N. 01704/2012 REG.PROV.COLL.
N. 05327/2011 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5327 del 2011, proposto dalla S.I.M.F.E.R. – Società Italiana di medicina Fisica e Riabilitativa e dal S.I.M.M.Fi.R. - Sindacato Italiano Medici di medicina Fisica e Riabilitazione, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, tutti rappresentati e difesi dall'avv. Giovanni Sellitto e con questi elettivamente domiciliati in Roma, via Cosseria n. 2 presso l'avv. Alfredo Placidi,

contro

il Ministero della salute, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui Uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è per legge domiciliato, nonché

e con l'intervento di

ad opponendum:

Federfarma – Federazione Nazionale Unitaria dei Titolari di Farmacia, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo Luciani e Massimo Togna presso il cui studio in Roma, via Bocca di Leone n. 78 è elettivamente domiciliata, nonché

A.I.F.I. – Associazione Italiana Fisioterapisti – Sede Nazionale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Lorenzo Lamberti e Angelo Molinaro e con questi elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma, via Ludivisi n. 16,

per l'annullamento, previa sospensiva,

del decreto 16 dicembre 2010, adottato dal Ministero salute, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 19 aprile 2011 n. 90 ed avente ad oggetto "erogazione da parte delle farmacie di specifiche prestazioni professionali".

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della salute;

Visti gli atti di intervento ad opponendum della Federfarma – Federazione Nazionale Unitaria dei Titolari di Farmacia e di A.I.F.I. – Associazione Italiana Fisioterapisti – Sede Nazionale;

Viste le memorie prodotte dalle parti in causa costituite a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza dell'8 febbraio 2012 il Consigliere

Giulia Ferrari; uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1. Con atto notificato in data 18 giugno 2011 e depositato il successivo 21 giugno i ricorrenti hanno impugnato il decreto 16 dicembre 2010, adottato dal Ministero salute, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 19 aprile 2011 n. 90 ed avente ad oggetto "erogazione da parte delle farmacie di specifiche prestazioni professionali".

2. Ne hanno chiesto l'annullamento, deducendo l'illegittimità dell'impugnato decreto sotto molteplici profili. Affermano che le farmacie, per effetto dei nuovi compiti che sono state autorizzate a svolgere e del nuovo personale (infermieri e terapisti) di cui dovranno necessariamente servirsi, hanno di fatto assunto, sotto il profilo strutturale e funzionale, le caratteristiche proprie dell'ambulatorio medico, senza però soggiacere alle autorizzazioni e ai controlli ai quali detto modello è sottoposto, con ingiustificata disparità di trattamento e discriminazione sotto il profilo concorrenziale. Sostengono che l'impugnato decreto ha di fatto trasformato fittiziamente le farmacie in veri e propri poliambulatori nei quali però è assente la figura imprescindibile del medico. Insistono perché sia riconosciuta la necessaria presenza o quanto meno il costante controllo dello specialista in tutti i luoghi nei quali il

fisioterapista svolge la propria attività professionale, siano essi i locali della farmacia che sono stati messi a sua disposizione, che la residenza del disabile che abbia optato per una terapia a domicilio.

3. Si è costituito in giudizio il Ministero della salute, senza espletare alcuna attività difensiva

4. Si è costituita, con atto di intervento ad opponendum, la Federfarma – Federazione Nazionale Unitaria dei Titolari di Farmacia, che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso sotto molteplici aspetti, e innanzi tutto sul rilievo che la disciplina introdotta dall'impugnato decreto ministeriale non è stata ancora attuata; nel merito ha sostenuto l'assoluta infondatezza delle censure dedotte.

5. Si è costituita, con atto di intervento ad opponendum, l'A.I.F.I. – Associazione Italiana Fisioterapisti – Sede nazionale, che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso sotto molteplici aspetti, e innanzi tutto sul rilievo che la disciplina introdotta dall'impugnato decreto ministeriale non è stata ancora attuata; nel merito ha sostenuto l'assoluta infondatezza delle censure dedotte.

6. Con memorie depositate alla vigilia dell'udienza di discussione le parti costituite hanno ribadito le rispettive tesi difensive.

7. Alla camera di consiglio del 13 luglio 2011, sull'accordo delle parti l'esame dell'istanza cautelare è stata riunita al merito.

8. All'udienza dell'8 febbraio 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Come si è detto in narrativa l'atto impugnato in questa sede è il D.M. 16 dicembre 2010 n. 52268, che ha previsto la possibilità per le farmacie di erogare specifiche prestazioni di carattere prevalentemente assistenziale avvalendosi, "ove necessario", di fisioterapisti, ma nel concorso di una triplice condizione, e cioè che si tratti di prestazioni a carico del Servizio sanitario nazionale; che siano state "prescritte" dai medici di medicina generale (id est di libera scelta o generici) convenzionati con detto Servizio; che i fisioterapisti svolgano, all'interno della farmacia o al domicilio del paziente al quale sia stato indirizzato dal farmacista, solo attività rientranti nella loro competenza, così come legislativamente definite (art. 2, comma 1).

Sotto questo profilo il suddetto D.M. dà attuazione a regole già introdotte dal d.lgs. 3 ottobre 2009, n. 153 che ha assegnato alle farmacie operanti all'interno del Servizio sanitario nazionale la funzione (accessoria a quella commerciale loro propria) di soggetti erogatori di prestazioni e gestori di funzioni assistenziali sempre in nome, per conto e a carico del S.s.n., ma a condizione che si tratti di prestazioni e funzioni "in autocontrollo", per esse intendendosi quelle alle quali il paziente potrebbe provvedere autonomamente e personalmente (artt. 1 e 2).

In particolare, per quanto riguarda i fisioterapisti (e gli infermieri), l'art. 1, comma 2, punto 4 prevede che le farmacie possono disporre

che, secondo le preferenze del cliente, gli stessi eseguano le relative prestazioni in locali messi a loro disposizione all'interno della farmacia ovvero a casa del paziente.

2. La censura di fondo che i ricorrenti muovono al decreto in questione è che avrebbe autorizzato il fisioterapista a svolgere in farmacia o a casa del paziente prestazioni riabilitative e fisioterapiche assolutamente identiche a quelle che "solitamente" (pag. 10) vengono erogate nell'ambulatorio medico, senza preoccuparsi di imporre che dette prestazioni siano svolte, come in ambulatorio, alla presenza o quanto meno sotto il costante controllo del medico specialista in medicina fisica e riabilitazione, con conseguente indifferenza per la "qualità del personale operante".

Osserva il Collegio che l'impostazione data dagli attuali ricorrenti alla difesa delle proprie ragioni è radicalmente diversa da quella svolta in altri ricorsi aventi il medesimo oggetto e portati alla medesima udienza di discussione. Questi ultimi sono stati proposti da operatori interessati a conservare integralmente, nel vigente sistema sanitario nazionale, gli spazi ad essi tradizionalmente riservati e che denunciano il danno economico che illegittimamente subiscono in conseguenza dell'affidamento alle farmacie di compiti e funzioni che prima erano di loro esclusiva competenza. L'obiettivo al quale tendono è quindi l'annullamento del nuovo regime e l'integrale ripristino di quello precedente.

Gli attuali ricorrenti invece non contestano affatto la ragionevolezza

del nuovo sistema comportante il coinvolgimento delle farmacie né si dolgono che l'attività fisioterapica sia svolta anche in locali diversi dai "classici ambulatori". Avendo individuato in esso l'occasione per la creazione di nuovi posti o occasioni di lavoro per i professionisti che rappresentano lo contestano solo nella parte in cui non prescrive che le attività affidate al fisioterapista siano svolte alla presenza o quanto meno sotto il controllo continuo dello specialista, a prescindere dal fatto che ad esse il soggetto in questione provveda nei locali messi a sua disposizione dal farmacista o a casa del paziente.

Obiettivo, questo, comprensibile ma che trascura un dato fondamentale, e cioè che la riforma in questione è stata voluta non solo per facilitare il ricorso alle prestazioni sanitarie da parte dell'utente ma anche, e in larga misura, come strumento che dovrebbe consentire una notevole riduzione della spesa sanitaria in ragione dei minori costi del servizio farmaceutico rispetto a quello degli ambulatori e dei gabinetti di analisi.

3. All'importanza che anche sul piano internazionale si riconosce alla "riabilitazione" come strumento indispensabile per combattere la disabilità; al carattere interdisciplinare e multiprofessionale dell'area riabilitativa, che spinge la comunità scientifica a suggerire la creazione di un team al quale affidare il compito di predisporre progetti riabilitativi individuali, assegnandone la responsabilità ad un medico specialista in riabilitazione; al richiamo al ruolo centrale che

si assegna conseguentemente al sanitario specializzato nella diagnosi e nella terapia del disabile i ricorrenti dedicano la maggior parte del loro scritto difensivo, che contiene affermazioni niente affatto contestabili sul piano del riconoscimento della funzione affidata al fisiatra, ma che al tempo stesso risultano del tutto ininfluenti rispetto all'obiettivo perseguito, e cioè assicurare una presenza stabile dello specialista in riabilitazione nel sistema introdotto dal decreto impugnato.

L'impostazione che parte ricorrente dà alle proprie difese non è condivisibile sotto un duplice profilo.

Contestano all'impugnato decreto la violazione di asseriti diritti dello specialista, ma non indicano le norme che detto diritto avrebbero consacrato, per la semplice ragione che non esistono. Non esiste infatti una norma che imponga al fisioterapista, allorchè eroga prestazioni rientranti nella propria competenza, di agire alla presenza o quanto meno sotto il controllo dello specialista.

L'errore sarebbe ancora più evidente ove la contestazione mossa all'impugnato decreto dovesse essere intesa nel senso che si imputa a questo di non aver approfittato dell'occasione per codificare detto diritto, sulla base delle indicazioni provenienti dalla comunità scientifica, non essendo possibile ad un atto amministrativo sostituirsi in un compito che l'ordinamento vigente riserva alla legge.

L'altro errore, nel quale incorre parte ricorrente anche in punto di fatto, è che trascura completamente il contenuto e l'articolazione del

contestato sistema. Questo richiede tassativamente, perché un assistito del Servizio sanitario nazionale possa fruire della collaborazione della farmacia, che sia in possesso di una prescrizione rilasciatagli dal suo medico curante, identificato ex art. 2 dell'impugnato D.M. nel medico di medicina generale di libera scelta convenzionato con il S.s.n.

E' noto che in sede di visita il medico c.d. generico - che costituisce il soggetto dalle cui determinazioni dipende l'accesso del paziente alle prestazioni sanitarie erogate dal S.s.n. - ha una duplice possibilità: dettare la prescrizione, avendo formulato la diagnosi relativamente alla patologia riscontrata a carico del cliente, definito il programma terapeutico da svolgere e prevista la necessità di fare ricorso al fisioterapista che sotto il suo controllo provveda alla sua concreta attuazione.

Può invece ritenere che la patologia al suo esame è di complessità tale da rendere necessario l'intervento di uno specialista, al quale affidare il compito di formulare la diagnosi e definire la terapia. Lo specialista interviene quindi nel sistema sanitario nazionale solo se sollecitato dal medico generico.

Il decreto impugnato prende in esame solo la prima ipotesi e cioè che il medico generico abbia reso al paziente la prescrizione recante diagnosi e terapia, la quale ultima preveda la necessità di un intervento del fisioterapista. Solo in presenza di tale evenienza il paziente può fare ricorso all'ausilio assistenziale della farmacia, la

quale interviene anche a dichiarato supporto del medico generico. Il medico specialista è del tutto estraneo alla vicenda così come articolata, e la ragione è evidente.

Il sistema nel quale è coinvolta la farmacia prende in considerazione solo patologie di ridotto rilievo, ma che hanno un notevole costo per l'erario al quale può porsi rimedio ricorrendo a procedure più semplici. Le patologie più complesse, che il medico generico ha responsabilmente ritenuto di affidare al giudizio di un sanitario più esperto, sono escluse dal procedimento in questione.

4. Segue da quanto esposto che il medico specialista non ha alcun titolo ad imporre la sua presenza a fronte di una patologia che il medico generico ha responsabilmente ritenuto di poter fronteggiare da solo, autoqualificandosi controllore dell'operato del primo. Il fatto che su determinate patologie egli sia in possesso di un'esperienza superiore a quella del medico di libera scelta non giustifica la sua pretesa ad essere presente anche nel caso nei quali questa superiore esperienza non è necessaria perché il medico generico (dal quale dipende l'utilizzo o non dello specialista) si è detto capace di provvedere da solo e che costituisce l'unico caso nel quale è stato previsto il ricorso ad una procedura accelerata e meno dispendiosa.

Alla base del decreto impugnato è una scelta precisa del normatore, che non può essere messa in discussione solo per assicurare nuove occasioni di lavoro allo specialista della riabilitazione. Se fosse condivisibile la tesi dei ricorrenti, e cioè che ogni attività riabilitativa

deve essere riservata allo specialista, qualunque sia il grado di disabilità sofferto dal paziente, tale esigenza si porrebbe per ogni patologia per la quale è previsto uno specialista. Il medico generico sarebbe costretto ad operare affiancato da una pluralità di specialisti, quante sono le patologie quotidianamente portate al suo esame, e ad essi dovrebbe comunque affidare la soluzione di problematiche che è invece in grado di risolvere autonomamente, con indefinibile aumento dei costi a carico dell'erario e, quindi, con un risultato finale contrario a quello che con l'impugnato D.M. si è inteso raggiungere.

5. Preme peraltro al Collegio chiarire che - a prescindere dalla non condivisibile impostazione che i ricorrenti hanno dato alla difesa delle proprie ragioni, trascurando dati fondamentali del sistema e sollevando problematiche del tutto ininfluenti rispetto all'obiettivo perseguito – le altre censure dedotte non sono assolutamente condivisibili perchè frutto di una non corretta interpretazione di fatti e di documenti.

Nessun supporto alla loro pretesa offre infatti la richiamata sentenza del Tar Piemonte atteso che la stessa, quando sottolinea la necessità di un coordinamento fra il fisioterapista e il "medico di riferimento", identifica quest'ultimo nel medico che ha effettuato "la diagnosi del paziente" e che ha dettato "le prescrizioni idonee alla cura", e quindi anche il medico di base che non ha ritenuto di affidare il paziente, che a lui si era rivolto, ad uno specialista, ma ha provveduto personalmente sia a formulare la diagnosi che a definire la terapia.

E' del tutto ragionevole che spetti a questo medico stabilire un rapporto collaborativo con il fisioterapista, da lui stesso proposto ovvero scelto dal paziente, e provvedere a controllare che il programma terapeutico predisposto d'intesa con detto collaboratore sia da questi correttamente e compiutamente attuato. Il controllo medico, nella misura ritenuta necessaria, è quindi pienamente assicurato.

6. Niente affatto condivisibile è l'affermazione secondo cui illegittimamente l'impugnato D.M. assegnerebbe al fisioterapista operante su iniziativa della farmacia le stesse attività di competenza dello specialista. E' infatti agevole opporre che l'art. 4, comma 1, del suddetto decreto, nel definire le attività che il fisioterapista può svolgere su prescrizione del medico di medicina generale, pone il limite tassativo rappresentato dalla necessità che il programma prestazionale a lui affidato sia rispettoso delle sue competenze ("per gli aspetti di propria competenza").

Analogo obbligo di rispetto delle relative competenze il comma 2 impone alle farmacie nel momento in cui affidano l'incarico al fisioterapista. Che poi, di fatto e sulla base di un calcolo di convenienza economica, lo specialista svolga nel suo studio o nell'ambulatorio medico nel quale presta servizio anche le minori prestazioni che la normativa vigente assegna ai fisioterapisti e che non richiedono il bagaglio di conoscenze ed esperienze professionali del fisiatra, è questione ininfluente in sede di verifica della legittimità

della norma in esame.

Le considerazioni fin qui svolte sono sufficienti anche a smentire l'asserita "incoerenza e illogicità di un sistema che da una parte prevede che sia il medico generico a prescrivere la prestazione e dall'altro prevede che sia il fisioterapista a definire il programma prestazionale" (pag. 26 dell'atto introduttivo del giudizio). Si è già detto e dimostrato che l'intervento del fisioterapista è consentito entro i limiti inderogabili stabiliti per la sua competenza (id est, "solo per gli aspetti di propria competenza").

7. Sostengono ancora i ricorrenti - a conferma della necessità di una costante presenza fisica dello specialista nella farmacia o comunque in qualsiasi locale in cui il fisioterapista svolge la propria attività - che la farmacia, che accetta di svolgere le prestazioni (assistenziali) previste dal D.M., implicitamente assume, sotto il profilo strutturale e funzionale, le connotazioni proprie dell'ambulatorio medico, con la conseguente necessità anche per essa di una costante presenza in loco di un direttore sanitario che, nel caso di ambulatorio nel quale si svolgano anche interventi riabilitativi, è necessariamente uno specialista della riabilitazione.

Anche in questo caso i ricorrenti incorrono in un duplice errore.

Le farmacie svolgono istituzionalmente e obbligatoriamente un'attività commerciale, di compravendita di prodotti farmaceutici, che ne giustifica l'esistenza e l'articolata presenza sul territorio. A questa attività obbligatoria possono aggiungere, ove lo ritengano

conveniente, un'attività assolutamente residuale di mera assistenza all'utente del S.s.n. che ha difficoltà nella ricerca di un fisioterapista al quale affidare la realizzazione del programma di recupero, previsto dal medico di medicina generale autore della prescrizione. Di conseguenza, affermare che l'assunzione di questa attività (libera e del tutto marginale rispetto a quella istituzionale) possa comportare una trasformazione della struttura tradizionale della farmacia e una radicale involuzione delle sue funzioni è affermazione che risulta priva di qualsiasi consistenza e che trova immediata smentita nel mero raffronto fra la multiforme attività che si svolge in un laboratorio medico e l'altissima e diversificata competenza scientifica e professionale che si richiede a coloro che operano al suo interno, e l'attività del farmacista, sostanzialmente di consegna al cliente del farmaco prescrittogli dal medico curante, naturalmente previo controllo della sua regolarità.

Di ancora minore consistenza è l'affermazione secondo cui se in un ambulatorio medico privato si svolge, fra le diverse sue attività, anche terapia riabilitativa affidata ad uno specialista della materia, a quest'ultimo deve necessariamente essere affidata la direzione sanitaria della struttura. La conclusione alla quale conduce questa tesi, priva peraltro di qualsiasi dimostrazione in fatto e in diritto, è che, se l'elemento rilevante per l'assegnazione dell'incarico di direttore sanitario dell'ambulatorio è la specializzazione, bisognerebbe provvedere alla nomina di tanti direttori sanitari quante

sono le materie specialistiche in esso trattate.

8. Si è già detto, nelle pagine che precedono, che non sono pertinenti al fine del decidere i ripetuti richiami dei ricorrenti alle indicazioni provenienti dal mondo scientifico circa le strade da intraprendere per fronteggiare adeguatamente i problemi della disabilità e alle iniziative che, soprattutto a livello regionale, sono allo studio per una revisione dell'attuale sistema. Si tratta di problematiche del tutto estranee alla materia del contendere e anche ininfluenti relativamente alle concrete possibilità per parte ricorrente di trarre da una revisione del nuovo sistema un risultato vantaggioso.

Può aggiungersi che dall'esame dell'ampia documentazione cui i ricorrenti rinviano non emerge alcun richiamo alla necessità di imporre la presenza e il controllo dello specialista della riabilitazione a fronte di qualsiasi problema di disabilità, quale che sia la sua gravità, né tanto meno si è mai affermata la necessità di sottrarre al medico generico ogni competenza nella materia de qua, né tanto avrebbe potuto essere chiesto se non a condizione di una radicale trasformazione dell'attuale Sistema sanitario nazionale, il quale affida al medico di base il compito di verificare se sussiste o non la necessità di provocare su una determinata patologia l'intervento dello specialista, a lui affidando in caso affermativo diagnosi, terapia e controllo.

Dall'esame di detta documentazione emerge solo la necessità, avvertita sul piano scientifico e gestionale, di meglio definire,

all'interno del Sistema sanitario nazionale, gli interventi che lo specialista deve compiere e le responsabilità che assume con riferimento ai casi che il medico generico gli ha affidato.

9. Segue da ciò che non è in grado di condurre a conclusioni diverse la ripetuta enfatizzazione del ruolo che sul piano sanitario è in grado di svolgere la riabilitazione se affidata a soggetti veramente esperti, atteso che i documenti che i ricorrenti richiamano si preoccupano, nella sostanza, di fissare gli spazi che devono essere garantiti allo specialista che "ha preso in consegna il paziente", cioè il soggetto che gli è stato affidato dal medico generico autore della prescrizione (pag. 23 dell'atto introduttivo del giudizio), ma certamente non di imporre che lo stesso sia affidato alle sue cure anche quando il medico generico ritiene di essere in grado di provvedere autonomamente sul piano sia diagnostico che terapeutico, affidando al fisioterapista la fase attuativa del programma riabilitativo con lui concordata.

Né è esatto che in tal modo mancherebbe ogni controllo sull'attività di quest'ultimo, atteso che il controllo resta affidato al medico di base che ha in cura il paziente e che, essendosi dichiarato idoneo a formulare diagnosi, prognosi e terapia, deve ritenersi conseguentemente in grado anche di verificare se ed in quale misura è avviato a definizione il suo programma riabilitativo.

10. Un'ultima osservazione ritiene il Collegio di dover formulare ed è conclusiva.

Il normatore, sia esso legislatore o esecutivo, è tenuto a predisporre

gli strumenti necessari alla tutela della salute e utili a fronteggiare tutte le criticità che si possono manifestare, ma una volta che detti rimedi abbia apprestato non può imporre all'utente, anche in ragione dell'inesistenza di una diagnosi su una patologia allo stato solo possibile, l'utilizzo di un medico con una determinata qualifica in luogo di un altro, considerato anche che al medico c.d. generico il sistema normativo vigente riconosce competenza generale.

Come ha ripetutamente insegnato anche il giudice delle leggi l'individuazione del medico al quale chiedere l'intervento terapeutico è rimessa alla libera scelta dell'utente, con la conseguenza che spetta a lui concordare con il suo medico se è opportuno nel suo caso chiedere o non l'intervento dello specialista.

11. Il ricorso deve pertanto essere respinto, ma data la complessità delle questioni che con esso sono state sottoposte al vaglio del Collegio si ravvisano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti in causa costituite delle spese e degli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa integralmente tra le parti in causa costituite le spese e gli onorari del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/02/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)