*, cit., p. 10.

³⁰⁵ Sentenza del 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio (Tobacco Advertising)*, in *Racc.*, p. I-2247, punto 78. In argomento si vedano G. DAVIES, *The Community's Internal Market-Based Competence*, cit., pp. 216-217; S. SANNA, *Le azioni di sostegno dell'Unione europea*, in G. ADINOLFI e A. LANG (a cura di), *op. cit.*, pp. 370-372. Per un'interessante analisi della pronuncia della Corte, si veda A. ODDENINO, *La tutela della salute è e resta ancillare rispetto alle altre politiche della Comunità. Nota a CGCE 5 ottobre 2000 (C-376/98)*, in *DPCE*, 2001, pp. 379-383.

all'articolo 114 TFUE è se l'atto sia effettivamente destinato a migliorare le condizioni di funzionamento del mercato interno. La risposta al quesito deve essere elaborata in riferimento agli elementi qualificanti dell'atto che siano suscettibili di controllo in via giurisdizionale, quali l'obiettivo e l'oggetto³⁰⁶.

Nel caso della Direttiva, l'analisi risulta complicata dal fatto che, come illustrato in precedenza³⁰⁷, si tratta di un atto che persegue obiettivi diversi e presenta un contenuto non omogeneo, imponendo, perciò, un esame in più fasi.

Non pare esserci alcuna difficoltà nel ritenere che l'articolo 114 TFUE costituisca una valida base giuridica per l'adozione di norme relative alla questione della rimborsabilità delle spese relative alle cure ricevute da un paziente in uno Stato membro diverso da quello di affiliazione. Tanto più che questa parte dell'atto costituisce in larghissima misura la codificazione di una serie di principi sviluppati dalla Corte proprio attraverso l'applicazione delle norme del Trattato sulla libera circolazione dei servizi, vale a dire uno dei capisaldi del mercato interno.

Apparentemente più problematiche potrebbero, invece, risultare le parti della Direttiva che vanno oltre la semplice codificazione della giurisprudenza sulla mobilità dei pazienti, essendo meno intenso ed immediato il loro legame con il mercato interno. Al momento della presentazione della Proposta da parte della Commissione, l'attenzione della dottrina si era concentrata su quelle norme dell'atto che prevedevano obblighi specifici per gli Stati quanto all'erogazione dei trattamenti sanitari a favore dei pazienti transfrontalieri. Secondo alcuni autori³⁰⁸ tali previsioni, presenti anche nella versione finale dell'atto, sebbene in forma meno incisiva³⁰⁹, esulerebbero dalla competenza dell'Unione europea, rappresentando un tentativo di esercizio strisciante di competenze che il Trattato riserva in esclusiva agli Stati membri. Si ritiene, infatti, che la disciplina di aspetti quali la sicurezza e la

³⁰⁶ Sentenza del 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-5755, punto 25; sentenza del 13 maggio 1997, causa C-233/94, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, in *Racc.*, p. I-2405, punto 24; sentenza del 23 febbraio 1999, causa C-42/97, *Parlamento c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-869, punto 36; sentenza del 29 aprile 2004, causa C-338/01, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-4829, punto 54; sentenza del 3 settembre 2009, causa C-166/07, *Parlamento c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-7135, punto 42. In dottrina si veda, per tutti, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 160-161.

³⁰⁷ Proprio la necessità che l'analisi relativa alle competenze avvenga in riferimento all'oggetto e allo scopo del trattato spiega la scelta di trattare l'argomento solo dopo aver esaminato il contenuto della Direttiva.

³⁰⁸ R. BAETEN, *The Proposal for a Directive on Patients' Rights*, cit., pp. 165-166.

³⁰⁹ Sul punto si veda *supra*, par. 5.3.

qualità dei trattamenti, l'accesso alle informazioni da parte dei pazienti transfrontalieri o l'esistenza di mezzi di ricorso efficaci non possano considerarsi misure connesse al funzionamento del mercato interno.

L'impostazione appare, però, eccessivamente restrittiva e non in linea con l'approccio generalmente adottato dalla Corte. Questa ha già avuto modo di chiarire come l'articolo 114 TFUE non consenta solo l'adozione di misure che abbiano quale unico obiettivo la rimozione degli ostacoli alla libera circolazione delle merci e dei servizi o alla concorrenza, ma anche di provvedimenti che contribuiscano al funzionamento del mercato interno, disciplinando aspetti ad esso connessi³¹⁰. Questo tipo di lettura rispecchia l'evoluzione che ha interessato la concezione stessa di 'mercato interno'. Concetto che non è più inteso come semplice assenza di ostacoli, ma come ambito al cui interno trovano oggi pieno riconoscimento anche valori ed interessi di matrice non commerciale che risultano inscindibilmente connessi ai rapporti di natura economica e che costituiscono patrimonio comune degli ordinamenti nazionali e dell'Unione europea³¹¹. Risulta, quindi, evidente come anche l'obiettivo di stabilire alcune condizioni minime che le autorità nazionali sono tenute a garantire nell'erogazione dell'assistenza sanitaria transfrontaliera rientri tra le misure finalizzate a migliorare il funzionamento del mercato interno e, come tale, possa essere perseguito attraverso l'adozione di un atto fondato sull'articolo 114 TFUE.

Una soluzione analoga potrebbe essere adottata, sebbene con maggiori difficoltà, anche con riferimento alla parte della Direttiva dedicata alle questioni di *governance*. Il riconoscimento delle prescrizioni rilasciate in altri Stati membri e, più in generale, il rafforzamento della cooperazione tra gli Stati in questo ambito, sono, infatti, aspetti connessi al funzionamento del mercato interno e, come tali possono essere fatti rientrare nell'ambito di una misura adottata ai sensi dell'articolo 114 TFUE. Meno evidente risulta, invece, la connessione per quanto riguarda altri aspetti disciplinati in questo capo dell'atto, come, ad esempio, l'instaurazione di una cooperazione tra i Paesi membri al fine di creare delle reti di riferimento europee prevista dall'articolo

³¹⁰ In questo senso sentenza del 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Paesi Bassi c. Consiglio (Invenzioni biotecnologiche)*, in *Racc.*, p. I-7079, punti 27-28.

³¹¹ Tale concezione ampia del mercato interno è stata magistralmente elaborata da G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 396. Sul punto si veda, inoltre, M. KRAJEWSKI, *Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services through a Legal Framework for Services of General Economic Interest: Squaring the Circle*, in *EPL*, 14, 2008, p. 395.

12 della Direttiva. A tale proposito, risulta, dunque, condivisibile la scelta di fare riferimento anche all'articolo 168 TFUE, norma che, come ricordato in precedenza, prevede un intervento dell'Unione teso ad incoraggiare la cooperazione tra gli Stati in materia di assistenza sanitaria, posto che il ricorso al solo articolo 114 TFUE sarebbe risultato problematico³¹².

ii) Direttiva e principio di sussidiarietà

Il principio di sussidiarietà³¹³ costituisce una pietra angolare del sistema delle competenze³¹⁴, limitando la capacità di intervento dell'Unione ai soli casi in cui gli obiettivi dell'azione non possano essere perseguiti in maniera efficace dai singoli Stati membri. Il criterio opera solo in quei settori che non rientrano nella competenza esclusiva nell'Unione³¹⁵. Proprio facendo leva su tale ultimo elemento, vi era chi escludeva l'applicabilità del principio di sussidiarietà nei confronti delle misure di armonizzazione adottate ai sensi dell'articolo 114 TFUE³¹⁶, ritenendo che la competenza dell'Unione in materia di mercato interno avesse carattere esclusivo. L'impostazione, già esplicitamente rigettata dalla Corte³¹⁷, risulta oggi definitivamente superata con l'en-

³¹² Si era espresso in questo senso anche il Bundesrat tedesco nelle sue osservazioni sulla Proposta. Sul punto *Comments of the European Commission on an Opinion from the German Bundesrat*. COM(2008) 414 – Proposal for a Directive on the application of patients' rights in cross-border healthcare, December 2008 disponibile su http://www.ipex.eu/ipex/webdav/site/myjabbiasite/groups/CentralSupport/public/EC%20Comments/COM_2008_0414/Reply%20to%20German%20Bundesrat%20COM2008414_EN.pdf (visitato il 30 agosto 2011).

³¹³ Non è ovviamente possibile dar conto in modo esaustivo di tutta la letteratura relativa al principio. Per tutti si vedano, H. BRIBOSIA, *Subsidiarité e répartition des compétences entre l'Union et ses États membres*, in J.-B. AUBY e J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles 2007, 389-437; J. ZILLER, *Le principe de subsidiarité*, *ivi*, pp. 377-391; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford 2006, pp. 419-426; A. TIZZANO, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in *DUE*, 1997, pp. 229-233; G. STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *RIDPC*, 1993, pp. 59-89.

³¹⁴ Art. 5(3) TUE.

³¹⁵ Si ritiene che il principio si applichi anche agli ambiti di sostegno e non solo alle materie di competenza concorrente. In questo senso O. PORCHIA, *La sussidiarietà*, *cit.*, p. 640; F. PIZZETTI e G. TIBERI, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in F. BASSANINI e G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna 2008, p. 146.

³¹⁶ Conclusioni dell'Avv. Gen. N. Fennelly presentate il 15 giugno 2000, relative alla causa C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio (Tobacco Advertising)*, punto 142.

³¹⁷ Sentenza del 10 dicembre 2001, causa C-491/01, *British American Tobacco*, in *Racc.*, p. I-11453, punto 179. In argomento si veda F. IPPOLITO, *Sussidiarietà e armonizzazione: il caso British American Tabacco*, in *DUE*, 2004, pp. 633-652.

trata in vigore del Trattato di Lisbona. L'articolo 4 TFUE pone, infatti, il mercato interno tra le materie di competenza concorrente³¹⁸, riconoscendo così, in modo definitivo, l'applicabilità del principio di sussidiarietà anche in questo ambito.

Un secondo aspetto, sempre di carattere preliminare, sul quale conviene soffermarsi brevemente riguarda il rapporto tra il principio di sussidiarietà e il principio delle competenze di attribuzione nell'ambito del mercato interno. Nonostante si tratti di questioni distinte³¹⁹, si deve rilevare come l'esame sulla compatibilità di una misura di armonizzazione adottata sulla base dell'articolo 114 TFUE con il principio di sussidiarietà finisca spesso per essere assorbito nella precedente valutazione relativa al principio di attribuzione³²⁰. Le ragioni di una tale commistione sono da ricercare proprio nel tipo di competenza conferita in capo alle istituzioni dell'Unione dalla disposizione in esame. Come accennato in precedenza, si tratta di una competenza funzionale, finalizzata, cioè, al perseguimento di un obiettivo – migliorare le condizioni di funzionamento del mercato interno – che, per dimensioni ed effetti, può essere efficacemente perseguito solo a livello sovranazionale. Questo fa sì che «if an internal market measure satisfies the test of competence, the requirements of subsidiarity are also satisfied»³²¹.

L'approccio può, inoltre, essere visto come un'ulteriore espressione dell'atteggiamento di grande cautela tradizionalmente adottato dalla Corte nel valutare il rispetto del principio di sussidiarietà da parte delle istituzioni politiche³²². Atteggiamento che, però, sembra destinato a mutare con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il quale,

³¹⁸ Sul punto si veda in particolare H. BRIBOSIA, *Subsidiarité e répartition des compétences entre l'Union et ses États membres*, in G. AMATO, H. BRIBOSIA e B. DE WITTE (eds), *op. cit.*, p. 407. L'A. critica la scelta di considerare il mercato interno una competenza concorrente, rilevando come «plutôt que partagé ou exclusive, ce type de compétence, par sa nature transnationale, aurait pu être qualifiée 'propre' à l'Union».

³¹⁹ In argomento, per tutti, L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, 4ª ed., Milano 2010, p. 371.

³²⁰ Sul punto si veda T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford 2006, pp. 186-188. In generale, sull'applicazione del principio di sussidiarietà da parte della Corte si vedano F. SANDERS, *Subsidiarity Infringements before the European Court of Justice: Futile Interference with Politics or a Substantial Step Toward EU Federalism?*, in *Colum. J. Eur. L.*, 12, 2006, pp. 517-572; A. ESTELLA, *The EU Principle of Subsidiarity and its Critique*, Oxford 2001, pp. 137-176.

³²¹ D. WYATT, *Community Competence to Regulate Medical Services*, in M. DOUGAN e E. SPAVENTA (eds.), *Social Welfare and EU Law*, Oxford 2005, p. 142.

³²² In argomento O. PORCHIA, *La sussidiarietà*, cit., p. 646; R. ADAM e A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 48; J. ZILLER, *op. cit.*, p. 383.

individuando con maggior precisione le categorie di competenze³²³ e rafforzando la dimensione procedurale dei principi che ne regolano l'esercizio, dovrebbe indurre ad un'applicazione più rigorosa di questi ultimi³²⁴.

Per quanto riguarda nello specifico la Direttiva, si deve intanto rilevare come la questione del rispetto del principio di sussidiarietà sia stata oggetto di un'analisi molto approfondita soprattutto da parte dei parlamenti nazionali intervenuti nel corso del procedimento di adozione dell'atto e del Comitato delle Regioni³²⁵. È giocoforza rilevare come molti degli aspetti presi in considerazione in questa fase dell'analisi siano strettamente connessi, quando non perfettamente coincidenti, con quelli esaminati in riferimento al principio di attribuzione³²⁶. A tale proposito, è possibile rilevare una sorta di ipertrofia del controllo relativo al principio di sussidiarietà esercitato dai parlamenti nazionali, i quali tendono a leggere ogni aspetto problematico dell'atto come una possibile violazione del criterio in esame. Potrebbe trattarsi di una distorsione creata dal fatto che solo questo tipo di violazioni, e non, ad esempio, quelle del principio di attribuzione, consentono loro di attivare il meccanismo di allarme preventivo introdotto dal Protocollo sulla sussidiarietà allegato al Trattato di Lisbona³²⁷.

³²³ In argomento F. CARUSO, *La disciplina dell'esercizio delle competenze di Stati membri ed Unione nel Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *Studi in onore di Umberto Leanza*, vol. II, Napoli 2008, pp. 935-948.

³²⁴ In questo senso O. PORCHIA, *La sussidiarietà*, cit., pp. 646-647.

³²⁵ Più in particolare il *Subsidiarity Monitoring Network*, organismo creato per facilitare lo scambio di informazioni tra le autorità locali e regionali degli Stati membri in merito agli atti della Commissione. Per quanto riguarda nello specifico la Proposta della Direttiva in esame si veda il *Report on the Consultation of the Subsidiarity Monitoring Network on the Proposal for a Directive on the application of patients' rights in cross-border healthcare*, 26 November 2008, DEVE-IV-032, disponibile su <http://subsidiarity.cor.europa.eu/ListDocument/tabid/183/ctl/ViewDocument/mid/417/UserId/1/DocId/4488/Default.aspx> (visitato il 30 agosto 2011).

³²⁶ A tale proposito si noti come nella sezione dedicata al principio di sussidiarietà del rapporto adottato congiuntamente dal Senato e dalla Camera dei Rappresentanti dei Paesi Bassi si affermi che «[n]or are the Senate and the House of Representatives convinced that under the proposed directive the Community would fully respect the responsibilities of the Member States for the organisation and delivery of health services and medical care, as provided for in Article 152 (5) of the EC Treaty» (Houses of the States General of the Kingdom of the Netherlands, *Assessment of the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Application of Patients' Rights in Cross-Border Healthcare*, Reference number 1141877.02u/YTB/FB, 2 October 2008).

³²⁷ Sebbene, è bene ricordarlo, l'intervento dei parlamenti europei sulla Proposta di Direttiva sia avvenuto prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Sul meccanismo si veda *supra*, par. 5.1.

Il dibattito relativo alla compatibilità dell'atto con il principio di sussidiarietà ha riguardato diversi aspetti della Direttiva. Da più parti si è messo in luce come l'intervento del legislatore europeo fosse senz'altro giustificato per ciò che riguarda le norme relative alla rimborsabilità delle spese sostenute per l'assistenza medica transfrontaliera. La necessità di riportare a sistema gli interventi della Corte e di definire con maggior chiarezza gli obblighi degli Stati in questo ambito è, in fatti un compito che, come riconosciuto, tra gli altri, dalla *House of Lords*, «can only be pursued by Community level action»³²⁸.

Maggiori perplessità sono, invece, state sollevate per quanto riguarda altre parti della Direttiva³²⁹ e, più in particolare, quella relativa agli obblighi che lo Stato di cura è tenuto a rispettare nell'erogazione delle cure. Uno degli aspetti più problematici è risultato essere la previsione, contenuta nella Proposta di Direttiva del luglio 2008, che conferiva alla Commissione, in collaborazione con gli Stati membri, il potere di elaborare orientamenti che facilitassero la definizione di regole più chiare quanto alla qualità e alla sicurezza dei trattamenti sanitari erogati a livello nazionale. Da più parti³³⁰ si era messo in luce come il conferimento di questa facoltà alla Commissione violasse il principio di sussidiarietà, risultando poco rispettoso delle specificità nazionali in materia di organizzazione dei sistemi sanitari. Preoccupazioni che, essendo pienamente condivise anche dai governi degli Stati membri, hanno portato all'eliminazione della norma, la quale non compare nella versione finale dell'atto. Più in generale, l'affievolimento degli obblighi previsti in questa parte della Direttiva ha rappresentato un momento di svolta nel dibattito relativo alla com-

³²⁸ House of Lords, *Healthcare Across EU Borders*, cit., punto 64.

³²⁹ La House of Lords si è spinta fino ad affermare che «[w]e are therefore content that the proposal is consistent with the principle of subsidiarity as long as it does not go beyond the action required to clarify and to put into effect the principles laid down by the ECJ» (House of Lords, *Healthcare Across EU Borders*, cit., punto 64). Una posizione analoga è stata espressa anche dalla Camera irlandese (House of the Oireachtas, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Application of Patients' Rights in Cross-Border Healthcare*, EU Scrutiny Report no. 26, 25 September 2009, p. 8).

³³⁰ Assemblée Nationale, *Rapport d'information*, cit., pp. 59-60; House of the Oireachtas, *EU Scrutiny Report no. 26*, cit., p. 8. La questione è stata sollevata anche da entrambe le camere del Parlamento olandese, sul punto si vedano i *Comments of the European Commission on an Opinion of both Chambers of the States General of the Kingdom of the Netherlands. COM(2008) 414 – Proposal for a Directive on the application of patients' rights in cross-border healthcare*, December 2008 disponibile su <http://www.ipex.eu/ipex/cms/home/op/edit/pid/4?matrix=2597yes#20080414> (visitato il 14 ottobre 2011).

patibilità dell'atto con il principio di sussidiarietà, eliminando molti degli aspetti più controversi sotto questo profilo.

iii) Direttiva e principio di proporzionalità

Occorre, a questo punto, valutare se la Direttiva sia compatibile con l'ultimo dei pilastri del sistema delle competenze, il principio di proporzionalità³³¹. Si tratta, come già nel caso della sussidiarietà, di un criterio che attiene alle modalità di esercizio delle competenze e non al loro riparto tra il livello nazionale e quello sovranazionale³³². Il principio opera, però, anche negli ambiti che rientrano nella competenza esclusiva dell'Unione, limitandone l'azione a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi previsti dal Trattato. In questo contesto, gli aspetti più problematici della Direttiva sono due. Il primo attiene alla scelta di adottare un nuovo atto normativo per disciplinare questioni già regolate da altri strumenti di diritto derivato. Il secondo riguarda, invece, il capo della Proposta dedicato alle questioni di *governance* e, più in particolare, all'imposizione di un obbligo di cooperazione in capo agli Stati membri.

Quanto al primo aspetto, si deve rilevare come, fin dal momento in cui si decise di procedere all'adozione della Direttiva, vi era chi³³³ contestava la necessità di ricorrere ad un nuovo strumento normativo per riportare a sistema i principi elaborati in via giurisprudenziale, ritenendo sufficiente una modifica della normativa sul coordinamento dei regimi di sicurezza sociale³³⁴. Ipotesi che, però, era stata

³³¹ Sul principio si vedano *ex multis* T-I. HARBO, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, in *ELJ*, 16, 2010, pp. 158-185 D-U. GALLETTA, *Le principe de proportionnalité*, in J-B. AUBY e J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *op. cit.*, pp. 356-376; P. CRAIG, *op. cit.*, pp. 655-715; T. TRIDIMAS, *op. cit.*, pp. 136-241; E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano 2000, pp. 6-20; J. JANS, *Proportionality Revisited*, in *LIEI*, 27, 2000, pp. 239-265; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli 1999, pp. 157-210; M. LUGATO, *Principio di proporzionalità ed invalidità di atti comunitari nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *DCSI*, 30, 1991, pp. 67-85.

³³² In questo senso O. PORCHIA, *La sussidiarietà*, cit., p. 639.

³³³ Il dibattito sul punto aveva profondamente diviso anche la Commissione al suo interno. In un primo momento, la Direzione generale occupazione, affari sociali e pari opportunità aveva, infatti, sostenuto anch'essa l'inutilità di ricorrere ad un nuovo atto, ritenendo sufficiente una semplice modifica alla normativa sul coordinamento dei regimi di sicurezza sociale. In questo modo, essa voleva attrarre nel suo ambito di competenza l'intera disciplina della mobilità dei pazienti. Sul punto R. BAETEN, *The Proposal for a Directive on Patients' Rights*, cit., p. 158.

³³⁴ La possibilità di procedere in questo senso era stata prospettata nel corso del processo di adozione del Regolamento (CE) n. 883/2004, il quale, come noto, ha sostituito il Regolamento (CEE) n. 1408/71. Una delle ragioni per le quali si è de-

rigettata dalla Commissione³³⁵, la quale aveva fatto leva sull'impossibilità di ricondurre ad unità due regimi che, tra l'altro, trovano fondamento in ambiti normativi diversi, rispettivamente la libera circolazione dei lavoratori e la libera prestazione dei servizi³³⁶.

Il meccanismo introdotto dalla Direttiva si differenzia da quello previsto in materia di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale anche dal punto di vista operativo, soprattutto per quanto attiene al *quantum* e alle modalità del rimborso. Proprio alla luce di tali differenze, è lecito ipotizzare che gli Stati saranno costretti ad istituire meccanismi gestionali distinti, o comunque prevedere l'utilizzo di criteri diversi, a seconda del canale scelto dal paziente³³⁷. Tutto ciò determinerà un inevitabile aumento dei costi di gestione, con possibili problemi di coordinamento tra i due sistemi.

In dottrina, vi è chi mette in luce come l'aggravio degli oneri gestionali derivante dalla scelta di istituire un nuovo canale di accesso all'assistenza sanitaria transfrontaliera sia del tutto sproporzionato rispetto al numero di pazienti transfrontalieri. Secondo questi autori, la portata ancora limitata del fenomeno, tra l'altro ammessa dalla stessa Commissione³³⁸, non giustificerebbe la creazione di un nuovo regime, essendo all'uopo sufficienti gli strumenti normativi già esistenti. La scelta di segno contrario adottata dalla Commissione andrebbe, quindi, oltre a quanto necessario per raggiungere l'obiettivo e, come tale, dovrebbe ritenersi una violazione del principio di proporzionalità.

L'argomentazione, per quanto ponga un problema reale, non può,

ciso di non procedere in questo senso è legata ad una scelta opportunistica da parte della Commissione. Si era, infatti, preferito affrontare le questioni sollevate dalla giurisprudenza sulla mobilità dei pazienti nella Direttiva Servizi, poiché per l'adozione dell'atto, fondato sull'allora art. 95 TCE, era richiesta la maggioranza qualificata in seno al Consiglio e non l'unanimità come invece richiesto per le norme in materia di coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale. Sul punto *Assemblée Nationale, Rapport d'information*, cit., pp. 36-37.

³³⁵ Si noti che tale possibilità non figura neppure tra le alternative prese in considerazione dalla Commissione nella valutazione di impatto relativa alla Direttiva (*Documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna la proposta di direttiva concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera. Sintesi della valutazione di impatto*, SEC(2008) 2164, pp. 4-5).

³³⁶ Sul punto si vedano le considerazioni svolte nelle Conclusioni Avv. Gen. P. Mengozzi, *Commissione c. Spagna*, cit., punto 70.

³³⁷ A tale proposito, l'art. 8(3) della Direttiva prevede che, ove ne siano soddisfatte le condizioni, lo Stato è tenuto a concedere l'autorizzazione preventiva ai sensi del Regolamento (CE) n. 883/2004, facendo, però, salva la facoltà del paziente di optare per una diversa soluzione.

³³⁸ *Relazione allegata alla Proposta di Direttiva*, cit., p. 17; *Comunicazione 2008, Quadro comunitario*, cit., p. 9.

però, condividersi appieno. La necessità di un intervento di questo tipo da parte degli organi legislativi dell'Unione europea è dimostrata, per ciò che riguarda il problema della rimborsabilità delle spese mediche sostenute in un Paese diverso da quello di affiliazione, dallo stato di scarsa chiarezza che caratterizza la materia, così come ammesso anche dagli stessi Stati membri. Inoltre, questo tipo di critiche sembrano trascurare come l'atto non intenda solo codificare la giurisprudenza sulla mobilità dei pazienti. Esso interviene a disciplinare ambiti ulteriori, andando ben oltre le questioni relative al rimborso delle spese mediche sostenute in un Paese membro diverso da quello di affiliazione³³⁹. È evidente, dunque, che l'adozione di un nuovo atto risulti giustificato alla luce degli obiettivi perseguiti, non potendosi ritenere sufficiente a questi fini una semplice modifica della normativa sul coordinamento dei regimi di sicurezza sociale.

Il secondo profilo di problematicità attiene all'obbligo di cooperazione imposto dagli articoli 10 e seguenti della Direttiva. Una parte della dottrina ritiene che l'obiettivo – il rafforzamento della cooperazione in materia di assistenza sanitaria – avrebbe potuto essere perseguito attraverso modalità diverse e meno restrittive della libertà statale. Secondo questi autori, lo strumento scelto dalla Direttiva risulterebbe, quindi, contrario al principio di proporzionalità, non potendosi giustificare alla luce dell'obiettivo perseguito. La scelta ha sollevato forti resistenze anche da parte degli Stati membri, i quali avevano fin da subito sostenuto la necessità un approccio diverso, più compatibile con la natura di uno strumento che mal si presta ad essere costretto in schemi normativi così rigidi³⁴⁰. Dubbi in tal senso sono stati espressi anche dal Comitato delle Regioni, il quale aveva proposto di eliminare questo tipo di previsioni, sottolineando come non si possa «regolamentare mediante direttiva la cooperazione»³⁴¹.

L'impostazione appena descritta mette bene in luce un profilo di oggettiva problematicità, vale a dire la difficoltà di imporre attraverso un atto normativo l'utilizzo di strumenti di *soft law*, i quali operano secondo logiche diverse e meno formali³⁴². Il rischio è che, per que-

³³⁹ In questo senso W. SAUTER, *The Proposed Patients' Rights Directive*, cit., pp. 120-121. L'A. osserva che la scelta «reveals ambition beyond codification», alle quali non sarebbe stato possibile dar seguito nel caso in cui si fosse optato per una semplice modifica della normativa sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

³⁴⁰ Sul punto COREPER, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Application of Patients' Rights in Cross-Border Healthcare. Progress Report*, 3 June 2009, 10026/09, p. 10.

³⁴¹ Comitato delle Regioni, *Assistenza sanitaria transfrontaliera*, cit., p. 22.

³⁴² Sugli strumenti di cooperazione e sul ruolo della *soft law* in tale ambito si veda, per tutti, O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo*, cit., pp. 64-127. In

sta via, si determini un eccessivo irrigidimento della procedura, soffocando le possibilità di sviluppo della cooperazione e, in ultima analisi, incidendo negativamente sulla possibilità di giungere a risultati positivi³⁴³. Ciononostante, non pare potersi condividere l'affermazione secondo cui l'imposizione di un obbligo a cooperare risulti contraria al principio di proporzionalità. La scelta è, infatti, giustificata dalla necessità che il rafforzamento della cooperazione in ambito sanitario non resti solo un auspicio, ma diventi realtà. Obiettivo questo che poteva essere perseguito solo attraverso l'imposizione di un obbligo in capo agli Stati membri. Inoltre, non può trascurarsi come tale obbligo, in coerenza anche con quanto previsto dall'articolo 168 TFUE, riguarda solo l'instaurazione o il rafforzamento della cooperazione, non incidendo, dunque, sulle modalità attraverso le quali la stessa potrà svilupparsi, né sui risultati da raggiungere. Anche da questo punto di vista, non pare, dunque, potersi condividere la posizione di chi ritiene che la previsione in esame imponga un'ingiustificata restrizione della libertà statale e, pertanto, risulti contraria al principio di proporzionalità.

particolare sul 'difficile rapporto' tra *hard law* e *soft law* si vedano D. TRUBEK e J. SCOTT, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, in *ELJ*, 8, 2002, pp. 1-18.

³⁴³ In argomento si vedano T. HERVEY e L. TRUBEK, *Freedom to Provide Health Care Service within the EU: An Opportunity for a Transformative Directive*, Legal Studies Research Paper Series, paper no. 1050, May 2007. Gli Aa. ritengono che sarebbe stato preferibile l'adozione di una «trasformative directive», vale a dire di un atto composto da due parti: la prima, articolata secondo il metodo comunitario classico, nella quale avrebbe dovuto essere disciplinato il problema del rimborso delle spese mediche transfrontaliere, e la seconda che, invece, avrebbe dovuto costituire «a framework for creating non-binding norms through participatory mechanisms». L'atto avrebbe potuto rappresentare, sempre secondo le autrici, a «hybrid form of old and new governance» (pp. 12-13).

CAPITOLO V

Osservazioni conclusive e prospettive di sviluppo

SOMMARIO: 1. L'impatto del mercato interno sui sistemi nazionali di welfare. - 1.1. Mercato interno e competenze statali in materia di servizi socio-sanitari. - 1.2. Verso una più ampia applicazione delle norme sul mercato interno nei confronti delle attività socio-sanitarie?. - 1.3 Mercato interno e tutela dei valori sociali. - 1.4. L'apertura di un 'nuovo fronte': l'applicazione delle norme sulla libertà di stabilimento nel settore socio-sanitario. - 2. Verso una progressiva sistematizzazione della materia: risultati e prospettive. - 2.1. La Direttiva sui diritti dei pazienti transfrontalieri: una soluzione di compromesso in risposta all'attivismo della Corte. - 2.2. I servizi socio-sanitari come servizi di interesse generale: quali prospettive per una disciplina organica della questione?

1. *L'impatto del mercato interno sui sistemi nazionali di welfare*

In via di conclusione è possibile formulare alcune considerazioni di carattere più generale sull'impatto che l'applicazione delle norme relative al mercato interno ha, e potrà avere, sull'organizzazione dei sistemi nazionali di *welfare*. Seguendo l'impostazione che ha caratterizzato l'intero lavoro, la valutazione sarà bipartita, prendendo in esame l'impatto del fenomeno sia sui rapporti tra Stati membri ed Unione, sia sul contenuto delle politiche socio-sanitarie. Inoltre, tali considerazioni conclusive verranno elaborate mettendo a confronto la diversa incidenza delle norme sulla concorrenza rispetto a quelle sulla libera prestazione dei servizi. A tale proposito, verrà preso in considerazione un profilo ulteriore del rapporto tra la disciplina del mercato interno e il settore socio-sanitario, vale a dire l'applicazione in questo contesto delle regole sulla libertà di stabilimento, il quale servirà quale ulteriore elemento di raffronto. L'analisi della giurisprudenza recentemente sviluppatasi in riferimento a tale ambito, oltre a presentare autonomi profili di interesse, consente di comprendere meglio l'impatto effettivo delle norme relative a concorrenza e servizi sull'organizzazione dei sistemi nazionali di *welfare*.

1.1. Mercato interno e competenze statali in materia di servizi socio-sanitari

Quanto al primo aspetto, relativo all'incidenza delle norme sul mercato interno nei confronti della 'sovranità sociale'¹ degli Stati membri, occorre, innanzitutto, riconoscere come il fenomeno in esame non sia un monolite, ma assuma forme ed intensità mutevoli a seconda dell'ambito normativo preso in considerazione. Dall'analisi svolta emergono alcune differenze in questo senso tra l'applicazione delle norme sulla concorrenza² e quelle relative alla libera prestazione dei servizi³. Le soluzioni adottate nel primo ambito risultano tendenzialmente più attente agli equilibri istituzionali previsti dal Trattato in materia di servizi socio-sanitari, rispetto a quanto avviene nell'altro contesto. Paradigmatica, per quanto riguarda le disposizioni *antitrust*, è l'enfasi posta dalla Corte sulla necessità di ridurre l'intensità del controllo esercitato sulle misure statali adottate a tutela dell'interesse generale quando queste riguardino un ambito, quello relativo all'organizzazione e alla fornitura dei servizi sanitari, che appartiene alla competenza esclusiva degli Stati membri⁴.

Inoltre, si deve rilevare come il problema della compatibilità delle misure nazionali adottate nel settore socio-sanitario con le norme relative al mercato interno venga affrontato secondo modalità e tempi diversi nei due ambiti. Per quanto riguarda la materia della concorrenza, la questione è esaminata, e talvolta risolta, già nella fase iniziale dell'analisi, vale a dire quella relativa all'applicabilità delle norme del Trattato nei confronti delle attività in esame⁵. La Corte, infatti, pur senza tradire il tradizionale approccio funzionalista, è giunta ad ammettere la possibilità di escludere dall'ambito applicativo delle disposizioni *antitrust* quelle attività che presentino un carattere prevalentemente sociale. Viceversa, in materia di libera prestazione dei ser-

¹ Sul concetto si veda *supra* cap. I, par. 1.

² Da intendersi come comprensive anche delle norme sugli aiuti pubblici, salvo diversa indicazione.

³ In argomento D. GALLO, *Social Security and Health Services in EU Law: Towards Convergence or Divergence in Competition, State Aids and Free Movement?*, EUI Working Paper RSCAS 2011/19, pp. 16-18.

⁴ In questo senso E. SZYSZCZAK, *Modernising Healthcare: Pilgrimage for the Holy Grail?*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGARD e J. VAN DE GRONDEN (eds), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, Cambridge 2009, pp. 212-213.

⁵ In generale sul punto G. MONTI, *Servizi pubblici e concorrenza*, in E. FERRARI (a cura di), *Attività economiche e attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino 2007, pp. 208-222. L'A. parla a questo proposito di prevalenza dell'*exclusion approach* rispetto al *derogation approach*.

vizi, la qualificazione dell'attività avviene facendo riferimento alla singola prestazione, senza riconoscere alcun tipo di rilevanza al contesto entro cui esso si colloca. In questo caso, la questione della compatibilità delle misure nazionali è affrontata solo in un momento successivo, quando, cioè, viene presa in considerazione la possibilità di giustificare la restrizione attraverso il ricorso alle clausole di deroga previste dal diritto dell'Unione europea.

La questione non ha un interesse meramente teorico, incidendo sull'articolazione del rapporto tra Unione europea ed autorità nazionali per quanto riguarda l'organizzazione dei servizi socio-sanitari.

In primo luogo, l'approccio utilizzato in materia di libera prestazione dei servizi determina un sensibile ampliamento dell'ambito applicativo della disciplina sovranazionale, tanto che, come ammesso dalla Commissione nella Comunicazione sui servizi di interesse generale del 2007, «la stragrande maggioranza dei servizi può essere considerata 'attività economica' ai sensi delle norme del trattato CE in materia di mercato interno (articoli 43 e 49)»⁶. Questo fa sì che la 'stragrande maggioranza' delle scelte nazionali in materia di *welfare* possa essere sottoposta al vaglio delle istituzioni europee, rafforzando, dunque, la loro capacità di intervento.

In secondo luogo, l'approccio utilizzato dalla Corte consente l'applicazione delle regole sulla libera prestazione dei servizi anche in ambiti sottratti alle disposizioni *antitrust*⁷. La dimostrazione più evidente di questo stato delle cose è data dal caso *Kattner*⁸, nel quale si discuteva se l'imposizione di un obbligo di iscrizione a una cassa previdenziale di categoria potesse considerarsi una restrizione alla libertà di prestazione dei servizi, oppure una pratica vietata ai sensi dell'attuale articolo 102 TFUE. La Corte ha dapprima escluso la possibilità di dare applicazione alle norme *antitrust*, rilevando come l'ente oggetto della causa non potesse considerarsi un'«impresa» ai sensi del diritto dell'Unione, visto che svolgeva un'attività di carattere esclusi-

⁶ Comunicazione della Commissione, *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, 20 novembre 2007, COM(2007) 725 def., p. 5.

⁷ L. HANCHER e W. SAUTER, *One Step Beyond? From Sodemare to DocMorris: The EU's Freedom of Establishment Case Law Concerning Healthcare*, in *CMLR*, 47, 2010, pp. 127-128.

⁸ Sentenza del 5 marzo 2009, causa C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH*, in *Racc.*, p. I-1513. Sulla pronuncia e, in particolare, sul diverso approccio adoperato dalla Corte nei due ambiti si vedano le considerazioni svolte da M. LOTTINI, *La concezione «statica» e la concezione «dinamica» dell'attività economica: una recente sentenza della Corte di giustizia in materia di servizi sociali*, in *RIDPC*, 2009, pp. 1551-1570.

vamente sociale⁹. Successivamente gli stessi giudici hanno, però, sancito l'applicabilità delle norme sulla libera circolazione dei servizi al caso di specie, procedendo, così, a valutare se la decisione del legislatore tedesco di imporre a tutte le imprese l'obbligo di iscriversi alla cassa previdenziale di categoria, a titolo di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, potesse dirsi compatibile con gli attuali articoli 56 TFUE e seguenti¹⁰.

La disparità tra le soluzioni adottate in riferimento allo stesso caso mette bene in luce il diverso grado di 'invasività' delle due discipline rispetto alle scelte organizzative adottate a livello nazionale¹¹. Per quanto riguarda le norme sulla concorrenza, queste possono trovare applicazione solo nel caso in cui sia lo Stato a creare le condizioni necessarie a tal fine, attraverso l'adozione di modelli organizzativi aperti alla partecipazione di attori privati che agiscono secondo logiche imprenditoriali. Lo stesso non è, invece, richiesto nel caso delle norme sulla libera prestazione dei servizi, le quali, come dimostra la giurisprudenza sulla 'mobilità dei pazienti', sono in grado di trovare spazio anche in contesti non liberalizzati. La differenza è colta in modo efficace da una parte della dottrina, la quale osserva come «[c]ompetition can regulate the players once the market game starts, but it seems less suited to getting that game going»¹².

D'altro canto, la maggior 'invasività' delle norme sulla libera prestazione dei servizi è in qualche modo bilanciata dalla loro minor incidenza sull'organizzazione dei sistemi di *welfare*. Potendo trovare applicazione solo in situazioni che abbiano carattere transfrontaliero¹³, queste ultime non sembrano, infatti, in grado di incidere direttamente

⁹ *Ivi*, punti 33-68.

¹⁰ *Ivi*, punti 69-77. La Corte ha, però, ammesso che la misura potesse ritenersi legittima ai sensi del diritto comunitario, essendo diretta a garantire la sostenibilità finanziaria del sistema previdenziale.

¹¹ In argomento G. DAVIES, *The Process and Side Effects of Harmonization of European Welfare States*, Jean Monnet Working Paper no. 02/06, pp. 15-17.

¹² G. DAVIES, *Health and Efficiency: Community Law and National Health Systems in the Light of Müller-Fauré*, in *MLR*, 2004, p. 104, spec. nota 53.

¹³ A tale proposito occorre, inoltre, rilevare come la giurisprudenza della Corte abbia determinato il progressivo affievolimento del requisito, arrivando in alcuni casi al suo completo superamento e, dunque, ad ammettere l'applicabilità delle norme sulla libera circolazione dei servizi anche in situazioni non caratterizzate da alcun elemento di transnazionalità. Si veda, ad esempio, sentenza del 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, *Cipolla*, in Racc. p. I-11421. Sul punto, per tutti, R. MASTROIANNI, *La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria. I principi generali*, in F. BESTAGNO e L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano 2007, pp. 18-23; A. BIONDI, *Alla caccia dei limiti esterni della libera circolazione dei servizi*, *ivi*, pp. 75-79.

sulle scelte riguardanti aspetti essenziali del sistema¹⁴. Ciò risulta particolarmente vero laddove, come nei casi analizzati nel presente lavoro, le norme sulla libera circolazione vengano applicate in riferimento a fenomeni di mobilità dei beneficiari dei servizi e, quindi, non riguardino direttamente le scelte organizzative 'interne' adottate dalle autorità nazionali. La situazione è diversa per quanto riguarda le norme sulla concorrenza. Nel momento in cui si creino le condizioni che consentano la loro applicazione, tali disposizioni sono destinate ad incidere direttamente sull'organizzazione interna dei servizi socio-sanitari, modificando e conformando aspetti essenziali dei sistemi nazionali.

1.2. Verso una più ampia applicazione delle norme sul mercato interno nei confronti delle attività socio-sanitarie?

Il combinarsi di tutti questi elementi fa sì che l'incidenza delle norme relative al mercato interno sulla capacità degli Stati di organizzare i loro sistemi di *welfare* sia di fatto ancora circoscritta. Per il momento, i limiti derivanti dall'applicazione delle norme su concorrenza e libera circolazione dei servizi non paiono avere un'intensità tale da privare gli Stati della loro capacità di scelta per quanto riguarda l'organizzazione e la fornitura dei servizi socio-sanitari¹⁵. Si tratta, però, di una valutazione relativa alla situazione attuale, che non può portare a trascurare come la 'scoperta'¹⁶ delle norme sul mercato interno in riferimento all'ambito socio-sanitario sia destinata ad incidere in modo sempre più profondo sugli equilibri istituzionali pre-

¹⁴ Sul punto HATZOPOULOS V., *Killing National Health and Insurance Systems but Healing Patients? The European Market for Health Care Services after the Judgement of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms*, in *CMLR*, 39, 2002, p. 728.

¹⁵ In questo senso S. VAN RAEPENBUSCH, *Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social*, in J.-V. LOUIS e S. RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union Européenne*, Bruxelles 2006, p. 161. Una conclusione analoga è stata adottata anche dalla Corte Costituzionale tedesca nella sentenza sulla ratifica del Trattato di Lisbona da parte della Germania, nella quale si afferma che «there are [...] no indications justifying the assumption that the Member States are deprived of the rights, and the practical possibilities of action, to take conceptual decisions regarding systems of social security and other social policy and labour market policy decision in their democratic primary areas» (ground 399). BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1-421), versione in inglese disponibile su http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html (visitato il 15 ottobre 2011).

¹⁶ L'espressione è la stessa utilizzata da G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90 n. 2 del Trattato CE*, in *DUE*, 1996, p. 724 in riferimento all' allora art. 90.2 TCE (oggi art. 106 TFUE).

visti dal Trattato in materia di *welfare*¹⁷, soprattutto nel momento in cui questo tipo di evoluzione dovesse consolidarsi o addirittura espandersi¹⁸. Le probabilità che questo avvenga sono alte, sia per quanto riguarda la libera circolazione dei servizi, sia in materia di concorrenza.

In primo luogo, l'approccio utilizzato dalla Corte in materia di mobilità dei pazienti è suscettibile di trovare applicazione anche in altri ambiti del *welfare State*. Come osservato in dottrina, infatti, gli stessi argomenti utilizzati per i servizi sanitari «can be made about pensions, education and unemployment insurance»¹⁹, aprendo, dunque, nuovi spazi per la disciplina sovranazionale. L'affermazione, sebbene astrattamente condivisibile, merita, però, una precisazione. Perché i principi elaborati in materia di mobilità dei pazienti possano effettivamente trovare applicazione, è comunque necessario dimostrare l'esistenza di un rapporto di carattere commerciale tra il prestatore stabilito in un altro Stato membro e il beneficiario, un aspetto che non è immediatamente rinvenibile in tutti gli ambiti menzionati.

Potenzialmente ancora più interessante è l'evoluzione che potrebbe riguardare il rapporto tra le norme sulla concorrenza e l'organizzazione dei sistemi nazionali di *welfare*. Da tempo, in molti Stati membri si registra un ricorso sempre più ampio a modelli organizzativi basati sul mercato, nel tentativo di trovare risposte adeguate alle sfide poste dai mutamenti che hanno interessato il tessuto socio-economico e dal progressivo invecchiamento della popolazione europea. Una tendenza che si è ulteriormente rafforzata a causa della grave crisi economica che ha investito tutti i Paesi europei a partire dalla fine del 2008, la quale ha ulteriormente acuito la necessità di trovare nuove fonti di finanziamento per far fronte alla drammatica riduzione delle risorse pubbliche destinate al *welfare State*²⁰ e alla contemporanea crescita della domanda di servizi sociali e sanitari da parte di cittadini

¹⁷ S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna 2003, p. 84. L'A. preconizza addirittura una possibile «rottura dell'iniziale equilibrio costituzionale».

¹⁸ Per un'analisi delle possibili dinamiche innescate dalla 'creazione' di un mercato delle cure sanitarie si veda M. KRAJEWSKI, *Commodifying and Embedding Services of General Interests in Transnational Contexts. The Example of Healthcare Liberalization in the EU and the WTO*, in C. JOERGES e J. FALKE (eds), *Karl Polanyi, Globalization and the Potential of Law in Transnational Markets*, London 2011, pp. 247-250.

¹⁹ G. DAVIES, *Health and Efficiency*, cit., p. 104.

²⁰ A conferma di ciò, basti osservare che, come denunciato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, i finanziamenti nazionali per le politiche sociali sono passati dai 1231 miliardi di euro del 2008 ai 178 miliardi di euro del 2011 (Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, *Le politiche sociali oggi: riflessioni e proposte delle Regioni*, 22 settembre 2011, 11/108/CR11a/C8).

sempre più in difficoltà²¹. Tutto ciò potrà contribuire a creare le condizioni per un'applicazione più intensa delle norme sulla concorrenza, le quali sono, così, destinate ad incidere in modo ancora più sensibile sulla libertà d'azione degli Stati membri per quanto riguarda le scelte organizzative da compiersi nel settore in esame. L'applicazione delle norme *antitrust* potrà, inoltre, avere l'effetto di consolidare le eventuali aperture decise a livello nazionale, rendendo molto più difficile, quando non impossibile, ogni tentativo di 'tornare indietro' verso modelli gestionali caratterizzati da una maggior presenza del potere pubblico²².

1.3. Mercato interno e tutela dei valori sociali

Passando ora ad esaminare la dimensione 'sostanziale' della questione, occorre osservare come l'atteggiamento assunto dalla Corte nel dare applicazione alle norme sul mercato interno nei confronti dei servizi socio-sanitari sia stato da più parti criticato perché non sufficientemente attento ai valori sociali sottesi alle attività in esame, completamente sovrastati dalle ragioni del mercato.

Critiche di questo tipo sono state sollevate sia in riferimento alle norme sulla concorrenza, sia, in modo ancora più deciso, rispetto alla disciplina sulla libera prestazione dei servizi. In particolare, è stato messo in luce come l'applicazione dei principi derivanti dalle norme del Trattato sul mercato interno rischi di indebolire quello che costituisce l'elemento cardine di tutti i sistemi europei di *welfare*, vale a dire il principio di solidarietà.

L'argomentazione tocca, in effetti, uno degli aspetti più problematici dell'intera vicenda²³. L'attuazione del principio di solidarietà si basa, infatti, su una logica di chiusura, presupponendo l'esistenza di una comunità coesa e ben definita, al cui interno è possibile istituire meccanismi redistributivi per far fronte a rischi e necessità comuni. Soprattutto dopo il consolidamento del *welfare State*, avvenuto in

²¹ In argomento B. VIS, K. VAN KERSBERGEN e T. HYLANDS, *To What Extent Did the Financial Crisis Intensify the Pressure to Reform the Welfare State?*, in *Soc. Pol. & Admin.*, 45(4), 2011, pp. 338-353; F. FIGARI, A. SALVATORI e H. SUTHERLAND, *Economic Downturn and Stress Testing European Welfare Systems*, Eurostat Methodologies and Working Papers, 2010.

²² Sul punto si vedano le considerazioni svolte *supra*, cap. II, par. 3.4.

²³ Questo tipo di contrasto non riguarda solo le materie della concorrenza e della libera circolazione dei servizi, ma costituisce un problema molto dibattuto anche in riferimento alla disciplina sulla libera circolazione dei lavoratori. Sul punto si veda, per tutti, S. GIUBBONI, *Free Movement of Persons and European Solidarity*, in *ELR*, 12, 2007, pp. 360-379.

Europa agli inizi del secolo scorso, i confini spaziali di queste ‘comunità solidali’ hanno finito per coincidere con quelli degli Stati nazionali. Viceversa, il processo di integrazione europea e, più in particolare, la creazione di un mercato interno trovano il loro fondamento in una logica di apertura, imponendo la rimozione o il progressivo superamento di tutte le frontiere tecniche, fisiche e fiscali tra i mercati degli Stati membri²⁴. È evidente, quindi, come le due discipline muovano da presupposti diversi e si ispirino a logiche per molti versi contrastanti²⁵.

Dall’analisi della giurisprudenza emerge, però, con chiarezza il tentativo da parte dei giudici di Lussemburgo di ricomporre la frattura, attraverso soluzioni che non paiono affatto ispirate ad un liberismo radicale, né sembrano attribuire priorità assoluta agli interessi mercantili, come invece suggerito da alcuni autori. L’impostazione della Corte appare prevalentemente ispirata alla logica del bilanciamento degli interessi, secondo una tecnica ampiamente utilizzata anche in altri ambiti del diritto dell’Unione europea. L’obiettivo perseguito dalla Corte sembra essere quello della tutela dei valori sociali *nel* mercato²⁶, in coerenza con quello che rappresenta uno dei tratti fondamentali del cd. ‘modello sociale europeo’²⁷, fondato, appunto, sul tentativo di trovare un punto di equilibrio ‘tra l’economico e il sociale’²⁸.

In materia di concorrenza, questo tentativo è evidente fin dal momento in cui viene determinata l’applicabilità delle norme dell’Unione. In questo ambito, la valutazione del carattere economico dell’attività, presupposto necessario affinché le regole *antitrust* possano trovare applicazione, avviene attraverso la ponderazione degli elementi solidaristici e di quelli commerciali, al fine di determinare quali prevalgano nel conformare l’organizzazione e la fornitura del servizio. Risulta ispirato alla stessa logica anche il ricorso all’articolo 106(2) TFUE, quale strumento per giustificare l’adozione da parte degli Stati membri di misure restrittive della concorrenza, al fine di salvaguardare i

²⁴ G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, 6ª ed., Padova 2010, p. 395.

²⁵ La tensione tra questi due movimenti è stata analizzata in modo magistrale in M. FERRERA, *The Boundaries of Welfare. European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford 2005.

²⁶ Secondo l’impostazione accolta nella Comunicazione della Commissione, *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, 20 novembre 2007, COM(2007) 725 def., p. 6.

²⁷ In argomento vedi *supra*, Cap. I, par. 1 e dottrina ivi citata.

²⁸ S. VAN RAEPENBUSCH, *Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d’un juste équilibre entre l’économique et le social*, in J-V. LOUIS e S. RODRIGUES (dir.), *Les services d’intérêt économique général et l’Union Européenne*, Bruxelles 2006, pp. 99-161.

caratteri fondamentali dei sistemi nazionali di *welfare*. La norma, nucleo essenziale della disciplina dei servizi di interesse economico generale, codifica, infatti, un modello incentrato proprio sul bilanciamento dell'interesse alla realizzazione del mercato interno e la necessità di garantire adeguata tutela a valori sociali e politici di carattere generale²⁹.

L'impostazione è altresì rinvenibile, sebbene in modo meno netto e convincente, anche in materia di libera prestazione dei servizi. Come si è già avuto modo di osservare, in questo ambito il bilanciamento tra gli interessi mercantili e i valori sociali è tutto concentrato nella seconda fase dell'analisi, quella in cui viene valutata l'ammissibilità delle restrizioni imposte dalle autorità nazionali alla libera circolazione dei servizi. In questo contesto, l'elemento più significativo è l'atteggiamento di maggior flessibilità adottato dalla Corte nell'applicare le clausole di deroga previste dal diritto dell'Unione europea. L'obiettivo è proprio quello di garantire adeguata tutela alla stabilità finanziaria dei sistemi nazionali di *welfare*, nonché alla loro capacità di erogare servizi di qualità e accessibili su base universale.

Non tutte le soluzioni adottate dai giudici risultano, però, conformi al modello. In alcuni casi, le risposte offerte dalla Corte non sembrano tenere nella dovuta considerazione le ricadute che un'adesione troppo meccanica ai principi su cui si fonda il mercato interno rischia di avere sui sistemi di *welfare*. Questo fa sì che le soluzioni adottate risultino poco equilibrate, rendendo più difficoltosa la tutela dei valori sociali.

La situazione è più evidente in materia di libera prestazione dei servizi. In questo ambito, vi è talvolta la tendenza ad un'eccessiva attenzione verso i diritti del singolo paziente, inteso unicamente come beneficiario di un servizio, senza tenere in dovuta considerazione il contesto entro cui questi si collocano e da cui, in ultima analisi, dipendono. Il diritto di accesso a cure tempestive e di qualità, come tutti i diritti sociali, può, infatti, essere compiutamente realizzato solo all'interno di un sistema in grado di preservare il proprio equilibrio attraverso un'attività di bilanciamento delle necessità e degli interessi individuali³⁰. La mancanza di adeguata attenzione nei confronti del dato collettivo costituisce uno degli aspetti più problematici di questo filone giurisprudenziale, dimostrando come la Corte non riesca

²⁹ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 789-790.

³⁰ Su questo aspetto si veda, per tutti, C. NEWDICK, *Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity*, in *CMLR*, 43, 2006, pp. 1645-1668.

sempre a valorizzare in modo adeguato una delle caratteristiche essenziali dei diritti sociali.

1.4. *L'apertura di un 'nuovo fronte': l'applicazione delle norme sulla libertà di stabilimento nel settore socio-sanitario*

Il processo di infiltrazione del diritto dell'Unione europea nella sovranità sociale degli Stati membri non riguarda più solo l'applicazione delle norme su concorrenza e libera prestazione dei servizi. L'azione della Corte ha, infatti, segnato l'apertura di un 'nuovo fronte'³¹, potenzialmente molto delicato per quanto attiene il rapporto tra la disciplina del mercato interno e l'organizzazione dei servizi socio-sanitari. Si tratta dell'applicazione delle norme sulla libertà di stabilimento nei confronti dei limiti posti dagli Stati membri all'ingresso, su base stabile, di nuovi operatori socio-sanitari nel loro territorio. Questo tipo di restrizioni sono molto diffuse nel settore socio-sanitario, posto che in tutti gli Stati membri³² l'esercizio delle attività in esame è subordinato all'ottenimento di un'autorizzazione preventiva, rilasciata dalle autorità nazionali sulla base di una valutazione delle capacità tecniche del richiedente e del fabbisogno sociale o economico dell'attività stessa. L'obiettivo è mantenere sotto controllo il livello, sia qualitativo che quantitativo, dell'offerta di servizi socio-sanitari, così da evitare che l'apertura a soggetti privati possa minare l'equilibrio dell'intero sistema.

L'applicazione delle norme sulla libertà di stabilimento in questo ambito è destinato ad avere ricadute importanti, soprattutto dal punto di vista degli equilibri istituzionali, incidendo in modo diretto sulla capacità degli Stati di organizzare i loro sistemi socio-sanitari. Le misure nazionali prese in considerazione in questo contesto riguardano, infatti, aspetti fondamentali relativi all'organizzazione del sistema. Inol-

³¹ Sul carattere innovativo della questione si veda le conclusioni dell'Avv. Gen. Y. Bot presentate il 9 settembre 2008, relative alla causa C-169/07, *Hartlauer*, punto 50. L'Avvocato Generale rileva come «la Corte non sia mai stata invitata a pronunciarsi sulla compatibilità di normative nazionali che, come quella in discussione nelle cause principali, subordinano lo stabilimento degli operatori sanitari nello Stato membro ospitante a considerazioni di carattere economico e sociale afferenti al mercato della prestazione di cure sanitarie». In senso conforme si vedano, inoltre, L. HANCHER e W. SAUTER, *op. cit.*, p. 118.

³² Per una disamina complessiva di tale prassi si veda K. STÖGER, *The Freedom of Establishment and the Market Access of Hospital Operators*, in *EBLR*, 2006, pp. 1549-1553. Si vedano, inoltre, W. GEKIERE, R. BAETEN e W. PALM, *Free Movement of Services in the EU and Health Care*, in E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN e T. HERVEY (eds), *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge 2010, pp. 470-477.

tre, è stato osservato come le norme sulla libertà di stabilimento, pur non imponendo agli Stati l'adozione di misure di liberalizzazione, hanno l'effetto di cristallizzare le eventuali aperture decise a livello nazionale, facendo sì che «turning back the clock becomes difficult»³³. Dal punto di vista dell'impatto sulla sovranità sociale degli Stati membri, l'applicazione di tali norme nei confronti delle attività socio-sanitarie potrebbe, dunque, avere ripercussioni per molti versi assimilabili a quelle relative alla disciplina della concorrenza.

Il percorso logico-argomentativo seguito dalla Corte risulta, però, più vicino a quello normalmente utilizzato in materia di libera prestazione dei servizi che non a quello che caratterizza l'applicazione della disciplina *antitrust*. Almeno in alcuni casi, i giudici hanno, infatti, scelto di adoperare il cd. *derogation approach*³⁴, affrontando la questione della compatibilità delle misure nazionali con le norme in materia di libertà di stabilimento solo nella fase in cui viene valutata l'applicabilità delle clausole di deroga previste dal diritto dell'Unione europea. Tale scelta non sorprende, posto che stabilimento e prestazione dei servizi rappresentano entrambi forme giuridiche di un'unica fattispecie – la libera circolazione delle persone³⁵, siano esse fisiche o giuridiche.

La compresenza di elementi tipici dell'uno e dell'altro ambito spieghino la scelta di affrontare in questa fase del lavoro l'analisi della giurisprudenza relativa all'applicazione delle norme sulla libertà di stabilimento nei confronti di attività del settore socio-sanitario. L'esame di alcune delle pronunce più rilevanti adottate dalla Corte consente, infatti, di apprezzare meglio le differenze e i punti di contatto tra i due ambiti normativi – quello relativo alla tutela della concorrenza e quello sulla libera prestazione dei servizi – per ciò che riguarda il loro impatto sulle competenze statali in materia socio-sanitaria e sulla salvaguardia dei valori sociali sottesi alle attività in esame.

Un primo caso³⁶ rilevante a questo proposito è quello relativo ad un diniego di autorizzazione opposto dalle autorità austriache ad una società tedesca – la Hartlauer – la quale intendeva aprire due ambulatori dentistici, uno a Vienna e l'altro a Wels (Land dell'Austria Superiore). Il diniego si fondava su una norma della legislazione austriaca sugli istituti ospedalieri, nella quale viene riconosciuta la possibilità per le autorità regionali di impedire lo stabilimento di nuovi

³³ L. HANCHER e W. SAUTER, *op. cit.*, p. 118.

³⁴ G. MONTI, *op. cit.*, pp. 208-222. In argomento vedi *supra*, par. 1.1.

³⁵ M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte Speciale*, 3ª ed., Torino 2010, p. 160.

³⁶ Sentenza del 10 marzo 2009, causa C-169/07, *Hartlauer*, in *Racc.*, p. I-1721.

operatori nel caso in cui l'offerta di cure sia già sufficientemente garantita dagli istituti pubblici o privati attivi sul territorio. La Corte, investita della questione dal tribunale amministrativo austriaco di fronte a cui la *Hartlauer* aveva proposto ricorso, ha sancito l'incompatibilità della normativa austriaca rispetto alla disciplina sulla libertà di stabilimento.

L'aspetto più interessante della decisione non è tanto il risultato finale, quanto il percorso argomentativo seguito dai giudici, caratterizzato da una stretta aderenza ai principi generali, con poche, e limitate, concessioni alle specificità del settore. Rilevato in modo piuttosto agevole il carattere restrittivo della misura adottata dalle autorità austriache³⁷, l'attenzione della Corte si è, infatti, concentrata sulla questione della giustificabilità della restrizione. Sul punto, i giudici hanno subito chiarito come l'obiettivo perseguito dalla misura austriaca – evitare che l'aumento incontrollato della domanda potesse mettere in crisi l'equilibrio dell'intero sistema³⁸ – dovesse considerarsi, almeno in astratto, compatibile con le clausole di deroga previste dal diritto dell'Unione. Le soluzioni adottate ripropongono in modo puntuale quelle già elaborate in materia di mobilità dei pazienti. Da un lato, è stato osservato come il regime di previa autorizzazione, contribuendo al mantenimento di un servizio medico-ospedaliero di qualità, rientrasse nell'ambito dell'articolo 52 TFUE³⁹. Dall'altro, si è messo in luce come la misura in esame, mirando a prevenire il rischio di una grave alterazione dell'equilibrio finanzia-

³⁷ *Ivi*, punti 33-40. Si noti come la Corte non si soffermi neppure sulla questione dell'applicabilità delle norme sullo stabilimento alle attività sanitarie, ritenendola oramai sufficientemente definita e limitandosi (punto 29) ad un fugace riferimento a quanto affermato in materia di mobilità dei pazienti. In argomento si vedano L. HANCHER e W. SAUTER, *op. cit.*, pp. 133-134. Più in generale, sulla tendenza da parte della Corte ad utilizzare una nozione ampia di 'misura restrittiva', andando, dunque, verso la parificazione, da questo punto di vista, della disciplina dello stabilimento a quella sui servizi, si veda M. CONDINANZI, *op. cit.*, pp. 188-192.

³⁸ Questo nonostante la *Hartlauer* avesse fatto domanda solo per aprire due ambulatori e non perché questi ottenessero la qualifica di istituto convenzionato. Ciononostante è stato fatto notare come l'aumento incondizionato di prestatori privati in grado di concentrarsi sui settori più redditizi del mercato avrebbe comunque potuto mettere in crisi il sistema, determinando un aumento della pressione concorrenziale sui medici convenzionati, i quali hanno l'obbligo di fornire i servizi anche nelle aree più remote. Inoltre, è stato fatto notare come nel settore della sanità un aumento dell'offerta non si traduca necessariamente in un vantaggio per i consumatori, contribuendo, invece, a determinare un aumento della domanda, con conseguenze negative sugli enti di previdenza sociale. Su questi aspetti *Hartlauer*, cit., punti 42-43.

³⁹ *Ivi*, punto 48.

rio del sistema, perseguisse un obiettivo da considerarsi motivo imperativo di interesse generale⁴⁰.

L'unica parziale concessione fatta dalla Corte alle specificità del contesto in esame è data dal superamento della distinzione tra prestazioni ospedaliere e non, così da consentire agli Stati di imporre il requisito della previa autorizzazione anche in riferimento a strutture destinate a fornire prestazioni del secondo tipo. Anticipando un'evoluzione che avrebbe poi caratterizzato anche la giurisprudenza in materia di mobilità dei pazienti⁴¹, la Corte⁴² ha così riconosciuto come la necessità di garantire agli Stati la possibilità di programmare l'offerta di cure sussista anche relativamente a questa tipologia di prestazioni, non potendosi rilevare, soprattutto per quanto riguarda l'applicazione delle norme sullo stabilimento, alcuna differenza con l'ambito ospedaliero. In questo contesto, il criterio fondamentale per decidere l'ammissibilità di misure restrittive non può essere il luogo fisico in cui la prestazione è stata erogata, quanto le esigenze di programmazione connesse alla prestazione stessa.

Una volta accertata l'astratta compatibilità dei motivi addotti dalle autorità austriache con le clausole di deroga, la Corte ha, però, sancito che, nel caso di specie, il requisito dell'autorizzazione preventiva dovesse ritenersi illegittimo per due ordini di motivi.

In primo luogo, si è ritenuto che le misure austriache non fossero idonee al raggiungimento dell'obiettivo. Decisivo a tale proposito è risultata l'esclusione dall'obbligo di autorizzazione degli studi associati, nonostante si tratti di strutture che svolgono la stessa attività degli ambulatori dentistici autonomi, ponendo, dunque, gli stessi rischi per la tenuta del sistema. La Corte ha, infatti, ritenuto che una simile disparità di trattamento fosse incoerente rispetto all'obiettivo perseguito, non consentendo di considerare giustificata la scelta di subordinare l'apertura di uno studio dentistico autonomo ad una condizione connessa al fabbisogno socio-economico dell'attività⁴³.

In secondo luogo, è stato rilevato, in contrasto con quanto soste-

⁴⁰ *Ivi*, punto 49.

⁴¹ Sentenza del 5 ottobre 2010, causa C-512/08, *Commissione c. Francia*, non ancora pubbl. in Racc., punto 30. Sul punto si veda *supra*, Cap. IV, par. 3.1. La medesima impostazione è stata codificata dall'art. 8 della Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011, *concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera*, in GU L 88 del 04.04.2011, pp. 45-65. In argomento si veda *supra*, Cap. IV, par. 5.2.

⁴² *Hartlauer*, cit., punti 51-53.

⁴³ *Ivi*, punti 56-63. Sul punto si vedano le considerazioni svolte da W. GEKIERE, R. BAETEN e W. PALM, *op. cit.*, pp. 490-491; L. HANCHER e W. SAUTER, *op. cit.*, p. 136.

nuto dall'Avvocato generale⁴⁴, come i criteri utilizzati ai fini del rilascio dell'autorizzazione non fossero né oggettivi, né trasparenti, lasciando un'eccessiva discrezionalità alle autorità nazionali⁴⁵. La soluzione recepisce una giurisprudenza ormai consolidata⁴⁶, ai sensi della quale la legittimità di un regime autorizzatorio dipende anche dalle condizioni per il rilascio dell'autorizzazione. Tuttavia la sua applicazione in questo ambito risulta potenzialmente problematica, consentendo alla Corte di sindacare nel merito le scelte adottate dalle autorità nazionali relative all'organizzazione e alla fornitura dei servizi socio-sanitari. Si noti come, anche in questo caso, i giudici abbiano proceduto ad un'applicazione rigorosa dei principi tradizionali, senza alcuna concessione alle specificità del settore in esame, né alla necessità di garantire un adeguato margine discrezionale alle autorità nazionali in merito a scelte che rilevano della loro competenza esclusiva.

Un atteggiamento diverso, e tendenzialmente più attento alle prerogative statali, è stato assunto dalla Corte in due sentenze successive, relative al regime di gestione delle farmacie in Italia⁴⁷ e Germania⁴⁸. In entrambi questi casi, i giudici erano stati chiamati a valutare la compatibilità con le regole sulla libertà di stabilimento di una legislazione nazionale che riservi ai soli farmacisti la possibilità di gestire⁴⁹ una farmacia.

Anche in questa circostanza, la Corte ha fatto uso del medesimo schema argomentativo tipico della giurisprudenza sulla libera prestazione dei servizi, e già utilizzato in *Hartlauer*, risolvendo in modo sbrigativo la questione relativa al carattere restrittivo delle misure nazionali e concentrando la propria attenzione sulla possibilità di giustificare la restrizione attraverso il ricorso alle clausole di deroga. A tale proposito, i giudici hanno rilevato come i limiti posti dalle legislazioni italiana e tedesca fossero legittimi, perché giustificati da motivi imperativi di interesse generale, quali la tutela della sanità pubblica e dell'equilibrio finanziario dei sistemi di sicurezza sociale, non

⁴⁴ Conclusioni Avv. Gen. Y. Bos, *Hartlauer*, cit., punti 101-102.

⁴⁵ *Hartlauer*, cit., punti 64-72.

⁴⁶ La quale, si noti, è stata codificata anche all'art. 10 della Direttiva 123/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, *relativa ai servizi nel mercato interno*, in GU L 376 del 27.12.2006, pp. 36-68.

⁴⁷ Sentenza del 19 maggio 2009, causa C-531/06, *Commissione c. Italia (Farmacie)*, in *Racc.*, p. I-4103.

⁴⁸ Sentenza del 19 maggio 2009, cause riunite C-171/07 e C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes et al.*, in *Racc.*, p. I-4171.

⁴⁹ La legislazione tedesca limita ai soli farmacisti anche la possibilità di essere proprietari di una farmacia.

discriminatori e proporzionati al raggiungimento dell'obiettivo⁵⁰. Secondo la Corte, infatti, riservare ai soli farmacisti la vendita dei medicinali deve considerarsi una misura necessaria per evitare un consumo eccessivo di tali prodotti, fenomeno che pone rischi evidenti sia per la salute umana che per la tenuta finanziaria del sistema⁵¹. Questo perché si è ritenuto che, se affidata ad un farmacista, la gestione della farmacia non avvenga in base «ad un obiettivo meramente economico, ma altresì in un'ottica professionale», così che la finalità di lucro sia in qualche modo temperata «dalla sua formazione, dalla sua esperienza professionale e dalla responsabilità ad esso incombente»⁵².

Ciò che merita di essere sottolineato, e che distingue le presenti pronunce da *Hartlauer*, è l'atteggiamento di cautela adottato dalla Corte nel giungere a tale conclusione. Sintomatica a tale proposito è l'enfasi posta dai giudici di Lussemburgo sulla necessità che la valutazione del rispetto degli obblighi derivanti dalle norme sulla libertà di stabilimento avvenga tenendo conto del margine di discrezionalità di cui godono le autorità nazionali per quanto riguarda la tutela della sanità pubblica e l'organizzazione dei sistemi sanitari nazionali⁵³. Margine che, secondo la Corte, costituisce un corollario del riparto di competenze fissato dal Trattato in questo ambito, il quale impone, dunque, un affievolimento dello scrutinio esercitato a livello sovranazionale, così da garantire agli Stati un spazio di manovra adeguato nell'esercitare le loro prerogative.

Si noti come questo tipo di approccio presenti forti elementi di consonanza con l'impostazione elaborata in riferimento all'applicazione dell'articolo 106(2) TFUE nei confronti di attività del settore socio-sanitario⁵⁴. Si pensi, ad esempio, al caso *BUPA*⁵⁵, dove si era inteso stabilire un nesso diretto tra l'esercizio di un controllo poco invasivo sulle misure nazionali adottate a tutela dell'interesse generale e il rispetto del riparto di competenze previsto dal Trattato per quanto riguarda l'ambito sanitario.

⁵⁰ *Commissione c. Italia (Farmacie)*, cit., punti 49-91; *Apothekerkammer des Saarlandes*, cit., punti 25-61.

⁵¹ A questo proposito la Corte ha osservato come «la prescrizione di medicinali è presa a carico, nella maggior parte degli Stati membri, dagli organismi di assicurazione malattia interessati» (*Commissione c. Italia (Farmacie)*, cit., punto 57; *Apothekerkammer des Saarlandes*, cit., punto 33).

⁵² *Commissione c. Italia (Farmacie)*, cit., punto 61; *Apothekerkammer des Saarlandes*, cit., punto 37.

⁵³ *Commissione c. Italia (Farmacie)*, cit., punti 35-36; *Apothekerkammer des Saarlandes*, cit., punti 18-19.

⁵⁴ In argomento si veda *supra*, Cap. II, par. 4.3, ii).

⁵⁵ Sentenza del 12 febbraio 2008, causa T-289/03, *BUPA*, in *Racc.*, p. II-81, punto 167.

L'approccio adottato dalla Corte è stato criticato da alcuni autori⁵⁶, i quali ritengono che un atteggiamento di questo tipo finisca con il danneggiare gli interessi degli utenti, privandoli dei vantaggi che potrebbero loro derivare da una più compiuta liberalizzazione del settore. Critiche che, però, non possono condividersi appieno, tradendo una concezione meramente economicistica delle attività in esame. Come si è già avuto modo di osservare in riferimento alla giurisprudenza sulla mobilità dei pazienti⁵⁷, una simile impostazione rischia di valorizzare in modo eccessivo la posizione del singolo – qui inteso solo come consumatore –, trascurando le esigenze collettive connesse alla fornitura dei servizi socio-sanitari. Ritenere, come fanno questi autori, che i limiti posti al regime di gestione delle farmacie servano unicamente a «protecting entrenched professional interests»⁵⁸, senza riconoscere la loro importanza per la tutela di interessi non solo legittimi, ma addirittura essenziali, è segno di un approccio quanto meno poco equilibrato.

Pertanto, si ritiene che, sebbene ancora poco chiara in alcuni dei suoi snodi, l'impostazione scelta dalla Corte nel dare applicazione alle regole sullo stabilimento nel settore socio-sanitario sia promettente, consentendo una più adeguata considerazione di tutti gli interessi in gioco. La cautela dimostrata dai giudici di Lussemburgo, la quale, però, non sconfinava mai nella rinuncia ad esercitare il ruolo di garanzia loro conferito dai Trattati, scongiura, infatti, i rischi derivanti da un'applicazione troppo meccanica di tali norme, lasciando agli Stati membri un adeguato spazio di manovra per quanto riguarda l'organizzazione dei sistemi nazionali di sicurezza sociale.

2. *Verso una progressiva sistematizzazione della materia: risultati e prospettive*

2.1. *La Direttiva sui diritti dei pazienti transfrontalieri: una soluzione di compromesso in risposta all'attivismo della Corte*

Il rapporto tra le norme sul mercato interno e l'organizzazione dei servizi socio-sanitari è una questione che, almeno per il momento, è stata affrontata soprattutto a livello giurisprudenziale. Le soluzioni ai problemi di compatibilità tra i due ambiti sono state per lo più fornite dai giudici su base casistica, attraverso l'applicazione diretta

⁵⁶ L. HANCHER e W. SAUTER, *op. cit.*, pp. 138-141.

⁵⁷ In argomento si veda *supra*, Cap. IV, par. 3.6.

⁵⁸ L. HANCHER e W. SAUTER, *op. cit.*, p.140.

di norme del Trattato. Tuttavia, da più parti⁵⁹ è stato messo in luce come la complessità e l'importanza della questione richiederebbero un intervento da parte degli organi politici, chiamati ad elaborare soluzioni caratterizzate da una maggiore sistematicità. Solo così, sempre secondo questa linea di ragionamento, si potrebbe garantire che il processo di infiltrazione della disciplina relativa al mercato interno non avvenga secondo modalità in grado di mettere a rischio la tutela dei valori sociali sottesi ai servizi socio-sanitari, nonché i delicati equilibri istituzionali che caratterizzano il settore.

La Direttiva sui diritti dei pazienti transfrontalieri – adottata, dopo quasi tre anni di negoziato, il 9 marzo 2011 – costituisce una prima risposta a questo tipo di esigenza, sebbene solo per quanto riguarda un aspetto specifico del problema. Come si è avuto modo di osservare in modo più diffuso in precedenza⁶⁰, l'atto si concentra, infatti, su alcune questioni relative alla mobilità intracomunitaria dei pazienti, un fenomeno che, per quanto molto dibattuto, ha una portata ancora molto limitata dal punto di vista quantitativo, assorbendo solo l'1% delle risorse pubbliche destinate dai Paesi membri all'assistenza sanitaria.

L'atto costituisce il tentativo di riconciliare i diversi interessi ed obiettivi perseguiti dai soggetti che hanno partecipato alla sua elaborazione. Nelle intenzioni degli Stati membri, la Direttiva doveva costituire un argine al processo di infiltrazione delle norme sul mercato interno e, in particolare, sulla libera prestazione dei servizi in ambito sanitario, cristallizzando le soluzioni elaborate in via giurisprudenziale e ponendo un freno all'attivismo della Corte. Il Parlamento europeo vedeva, invece, nella sua adozione l'opportunità di rafforzare ed ampliare ulteriormente i diritti di cui beneficiano i pazienti europei, soprattutto nel momento in cui decidano di rivolgersi ad un prestatore stabilito in uno Stato diverso da quello di affiliazione. Da ultimo, la Commissione considerava l'elaborazione dell'atto un'occasione per dare impulso allo sviluppo di una disciplina comune su al-

⁵⁹ Sul punto si veda, ad esempio, la *Dichiarazione sui valori e principi comuni*, Allegata alle *Conclusioni del Consiglio sui valori e principi comuni dei sistemi sanitari dell'Unione europea*, 2 giugno 2006, 2006/C, in GU C 146 del 22.06.2006, p. 2, nella quale il Consiglio, facendo riferimento alla questione dell'applicazione delle norme sulla libera circolazione dei servizi nel settore sanitario, esprime «ferma convinzione che in questo settore l'evoluzione debba derivare da un consenso politico e non prettamente dalla giurisprudenza». Sul punto si vedano le considerazioni svolte in M. FERRERA e S. SACCHI, *A More Social EU: Issues of Where and How*, in S. MICOSSÌ e G.L. TOSATO (eds), *The European Union in the 21st Century. Perspectives from the Lisbon Treaty*, Brussels 2009, pp. 36-43.

⁶⁰ *Supra* Cap. IV, par. 5.

cune questioni legate all'assistenza sanitaria, anche al di là della sua dimensione transfrontaliera.

Come spesso accade in queste occasioni, la versione finale dell'atto è un testo di compromesso, le cui soluzioni, pur affrontando molte delle questioni sollevate dalle diverse parti, non possono dirsi del tutto soddisfacenti. Da un lato, la codificazione dei principi elaborati in via giurisprudenziale presenta alcuni elementi di incertezza, anche in relazione ad aspetti di primaria importanza, dai quali potrebbero sorgere nuove controversie. Dall'altro, la volontà di andare oltre la semplice codificazione della giurisprudenza sulla mobilità dei pazienti, ad esempio attraverso l'individuazione di norme minime per l'erogazione delle cure a favore dei pazienti transfrontalieri, risulta fortemente depotenziata nella versione finale dell'atto, stante la ferma opposizione degli Stati membri ad ogni tentativo di introdurre disposizioni che possano ulteriormente ridurre il loro spazio sovrano in materia di gestione dei servizi sanitari.

Resta, tuttavia, l'importanza di un atto che, benché affronti una questione specifica e settoriale, contribuisce all'elaborazione di un quadro più sistematico che va oltre all'approccio casistico della Corte. L'analisi relativa all'efficacia di tale intervento normativo non potrà che essere compiutamente effettuata solo una volta che l'atto verrà recepito dagli Stati membri, i quali avranno l'occasione, in quella sede, di colmare alcune delle lacune ancora presenti. Alla luce dell'atteggiamento da questi tenuto nel corso del processo di adozione della Direttiva è, però, quanto meno dubbio che gli Stati membri sapranno cogliere l'occasione e contribuire, in questo modo, al consolidamento del quadro normativo.

2.2. I servizi socio-sanitari come servizi di interesse generale: quali prospettive per una disciplina organica della questione?

La risposta offerta dalla Direttiva sui diritti dei pazienti transfrontalieri all'esigenza di giungere ad una più compiuta articolazione, anche sul piano normativo, del rapporto tra le norme sul mercato interno e l'organizzazione dei servizi socio-sanitari è parziale, riguardando solo un aspetto molto specifico del problema. Un tentativo interessante di addivenire ad una disciplina più organica della questione è quello compiuto dalla Commissione, attraverso l'utilizzo dei principi elaborati in materia di servizi di interesse economico generale. La scelta risulta senz'altro condivisibile, facendo riferimento ad un ambito nel quale il problema di riconciliare l'applicazione delle norme sul mercato interno con la tutela di interessi politici e sociali aventi carattere generale, nonché il rispetto per le

competenze statali, è stato tradizionalmente affrontato, trovando specifica disciplina anche a livello di diritto primario.

La riconduzione dei servizi socio-sanitari nell'alveo dei servizi di interesse generale è il frutto di un processo articolatosi in più fasi, le quali possono essere ricostruite facendo riferimento agli atti di *soft law* adottati dalla Commissione a partire dalla seconda metà degli anni '90⁶¹. In origine, i servizi socio-sanitari erano considerati come meri limiti esterni alla categoria dei servizi di interesse economico generale e, in quanto tali, sostanzialmente esclusi dall'applicazione delle norme sul mercato interno⁶². La situazione è cambiata con l'adozione della Comunicazione del 2001⁶³ e del Libro Verde del 2003 sui servizi di interesse generale⁶⁴. Sebbene entrambi ancora fortemente incentrati sui servizi di interesse economico generale 'tradizionali' – *in primis*, quelli forniti dalle grandi industrie a rete – questi due strumenti segnano un passo decisivo verso l'assimilazione delle attività socio-sanitarie ai servizi di interesse economico generale. In particolare, nel Libro Verde si afferma che gli elementi comuni su cui si fonda il concetto comunitario di servizio di interesse economico generale – il servizio universale, la continuità, la qualità del servizio, l'accessibilità delle tariffe, la tutela degli utenti e dei consumatori – «potrebbero anche applicarsi ai servizi sociali»⁶⁵.

L'attrazione delle attività socio-sanitarie nella categoria dei servizi di interesse generale ha una doppia valenza. Da un lato, cristallizza e conferma un principio ormai consolidato in giurisprudenza, ai sensi del quale le attività in esame, nel momento in cui abbiano natura economica, rientrano anch'esse nell'ambito applicativo delle norme che regolano il mercato interno. Dall'altro, contribuisce a chiarire meglio i limiti entro cui tali disposizioni possano effettivamente trovare applicazione nel settore in esame, garantendo la possibilità degli Stati di imporre obblighi specifici in capo agli operatori a tutela dei fondamentali valori non commerciali sottesi ai servizi socio-sanitari.

Il Libro bianco del 2004 sui servizi di interesse generale ha aperto una nuova fase nell'evoluzione in esame, caratterizzata dal tentativo

⁶¹ In argomento E. MENICETTI, *Servizi sociali e servizi economici di interesse generale*, in S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e diritto comunitario*, Bologna 2007, pp. 115-120.

⁶² Comunicazione della Commissione, *I servizi di interesse generale in Europa*, 11 settembre 1996, COM(1996) 443, def., p. 1.

⁶³ Comunicazione della Commissione, *I servizi di interesse generale in Europa*, 19 gennaio 2001, 2001/C 17/04.

⁶⁴ *Libro Verde sui servizi di interesse generale*, 21 maggio 2003, COM(2003) 270 def.

⁶⁵ *Ivi*, punto 49.

di valorizzare le specificità delle attività socio-sanitarie rispetto ai ‘classici’ servizi di interesse economico generale⁶⁶. Tentativo che ha portato all’introduzione, nella successiva Comunicazione del 2006⁶⁷, di una nuova categoria, quella dei servizi sociali di interesse generale, ai quali viene riconosciuto un «valore specifico [...] determinato anche dal carattere vitale delle esigenze che sono destinati a soddisfare, garantendo in tal modo l’applicazione di diritti fondamentali quali la dignità e l’integrità della persona»⁶⁸. La Commissione sottolinea, inoltre, come le attività facenti parte della categoria presentino specifici criteri di organizzazione – ad esempio il fatto di operare in base al principio di solidarietà – che vanno ad aggiungersi alle «caratteristiche classiche d’interesse generale (universalità, trasparenza, continuità, accessibilità, ecc...)»⁶⁹.

Il riconoscimento della specificità delle attività socio-sanitarie intende, prima di tutto, offrire una risposta alle preoccupazioni di chi sostiene che un’estensione troppo meccanica dell’*acquis* relativo ai servizi di interesse economico generale potrebbe incidere negativamente sulla tutela dei valori sociali di cui le attività in esame sono portatrici⁷⁰. L’obiettivo è dimostrare l’accresciuta sensibilità delle istituzioni europee verso servizi che, come riconosciuto dalla Commissione, costituiscono «pilastri della società e dell’economia europee», contribuendo al perseguimento di «obiettivi e valori essenziali» dell’Unione europea⁷¹.

⁶⁶ Comunicazione della Commissione, *Libro Bianco sui servizi di interesse generale*, 12 maggio 2004, COM(2004) 374 def., p. 10.

⁶⁷ Comunicazione della Commissione, *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d’interesse generale nell’Unione europea*, 26 aprile 2006, COM(2006) 177 def. L’atto riguarda solo i servizi sociali e non i servizi sanitari. La scelta, poco comprensibile se si guarda al dato sostanziale, si giustifica solo per ragioni di opportunità politica, non volendo la Commissione che il dibattito sui servizi sanitari di interesse generale potesse incidere sulla possibilità di presentare un proposta di atto normativo in merito alla questione della mobilità dei pazienti. In senso fortemente critico, si veda Parere del Comitato economico e sociale, *In merito alla Comunicazione della Commissione – Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d’interesse generale nell’Unione europea*, 15 marzo 2007, TEN/253, punti 4.5-4.6. Il CES sottolinea come «in mancanza di una nota esplicativa tale scelta risulta incomprensibile, tanto più che nell’enumerazione dei servizi sociali la Commissione cita espressamente le attività che favoriscono l’integrazione delle persone con esigenze a lungo termine legate ad un problema di salute». Sul punto, si veda, inoltre, R. BAETEN, *Health and Social Services in the Internal Market*, in C. DEGRYSE e P. POCHE (eds.), *Social Developments in the European Union 2006*, Brussels 2007, pp. 5-11.

⁶⁸ *Comunicazione 2006*, cit., p. 4 (corsivo aggiunto).

⁶⁹ *Ivi*, p. 10.

⁷⁰ In argomento E. MENICETTI, *op. cit.*, pp. 131-136.

⁷¹ *Comunicazione 2006*, cit., p. 4.

La portata innovativa dell'iniziativa della Commissione sembrerebbe, però, esaurirsi sul piano politico, risultando decisamente più sfumata, quando non del tutto assente, dal punto di vista giuridico. La nozione di 'servizi sociali di interesse generale' ha, infatti, una portata meramente descrittiva e non prescrittiva, non potendo considerarsi una categoria giuridica distinta dalle altre tipologie di servizi di interesse generale⁷². Non vi sono, infatti, norme che prevedono la possibilità di un trattamento differenziato delle attività che ne fanno parte⁷³. Come chiarito in una nuova Comunicazione adottata sull'argomento nel 2007⁷⁴, il riconoscimento delle loro peculiarità non le sottrae dall'ambito applicativo delle norme sul mercato interno. A tale proposito, l'elemento decisivo continuerà ad essere il carattere economico o meno dell'attività, un dato che dovrà essere determinato caso per caso dalla Corte, facendo riferimento alla natura del servizio e non ad altre caratteristiche⁷⁵. Ne consegue che, una volta accertato il loro carattere economico, il perseguimento delle finalità

⁷² Dato questo ammesso dalla stessa Commissione: si veda *Comunicazione 2006, cit.*, p. 4. L'introduzione di un'ulteriore categoria rischia di complicare ulteriormente un quadro che, soprattutto dal punto di vista terminologico, risulta già piuttosto confuso. Si pensi alle difficoltà relative alla distinzione tra 'servizi di interesse generale' e 'servizi di interesse economico generale', unica categoria quest'ultima espressamente prevista a livello di diritto primario, almeno fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (il quale fa riferimento al concetto di servizi di interesse generale nel *Protocollo (n.26) sui servizi di interesse generale*). Il punto, sul quale non è possibile soffermarsi oltre in questa sede, è stato oggetto di analisi approfondita in dottrina; per tutti, si vedano M. KRAJEWSKI, *Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services through a Legal Framework for Services of General Economic Interest: Squaring the Circles?*, in *EPL*, 14, 2008, pp. 386-388; E. BERGAMINI, *La nozione di servizio di interesse generale nel diritto dell'Unione europea: evoluzione e rapporto con le nozioni nazionali*, in *DPUE*, 2007, pp. 3-18; M. DONY, *Les notions de «service d'intérêt general» et «service d'intérêt économique general»*, in J-V. LOUIS e S. RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union Européenne*, Bruxelles 2006, pp. 3-38.

⁷³ Un tentativo, a dire il vero un po' velleitario, di riconoscere portata prescrittiva alla nozione si ha nella *Risoluzione del Parlamento europeo sui servizi sociali di interesse generale nell'Unione europea*, 14 marzo 2007, 2006/2134(INI), punto 5 dove si sostiene la necessità di un'inversione dell'approccio tradizionale, affermando che «nel caso dei SSIG le norme in materia di concorrenza, di aiuti di Stato e di mercato interno devono essere compatibili con gli obblighi di servizio pubblico e non il contrario».

⁷⁴ *Comunicazione 2007, cit.*, pp. 5-6.

⁷⁵ Sul punto D. DAMJANOVIC e B. DE WITTE, *Welfare Integration through EU Law: The Overall Picture in the Light of the Lisbon Treaty*, in U. NEERGAARD, R. NILSEN e L.M. ROSEBERRY (eds), *Integrating Welfare Functions into EU Law. From Rome to Lisbon*, Copenhagen 2009, pp. 73-75; A. ALBANESE, *Servizi sociali*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo IV, Milano 2007, pp. 1910-1911.

sociali proprie dei servizi in esame dovrà avvenire entro i limiti derivanti dalle norme sul mercato interno, fatta salva la possibilità di fare ricorso alle clausole di deroga previste dal Trattato o elaborate in via giurisprudenziale nel caso in cui l'applicazione integrale di tali disposizioni ostacoli il compimento della missione di interesse generale conferita loro dalle autorità nazionali.

Nonostante il concetto di 'servizi sociali di interesse generale' abbia una portata limitata dal punto di vista giuridico, resta da valutare se, come auspicato da alcuni, le iniziative di natura *soft* adottate dalla Commissione in riferimento ai servizi di interesse generale possano rappresentare un valido punto di partenza per un intervento di sistematizzazione complessiva della questione attraverso l'adozione di un atto normativo.

Possibilità che era stata inizialmente avallata e sostenuta dalla stessa Commissione, la quale nel Libro bianco del 2004 aveva sottolineato l'utilità di «sviluppare un approccio sistematico al fine di identificare e riconoscere le caratteristiche specifiche dei servizi sociali e sanitari di interesse generale e chiarire il quadro nell'ambito del quale essi possano essere gestiti e modernizzati»⁷⁶. L'iniziativa si inseriva nel più ampio dibattito relativo all'adozione di una direttiva quadro concernente gli obiettivi e le modalità di organizzazione dei servizi di interesse generale, inizialmente proposta dal Parlamento⁷⁷, ma mai realizzata⁷⁸. Analogamente, anche l'iniziativa in materia di servizi socio-sanitari era stata ben presto abbandonata, tanto che non se ne trova più neppure traccia nei successivi documenti adottati dalla Commissione. Nella Comunicazione del 2007, viene messo in luce come l'esigenza di un simile intervento sia ormai venuta meno, dovendosi ritenere che i principi individuati nel Protocollo sui servizi di interesse generale allegato al Trattato di Lisbona offrano già un quadro sufficientemente completo e coerente⁷⁹.

⁷⁶ Libro bianco 2004, cit., p. 17.

⁷⁷ Risoluzione del Parlamento europeo sulla comunicazione della Commissione «I servizi d'interesse generale in Europa», 13 novembre 2001, A5-0361/2001, in GUCE C 140 del 13.06.2002, p. E/153.

⁷⁸ Per una ricostruzione di tutti i principali passaggi della vicenda si veda M. KRAJEWSKI, *Providing Legal Clarity*, cit., pp. 381-383. Si vedano, inoltre, le considerazioni svolte sul punto da D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano 2010, pp. 444-447.

⁷⁹ Sul punto W. SAUTER, *Services of General Economic Interest and Universal Service in EU Law*, in *ELR*, 2008, p. 173. L'A. osserva che questo utilizzo del Protocollo, per giustificare la rinuncia ad adottare una normativa che avrebbe potuto meglio garantire la capacità degli Stati di intervenire a tutela dell'interesse generale, appare un po' cinico, tradendo le finalità per cui il Protocollo stesso era stato adottato.

La scelta di non procedere all'elaborazione di un quadro normativo più sistematico in materia si spiega per la presenza di una serie di problemi di natura tecnica – quale l'individuazione di una base giuridica per l'adozione di un atto di quel tipo – e, soprattutto, per la mancanza di consenso a livello politico⁸⁰. Quanto a tale ultimo aspetto, la situazione non sembra essere affatto cambiata rispetto a quanto rilevato nel 2007. A fronte dell'incapacità degli Stati di trovare un accordo sul punto, la Commissione⁸¹ appare oggi incline ad evitare ogni forma di interferenza da parte del potere politico nell'azione della Corte, lasciando che la questione sia disciplinata attraverso l'applicazione di principi derivati dalle norme del Trattato in materia di mercato interno.

Permane, inoltre, la difficoltà di individuare una base giuridica appropriata per l'atto, nonostante il Trattato di Lisbona abbia introdotto una nuova competenza legislativa in capo all'Unione in materia di servizi di interesse economico generale, ambito nel quale rientrano anche i servizi socio-sanitari aventi carattere economico. L'articolo 14 TFUE riconosce al Parlamento europeo e al Consiglio la possibilità, attraverso il ricorso alla procedura legislativa ordinaria, di fissare i principi e le condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano a questi servizi di assolvere ai loro compiti⁸². La disposizione sembrerebbe, quindi, risolvere il problema di cui si discute, conferendo all'Unione la capacità di disciplinare in via legislativa la questione del rapporto tra le regole del mercato interno e i servizi socio-sanitari.

Una lettura più attenta della norma rivela, però, come questa eventualità sia piuttosto remota, posto che l'esercizio della competenza conferita in capo alle istituzioni europee risulta fortemente limitato sotto diversi profili. La disposizione chiarisce, infatti, come l'intervento del legislatore debba avvenire nel rispetto delle competenze de-

⁸⁰ Su questi aspetti si veda S. RODRIGUES, *Towards a General EC Framework Instrument Related to SGEI? Political Considerations and Legal Constraints*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (eds), *op. cit.*, pp. 257-259.

⁸¹ Impostazione che appare pienamente condivisa anche dal Parlamento, il quale ha recentemente avuto modo di ribadire come «una regolamentazione quadro dell'UE sui SIEG [...] non sia una questione centrale per il momento» (*Risoluzione del Parlamento europeo sul futuro dei servizi sociali di interesse generale*, 5 luglio 2011, INI/2009/2222, punto 48).

⁸² Sulla disposizione, la quale riproduce l'articolo III-122 del Trattato costituzionale, si vedano D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 714-728; A. WINTERSTEIN, *The Internal Market and Services of General Economic Interest*, in G. AMATO, H. BRIBOSIA e B. DE WITTE (eds), *Génèse et destinée de la Constitution européenne. Genesis and Destiny of the European Constitution*, Brussels 2007, pp. 656-660.

gli Stati membri «di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi», nonché degli equilibri istituzionali previsti da altre disposizioni del Trattato. Sempre a questo proposito, l'articolo 14 TFUE 'fa salvi' gli articoli 93, 106 e 107 TFUE, i quali, riproducendo quanto già previsto dagli articoli 73, 86 e 87 TCE, fissano i limiti a cui un eventuale intervento dell'Unione europea dovrebbe sottostare. Limiti che sono sostanzialmente ribaditi anche nel già citato Protocollo (n. 26) sui servizi di interesse generale allegato al Trattato di Lisbona⁸³, dove si riafferma «il ruolo essenziale e l'ampia discrezionalità delle autorità nazionali, regionali e locali nella fornitura, commissione e organizzazione di servizi di interesse economico generale». È evidente che, se i vincoli richiamati dall'articolo 14 TFUE dovessero essere interpretati in modo rigoroso, la portata innovativa della disposizione sarebbe di fatto neutralizzata⁸⁴, non potendo darsi alcuno spazio di intervento significativo in capo alle istituzioni europee⁸⁵.

Vi è poi un ultimo dato che merita di essere sottolineato, rappresentando un ulteriore ostacolo alla possibilità che la competenza conferita dall'articolo 14 TFUE possa essere effettivamente esercitata. Si tratta della previsione secondo la quale l'intervento legislativo da parte dell'Unione europea deve avvenire sotto forma di regolamento. Lo strumento risulta, infatti, poco adatto ad essere utilizzato in un ambito come quello dei servizi di interesse economico generale e, più ancora, per quelli del settore socio-sanitario⁸⁶. A tale proposito, basti rilevare come tutte le proposte riguardanti la necessità di elaborare un quadro normativo più sistematico in materia di servizi di interesse generale facessero riferimento allo strumento della direttiva quadro, in quanto atto «meno imperativ[o] e più flessibil[e] nella [sua] implementazione»⁸⁷.

Allo stato attuale non sembrano, quindi, esserci, né dal punto di

⁸³ Il Protocollo non era previsto nel Trattato Costituzionale ed è stato aggiunto solo nella conferenza intergovernativa che ha portato all'adozione del Trattato di Lisbona. Sul Protocollo, in senso molto critico quanto alla sua utilità, si vedano D. DAMJANOVIC e B. DE WITTE, *op. cit.*, p. 28. Gli Aa. osservano che «[i]t is difficult [...] to understand why this Protocol was needed, and what its political and legal significance is.»

⁸⁴ A. WINTERSTEIN, *op. cit.*, p. 657.

⁸⁵ In questo senso D. DAMJANOVIC e B. DE WITTE, *op. cit.*, pp. 86-87.

⁸⁶ Per un'analisi approfondita della questione si veda S. RODRIGUES, *Towards a General EC Framework Instrument*, cit., pp. 261-262.

⁸⁷ Pur non essendo previsto dal Trattato. La definizione è tratta dalla Comunicazione della Commissione, *La Governance europea – Un Libro bianco*, 5 agosto 2001, COM(2001) 428 def./2, p. 22. In senso critico K. LENAERTS e M. DESOMER, *Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union*, in *ELJ*, 11, 2005, p. 447. Secondo gli AA. si tratta di una categoria solo politica e non giuridica.

vista politico, né da quello giuridico, le condizioni per un intervento normativo di sistematizzazione complessiva della materia⁸⁸. Il rapporto tra le norme sul mercato interno e l'organizzazione dei servizi socio-sanitari è destinato a rimanere una questione disciplinata in via giurisprudenziale, facendo sì che la ricerca di un punto di equilibrio tra i diversi interessi in gioco continui ad avvenire caso per caso, attraverso l'applicazione dei principi generali così come codificati dai Trattati. Ciò che sorprende è che gli Stati accettino questa situazione, lasciando campo libero ad una definizione in via giurisdizionale di questioni che, imponendo scelte molto delicate dal punto di vista sociale e finanziario, sono state tradizionalmente considerate di competenza esclusiva degli organi politici. La situazione è tanto più sorprendente se si considera che si tratta di giudici sovranazionali e che, come osservato in dottrina, questi «are not even applying welfare law. They are using principles of economic liberty and regulation»⁸⁹.

Questo non esclude, però, la possibilità di interventi anche sul piano normativo. È probabile che questo avvenga nel momento in cui gli Stati ritengano che le soluzioni adottate in via giurisprudenziale siano 'troppo avanzate', perché poco rispettose delle loro competenze, come avvenuto, ad esempio, nel caso della Direttiva sui diritti dei pazienti transfrontalieri. L'adozione di atti che rispondono ad esigenze 'difensive' contingenti rischia, però, di incidere negativamente sulla coerenza complessiva del quadro normativo, contribuendo ad una sua ulteriore frammentazione. Vi è, poi, il problema relativo all'individuazione della base giuridica. In assenza di alternative valide, questo tipo di interventi è, infatti, destinato ad essere adottato sulla base dell'articolo 114 TFUE, vale a dire la norma che consente all'Unione europea di intervenire per il ravvicinamento delle legislazioni nazionali al fine di migliorare il funzionamento del mercato interno.

Da questo punto di vista, non sembra essere cambiato molto rispetto al passato. Gli Stati continuano ad essere molto gelosi della loro sovranità sociale, come dimostrano i tentativi di riaffermare, di fronte a tentativi di fuga in avanti delle istituzioni europee, l'antico compromesso, fondato su una rigida divisione tra la dimensione sociale e quella economica. A conferma di ciò, basti rilevare come, nonostante le modifiche apportate nel corso del tempo, l'intervento dell'Unione europea in materia di servizi socio-sanitari sia consentito

⁸⁸ Come ammesso di recente anche nella *Risoluzione del Parlamento europeo sul futuro dei servizi sociali di interesse generale*, 5 luglio 2011, INI/2009/2222, punto 37.

⁸⁹ G. DAVIES, *The Process and Side Effects*, cit., p. 5.

solo se risulti in qualche modo funzionale al completamento del mercato interno. Una soluzione che appare sempre meno condivisibile, soprattutto alla luce delle sfide che i sistemi di *welfare* dei Paesi membri sono oggi chiamati ad affrontare in un contesto, come quello attuale, di grave crisi finanziaria, economica e, in modo sempre più drammatico, sociale. Sfide che non hanno più un carattere meramente nazionale e che impongono, quindi, una risposta unitaria da parte degli Stati europei. In una situazione di questo tipo, il rafforzamento delle competenze 'sociali' dell'Unione europea appare, dunque, sempre più necessaria. Al momento, non paiono, però, esserci le condizioni per una modifica in questo senso dei Trattati, nonostante si faccia sempre più forte l'esigenza di un intervento a livello sovranazionale. Il rischio è che in questo contesto l'Unione agisca solo come freno, imponendo limiti alle capacità di spesa degli Stati membri in ambito sociale, al fine di salvaguardare la loro solidità finanziaria, senza, però, avere la possibilità, essendo priva delle necessarie competenze sul piano giuridico e delle necessarie risorse dal punto di vista finanziario, di proporre soluzioni innovative che sappiano salvaguardare quello che ancora resta del 'modello sociale europeo'. Uno scenario di questo tipo potrebbe senz'altro contribuire ad affossare ulteriormente il processo di integrazione europea, incidendo negativamente sulla sua legittimità agli occhi dei cittadini europei.

Bibliografia

Monografie

- ADAM R. e TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, 2^a ed., Torino 2010
- BARNARD C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 2nd ed., Oxford 2007
- BOSKOVITS K., *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Athènes-Bruxelles 1999
- BUENDIA SIERRA J.L., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (Former Article 90) of the Treaty*, Oxford 1999
- CAGGIANO G., *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino 2008
- CANCILLA F.A., *Servizi del welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milano 2009
- CICIRIELLO M.C., *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli 1999
- CONDINANZI M. e MASTROIANNI R., *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino 2009
- , LANG A. e NASCIBENE B., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano 2003
- CRAIG P., *EU Administrative Law*, Oxford 2006
- D'ALESSANDRO D., *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano 2004
- DANIELE L., *Diritto dell'Unione europea*, 4^a ed., Milano 2010
- DEHOUSSE R., *The European Court of Justice: The Politics of Judicial Integration*, Basingstoke 1998
- DRIGUEZ L., *Droit social et droit de la concurrence*, Bruxelles 2006
- ESPING-ANDERSEN G., *The Three World of Welfare Capitalism*, Cambridge 1990
- ESTELLA A., *The EU Principle of Subsidiarity and its Critique*, Oxford 2001
- FERRERA M., *Le politiche sociali*, Bologna 2006
- , *The Boundaries of Welfare. European Integration and the Spatial Politics of Social Protection*, Oxford 2005

- FRIGNANI A. e WAELBROECK M., *Disciplina della concorrenza nella CE*, 4^a ed., Torino 1996
- GALLO D., *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano 2010
- GIUBBONI S. e ORLANDINI G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna 2007
- GIUBBONI S., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*. Bologna 2003
- HAMONIAUX T., *L'intérêt général et le juge communautaire*, Paris 2001
- HERVEY T. e McHALE J., *Health Law and the European Union*, Cambridge 2004
- IANNONE C., *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino 2009
- JONES A. e SUFRIN B., *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*, 3rd ed., Oxford 2008
- LENAERTS K., *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles 1998
- LUCAS DE LEYSSAC C. e PARLEANI G., *Droit du marché*, Paris 2002
- MOSSIALOS E. e MCKEE M., *EU Law and the Social Character of Health Care*, Brussels 2002
- PIETROBON A., *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padova 1990
- PINOTTI C., *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova 2000
- PORCHIA O., *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna 2008
- , *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese: tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli 2001
- RODRIGUES S., *La nouvelle régulation des services publics en Europe. Énergie, postes, télécommunications et transports*, Londres-Paris-New York 2000
- SANTA MARIA A., *Diritto commerciale europeo*, 3^a ed., Milano 2008
- SANTINI A., *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano 2004
- SAUTER W. e SCHEPEL H., *State and Market in European Union Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge 2009
- SEPULVEDA M., *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp 2003
- SNELL J., *Goods and Services in EC Law*, Oxford 2002
- STIERNØ S., *Solidarity in Europe: The History of an Idea*, Cambridge 2005
- TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, 6^a ed., Padova 2010
- TRIDIMAS T., *The General Principles of EU Law*, Oxford 2006
- VAN BAEI I. e BELLIS J-F., *Competition Law of the European Community*, 5^a ed., Alphen aan den Rijn 2010
- VAN DER MEI A.P., *Free Movement of Persons within the European Community. Cross-border Access to Public Benefits*, Oxford 2003

WAELEBROECK M. e FRIGNANI A., *Commentaire Mégret. Le droit de la CE*, tome 4, *Concurrence*, Bruxelles 1997

Articoli e Contributi su collettanee

- ADAM R., *Il diritto del mercato interno: l'art. 100 A e l'armonizzazione delle legislazioni*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1993, pp. 681-725
- ADINOLFI A., *La libertà di circolazione delle persone*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte Speciale*, 3^a ed., Torino 2010, pp. 63-158
- , *Le innovazioni previste dal Trattato di Amsterdam in tema di politica sociale*, in *DUE*, 1998, pp. 563-569
 - , *Voce Politica sociale nel diritto delle Comunità europee*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XI, Torino 1996, pp. 279-290
- ALBANESE A., *L'affidamento di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *RIDPC*, 2008, pp. 1453-1468
- , *Servizi sociali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo IV, Milano 2007, pp. 1897-1921
- ALBRECHT T., PRIBACOVIĆ BRINOVEC R., ŠTALC J., *Cross-border Care in the South: Slovenia, Austria and Italy*, in M. ROSENMÖLLER, M. MCKEE e R. BAETEN (eds), *Patient Mobility in the European Union. Learning from Experience*, Trowbridge 2006, pp. 9-21
- ALEXIS A., *Services publics et aides d'Etats: Evolution récente de la jurisprudence*, in *RDUE*, 2002, pp. 63-107
- AKKERMANS B. e RAMAEKERS E., *The Treaties Shall in No Way Prejudice the Rules in Member States Governing the System of Property Ownership: Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations*, in *ELJ*, 16, 2010, pp. 292-314
- AMADEO S., *Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela «asimmetrica» dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in *DUE*, 2009, pp. 720-742
- BAETEN R., *L'UE et les soins de santé: développements politiques et juridiques de l'année 2010*, OSE Briefing Paper no. 6, Avril 2011
- e W. PALM, *The Compatibility of Health Care Capacity Planning Policies with EU Internal Market*, in J.W.W. VAN DE GRONDEN, E. SZYSZCZAK, U. NEERGAARD e M. KRAJEWSKI (eds), *Health Care and EU Law*, The Hague 2011, pp. 383-404
 - , *The Proposal for a Directive on Patients' Rights in Cross-Border Health-care*, in C. DEGRYSE (ed.), *Social Developments in the European Union 2008*, Brussels 2009, pp. 155-181
 - , *Health and Social Services in the Internal Market*, in C. DEGRYSE e P. POCHE (eds), *Social Developments in the European Union 2006*, Brussels 2007, pp. 161-185
 - , *The Proposal for a Directive on Services in the Internal Market Applied*

- to *Healthcare Services*, Paper presented for the public hearing in the European Parliament, 11 November 2004
- BAQUERO CRUZ J., *The Case Law of the European Court of Justice on the Mobility of Patients*, in J.W.W. VAN DE GRONDEN, E. SZYSZCZAK, U. NEERGAARD e M. KRAJEWSKI (eds), *Health Care and EU Law*, The Hague 2011, pp. 79-102
- , *What's Left of the Charter? Reflections on Law and Political Mythology*, in *MJECCL*, 15, 2008, pp. 65-75
- , *Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law*, in G. DE BURCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford 2005, pp. 169-212
- BARBIERI C., *Gli enti «non profit»*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, vol. II, Padova 2003, pp. 217-248
- BARNARD C., *The 'Opt-Out' for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rethoric over Reality?*, in S. GRILLER e J. ZILLER (eds), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Vienna 2008, pp. 257-283
- , *Unravelling the Services Directive*, in *CMLR*, 45, 2008, pp. 323-394
- , *EU Citizenship and the Principle of Solidarity*, in M. DOUGAN e E. SPAVENTA (eds), *Social Welfare and EU Law*, Oxford 2005, pp. 157-180
- BARTOSCH A., *The Ruling in BUPA – Clarification or modification of Altmark?*, in *EStAL Quart.*, 2008, pp. 211-213
- , *Clarification or Confusion? How to Reconcile the ECJ's Rulings in Altmark and Chronopost*, in *EStAL Quart.*, 2003, pp. 375-385
- , *The Relationship Between Public Procurement and State Aid Surveillance – The Toughest Standard Applies?*, in *EStAL Quart.*, 2002, pp. 551-576
- BERGAMINI E., *La nozione di servizio di interesse generale nel diritto dell'Unione europea: evoluzione e rapporto con le nozioni nazionali*, in *DPUE*, 2007, pp. 3-18
- BERNARD N., *Between a Rock and a Soft Place: Internal Market Versus Open Co-ordination*, in M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds), *Social Welfare and EU Law*, Oxford 2005, pp. 261-286
- BINON J-M., *Solidarité et assurance: mariage de cœur ou de raison?*, in *RMUE*, 1997, pp. 87-140
- BIONDI A., *Alla caccia dei limiti esterni della libera circolazione dei servizi*, in F. BESTAGNO e L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano 2007, pp. 71-88
- , *Review of the Judgement in Case 222/04 – Ministero dell'Economia e delle Finanze v. Cassa di Risparmio di Firenze S.p.a. et al.*, in *EStAL Quart.*, 2006, pp. 371-376
- e RUBINI L., *Aims, Effects and Justifications: EC State Aid Law and Its Impact on National Social Policies*, in M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds), *Social Welfare and EU Law*, Oxford 2005, pp. 79-103
- , *Una giustificazione per gli aiuti di Stato: il finanziamento dei servizi di interesse generale*, in *Serv. Pubbl. App.*, 2004, pp. 231-246
- BLASI A. e MUNARI F., *Articolo 87 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trat-*

- tati dell'Unione europea e della Comunità europea, Milano 2004, pp. 592-608
- BOEGER N., *Solidarity and EC Competition Law*, in *ELR*, 32, 2007, pp. 319-340
- BOVIS C., *The Conceptual Links between State Aid and Public Procurement in the Financing of Services of General Economic Interest*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (eds), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, The Hague 2009, pp. 149-170
- , *Financing Services of General Interest, Public Procurement and State Aids: the Delineation between Market Forces and Protection in the European Common Market*, in *Journ. Business L.*, 2005, pp. 1-27
- BRIBOSIA H., *Subsidiarietà e répartition des compétences entre l'Union et ses États membres*, in G. AMATO, H. BRIBOSIA e B. DE WITTE (eds.), *Génèse et destinée de la Constitution européenne. Genesis and Destiny of the European Constitution*, Brussels 2007, pp. 389-437
- BUENDIA SIERRA J.L., *Finding the Right Balance: State Aid and Services of General Economic Interest*, in AA.Vv., *EC State Aid/Le droit des aides d'Etat dans la CE*. Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea, Alphen aan den Rijn 2008, pp. 191-222
- CAFARI PANICO R., *La liberalizzazione dei servizi tra il regime vigente e la direttiva Bolkenstein*, in *DPCE*, 2006, pp. 1880-1893
- , *Principio di sussidiarietà e clausola di flessibilità*, in G. ADINOLFI e A. LANG (a cura di), *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa: quali limitazioni all'esercizio dei poteri sovrani degli Stati?*, Milano 2006, pp. 99-115
- , *Il recupero degli aiuti illegittimamente concessi*, in *Riv.dir. eur.*, 1995, pp. 39-52
- CAGGIANO G., *Il coordinamento comunitario delle politiche nazionali per la creazione del modello sociale europeo*, in AA.Vv. *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Vol. II, Napoli 2009, pp. 909-925
- , *Il ruolo della Commissione per la compensazione del servizio pubblico nella disciplina generale e televisiva*, in *Studi integr. eur.*, 2006, pp. 61-75
- CALLENS S., *The EU Legal Framework on E-health*, in E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN e T. HERVEY (eds), *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge 2010, pp. 561-588
- CAPANTINI M., *Servizi di interesse generale e aiuti di Stato. La Relazione della Commissione al Consiglio europeo di Laeken e le prospettive giurisprudenziali e normative*, in *RIDPC*, 2003, pp. 478-492
- CAPUTI G., *Servizi pubblici ed aiuti di Stato nella giurisprudenza comunitaria: ad ogni onere corrisponde una contropartita considerevole*, in *RIDPC*, 2004, pp. 823-877
- CARANTA R., *Attività pubblica, attività no-profit e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, in *Urb. e app.*, 2008, pp. 293-304

- CARBONE S.M., 'Golden Share' e fondi sovrani: lo Stato nelle imprese tra libertà comunitarie e diritto statale, in *DCI*, 23, 2009, pp. 503-545
- , *Il ruolo della Corte di giustizia nella costruzione del sistema giuridico europeo*, in *Rass. For.*, 2006, pp. 2055-2075
- , *Brevi note in tema di privatizzazioni e diritto comunitario*, in *DCI*, 1999, pp. 231-240
- CARUSO F., *La disciplina dell'esercizio delle competenze di Stati membri ed Unione nel Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *Studi in onore di Umberto Leanza*, vol. II, Napoli 2008, pp. 935-948
- , *Articolo 95*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano 2004, pp. 654-659
- CASALINI D., *Aiuti di Stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Foro Amm.*, fasc. 10, 2003, pp. 2733-2750
- CERASO L., *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *RIDPC*, 2008, pp. 97-153
- CHÉROT J.Y., *Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel?*, in L. BOY (dir.), *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'A. Pirovano*, Paris 2003, pp. 663-577
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Servizi sanitari, mercato e «modello sociale europeo»*, in *Mercato conc. reg.*, 2009, pp. 179-212
- CONDINANZI M., *La libertà di stabilimento*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte Speciale*, 3ª ed., Torino 2010, pp. 159-216
- e NASCIMBENE B., *La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, II ed., Vol. XXVI del Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone, Torino 2006, pp. 330-374
- CORAPI D. e DE DONNO B., *L'impresa*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, II ed., Vol. XXVI del Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone, Torino 2006, pp. 1197-1233
- CORDOVA M.R., *La Corte di giustizia si pronuncia sulla natura delle fondazioni bancarie: spetta al giudice di merito valutare caso per caso*, in *DPCE*, 2006, pp. 833-839
- CORTESE PINTO E., *Articolo 136*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano 2004, pp. 768-773
- , *Articolo 137*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano 2004, pp. 773-777
- COSTAMAGNA F., *The Internal Market and the Welfare State After the Lisbon Treaty*, OSE Research Paper no. 4, April 2011
- , *Direttiva 'Servizi' e servizi di interesse economico generale: analisi di un rapporto difficile*, in *DCSI*, 2009, pp. 111-137
- COUSIN M., *Patient Mobility and National Health Systems*, in *LIEI*, 34, 2007, pp. 183-193
- CYGAN A., *Public Healthcare in the European Union: Still a Service of General Economic Interest?*, in *ICLQ*, 57, 2008, pp. 529-560

- DAMJANOVIC D. e DE WITTE B., *Welfare Integration through EU Law: The Overall Picture in the Light of the Lisbon Treaty*, in U. NEERGAARD, R. NILSEN e L.M. ROSEBERRY (eds), *Integrating Welfare Functions into EU Law. From Rome to Lisbon*, Copenhagen 2009, pp. 53-94
- DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, pp. 656-669
- DAVIES G., *What Does Article 86 Actually Do?*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (eds), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, The Hague 2009, pp. 51-67
- , *The Community's Internal Market-Based Competence to Regulate Healthcare: Scope, Strategies and Consequences*, in *MJECL*, 14, 2007, pp. 213-238
- , *The Process and Side Effects of Harmonization of European Welfare States*, Jean Monnet Working Paper no. 02/06
- , *Health and Efficiency: Community Law and National Health Systems in the Light of Müller-Fauré*, in *MLR*, 2004, pp. 94-107
- , *Welfare as a Service*, in *LIEI*, 29, 2002, pp. 27-40
- DAWES A., *'Bonjour Herr Doctor': National Healthcare Systems, the Internal Market and Cross-border Medical Care within the European Union*, in *LIEI*, 33, 2006, pp. 167-182
- DAWSON M., *The Ambiguity of Social Europe in the Open Method of Coordination*, in *ELR*, 34, 2009, pp. 55-79
- DE BELLIS S., *L'interazione fra i parlamenti nazionali e le istituzioni comunitarie dopo Lisbona*, in *Studi integr. eur.*, 2010, pp. 609-630
- DE BURCA G., *The Constitutional Challenge of New Governance in the European Union*, in *ELR*, 28, 2003, pp. 814-832
- , *Towards European Welfare?*, in G. DE BURCA (ed.) *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford 2005, pp. 1-9
- DE CECCO F., *Politiche sociali e divieto di aiuti di Stato*, in S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e diritto comunitario*, Bologna 2007, pp. 75-105
- DE PASQUALE P., *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *DPCE*, 2009, pp. 81-90
- DE SCHUTTER O., *La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in J.-I. CARLIER e O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles 2002, pp. 117-147
- DELLA CANANEA G., *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *RIDPC*, 1993, pp. 399-438
- DEMERTZIS V., *The European Social Model(s) and the Self-Image of Europe*, in F. CERUTTI e S. LUCARELLI (eds), *The Search for a European Identity: Values, Policies and Legitimacy of the European Union*, Abingdon 2008, pp. 125-141

- DEVROE W., *Privatizations and Community Law: Neutrality Versus Policy*, in *CMLR*, 34, 1997, pp. 267-306
- e VAN CLEYNENBREUGEL P., *Observations on Economic Governance and the Search for a European Economic Constitution*, in D. SCHIEK, U. LIEBERT e H. SCHNEIDER (eds), *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, Cambridge 2011, pp. 95-120
- DI BUCCI V., *Quelques aspects institutionnel du droit des aides d'Etat*, in AA.Vv., *EC State Aid/Le droit des aides d'Etat dans la CE*. Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea, Alphen aan den Rijn 2008, pp. 43-64
- DI COMITE V., *La nozione di impresa nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, in *Giur. It.*, 2004, pp. 2025-2034
- DI VIA L., *L'impresa*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, vol. II, Padova 2003, pp. 54-96
- DONY M., *Les notions de «service d'intérêt general» et «service d'intérêt économique general»*, in J-V. LOUIS e S. RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique general et l'Union Européenne*, Bruxelles 2006, pp. 3-38
- DOUGAN M., *The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts*, in *CMLR*, 45, 2008, pp. 617-703
- e SPAVENTA E., *'Wish You Weren't Here'. New Models of Social Solidarity in the European Union*, in M. DOUGAN e E. SPAVENTA (eds), *Social Welfare and EU Law*, Oxford 2005, pp. 181-218
- DREXL J., *Competition Law as Part of the European Constitution*, in A. VON BOGDANDY e J. BAST (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford 2010, pp. 659-698
- M. FALCONE, *La direttiva 2011/24 sulla mobilità dei pazienti alla luce della cittadinanza europea*, in E. TRIGGIANI, (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari 2011, pp. 378-381.
- FERRERA M., *Mapping the Components of Social EU: A Critical Analysis of the Current Institutional Patchwork*, in E. MARLIER e D. NATALI (eds), *Europe 2020. Towards a More Social EU?*, Bruxelles 2010, pp. 45-68
- , *The JCMS Annual Lecture: National Welfare States and European Integration: In Search of a 'Virtuous Nesting'*, in *JCMS*, 47, 2009, pp. 219-233
- e SACCHI S., *A More Social EU: Issues of Where and How*, in S. MICCOSSI e G.L. TOSATO (eds), *The European Union in the 21st Century. Perspectives from the Lisbon Treaty*, Brussels 2009, pp. 31-47
- , *The European Welfare State. Golden Achievements, Silver Prospects*, URGE Working Paper no. 4/2007
- , *Towards an 'Open Social Citizenship'? The New Boundaries of Welfare in the European Union*, in G. DE BURCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford 2005, pp. 11-38
- FLEAR M., *Case note on Müller-Fauré*, in *CMLR*, 41, 2004, pp. 209-233.
- FRATINI A. e CARTA A., *Chronopost c.UFEX: la Corte di Giustizia UE e le «relazioni pericolose» fra i settori riservati e mercati aperti alla concorrenza*, in *DCI*, 2004, pp. 374-387

- FRATINI A. e FILPO F., *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla formula Altmark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, pp. 1183-1219
- FRAZER H. e MARLIER E., *Europe 2020: Towards a More Social EU?*, in E. MARLIER e D. NATALI (eds), *Europe 2020. Towards a More Social EU?*, Bruxelles 2010, pp. 15-44
- FREGO LUPPI S., *La sussidiarietà orizzontale nei servizi sociali. Il caso della Regione Lombardia*, in *Dir. Econ.*, 2009, pp. 67-89
- GALLETTA D-U., *Le principe de proportionnalité*, in J-B. AUBY e J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles 2007, pp. 356-376
- GALLO D., *Social Security and Health Services in EU Law: Towards Convergence or Divergence in Competition, State Aids and Free Movement?*, EUI Working Paper RSCAS 2011/19
- , *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di stato nel diritto comunitario*, in *RIDPC*, 2007, pp. 893-943
- , *Accesso ai servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato*, in P. DE CATERINI (a cura di), *Quattro studi in materia di aiuti di Stato*, Bari 2007, pp. 89-146
- GARDELLA A., *Articolo 86*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano 2004, pp. 577-592
- , *Articolo 295*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano 2004, pp. 1312-1315
- GARDNER R., *The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors*, in *ECLR*, 16, 1995, pp. 78-86
- GEKIERE W., BAETEN R. e PALM W., *Free Movement of Services in the EU and Health Care*, in E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN e T. HERVEY (eds), *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge 2010, pp. 461-508
- GIORGIS A., *Art. 34. Sicurezza sociale e assistenza sociale*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA e A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna 2001, pp. 240-245
- GIUBBONI S., *Free Movement of persons and European Solidarity*, in *ELR*, 13, 2007, pp. 360-379
- , *L'azione comunitaria in materia di sicurezza sociale in prospettiva storica*, URGE Working Paper no. 2/2007
- GOBBATO S., *Diritto comunitario della concorrenza e servizi di interesse generale di carattere sociale. Note a margine della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *DUE*, 2005, pp. 797-815
- GOLDSMITH LORD P., *A Charter of Rights, Freedoms and Principles*, in *CMLR*, 38, 2001, pp. 1201-1216
- GREPPI E., *Voce Stabilimento e servizi nel diritto comunitario*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, IV ed., vol. XIV, Torino 1999, pp. 486-524

- HAGUENAU-MOIZARD C., *Servizi di interesse generale e servizio pubblico «alla francese»: dal confronto al ravvicinamento*, in E. FERRARI (a cura di), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino 2007, pp. 27-53
- HANCHER L. e SAUTER W., *One Step Beyond? From Sodemare to Doc-Morris: The EU's Freedom of Establishment Case Law Concerning Healthcare*, in *CMLR*, 47, 2010, pp. 117-146
- HARBO T-I., *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, in *ELJ*, 16, 2010, pp. 158-185
- HATJE A., *The Economic Constitution within the Internal Market*, in A. VON BOGDANDY e J. BAST (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford 2010, pp. 589-622
- HATZOPOULOS V., *Financing National Health Care in a Transnational Environment: The Impact of the European Community Internal Market*, in *Wis. Int'l L.J.*, 26, 2009, pp. 761-803
- , *Why the Open Method of Coordination is Bad for You: A Letter to the EU*, in *ELJ*, 13, 2007, pp. 309-342
- , *Que reste-il de la directive sur les services?*, in *Cah. Dr. Eur.*, 43(3-4), 2007, pp. 299-358
- , *Health Law and Policy: The Impact of the EU*, in G. DE BURCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford 2005, pp. 111-168
- , *Killing National Health and Insurance Systems but Healing Patients? The European Market for Health Care Services after the Judgement of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms*, in *CMLR*, 39, 2002, pp. 683-729
- HERVEY T., *The European Union's Governance of Health Care and the Welfare Modernization Agenda*, in *Reg. & Gov.*, 2008, pp.103-120
- , TRUBEK L., *Freedom to Provide Health Care Service within the EU: An Opportunity for a Transformative Directive*, Legal Studies Research Paper Series, no. 1050, May 2007
- , *The 'Right to Health' in European Union Law*, in T. HERVEY e J. KENNER (eds), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Oxford – Portland 2003, pp. 193-222
- , *Social Solidarity: A Buttress Against Internal Market Law?*, in J. SHAW (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford 2000, pp. 31-47
- HILSON C., *Rights and Principles in EU Law: A Distinction Without Foundation?*, in *MJECCL*, 15, 2008, pp. 193-215
- HOUYET Y., *Les exigences du droit primaire concernant l'abolition des droits exclusif ou spéciaux accordés aux entreprises assumant des services publics*, in *RTDE*, 2007, pp. 253-276
- IDOT L., *Concurrence et services d'intérêt général. Bref bilan des évolutions postérieures au Traité d'Amsterdam*, in J-V. LOUIS e S. RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union Européenne*, Bruxelles 2006, pp. 39-63

- , *La notion d'entreprise*, in *Revue des sociétés*, 119, 2001, pp. 191-209
- , *La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel* in L. BOY (dir.), *L'ordre concurrentiel: mélanges en l'honneur d'A. Pirovano*, Paris 2003, pp. 523-536
- , *Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence? A propos de quelque développements récents...*, in *Europe*, janvier 1996, pp. 1-5
- LILOPOULOU A., *Le méthode ouverte de coordination: un nouveau mode de gouvernance dans l'Union européenne*, in *Cah. Dr. Eur.*, 2006, pp. 315-341
- IPPOLITO F., *I servizi sanitari tra servizi di interesse economico generale e servizi di interesse generale*, in *DPUE*, 2007, pp. 19-29
- , *Sussidiarietà e armonizzazione: il caso British American Tabacco*, in *DUE*, 2004, pp. 633-652
- ITZCOVICH G., *The Interpretation of Community Law by the European Court of Justice*, in *Germ. L.J.*, 10, 2009, pp. 537-559
- JACQUÉ J.P., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: présentation générale*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano 2002, pp. 55-82
- JANS J., *Proportionality Revisited*, in *LIEI*, 27, 2000, pp. 239-265
- JOERGES C. e RÖDL F., «*Social Market Economy*» as Europe's Social Model?, *EUI Working Paper no. 2004/8*, May 2004
- JORENS Y., *The Right to Health Care Across Borders*, in R. BAETEN, M. MCKEE e E. MOSSIALOS (eds), *The Impact of EU Law on Health Care Systems*, Brussels 2002, pp. 83-122
- JOUSSEN J., *L'interpretazione (teleologica) del diritto comunitario*, in *RCDP*, 2004, pp. 491-537
- KACZOROWSKA A., *A Review of the Creation by the European Court of Justice of the Right to an Effective and Speedy Medical Treatment and its Outcomes*, in *ELJ*, 12, 2006, pp. 345-370
- KARAYIGIT M.T., *Under the Triangle Rules of Competition, State Aid and Public Procurement: Public Undertakings Entrusted with Operation of Services of General Economic Interest*, in *ECLR*, 2009, pp. 642-564
- , *The Notion of Services of General Economic Interest*, in *EPL*, 15, 2009, pp. 575-595
- KARYDIS G., *Le principe de l'«opérateur économique privé», critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'État, au sens de l'article 87 § 1 du Traité CE*, in *RTDE*, 2003, pp. 389-413
- KENNER J., *Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility*, in T. HERVEY e J. KENNER (eds), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Oxford-Portland 2003, pp. 1-25
- KERSCHEN N., *The Social Partners in European Employment Strategy*, in O. DE SCHUTTER e S. DEAKIN (eds), *Social Rights and Market Forces. Is the Open Coordination of Employment and Social Policy the Future of Social Europe?*, Brussels 2005, pp. 166-202

- KHAN N. e BORCHARDT K-D., *The Private Market Investor Principle : Reality Check or Distorting Mirror?*, in AA.Vv., *EC State Aid/Le droit des aides d'Etat dans la CE*. Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea, Alphen aan den Rijn 2008, pp. 109-123
- KOVAR R., *La Cour de justice et les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général*, in *Europe*, juillet 1994, pp. 1-5
- KRAJEWSKI M., *Commodifying and Embedding Services of General Interests in Transnational Contexts. The Example of Healthcare Liberalization in the EU and the WTO*, in C. JOERGES e J. FALKE (eds), *Karl Polanyi, Globalization and the Potential of Law in Transnational Markets*, London 2011, pp. 231-254
- , *Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services through a Legal Framework for Services of General Economic Interest: Squaring the Circle*, in *EPL*, 14, 2008, pp. 377-398
- e FARLEY M., *Limited Competition in National Health Systems and the Application of Competition Law: the AOK Bundesverband Case*, in *ELR*, 29, 2004, pp. 842-851
- LAVRIJSSEN S e DE VRIES S., *Netherlands*, M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (eds), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, The Hague 2009, pp. 383-421
- LEIBFRIED S. e PIERSON P., *Semisovereign Welfare States: Social Policy in a Multitiered Europe*, in S. LEIBFRIED e P. PIERSON (eds), *European Social Policy Between Fragmentation and Integration*, Washington 1995, pp. 43-77
- LENAERTS K., *Le développement de l'Union sociale européenne dans la jurisprudence de la Cour de Justice. The Development of the European Social Union in ECJ Case-Law*, in *ERA Forum*, 9, 2008, pp. 61-97
- e FOUBERT P., *Social Rights in the Case-Law of the European Court of Justice. The Impact of the Charter on Fundamental Rights of the European Union on Standing Case-Law*, in *LIEI*, 28, 2001, pp. 267-296
- LYNSKEY O., *The Application of Article 86(2) EC to Measures Which Do Not Fulfil the Altmark Criteria; Institutionalizing Incoherence in the Legal Framework Governing State Compensation of Public Service Obligations*, in *World Comp.*, 30, 2007, pp. 153-168
- LOTTINI M., *La concezione «statica» e la concezione «dinamica» dell'attività economica: una recente sentenza della Corte di giustizia in materia di servizi sociali*, in *RIDPC*, 2009, pp. 1551-1570
- LOUCKX F., *L'influence du droit européen de la concurrence sur l'organisation des systèmes de soins de santé nationaux*, in *Cah. Dr. Eur.*, 2008, pp. 339-406
- LOUIS F. e VALLERY A., *Ferring Revisited: the Altmark Case and State Financing of Public Service Obligations*, in *World Comp.*, 27, 2004, pp. 53-74
- LUCARELLI A., *Art. 35 Protezione della salute*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA e A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna 2001, pp. 245-251

- , *Art. 36 Accesso ai servizi di interesse economico generale*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA e A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna 2001, pp. 251-257
- LUGATO M., *Articolo 50*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano 2004, pp. 408-413
- , *Principio di proporzionalità ed invalidità di atti comunitari nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *DCSI*, 30, 1991, pp. 67-85
- MALINCONICO C., *Aiuti di Stato*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo I Parte Speciale, Milano 2007, pp. 65-115
- MANZINI P., *Note sulle relazioni pericolose tra Stato e imprese nel quadro del diritto comunitario*, in *DUE*, 2002, pp. 487-504
- , *L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato CE*, in *RDI*, 1995, pp. 379-396
- MARESCA M., *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli Users' Rights*, in *DUE*, 2005, pp. 441-471
- MARLETTA M., *Articolo 152*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano 2004, pp. 811-815
- MARONGIU BONAIUTI F., *La legge applicabili alle prestazioni di sicurezza sociale nel regolamento n. 883/2004*, in *RDSS*, 2010, pp. 537-572
- MARTINELLI M., *Compensazioni finanziarie di obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato*, in *RIDPC*, 2007, pp. 113-173
- MARTINSEN D.S., *Social Security Regulation in the EU: The De-Territorialization of Welfare?*, in G. DE BURCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford 2005, pp. 89-110
- MASTROIANNI R., *La libera prestazione dei servizi*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte Speciale*, 3^a ed., Torino 2010, pp. 217-270
- , *La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria. I principi generali*, in F. BESTAGNO e L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano 2007, pp. 1-25
- McHALE J., *Fundamental Rights and Health Care*, in E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN e T. HERVEY (eds), *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge 2010, pp. 282-314
- MENDOLA R., *Servizi sociali di interesse generale ed organizzazioni non profit nel quadro della disciplina comunitaria*, in *Impresa sociale*, 2005, pp. 44-77
- MENÉNDEZ A.J., *The Rights' Foundation of Solidarity: Social and Economic Rights of the European Union*, ARENA Working Paper, 03/1, January 2003
- MENGOZZI P., *I diritti e gli interessi delle imprese, il diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio e le prerogative delle istituzioni della*

- Unione Europea: verso una dottrina comunitaria delle political questions?*, in AA.Vv., *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Vol. II, Napoli 2009, pp. 1081-1090
- MENGOZZI PIER., *La tendenza del diritto comunitario a evolversi in senso sempre più personalistico e la disciplina generale dei servizi di interesse economico generale*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2008, pp. 304-327
- MENICHETTI E., *Servizi sociali e servizi economici di interesse generale*, in S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e diritto comunitario*, Bologna 2007, pp. 109-136
- MEROLA M., *Il «Pacchetto» normativo sul finanziamento dei servizi di interesse economico generale alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale*, in F. BESTAGNO e L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano 2007, pp. 117-150
- e MEDINA C., *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics*, in *Cah. Dr. Eur.*, 2003, pp. 639-694
- MEULMAN J. e DE WAELE H., *A Retreat from Säger? Servicing or Fine-Tuning the Application of Article 49 EC*, in *LIEI*, 2006, pp. 207-228
- MONTI G., *Servizi pubblici e concorrenza*, in E. FERRARI (a cura di), *Attività economiche e attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino 2007, pp. 205-249
- MOSSIALOS E., MCKEE M., PALM W., KARL B. e MARHOLD F., *The Influence of EU Law on the Social Character of Health Care Systems in the EU*, Report submitted to the Belgian Presidency of the European Union, Brussels, 19 November 2001
- MÜLLER T., *Efficiency Control in State Aid and the Power of Member to Define SGEIs*, in *EStAL Quart.*, 2009, pp. 39-46
- MUNARI F., *Imprese «pubbliche» e servizi di interesse generale*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, II ed., Vol. XXVI del Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone, Torino 2006, pp. 1647-1667
- , *Le regole di concorrenza nel sistema del Trattato*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, II ed., Vol. XXVI del Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone, Torino 2006, pp. 1451-1468
- , *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati Membri e interesse generale*, in *DUE*, 2002, pp. 40-75
- NASCIMBENE B., *Le eccezioni ai principi. Interessi generali e ordine pubblico*, in F. BESTAGNO e L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano 2007, pp. 42-69
- NEERGAARD U., *Services of General Economic Interest under EU Law Constraints*, in D. SCHIEK, U. LIEBERT e H. SCHNEIDER (eds), *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, Cambridge 2011, pp. 174-195
- , *Services of General Economic Interest: The Nature of the Beast*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (eds), *The Changing*

- Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, The Hague 2009, pp. 17-50
- , *Services of General (Economic) Interest and the Services Directive – What Is Left Out, Why and Where to Go?*, in U. NEERGAARD, R. NIELSEN e L.M. ROSEBERRY (eds), *The Services Directive. Consequences for the Welfare State and European Social Model*, Copenhagen 2008, pp. 65-120
- NEWDICK C., *The European Court of Justice, Trans-National Health Care and Social Citizenship – Accidental Death of a Concept?*, in *Wis. Int'l L.J.*, 26, 2009, pp. 844-867
- , *Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity*, in *CMLR*, 2006, pp. 1645-1668
- NICKLESS J., *The Internal Market and the Social Nature of Health Care*, in R. BAETEN, M. MCKEE e E. MOSSIALOS (eds), *The Impact of EU Law on Health Care Systems*, Brussels 2002, pp. 57-82
- NICOLAIDES P., *Decentralised State Aid Control in an Enlarged European Union: Feasible, Necessary or Both?*, in *ECLR*, 26, 2003, pp. 263-276
- , *Distortive Effects of Compensatory Aid Measures: A Note on the Economics of the Ferring Judgement*, in *ECLR*, 2002, pp. 313-319
- , *The New Frontier of State Aid Control – An Economic Assessment of Measures that Compensate Enterprises*, in *Intereconomics*, 37, 2002, pp. 190-197
- NYS H., *Comparative Health Law and the Harmonization of Patients' Rights in Europe*, in *EJHL*, 7, 2001, pp. 317-331
- O'LEARY S., *Solidarity and Citizenship Rights in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in G. DE BÚRCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford 2005, pp. 39-87
- ODDENINO A., *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, Trattato di biodiritto diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano 2010, pp. 65-150
- , *La tutela della salute è e resta ancillare rispetto alle altre politiche della Comunità. Nota a CGCE 5 ottobre 2000 (C-376/98)*, in *DPCE*, 2001, pp. 379-383
- OTTMANN J., *The Concept of Solidarity in National and European Law: The Welfare State and the European Social Model*, in *ICL-Journal*, 2008, pp. 36-48
- PALM W. e BAETEN R., *The Quality and Safety Paradox in the Patients' Rights Directive*, in *EJPH*, 21, 2011, pp. 272-274
- e GLINOS I.A., *Enabling Patient Mobility in the EU: Between Free Movement and Coordination*, in E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN e T. HERVEY (eds), *Health Systems Governance in Europe. The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge 2010, pp. 509-560
- PACIOTTI E., *Libertà – Solidarietà*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano 2002, pp. 95-107
- PASKALIA V., *Co-ordination of Social Security in the European Union: an Overview of Recent Case Law*, in *CMLR*, 46, 2009, pp. 1177-1218
- PASTORI G., *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in E. BALBONI, B. BA-

- RONI, A. MATTIONI e G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, 2^a ed., Milano 2007, 75-83
- PERNICE I., *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*, in S. GRILLER e J. ZILLER (eds), *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Vienna 2008, pp. 235-256
- PISILLO MAZZESCHI R., *Sulla natura degli obblighi internazionali di tutela e promozione dei diritti economici, sociali e culturali*, in F. BESTAGNO (a cura di), *I diritti economici, sociali e culturali. Promozione e tutela nella comunità internazionale*, Milano 2009, pp. 3-24
- PORCHIA O., *La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze*, in *Studi integr. eur.*, 2010, pp. 631-651
- , *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse generale*, in *DUE*, 2002, pp. 633-651
- PROSSER T., *Regulation and Social Solidarity*, in *Journ. L. & Soc.*, 33, 2006, pp. 364-387
- , *Competition Law and Public Services: from Single Market to Citizenship Rights?*, in *EPL*, 11, 2005, pp. 543-564
- QUADRIO CURZIO A., *Introduzione: riflessioni per una Costituzione economica europea*, in ID. (a cura di), *Profili della Costituzione economica europea*, Bologna 2001, pp. 19-84
- RAPP-JUNG B., *State Financing of Public Services – The Commission New Approach*, in *EStAL Quarter.*, 2004, pp. 205-216
- RENZULLI A., *Services of General Economic Interest: The Post-Altmark Scenario*, in *EPL*, 14, 2008, pp. 399-432
- RICCI G., DI VIA L., *Monopoli previdenziali e diritto comune antitrust*, in S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e diritto comunitario*, Bologna 2007, pp. 39-73
- RIGHINI E., *Godot Is Here: Recovery as an Effective State Aid Remedy*, in AA.Vv., *EC State Aid/Le droit des aides d'État dans la CE. Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Alphen aan den Rijn 2008, pp. 265-288
- RODRIGUES S., *Towards a General EC Framework Instrument Related to SGEI? Political Considerations and Legal Constraints*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (eds), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, The Hague 2009, pp. 255-266
- , *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne – Acquis et perspectives*, in J-V. LOUIS, S. RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique general et l'Union Européenne*, Bruxelles 2006, pp. 421-440
- , *Services publics et droit communautaire en 2001: de la régulation à l'évaluation?*, in *Europe*, Février 2002, pp. 5-8
- ROSENMÖLLER M., MCKEE M., BAETEN R. e GLINOS I.A., *Patient Mobility:*

- The Context and Issues*, in M. ROSENMÖLLER, M. MCKEE e R. BAETEN (eds), *Patient Mobility in the European Union. Learning from Experience*, Trowbridge 2006, pp. 1-7
- ROSS M., *The Value of Solidarity in European Public Services Law*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (eds), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, The Hague 2009, pp. 81-99
- , *A Healthy Approach to Services of General Economic Interest? The BUPA Judgment of the Court of First Instance*, in *ELR*, 34, 2009, pp. 127-140
- , *Solidarietà: un nuovo paradigma costituzionale per l'Unione europea?*, in *RDSS*, 2009, pp. 239-266
- , *Promoting Solidarity: From Public Services to a European Model of Competition?*, in *CMLR*, 44, 2007, pp. 1057-1080
- , *Article 16 EC: From Derogation to obligation?*, in *ELR*, 25, 2000, pp. 22-38
- SACCHI S., *Il metodo aperto di coordinamento. Origini, ragioni e prospettive del coordinamento delle politiche sociali*, in *Il Politico*, 2007, pp. 5-57
- SANDERS F., *Subsidiarity Infringements before the European Court of Justice: Futile Interference with Politics or a Substantial Step Toward EU Federalism?*, in *Colum. J. Eur. L.*, 12, 2006, 517-572
- SANNA S., *Le azioni di sostegno dell'Unione europea*, in G. ADINOLFI e A. LANG (a cura di), *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa: quali limitazioni all'esercizio dei poteri sovrani degli Stati?*, Milano 2006, pp. 353-372
- SANTINI A., *La politica sociale e dell'occupazione*, in U. DRAETTA e N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte Speciale. Il diritto sostanziale*, 3ª ed., Milano 2010, pp. 239-264
- SAUTER W., *Harmonization in Healthcare: the EU's Patients Rights Directive*, TILEC Discussion Paper DP 2011-030, June 2011
- , *Comment to Case T-289/03, British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v. Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 12 February 2008, nyr*, in *CMLR*, 46, 2009, pp. 269-286
- , *The Proposed Patients' Rights Directive and the Reform of (Cross-Border) Healthcare in the European Union*, in *LIEI*, 36, 2009, pp. 109-131
- , *Services of General Economic Interest and Universal Service in EU Law*, in *ELR*, 2008, pp. 167-193
- SCHARPF F.W., *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, in *JCMS*, 40, 2002, pp. 645-670
- SCHEININ M., *Economic and Social Rights as Legal Rights*, in A. EIDE, C. KRAUSE e A. ROSAS (eds), *Economic, Social and Cultural Rights*, The Hague 2001, pp. 29-54
- SCIARRA S., *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di «soft law»*, in *Quad. Cost.*, 2004, pp. 281-301
- , *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di giustizia europea*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2000, pp. 587-601

- SHANKS M., *Introductory Article: The Social Policy of the European Communities*, in *CMLR*, 14, 1977, pp. 375-383
- SIEVEKING K., *ECJ Rulings on Health Care Services and their Effects on the Freedom of Cross-Border Patient Mobility in the EU*, ZERP-Discussionpapier 3/2006
- SINNAEVE A., *State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case*, in *EStAL Quart.*, 2003, pp. 351-364
- SOTTILI V., *L'art. 86 del Trattato CE*, in L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino 2001, pp. 49-60
- SPITALERI F., *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi insufficienti o esorbitanti?*, in *DUE*, 2007, pp. 917-939
- SPAVENTA E., *Public Services and European Law: Looking for Boundaries*, in *Cambr. YELS*, 5, 2004, pp. 271-291
- STEYGER E., *National Health Care Systems under Fire (but not too Heavily)*, in *LIEI*, 29, 2002, pp. 97-107
- STÖGER K., *The Freedom of Establishment and the Market Access of Hospital Operators*, in *EBLR*, 2006, pp. 1545-1558
- STROZZI G., *Gli aiuti di Stato*, in ID. (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte Speciale*, 3^a ed., Torino 2010, pp. 351-415
- , *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *RIDPC*, 1993, pp. 59-89
- SZYSZCZAK E., *Modernising Healthcare: Pilgrimage for the Holy Grail?*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGARD e J. VAN DE GRONDEN (eds), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, Cambridge 2009, pp. 191-213.
- , *Experimental Governance: The Open Method of Coordination*, in *ELJ*, 12, 2006, pp. 486-502
- , *Public Service Provision in Competitive Markets*, in *YEL*, 20, 2002, pp. 35-77
- , *The New Paradigm for Social Policy: A Virtuous Circle?*, in *CMLR*, 38, 2001, pp. 1125-1170
- TACCONI F., *Freedom of Health and Medical Care Services within the European Union*, in *ZaöRV*, 68, 2008, pp. 195-207
- TESAURO G., *Intervento pubblico nell'economia e art. 90 n. 2 del Trattato CE*, in *DUE*, 1996, pp. 719-740
- THOUVENIN J.-M., *The Altmark Case and its Consequences*, in M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD e J. VAN DE GRONDEN (eds), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, The Hague 2009, pp. 103-115
- TIZZANO A., *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in *DUE*, 1997, pp. 229-233
- , *Il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in *RDI*, 1994, pp. 922-946
- TOOZE J., *Social Security and Social Assistance*, in T. HERVEY e J. KENNER (eds), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Oxford – Portland 2003, pp. 161-192

- TRIANAFYLLOU D., *L'encadrement communautaire du financement du service public*, in *RTDE*, 35, 1999, pp. 21-42
- TRUBEK D., SCOTT J., *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union*, in *ELJ*, 8, 2002, pp. 1-18
- VAN DE GRONDEN J., *Cross-Border Health Care in the EU and the Organization of the National Health Care Systems of the Member States: The Dynamics Resulting from the European Court of Justice's Decisions on Free Movement and Competition Law*, in *Wis. Int'l L.J.*, 26, 2009, pp. 705-760
- , *Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest?*, in *ECLR*, 2004, pp. 87-94
- VAN DER MEI A.P., *Cross-border Access to Medical Care within the European Union: Some Reflections on Geraets-Smits and Peerbooms and Vabraelkel*, in *MJECL*, 2002, pp. 189-213
- VAN NUFFEL P., *Patients' Free Movement Rights and Cross-Border Access to Healthcare*, in *MJECL*, 2005, pp. 253-270
- VAN RAEPENBUSCH S., *Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social*, in J-V. LOUIS e S. RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union Européenne*, Bruxelles 2006, pp. 99-161
- , *Le cadre institutionnel de la politique sociale de l'Union Européenne*, in *Commentaire J. Megret. Politique sociale, éducation et jeunesse*, vol. 7, Bruxelles 1998, pp. 22-79
- VANHERCKE B., *Delivering the Goods for Europe 2020? The Social OMC's Adequacy and Impact Re-Assessed*, in E. MARLIER e D. NATALI (eds), *Europe 2020. Towards a More Social EU?*, Brussels 2010, pp. 115-142
- VQUER CABALLERÍA M., *I problemi della contrapposizione tra economico e sociale nella caratterizzazione dei servizi di interesse generale*, in E. FERRARI (a cura di), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino 2007, pp. 313-331
- VERHOEVEN A., *Privatization and EC Law: Is the European Commission «Neutral» with Respect to Public Versus Private Ownership of Companies?*, in *ICLQ*, 45, 1996, pp. 861-887
- VIS B., VAN KERSBERGEN K. e HYLANDS T., *To What Extent Did the Financial Crisis Intensify the Pressure to Reform the Welfare State?*, in *Soc. Pol. & Admin.*, 45(4), 2011, pp. 338-353
- WASCHMANN A. e BERROD F., *Les critères de justification des monopoles: un premier bilan après l'affaire Corbeau*, in *RTDE*, 30, 1994, pp. 39-61
- WATSON P., *Social Policy after Maastricht*, in *CMLR*, 30, 1993, pp. 481-513
- WINCOTT D., *The Idea of the European Social Model: Limits and Paradoxes of Europeanization*, in K. FEATHERSTONE e C. RADAELLI (eds), *The Politics of Europeanization*, Oxford 2003, pp. 279-302
- WINTER J.A., *Re(de)fining the Notion of State Aid in Article 87(1) of the EC Treaty*, in *CMLR*, 41, 2004, pp. 475-504
- WINTERSTEIN A., *The Internal Market and Services of General Economic Interest*, in G. AMATO, H. BRIBOSIA e B. DE WITTE (eds), *Génèse et de-*

- stinée de la Constitution européenne. Genesis and Destiny of the European Constitution*, Brussels 2007, pp. 645-661
- , *Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law*, in *ECLR*, 1999, pp. 324-333
- WYATT D., *Community Competence to Regulate Medical Services*, in M. DOUGAN e E. SPAVENTA (eds), *Social Welfare and EU Law*, Oxford 2005, pp. 131-143
- ZILLER J., *Le principe de subsidiarité*, in J-B. AUBY e J. DUTHEIL DE LA ROCHE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles 2007, pp. 377-391