

Pubblicato il 23/02/2021

**N. 01555/2021REG.PROV.COLL.
N. 03721/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3721 del 2020, proposto dal dottor Luigi rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Funari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Federazione Italiana Medici Pediatri (Fimp), Sezione Calabria, Sezione Provinciale di Catanzaro, rappresentati e difesi dall'avvocato , con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda) n. 00509/2020, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2021 il Cons. Raffaello Sestini e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - L'appellante impugna, chiedendone la sospensione, la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda) che ha respinto il suo ricorso contro l'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro per l'annullamento, previa sospensione, del diniego all'iscrizione di pazienti pediatrici residenti nel comune di Catanzaro, nonché del parere negativo reso dal CAP per la pediatria di libera scelta, nonché per la declaratoria del suo diritto, quale medico convenzionato per la pediatria di libera scelta dell'Azienda Sanitaria Provinciale resistente, di far iscrivere i bambini in caso di scelta dei residenti in tutti i Comuni ricompresi nell'ambito territoriale dell'Azienda sanitaria.

2 - In particolare l'appellante, specialista in Pediatria con incarico di pediatra di libera scelta in convenzione con l'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro, dopo aver chiesto di conoscere lo stato dei procedimenti relativi a specifiche istanze di iscrizione, nei propri elenchi di assistenza primaria, di bambini residenti nel comune di Catanzaro, ha impugnato il provvedimento con il

quale gli è stato comunicato il parere negativo del CAP aziendale.

3 – Con il ricorso di primo grado l'interessato ha affermato l'illegittimità del diniego, deducendo i vizi di eccesso di potere per difetto ed erroneità dei presupposti, contraddittorietà e Illogicità, omessa istruttoria e difetto di motivazione, nonché la violazione e falsa applicazione degli articoli 19 e 48 della legge n. 833/1978, dell'articolo 25 della legge n. 833/78, nonché dell'art. 8, comma 1, lettera a) del d.lgs. n. 502/1992 e dell'A.C.N. Pediatria di Libera Scelta, oltreché degli articoli 3 e 32 della Costituzione.

Secondo il ricorrente, infatti, il parere del CAP sarebbe obbligatorio solo in merito alle scelte in deroga agli ambiti territoriali, mentre gli interessati erano residenti nel medesimo Comune di Catanzaro, con violazione del diritto di un assistito alla scelta del proprio medico di assistenza primaria, consentito dagli articoli 19, comma 1, e 48, comma 3, della legge 23 dicembre 1978 n. 833 con i soli limiti oggettivi legati ad esigenze organizzative. Inoltre, alla luce del disposto dell'art. 25, comma 3, della medesima legge istitutiva del Sistema Sanitario Nazionale, secondo il quale *“l'assistenza medico-generica e pediatrica è prestata dal personale dipendente o convenzionato del servizio sanitario nazionale operante nelle unità sanitarie locali o nel comune di residenza del cittadino”*, non sarebbe possibile frapporre limiti territoriali ulteriori limitativi dell'assistenza medica resa dal personale dipendente o convenzionato del Servizio Sanitario Nazionale.

4 – La prospettazione di parte ricorrente non è stata accolta dal TAR. Secondo l'appellata sentenza del giudice di primo grado, infatti, la predetta tesi sarebbe contraddetta dall'art. 19 della medesima legge n. 833 del 1978, che consente che il diritto di libera scelta del medico e, conseguentemente del pediatra, possa soffrire limitazioni a causa delle esigenze organizzative del Servizio Sanitario Nazionale.

Le esigenze dell'organizzazione sanitaria sono state recepite, prosegue il TAR, nell'ambito dell'Accordo Collettivo Nazionale per la Disciplina dei Rapporti con i Medici Pediatri di Libera Scelta, stipulato il 15 dicembre 2005 ai sensi dell'art. 8 del D.LGS. n. 502 del 1992 ed ancora vigente, che all'art. 32 stabilisce che *“La libera scelta del pediatra avviene, ai sensi dell'art. 19, comma 2, della legge n. 833/78, nei limiti oggettivi dell'organizzazione delle Aziende Sanitarie Locali, come definita dalla Regione. Agli effetti del precedente comma l'assistenza primaria pediatrica è organizzata in via prioritaria per ambiti comunali”*. Resta in ogni caso fermo che *“le Regioni, sulla base delle indicazioni del piano sanitario o di altra determinazione, possono articolare il livello organizzativo dell'assistenza primaria in ambiti territoriali di comuni, gruppi di comuni o distretti. L'ambito di scelta deve essere di norma intradistrettuale, al fine di consentire una utile pianificazione delle politiche di budget, dell'accesso all'area e dello sviluppo delle forme associative.”*

Lo stesso art. 39, comma 5 dell'Accordo Collettivo Nazionale sopra citato stabilisce poi, prosegue il TAR, che *“La scelta del pediatra di fiducia, da operarsi da parte dei genitori o da chi ne fa le veci, avviene tra i sanitari iscritti nell'elenco riferito all'ambito territoriale in cui è compresa la residenza dell'avente diritto”*.

Considera infine il giudice di primo grado che l'art. 23, comma 3, del medesimo l'Accordo Collettivo Nazionale individua come obbligatorio il parere del CAP (Comitato aziendale permanente) in merito alle “scelte in deroga agli ambiti territoriali”, ed il Cap ha espresso parere contrario alla scelta in deroga all'ambito territoriale distrettuale in cui gli assistiti risiedono (Catanzaro) a fronte del diverso Distretto, di Soverato, in cui il ricorrente dottor presta la propria attività convenzionale.

5 – Con l'appello in epigrafe il dott. deduce l'erroneità della predetta sentenza, per la parte in cui non ha ritenuto l'impugnato diniego di iscrizione di bambini residenti nell'ambito territoriale della medesima ASP di Catanzaro

lesivo del principio della libera scelta del medico da parte degli assistiti su base fiduciaria, trattandosi di un pediatra di libera scelta. Ripropone pertanto le censure di illegittimità dell'atto di comunicazione del diniego e del presupposto parere per violazione di legge, con riferimento agli articoli 3 e 32 della Costituzione, agli articoli 19, 25 e 48 della legge n. 833/1978 ed all'art. 8, comma 1, lettera a) del d.lgs. n. 502/1992, nonché per eccesso di potere per difetto ed erroneità dei presupposti, contraddittorietà e Illogicità, omessa istruttoria e difetto di motivazione.

6 –Ha proposto atto d'intervento *ad opponendum* ex art. 28 c.p.a. la Federazione Italiana Medici Pediatri (FIMP) - Sezione Calabria, che ha dedotto l'inammissibilità, per la mancata notifica ad almeno uno dei controinteressati e comunque l'infondatezza del ricorso di primo grado e, quindi, dell'appello.

Le parti hanno ulteriormente argomentano le rispettive tesi difensive con proprie memorie.

In sede di sommaria delibazione, con ordinanza collegiale dell'11 giugno 2020 la Sezione ha accolto la domanda cautelare dell'appellante di sospensione degli effetti della sentenza di primo grado ritenendo, in ragione della novità e la delicatezza del tema, di fissare la decisione nel merito alla pubblica udienza del 28 gennaio 2021, a seguito della quale il giudizio è stato introitato dal Collegio per la decisione.

7 - Ai fini della decisione, considera il Collegio che il Dottor [redacted] medico pediatra di libera scelta convenzionato con il Servizio Sanitario Nazionale, ha inoltrato all'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro alcune richieste di iscrizione nei propri elenchi di bambini residenti nell'ambito territoriale del Distretto di Catanzaro, quindi, residenti al di fuori del Distretto di Soverato, nel cui ambito è attiva la sua convenzione con la stessa ASP, e che pertanto l'impugnato parere negativo del CAP dell'ASP risulta immune dalle dedotte

censure di eccesso di potere , omessa istruttoria e difetto di motivazione per difetto dei presupposti, contraddittorietà e illogicità, per la parte in cui ha esattamente osservato che l'iscrizione di quei bambini non sarebbe stata conforme alla vigente suddivisione dell'organizzazione dell'Azienda Sanitaria Provinciale in più ambiti territoriali distinti, né vi sarebbero state ragioni organizzative contingenti, ad esempio di carenza di medici rispetto agli iscritti nell'altro distretto, tali da giustificare la deroga.

8 – A giudizio del Collegio sono, al contrario, fondate le più generali censure di violazione e falsa applicazione degli articoli 19 e 25 della legge 833/1978 con riferimento agli articoli 3 e 32 della Costituzione.

8.1 - In particolare, la Legge n. 833 del 23.12.1978 (*“Riforma Sanitaria”*) prevede, all'art. 19, II comma, che *“ai cittadini è assicurato il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura nei limiti oggettivi dell'organizzazione dei servizi territoriali”*. L'art. 25 ribadisce, al IV comma, sia per i medici generici che per i pediatri, il principio della libera *“scelta del medico di fiducia”* che può essere esercitata fra i sanitari dipendenti o convenzionati del SSN operanti nelle unità sanitarie locali o nel comune di residenza.

8.2 – Le predette previsioni di legge pongono una regola generale (quella della libertà di scelta del medico o del pediatra di fiducia) che deve necessariamente prevalere su ogni contraria disposizione, a maggior ragione ove rinveniente da fonti non idonee a introdurre disposizioni normative cogenti erga omnes, quale l'Accordo Collettivo Nazionale per la Disciplina dei Rapporti con i Medici Pediatri di Libera Scelta stipulato il 15 dicembre 2005 ai sensi dell'art. 8 del D.LGS. n. 502 del 1992, destinato a regolare solamente, ai sensi dell' art. 48 della legge 833/1978, un uniforme trattamento economico e giuridico degli operatori, ma non il loro rapporto con gli assistiti né le conseguenti ricadute economiche.

Allo stesso modo, il limite di cui al citato art. 19, II comma, richiamato dal giudice di primo grado, comportando una deroga è di stretta interpretazione, ed è testualmente riferito ai soli “limiti oggettivi dell’organizzazione dei servizi territoriali” ovvero all’organizzazione del Servizio Sanitario in Aziende sanitarie munite di una propria circoscrizione.

La giurisprudenza amministrativa ha quindi riconosciuto che il diritto di libera scelta del medico può essere esercitato all’interno dell’intero ambito di ciascuna Azienda Sanitaria, senza che questa possa imporre indebite restrizioni di tipo territoriale (TAR Lazio, sezione I, sentenza n. 1132 del 1°.6.1987, confermata Dal Consiglio di Stato, Sezione IV, con la sentenza n. 712 del 18.9.1991).

8.3 – Le previsioni della legge di riforma del Servizio Sanitario Nazionale non possono neppure essere superate dalla generica considerazione, sottesa alle conclusioni del giudice di primo grado, circa la rispondenza di tutti i sanitari interessati dal citato Accordo Collettivo Nazionale ai medesimi requisiti di legge (possesso della laurea in medicina e del titolo di specializzazione, iscrizione professionale, rapporto convenzionale in atto), in quanto tali previsioni risultano, sotto un profilo sistematico, ricognitive del generalissimo principio del *favor libertatis* che deve necessariamente caratterizzare un ordinamento democratico in cui “*La Repubblica riconosce e*” (quindi) “*garantisce i diritti inviolabili dell’uomo*” (art. 2 Cost.) e nel quale, con riferimento al caso in esame, “*La repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo*” (prima ancora che) “*come interesse della collettività*” (art. 32 Cost.).

8.4 - Il predetto quadro ordinamentale delinea pertanto il diritto, sancito dalla citata legge di riforma del Servizio Sanitario Nazionale, di ciascuno alla libera scelta del proprio medico di fiducia, e quindi del pediatra per il minore da parte di chi esercita la potestà genitoriale, nell’ambito del “*dovere e diritto dei*

genitori” di curare il benessere dei propri figli (art. 30 Cost.), secondo un rapporto fra la Libertà e l’Autorità e necessariamente improntato ai principi di uguaglianza, imparzialità e buon andamento dei pubblici uffici di cui agli artt. 3 e 97 Cost. ed ai criteri, di matrice euro-unitaria, di proporzionalità e di sussidiarietà, che impongono di consentire ad ogni cittadino-paziente la scelta fiduciaria, nell’ambito della platea dei soggetti potenzialmente idonei ed anche nell’ambito del Servizio Sanitario Nazionale pubblico, della struttura sanitaria ed ospedaliera, così come della Regione di riferimento, così come del medico di base e del pediatra di fiducia, ai quali rivolgersi a tutela del proprio diritto alla salute, senza subire restrizioni di spazio, di tempo o di modalità d’accesso, da parte dell’Amministrazione, diverse o ultronee rispetto a quelle strettamente giustificate da esigenze di tutela del diritto alla salute (così come accade per le misure di contrasto alla pandemia in atto) o da reali e comprovate esigenze organizzative o finanziarie del Servizio Sanitario Nazionale, qui in alcun modo allegate o documentate.

8.5 – Sotto altro profilo, le medesime norme si saldano ad duplice principio, non solo di libera scelta su base fiduciaria del medico o del pediatra di fiducia da parte degli assistiti, ma anche di libero esercizio, da parte del medico o del pediatra di fiducia, della professione medica che, anche quando esercitata in regime di convenzione con il Servizio Sanitario Pubblico, concreta un’attività professionale diretta alla cura di ogni singolo paziente, con il quale si instaura un rapporto fiduciario avente per oggetto diritti strettamente personali, assoluti ed incomprimibili, concernenti la vita e la salute di ciascuno.

8.6 – Sotto entrambi i profili sopra individuati, le pregresse considerazioni implicano quindi un rapporto esclusivo medico-paziente avente ad oggetto la cura della vita e della salute di quest’ultimo conseguendone, da un lato, l’impossibilità di configurare la presenza di colleghi “controinteressati” in

ordine alla scelta del medico (dovendosi quindi respingere l'eccezione proposta dall'associazione sindacale interveniente) e, dall'altro, la possibilità di azionare davanti a questo giudice la tutela giurisdizionale, garantita dalla Costituzione, al fine di far valere l'irragionevolezza, alla stregua di un criterio di proporzionalità e di sussidiarietà, e quindi l'illegittimità, per violazione delle sopraindicate disposizioni ricognitive dei principi costituzionali di uguaglianza, imparzialità e buon andamento, di ogni eventuale indebito limite frapposto alla libertà di scelta del medico o del pediatra di fiducia, ove non strettamente necessario a fini di tutela della salute pubblica o per comprovate esigenze organizzative o finanziarie del Servizio Sanitario Nazionale pubblico.

8.7 – In conclusione, l'appellante risulta in possesso di un proprio interesse professionale qualificato e differenziato, pur coincidente con l'interesse pubblico generale alla ottimizzazione dei servizi resi ai pazienti dal servizio sanitario pubblico mediante la selezione e la valorizzazione delle migliori professionalità e disponibilità, a seguire i piccoli pazienti ad esso affidati dai genitori, alla stregua del generalissimo principio di responsabilità e di riconoscimento del merito in base al quale *“Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società”*. (art. 4, II comma, Cost.).

9 – Alla stregua delle pregresse considerazioni l'appello deve essere accolto e per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza, deve essere accolto il ricorso di primo grado, conseguendone l'annullamento degli atti impugnati e la possibilità, per i residenti nei Comuni ricompresi nell'ambito territoriale dell'Azienda sanitaria intimata, di chiedere l'iscrizione dei pazienti di minore età ad essi affidati presso l'appellante, quale medico convenzionato per la pediatria di libera scelta.

10 - La novità e la delicatezza del tema giustificano, infine, la compensazione

delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto accoglie il ricorso di primo grado in riforma dell'appellata sentenza, annulla gli atti impugnati ed accerta l'obbligo dell'Azienda sanitaria intimata di disporre senza indugio l'iscrizione presso l'appellante, quale medico convenzionato per la pediatria di libera scelta, dei pazienti di minore età per i quali ciò sia richiesto dagli esercenti la potestà genitoriale residenti nei Comuni ricompresi nell'ambito territoriale della medesima Azienda sanitaria.

Compensa fra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaello Sestini

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO

