

TI_GERICHTE 36.2003.85 vom 3. September 2003

TI Tribunale d'appello, 2003-09-03, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_36.2003.85

FR: TI_GERICHTE 36.2003.85 du 3 septembre 2003

IT: TI_GERICHTE 36.2003.85 del 3 settembre 2003

Regeste

Sentenza o decisione senza scheda

Erwägungen

E. 6

n. 1 CEDU, giusta il quale ogni persona ha diritto ad una pubblica udienza davanti a un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta (cfr. tra le tante DTF 121 II 219, dove il Tribunale federale ha affermato che i Cantoni sono tenuti ad assicurare la protezione giuridica garantita dall'art. 6 n. 1 CEDU anche nei casi ove la legislazione cantonale vigente non lo prevede. In simili circostanze, i Cantoni devono garantire tale protezione direttamente in base all'art. 6 n. 1 CEDU, mediante un'interpretazione conforme delle disposizioni in vigore, l'emanazione di un regolamento transitorio o la designazione del tribunale competente nel caso concreto). In particolare l'art. 6 CEDU si applica sia alle contestazioni in materia di assicurazioni sociali relative alle prestazioni (cfr. DTF 120 V 6; DTF 119 V 379) sia a quelle relative ai contributi (cfr. DTF 121 V 109; Kieser, ATSG-Kommentar, 2003, pag. 602). Con sentenza del 29 ottobre 1997 nella causa E (2P.117/1997), pubblicata in RDAT 1998/I n. 16 pag. 54 seg. (cfr. anche RDAT 1998/II n. 32 pag. 114 segg.), il Tribunale federale ha tra l'altro ricordato che l'indicazione, figurante nella sentenza del Consiglio di Stato, secondo cui la decisione è definitiva, non è vincolante per l'istanza superiore. L'Alta Corte ha inoltre affermato che: " conformemente all'art. 98a OG, applicabile dal 15 febbraio 1997, i Cantoni devono istituire autorità giudiziarie di ultima istanza cantonale nella misura in cui le decisioni di queste ultime siano direttamente impugnabili con ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale (DTF 123 II 231 consid. 5c pag. 235). Nella fattispecie, la decisione governativa è stata emanata il 5 marzo 1997: essa non può più pertanto essere contestata con ricorso di diritto amministrativo. Senonché, dato che il merito della causa può essere impugnato dinanzi al Tribunale federale con ricorso di diritto amministrativo (cfr. consid. 2c/bb), l'ultima istanza cantonale dev'essere un'autorità giudiziaria. (...) c) Nel caso specifico, il Consiglio di Stato si è limitato a menzionare che la sua decisione era definitiva, ciò che è errato (cfr. consid. 2c/bb). Detta autorità non ha pertanto indicato né la possibilità di adire il Tribunale cantonale amministrativo (o un altro tribunale cantonale) né, del resto, quella di presentare un ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale. d) L'indicazione dei rimedi giuridici è un'esigenza del diritto federale di procedura amministrativa per quanto concerne le decisioni emanate in ultima istanza cantonale (art. 35 in relazione con l'art. 1 cpv. 3 PA). Tale pretesa non si applica direttamente alle decisioni del Consiglio di Stato, precisamente perché le stesse non sono emanate in ultima istanza cantonale quando vi è poi la possibilità di presentare un ricorso di

diritto amministrativo. Va rilevato inoltre che si tratta di un'esigenza del diritto costituzionale federale, applicabile in maniera generale a tutte le decisioni cantonali (DTF 123 II 231 consid. 8a pag. 237 e rinvii)." (sottolineatura del redattore) Posto che la presente vertenza, prima di un eventuale esame da parte del Tribunale federale, va giudicata da un Tribunale indipendente ed imparziale, va ora stabilito se competente a decidere nel merito è questo TCA. La mancanza di una via di diritto per contestare le decisioni del Consiglio di Stato emanate in applicazione dell'OFL è dovuta all'assenza, al momento dell'emanazione della decisione, di una disposizione cantonale di applicazione della norma federale. Per cui, in questo ambito, vi è una lacuna legislativa. Va qui rammentato che una lacuna legislativa è in particolare ammessa nel caso in cui la legge non prevede una risposta ad una questione giuridica ed una soluzione non risulta neppure sulla base di un'interpretazione della legge (DTF 124 V 271 consid. 2a; DTF 113 V 12; DTF 103 V 100) la quale risulta, quindi, incompleta. Il giudice deve colmare la lacuna sulla base dell'art. 1 cpv. 2 CCS come se fosse il legislatore (DTF 112 V 53). Tale regola permette in futuro di trattare altri casi allo stesso modo e di evitare una disuguaglianza di trattamento tra gli assicurati (A. Maurer, *Bundessozialversicherungsrecht*, Basilea e Francoforte 1994, p. 46). Non è infatti ammissibile ritenere che la mancanza di una norma sia sempre riconducibile ad un silenzio qualificato. La prassi più recente tende, inoltre, in generale, a considerare le leggi amministrative in larga misura incomplete e quindi a completarle, dove esiste una necessità palese, invece di concludere, nel caso di mancanza di una disposizione, a favore di un'intenzione in tal senso del legislatore (ZBI 2/2001 p. 94 e dottrina citata). Pure la giurisprudenza del Tribunale federale si è allontanata dalla distinzione classica tra lacuna propria e impropria, avvicinandosi al concetto di incompletezza in condizione con quanto pianificato ("planwidrige Unvollständigkeit"; ZBI citato). La chiara volontà del legislatore ticinese nell'ambito dell'applicazione dell'OFL, come emerge dal Messaggio del Dipartimento sul DE è quella di assegnare la competenza di decidere in merito alle decisioni dell'Esecutivo federale al TCA e non al TRAM al fine di evitare "ogni confusione con i rimedi di diritto previsti contro le decisioni di polizia sanitaria previste dal diritto cantonale (LSan). " In simili condizioni, la lacuna esistente deve essere colmata nel senso che è data la competenza del TCA. Questa soluzione si giustifica tanto più se si considera, da una parte, che questo Tribunale è già competente a statuire in materia di applicazione della LAMal e che, d'altra parte, essa permette di evitare una disuguaglianza di trattamento con gli interessati che ricorreranno in futuro, dopo l'entrata in vigore del DE. Alla luce di tutti questi elementi il TCA deve quindi ammettere la propria competenza ed entrare nel merito del ricorso. Nel merito 2.4. Giusta l'art. 53 LSan l'esercizio nel Cantone di un'attività sanitaria è sottoposto a vigilanza. Il Consiglio di Stato disciplina per regolamento l'attività degli operatori sanitari previsti dall'art. 54. Il Consiglio di Stato può parimenti proteggere e riconoscere i diplomi e i titoli degli operatori sanitari previsti dall'art. 62. Per l'art. 54 LSan sono operatori sanitari secondo questa legge le persone qualificate nelle professioni di: a) formazione universitaria: medico, medico dentista, veterinario, farmacista, assistente farmacista, chiropratico, psicologo clinico, psicoterapeuta; b) altra formazione: levatrice, infermiere, fisioterapista, logopedista, psicomotricista, ergoterapista, dietista, odontotecnico, droghista, podologo, estetista. L'esercizio delle professioni previste dal capoverso precedente è subordinato ad autorizzazione. Il Consiglio di Stato, tramite regolamento, può sottoporre a vigilanza altre professioni ed attività sanitarie non previste da questa legge. Il Dipartimento è l'autorità competente a concedere l'autorizzazione all'esercizio indipendente (di seguito libero esercizio) o dipendente delle professioni

previste dall'art. 54. E' riservato il capoverso 2. Per l'esercizio dipendente delle professioni previste dalla lettera b) dell'art. 54 sono applicabili le disposizioni dell'art. 58. Sono riservate le norme particolari previste per gli operatori di cui agli artt. 62 e 63. L'art. 56 LSan prevede che l'autorizzazione è concessa alle persone che: a) sono titolari di un diploma, di un attestato o di un certificato di un istituto universitario o di una scuola svizzeri riconosciuti o di altri titoli dichiarati equipollenti. b) godono di buona reputazione c) possiedono i requisiti psichici e fisici necessari all'esercizio della professione. Per i medici, i medici dentisti, i medici veterinari, i farmacisti e gli assistenti farmacisti il diploma riconosciuto è quello federale. L'attestato che certifica il superamento dell'esame finale degli studi di medicina rilasciato da un'università svizzera agli stranieri cresciuti nel Cantone Ticino ove hanno superato l'esame di maturità, è considerato equivalente al diploma federale. Ove le circostanze lo esigono l'autorità competente al rilascio dell'autorizzazione può chiedere, prima di concedere il libero esercizio di una professione sanitaria, l'assolvimento di un periodo di pratica professionale quale operatore sanitario dipendente. E' riservato il diritto federale. I requisiti di cui al capoverso 1 sono documentati: a) dall'originale del diploma, dell'attestato o del certificato di capacità; b) dall'estratto del casellario giudiziale. E' riservato l'art. 59 cpv. 1; c) da un certificato medico di idoneità. E' riservato l'art. 60. Sono riservati ulteriori accertamenti da parte dell'autorità competente. Per l'art. 57 LSan se l'interesse pubblico o circostanze eccezionali lo richiedono, il Consiglio di Stato può autorizzare all'esercizio dipendente o indipendente di una professione sanitaria, operatori in possesso di diplomi, attestati o certificati diversi da quelli previsti dall'art. 56 ma comunque ritenuti idonei. Prima di concedere l'autorizzazione il Consiglio di Stato sente l'avviso dell'Ordine e dell'associazione professionale interessati. L'autorizzazione è limitata nel luogo e nel tempo. Giusta l'art. 58 LSan l'autorizzazione all'esercizio dipendente di una professione prevista dalla lettera b) dell'art. 54 è presunta se sono ossequiate le disposizioni di questo articolo. L'operatore sanitario titolare oppure la direzione di un servizio o struttura sanitari, prima di assumere un operatore in forma dipendente, deve procedere alla verifica delle condizioni e dei requisiti conformemente alle disposizioni dell'art. 56 cpv. 1 e 4 e dell'articolo 59. Per l'art. 59 LSan l'autorizzazione è rifiutata se non sono soddisfatte le condizioni previste dagli articoli precedenti. In particolare l'autorizzazione può essere rifiutata se al richiedente è stata revocata un'autorizzazione ottenuta in un altro Cantone. L'autorizzazione è revocata per tempo determinato o indeterminato: a) se le condizioni previste per la sua concessione non sono soddisfatte; b) in caso di grave negligenza, di azioni immorali o di rilascio di certificati falsi, di comportamenti lesivi dell'etica professionale, di ripetuta inosservanza delle regole dell'arte e di gravi violazioni delle disposizioni di legge, segnatamente di quelle previste dal Titolo II; c) in caso di violazione delle norme deontologiche, segnalata dagli Ordini professionali, dopo verifica del Consiglio di Stato. Nei casi di lieve entità può essere pronunciato l'ammonimento. L'ammonimento e la revoca sono pronunciati dal Consiglio di Stato, sentito l'avviso della Commissione di vigilanza prevista dall'art. 24. Ove le circostanze lo esigono il Consiglio di Stato può sospendere immediatamente, a titolo cautelativo, l'autorizzazione. Contro le decisioni del Consiglio di Stato è dato ricorso al Tribunale cantonale amministrativo. 2.5. Giusta l'art. 55a cpv. 1 LAMal il Consiglio federale può, per un periodo limitato di tre anni al massimo, far dipendere dall'esistenza di un bisogno l'autorizzazione a esercitare a carico dell'assicurazione delle cure medico-sanitarie ai sensi degli articoli 36-38. Il Consiglio federale determina i relativi criteri. Per il cpv. 2 i Cantoni e le federazioni di prestazioni e di assicuratori devono previamente essere sentiti. Il cpv. 3 prevede che i Cantoni stabiliscono i

fornitori di prestazioni secondo il capoverso 1. Il 3 luglio 2002 il Consiglio federale, in applicazione dell'art. 55a LAMal, ha adottato l'Ordinanza che limita il numero di fornitori di prestazioni ammessi ad esercitare la propria attività a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie (OFL). La normativa è entrata in vigore il 4 luglio 2002 (art. 6 OFL). L'art. 1 OFL prevede che il numero di fornitori di prestazioni ammessi ad esercitare la propria attività a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie non può superare, in ogni Cantone e per ciascuna categoria, quello stabilito nell'allegato I. I Cantoni possono prevedere che il numero massimo di cui all'articolo 1 non si applica a una o più categorie di fornitori di prestazioni (art. 2 cpv. 1 lett. a) e che in una o più categorie di fornitori di prestazioni non vengano più autorizzate nuove ammissioni ad esercitare a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie fintanto che sul proprio territorio la densità della copertura sanitaria secondo l'allegato 2 sia maggiore di quella esistente nella regione cui il Cantone appartiene secondo l'allegato 2 o nella Svizzera intera (art. 2 cpv. 1 lett. b). A norma dell'art. 2 cpv. 2 OFL i Cantoni tengono altresì conto della densità della copertura sanitaria nei Cantoni limitrofi, nella regione cui appartengono secondo l'allegato 2 nella Svizzera intera. In ciascuna categoria contingentata di fornitori di prestazioni i Cantoni possono ammettere un numero di fornitori maggiore di quello stabilito nell'allegato I qualora nella categoria considerata la densità della copertura sanitaria risulti insufficiente (art. 3 OFL). Giusta l'art. 4 OFL i Cantoni annunciano all'Ufficio federale delle assicurazioni sociali, le disposizioni emanate in virtù dell'articolo 2 (lett. a) e all'organizzazione degli assicuratori <<_____>>, regolarmente tutte le ammissioni autorizzate o negate in virtù della presente ordinanza (lett. b). Infine l'art. 5 OFL prevede una disposizione transitoria nel senso che non sottostanno alla limitazione di cui all'ordinanza i fornitori di prestazioni che, prima della sua entrata in vigore, avevano già presentato nel Cantone una domanda d'autorizzazione ad esercitare la professione conformemente al diritto cantonale. Come visto, il parlamento cantonale ha adottato il decreto legislativo d'applicazione dell'OFL, il cui scopo è quello di definire quali categorie di fornitori di prestazioni sono e quali non sono sottoposte alla limitazione di esercitare la propria attività a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie, prevista dall'ordinanza federale (art. 1 cpv. 1) e di definire la procedura e le condizioni applicabili alle ammissioni dei fornitori sottoposti al regime della limitazione (art. 1 cpv. 2). Per l'art. 2 cpv. 2 DE sono ammessi senza limitazione i medici che adempiono alle condizioni previste dall'art. 5 dell'ordinanza federale. Essi sono automaticamente autorizzati a praticare a carico della LAMal. Va ancora rammentato, come rileva l'UFAS nelle "raccomandazioni inerenti l'applicazione dell'Ordinanza sulla limitazione per i fornitori di prestazioni ad esercitare a carico dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie", che, prima dell'entrata in vigore dell'OFL, la legge non prevedeva nessuna procedura formale di autorizzazione ad esercitare a carico dell'assicurazione malattie. Le legislazioni cantonali sulla sanità disciplinavano le condizioni che le persone interessate dovevano adempiere per poter esercitare una professione nel settore sanitario. Di regola era necessaria un'autorizzazione formale, che poteva essere subordinata a determinati obblighi, ad esempio per quanto concerne l'allestimento dello studio medico, la partecipazione del medico a servizi di pronto soccorso, obblighi di dispensare cure ecc.. Queste persone erano autorizzate ad esercitare a carico dell'assicurazione malattie senza procedura di autorizzazione formale, a condizione però che adempissero anche le condizioni previste dalla LAMal, vale a dire che fossero titolari di un diploma attestante la loro formazione. Un fornitore di prestazioni era quindi autorizzato ad esercitare a carico dell'assicurazione malattie se poteva svolgere la sua

professione e adempiere eventuali obblighi secondo il diritto cantonale e se soddisfaceva le condizioni previste dalla LAMal in tema di formazione e perfezionamento. Con la limitazione introdotta in applicazione dell'art. 55a LAMal, i Cantoni devono determinare se i fornitori di prestazioni cui viene rilasciata l'autorizzazione a svolgere la propria professione possono anche esercitare a carico dell'assicurazione malattie. Anziché un'autorizzazione ad esercitare a carico dell'assicurazione malattie automatica e senza procedura formale, vi è quindi una decisione presa per ogni singolo caso. Entrambe le decisioni (autorizzazione al libero esercizio dell'attività e autorizzazione ad esercitare a carico della LAMal) devono rimanere formalmente separate in quanto riguardano due diversi ambiti della legislazione e poiché l'autorizzazione a svolgere la professione può essere rilasciata anche senza autorizzazione ad esercitare a carico dell'assicurazione malattie e, se le condizioni previste dal diritto cantonale sono adempite, deve essere concessa nonostante una limitazione delle autorizzazioni (cfr. le "raccomandazioni inerenti l'applicazione dell'Ordinanza sulla limitazione per i fornitori di prestazioni ad esercitare a carico dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie").

2.6. Con il ricorso l'insorgente contesta la decisione impugnata e, riferendosi in particolare all'art. 5 OFL, fa valere innanzitutto che secondo il principio della buona fede, deve essere considerata quale domanda di rilascio dell'autorizzazione al libero esercizio dell'attività di medico indipendente la domanda di riconoscimento del diploma del 5 giugno 2002 all'autorità federale competente, anche se era stata omessa la presentazione di un'istanza formale scritta all'Ufficio di sanità. Egli sostiene in particolare che il riconoscimento del diploma di medico aveva quale scopo unicamente quello di ottenere l'autorizzazione al libero esercizio e che in ogni caso egli ne aveva diritto adempiendone le condizioni previste dalla LSan. L'insorgente ritiene inoltre di aver già chiesto ed ottenuto l'autorizzazione ad esercitare l'attività quale medico assistente alle dipendenze della Clinica _____. Per cui non sarebbe applicabile l'esclusione prevista dall'art. 5 OFL. Egli dal 13 luglio 2001 avrebbe potuto ottenere anche l'autorizzazione al libero esercizio a carico della LAMal, poiché il suo diploma di medico era automaticamente riconosciuto quale diploma equipollente a quello federale. Con l'entrata in vigore degli Accordi bilaterali è cambiato unicamente l'Ufficio federale competente ad effettuare l'accertamento di equipollenza. Vi sarebbe inoltre stata una violazione del dovere di informazione nella misura in cui nessun funzionario lo ha avvertito che per ottenere l'autorizzazione al libero esercizio avrebbe dovuto presentare una domanda scritta prima di aver ottenuto il certificato di riconoscimento dell'equipollenza del suo diploma. Ciò a maggior ragione dopo che la Clinica _____ era stata esclusa dalla pianificazione ospedaliera. Il rifiuto di riconoscergli il diritto di esercitare a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie costituirebbe un caso di formalismo eccessivo.

2.7. Recentemente il Tribunale federale, con sentenza del 27 novembre 2003 destinata a pubblicazione (2P.305/2002) si è espresso in merito al ricorso di diritto pubblico della federazione svizzera dei medici assistenti di Zurigo contro l'ordinanza del 23 ottobre 2002 emanata dal Consiglio di Stato del Canton Zurigo in applicazione dell'OFL. L'Ordinanza, entrata in vigore retroattivamente al 4 luglio 2002, prevede in particolare che nel Cantone nessun nuovo medico è ammesso all'esercizio dell'attività a carico dell'assicurazione obbligatoria. Tale divieto vale pure per i medici che in altri Cantoni hanno l'autorizzazione di esercitare a carico della LAMal. L'Alta Corte ha respinto l'impugnativa. I giudici federali hanno in particolare rammentato che: " consid. 3.1. Die Bundesversammlung hat mit dem Erlass von Art. 55a KVG zwar beabsichtigt, die mit dem Inkrafttreten der bilateralen Verträge mit der EU erwartete starke Zunahme der Aertzehahl

durch Angehörige von EU-Staaten zu begrenzen (vgl. E. 5.2.2.1); hierin allein liegt jedoch noch keine unzulässige Diskriminierung. Auch in anderen Bereichen hat die Schweiz Massnahmen getroffen, um unerwünschten Auswirkungen der bilateralen Abkommen zu begegnen (namentlich das Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen, SR 823.20; Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 zur Verlagerung von alpenquerendem Güterschwerverkehr auf die Schiene, SR 740.1); zudem mildern auch neue EU-Mitgliedstaaten regelmässig über verschiedene Massnahmen negative Konsequenzen ihres EU-Beitritts ab. Solche Vorkehren gelten nicht schon wegen dieser Zielsetzung als diskriminierend. Es ist grundsätzlich zulässig, Massnahmen zu treffen, um das finanzielle Gleichgewicht der Sozialversicherung sicherzustellen (vgl. dazu die Entscheide des EFTA-Gerichtshofes vom 14. Juni 2001, E - 4 - 6/00, Rz. 32). Entscheidend ist, wie diese ausgestaltet werden und ob sie im Resultat diskriminierend wirken. (...) 3.3.3.2 (...) Die Beschwerdeführer machen geltend, in der kurzen Zeit zwischen dem Inkrafttreten des FZA am 1. Juni 2002 und dem Inkrafttreten der Zulassungsverordnung am 4. Juli 2002 hätten EU-Angehörige faktisch keine Chance gehabt, ein entsprechendes Gesuch zu stellen. Die meisten EU-Aerzte im Ausland hätten wohl gar nicht rechtzeitig von der entsprechenden Möglichkeit erfahren. Zudem hätten sie vorerst die Anerkennung ihres Diplom erwirken sowie die Beherrschung einer Landessprache nachweisen müssen (art. 10 Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz), was innerhalb eines Monats faktisch unmöglich gewesen sei. Hierin liege gegenüber den Gesuchstellern aus der Schweiz eine unzulässige indirekte Diskriminierung. 3.3.3.3 Wer beabsichtigt, eine Arztpraxis zu eröffnen, muss sich im Voraus über die entsprechenden Modalitäten und Voraussetzungen orientieren. Auch EU-Aerzte, welche in der Schweiz eine Praxis eröffnen wollten, hatten sich dementsprechend zu erkundigen. Es erscheint realitätsfremd, bei den heutigen Informationsmitteln anzunehmen, dass dies vom Ausland her nicht sachgerecht möglich gewesen wäre. Die Kenntnissnahme vom bevorstehenden Inkrafttreten der Zulassungsverordnung war den ernsthaft interessierten EU-Aerzten genauso zuzumuten wie den schweizerischen. Auch diese mussten in der verbleibenden (kurzen) Zeit das Gesuch um Berufszulassung vorbereiten und einreichen, womit sie allfälligen Interessierten aus der EU insoweit gleichgestellt waren. Aus der Antwort des Regierungsrat vom 25. September 2002 auf die Anfrage 1494 von Kantonsrat Denzler (KR-Nr. 220/2002) geht hervor, dass in diesem Zeitraum von etwa einem Monat im Kanton Zürich rund 700 Gesuche von Aerzten um Zulassung eingegangen sind, während normalerweise pro Jahr rund 170 bis 180 Gesuche bewilligt werden. Auch eine grosse Anzahl von Schweizer Aerzten sah sich demnach mit der Notwendigkeit konfrontiert, kurzfristig einer ausserordentlichen Situation Rechnung zu tragen. 3.3.3.4 Zwar mussten die EU-Aerzte überdies noch um die Anerkennung ihres Diplom nachsuchen, wobei hierüber allenfalls nicht innert einer Monats entschieden werden konnte. Indessen stellt Art. 5 der Zulassungsverordnung nur darauf ab, ob und wann das Zulassungsgesuch eingereicht worden ist. Es spricht nichts dagegen, dass Aerzte aus der EU dieses mit dem Hinweis auf das noch hängige Anerkennungs-gesuch einreichen und damit ebenfalls in den Genuss der Uebergangsregelung kommen konnten; zumindest ist eine entsprechende völkerrechtskonforme Auslegung der umstrittenen Regelung im Einzelfall nicht ausgeschlossen. Aus der erwähnten Antwort auf die Anfrage Denzler geht hervor, dass von den etwa 700 im Juni eingereichten Gesuchen rund 10% von EU-Angehörigen stammten, die bisher bereits in unselbständiger Stellung in der Schweiz tätig waren, was belegt, dass Gesuche offenbar auch tatsächlich auf diese Weise gestellt

wurden. (...) 4.2. Die angefochtene Regelung verbietet niemandem, eine Praxis zu eröffnen. Sie hat allerdings zur Folge, dass die Betroffenen nicht als Leistungserbringer im Sinne der Art. 35 ff KVG zugelassen werden. Sie dürfen zwar uneingeschränkt ärztliche Leistungen erbringen, doch werden diese nicht von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernommen. (...) 5.2.2.2 Die Bundesversammlung wollte somit in Art. 55a KVG die Grundlage schaffen, um auf Verordnungsstufe die zu erwartende Zunahme von Leistungserbringern im ambulanten Bereich nach dem Bedürfnis begrenzen zu können. Sie war sich im klaren darüber, dass es dabei um ein nicht unproblematisches Vorgehen ging, nahm aber mangels kurzfristig verfügbare und realisierbarer Alternativen den Zulassungsstopp als vorübergehende Lösung dennoch für maximal drei Jahre in Kauf (AB 2000 N 62, 67 f.; 2000 S 102, 104 f.). (...). Aus einem Faktenblatt des Bundesamtes für Sozialversicherung (BSV) vom 3. Juli 2002 geht hervor, dass ca. 3000 Ärzte aus der EU in der Schweiz arbeiten und bis zu jenem Zeitpunkt schon etwa 300 Gesuche um Anerkennung von Diplomen eingereicht worden waren. Aufgrund dieser Zahlen war eine erhebliche Zunahme von Neuzulassungsgesuchen zur Kassentätigkeit zu befürchten. Diese Annahme wird durch die Erfahrungen im Fürstentum Liechtenstein bestätigt, wo nach dem Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum die Zahl der Leistungserbringer stark zugenommen hat, indem von 1996 bis 2001 die Anzahl der konzessionierten Ärzte um rund 70% anstieg (BSV- Faktenblatt/Medienkonferenz vom 3. Juli 2002, S. 1). Unter diesen Umständen hat der Bundesrat den Zulassungsstopp zulässigerweise eingeführt und die bundesrätliche Zulassungsverordnung findet in Art. 55a KVG diesbezüglich eine hinreichende, für das Bundesgericht verbindliche gesetzliche Grundlage. (...) 5.3.2. Wenn die Zulassungsverordnung und die Erläuterungen des Bundesamtes hierzu hinsichtlich des den Kantonen zustehenden Spielraums auch nicht völlig klar erscheinen, ergibt sich aus Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte von Art. 55a KVG doch, dass der Bundesrat damit eine unmittelbar anwendbare bundesrechtliche Zulassungsregelung aufgestellt hat, die im Einzelfall von den Kantonen vollzogen wird und durch entsprechende Ausführungsverordnungen nur noch konkretisiert werden kann: 5.3.2.1. (...) Es wurde dabei zwar auch betont, die Kantone hätten über die Zulassung zu entscheiden, da kantonale unterschiedliche Bedürfnisse bestünden (AB 2000 N 69 [Heberlein]). (...) In der Differenzvereinbarung im Ständerat führte BR Dreifuss aus, es sei beabsichtigt, dass der Bundesrat Kriterien vorgebe und die Kantone die Einzelfälle beurteilen (AB 2000 S 105). (...) 6.3.4.4. Dass diejenigen Ärzte, die vor dem 4. Juli 2002 kein Gesuch eingereicht haben, durch den Zulassungsstopp in erheblicher Weise betroffen sind, liegt auf der Hand, ist aber bereits im gesetzlich festgelegten Grundsatz so angelegt und steht deshalb hier nicht zur Diskussion. Hinzu kommt, dass durch den Zulassungsstopp nicht die Berufsausübung generell, sondern nur die Eröffnung einer eigenen Praxis mit der Möglichkeit, zu Lasten der Sozialversicherung abrechnen zu können, verhindert wird. Die betroffenen Ärzte können ihrem Beruf uneingeschränkt - beispielweise in Spitälern - weiter nachgehen. (...) 6.3.4.5. Schliesslich ist auch bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Massnahme zu beachten, dass die beanstandete Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit im Grunde genommen bloss eine faktische Reflexwirkung einer Regelung bildet, die als solche diesem verfassungsmässigen Recht weitgehend entzogen ist (E. 4.3). Auch in anderen Wirtschaftsbereichen kommt es vor, dass sich infolge einer Änderung der staatlichen Politik der Umfang von Leistungen, die privaten Erwerbstätigen zugute kommen, wandelt und in der Folge nicht nur jungen Berufsleuten die Eröffnung eines eigenen Betriebes praktisch verunmöglicht wird, sondern sogar bestehende Betriebe

reduziert oder geschlossen werden müssen (z.B. Armeezulieferbetrieb, Landwirtschaftspolitik, vgl dazu, BGE 118 Ib 241, E. 6-10). Es gibt keinen verfassungsmässigen Anspruch darauf, dank staatlichen Aufträgen oder mit Hilfe von staatlichen Versicherungssystem eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen und betreiben zu können. Der verfassungsrechtliche Schutz beschränkt sich insoweit im Wesentlichen auf den Anspruch auf Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden (hierzu E. 6.3.3) und den Schutz vor überfallartigen Rechtsänderungen (hierzu E. 8)." 2.8. Secondo questo Tribunale, viste le norme applicabili in concreto e alla luce della sentenza del Tribunale federale qui sopra parzialmente riprodotta, le censure mosse dal ricorrente vanno respinte. Come visto, per l'art. 5 OFL non sottostanno alla limitazione i fornitori di prestazioni che, prima della sua entrata in vigore, avevano già presentato al Cantone una domanda di autorizzazione ad esercitare la professione conformemente al diritto cantonale. In prima istanza è stato accertato che la richiesta di rilascio per l'autorizzazione ad esercitare quale indipendente è stata inoltrata all'autorità cantonale competente (Ufficio di sanità) il 16 settembre 2002, ossia due mesi dopo l'entrata in vigore dell'OFL e 1 mese e mezzo dopo aver ricevuto il certificato di riconoscimento dell'equipollenza del diploma italiano. In precedenza, nel mese di giugno, il ricorrente aveva unicamente fatto richiesta del riconoscimento dell'equipollenza del suo diploma all'Ufficio federale competente. La richiesta all'autorità cantonale è pertanto successiva all'entrata in vigore dell'OFL e non permette dunque al ricorrente di sfuggire alla normativa volta a limitare il numero di fornitori di prestazioni autorizzati. La domanda presentata all'autorità federale non può supplire a questa mancanza. Infatti dal chiaro testo della norma emerge che l'istanza andava presentata all'autorità cantonale (cfr. la citata sentenza del Tribunale federale del 27 novembre 2003, consid. 3.3.3.4. e 5.3.2.1: cfr. anche il certificato di riconoscimento ove figura esplicitamente l'indicazione che "la conferma non costituisce un'autorizzazione all'esercizio della professione. La competenza della concessione di tale autorizzazione è dei cantoni"). Come ha sottolineato l'Alta Corte nulla avrebbe impedito al ricorrente di chiedere tempestivamente l'autorizzazione specificando che avrebbe successivamente inviato la documentazione relativa all'equipollenza del diploma al termine della procedura pendente presso l'autorità federale (cfr. consid. 3.3.3.4). Del resto la richiesta all'autorità federale non implicava ancora necessariamente che l'insorgente volesse chiedere, in un secondo tempo, di poter beneficiare dell'autorizzazione ad esercitare quale indipendente a carico della LAMal. Tanto più che il 28 giugno 2002 è stata la Clinica _____ a chiedere all'Ufficio cantonale una modifica della funzione (da medico assistente a capoclinica). L'insorgente, per contro, ha presentato la sua istanza solo in settembre. Nemmeno l'ulteriore documentazione prodotta a questo Tribunale su richiesta del TCA può supplire alla mancanza dell'istanza. Infatti, dalla lettera del 5 giugno 2002 emerge unicamente che, con riferimento ad un colloquio avvenuto il 16 maggio 2002, è stata trasmessa la documentazione richiesta all'Ufficio federale della sanità pubblica " per il riconoscimento dei seguenti titoli conseguiti dal dott. med. _____ : " laurea in medicina e chirurgia (dottore in medicina e chirurgia) conseguiti presso l'Università di _____ il 13 dicembre 1979 e Diploma di specializzazione in Oftalmologia (specialista in oftalmologia) rilasciato dall'Università di _____ il 24 giugno 1987 (doc. _). Dallo scritto del 3 luglio 2002 risulta che l'ufficio federale ha confermato la ricezione della domanda (doc. _). Infine, nemmeno dalle osservazioni del 19 giugno 2002, prodotte nell'ambito di una procedura in materia di contravvenzione emergono elementi che fanno propendere per la salvaguardia del termine per presentare le richiesta al libero esercizio

della professione di medico in Ticino. Anche la tesi secondo cui l'autorizzazione ad esercitare per la Clinica _____ era sufficiente non può trovare tutela. Infatti, come si evince chiaramente dalla sentenza del 27 novembre 2003 del TF, l'art. 55a LAMal e l'ordinanza di applicazione concernono unicamente le domande per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività indipendente di operatore sanitario a carico della LAMal e non all'esercizio dell'attività dipendente per la quale l'assicurato possedeva un'autorizzazione (cfr. anche ricorso, doc. _). Infatti lo scopo dell'adozione dell'art. 55a LAMal è quello di evitare un'esplosione di domande da parte dei medici per l'esercizio dell'attività indipendente a carico della LAMal (cfr. sentenza del TF citata, consid. 5.2.2.2: "Die Bundesversammlung wollte somit in Art. 55a KVG die Grundlage schaffen, um auf Verordnungsstufe die zu erwartende Zunahme von Leistungserbringern im ambulanten Bereich nach dem Bedürfnis begrenzen zu können"), ciò che riguarda unicamente l'attività indipendente e non quella esercitata alle dipendenze di istituti ospedalieri (cfr. STF del 27 novembre 2003, consid. 6.3.4.4). Come emerge anche dalla risposta del 19 agosto 2003 dell'Ufficio di sanità al ricorso presentato dal medico al Consiglio di Stato, l'autorizzazione del ricorrente all'esercizio dipendente e limitato della professione presso la Clinica _____ scadeva il 30 aprile 2002 (doc. _). La richiesta di proroga dell'autorizzazione ai sensi dell'art. 57 LSan (autorizzazione a titolo eccezionale limitata nel luogo e nel tempo) per il rinnovo dell'esercizio dipendente dell'attività è stato inoltrato il 30 aprile 2002 e concerneva il periodo dal 1.5.2002 al 30.04.2003 (doc. _ e _). In data 28 giugno 2002, vi è stata una domanda, da parte della Clinica _____, di cambio di funzione, da medico assistente a capo clinica nella misura dell'80%, per il resto "egli completa l'attività nel campo della medicina generale, nell'ambito della primaria diagnostica della diabetologia." (doc. _) L'istanza di rinnovo dell'autorizzazione ad esercitare quale dipendente presso la Clinica _____ non è pertanto assimilabile ad una domanda di autorizzazione all'esercizio dell'attività indipendente che permette di sfuggire alle limitazioni imposte dall'OFL. L'insorgente non può quindi ottenere nessun beneficio, in questo contesto, dalla circostanza che aveva ottenuto l'autorizzazione ad esercitare come dipendente presso la Clinica _____ e che era pendente una richiesta tendente all'ottenimento di una proroga della precedente autorizzazione. Infatti, come visto, scopo dell'Ordinanza federale è di limitare il paventato aumento degli operatori sanitari in ambito ambulatoriale a carico della LAMal. Tale scopo non sarebbe raggiunto se i medici alle dipendenze degli istituti ospedalieri avessero il diritto di ottenere l'autorizzazione all'esercizio dell'attività indipendente e sfuggire alle limitazioni imposte dalla normativa federale. L'ordinanza sarebbe svuotata del suo significato se tutti i medici dipendenti potessero chiedere l'autorizzazione al libero esercizio dell'attività. Pure il fatto che l'insorgente adempiva da tempo tutti i requisiti per ottenere l'autorizzazione prima dell'entrata in vigore dell'OFL non è rilevante nella misura in cui egli avrebbe dovuto farsi parte diligente concretizzando la richiesta con l'inoltro di un'istanza formale scritta presso l'autorità cantonale preposta al rilascio dell'autorizzazione. Non può essere d'aiuto nemmeno il fatto che il dr. med. _____ fosse iscritto all'albo dei medici del Canton Ticino quale membro straordinario (cfr. osservazioni del 19 giugno 2002). Infatti per l'art. 7 cpv. 1 dello Statuto dell'Ordine dei medici del Cantone Ticino sono membri ordinari i medici portatori del diploma federale o di un diploma equivalente che svolgono o hanno svolto la professione nel cantone Ticino. Mentre possono essere membri straordinari, tra l'altro, i medici che esercitano solo parzialmente la professione nel Cantone e sono già membri ordinari di un'altra società medica cantonale (art. 8 cpv. 1 lett. b), i medici con autorizzazione d'esercizio limitata nel

Cantone (art. 8 cpv. 1 lett. c) ed infine i medici in perfezionamento (art. 8 cpv. 1 lett. d). Il fatto di essere iscritto non presuppone, pertanto, l'esercizio dell'attività indipendente. Del resto, l'assicurato medesimo afferma di aver ottenuto solo l'autorizzazione quale medico assistente dipendente della Clinica _____ (cfr. ricorso, Doc. _). Infine, le censure circa la mancata informazione da parte di funzionari cantonali o dell'ordine dei medici sono anch'esse infondate. Da una parte nessuno può prevalersi dell'ignoranza della legge (DTF 124 V 215, consid. 2b)aa) e la giurisprudenza ivi citata), e dall'altra come emerge dalla sentenza federale, spettava all'insorgente informarsi tempestivamente circa la procedura da seguire per ottenere l'autorizzazione all'esercizio dell'attività indipendente a carico dell'assicurazione obbligatoria (consid. 3.3.3.3. della STF del 27 novembre 2003). Egli del resto non afferma che vi sarebbe stata un'informazione errata, nel senso che gli sarebbe stato detto di non poter presentare la domanda prima dell'ottenimento del certificato di equipollenza, bensì afferma, al contrario, di non essere stato avvertito che avrebbe dovuto presentare una domanda scritta prima del 3 luglio 2002. La buona fede può essere invocata solo in caso di informazione errata, non in caso di mancanza d'informazione (STCA dell'8 aprile 2003, nella causa R, _____). Interpellato espressamente su questo punto l'insorgente ha ancora confermato di non aver ricevuto nessuna informazione in merito (doc. _ e _, consid. 1.21 e 1.22). Inoltre lo stesso assicurato afferma di essersi immediatamente attivato, 5 giorni dopo l'entrata in vigore degli Accordi bilaterali, presso l'autorità federale per far riconoscere l'equipollenza del suo diploma in vista del rilascio dell'autorizzazione ad esercitare quale medico oftalmologo. Ora, così come si è informato sulla procedura da seguire per il riconoscimento del suo diploma, così poteva chiedere alle autorità competenti quali passi intraprendere per evitare un eventuale blocco dell'autorizzazione ad esercitare a carico della LAMal di cui si era ampiamente discusso a livello nazionale (cfr. sentenza citata, consid. 3.3.3.3). Questo può a maggior ragione essere preteso da un professionista già installato in Svizzera e dunque a conoscenza sia della norma dell'art. 55a LAMal (entrata in vigore il 1° luglio 1999), sia delle discussioni avvenute in parlamento circa la possibile adozione di misure di contenimento dell'apertura di studi medici (cfr. STF del 27 novembre 2003 sopra citata). Non vi può dunque essere, in tal senso, un formalismo eccessivo nel ritenere tardiva l'istanza presentata il 16 settembre 2002. Infine, per quanto concerne la richiesta audizione dell'avv. _____ (cfr. doc. _), per i motivi appena esposti, ossia la mancanza di una informazione errata, una sua eventuale audizione non modificherebbe l'esito della procedura. Ora, conformemente alla costante giurisprudenza, qualora l'istruttoria da effettuare d'ufficio conduca l'amministrazione o il giudice, in base ad un apprezzamento coscienzioso delle prove, alla convinzione che la probabilità di determinati fatti deve essere considerata predominante e che altri provvedimenti probatori non potrebbero modificare il risultato, si rinuncerà ad assumere altre prove (apprezzamento anticipato delle prove; Kieser, *Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung*, pag. 212 no. 450, Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2a ed., pag. 39 no. 111 e pag. 117 no. 320; Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2a ed., pag. 274; cfr. anche STFA dell'11 gennaio 2002 nella causa C., H 103/01; DTF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c, 120 Ib 229 consid. 2b, 119 V 344 considI. 3c e riferimenti). Tale modo di procedere non costituisce una violazione del diritto di essere sentito desumibile dall'art. 29 cpv. 2 Cost. (e in precedenza dall'art. 4 vCost.; DTF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d, 119 V 344 consid. 3c e riferimenti). In queste circostanze il TCA rinuncia all'assunzione di ulteriori prove. Alla luce di tutto quanto sopra esposto il ricorso va respinto. Contro la presente decisione è dato

ricorso di diritto amministrativo al TFA (cfr. STF del 27 novembre 2003, 2P.305.2002, consid. 5.3.2.2).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.