

TI_GERICHTE 52.2006.331 vom 25. Mai 2007

TI Tribunale d'appello, 2007-05-25, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2006.331

FR: TI_GERICHTE 52.2006.331 du 25 mai 2007

IT: TI_GERICHTE 52.2006.331 del 25 maggio 2007

Regeste

Installazione e messa in esercizio di un acceleratore lineare per radioterapia ambulatoriale. Costituzionalità della clausola del bisogno, legalità, proporzionalità, interesse pubblico; eccessiva restrizione della libertà economica.

Erwägungen

E. 2.1.1

Ogni membro di autorità deve astenersi dal suo ufficio qualora l'indipendenza o l'imparzialità sia compromessa (art. 55 cpv. 1 Cost. cant.). La legge regola i motivi di esclusione e ricusa (art. 55 cpv. 2 Cost. cant.). Per i membri delle autorità amministrative l'art. 32 cpv. 1 PAmm, richiamato dall'art. 15 cpv. 2 del Regolamento sull'organizzazione del Consiglio di Stato e dell'Amministrazione del 26 aprile 2001, rinvia ai motivi di astensione e di ricusa previsti dal codice di procedura civile (CPC). Giusta l'art. 26 CPC ogni giudice o segretario è escluso dalle proprie funzioni: (a) se è marito, moglie, ascendente o discendente, patrigno o matrigna, figliastro o figliastra, fratello o sorella, fratellastro o sorellastra, zio o zia, nipote, suocero o suocera, genero o nuora, cugino o cugina, cognato o cognata di una delle parti o dei patrocinatori o procuratori; (b) se egli o i suoi congiunti nei suddetti gradi hanno interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto; (c) se ha dato un referto nella causa, se è stato patrocinatore di una parte o ha deposto in essa come perito oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro; o vi è intervenuto come procuratore pubblico o giudice dell'istruzione e dell'arresto; (d) se è tutore, curatore, datore di lavoro, erede presunto di una delle parti, se inoltre è amministratore o gerente di una persona giuridica che ha interesse nella causa. Secondo l'art. 27 CPC, le parti possono ricusare il giudice o il segretario nei casi in cui questi sono esclusi, come pure: (a) se vi è grave inimicizia tra il giudice o il segretario e alcuna delle parti; (b) in ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni.

E. 2.1.2

Le disposizioni sull'astensione e sulla ricusa previste agli art. 26 seg. CPC sono volte ad attuare il diritto ad un giudice indipendente e imparziale sancito all'art. 30 cpv. 1 Cost., rispettivamente all'art. 6 n. 1 CEDU, che per principio ha la stessa portata. La garanzia del diritto a un giudice indipendente e imparziale mira ad escludere l'influsso sulla decisione di circostanze estranee al processo, che potrebbero privarla della necessaria oggettività, a favore o a pregiudizio di una parte: al giudice sottoposto a simili influenze verrebbe meno la qualità di "giusto mediatore". L'astensione e la ricusa rivestono un carattere eccezionale. Dal profilo oggettivo occorre ricercare se il magistrato suspectus offra le necessarie garanzie per escludere ogni legittimo dubbio di parzialità. Vengono considerati, in tale ambito, anche aspetti di carattere funzionale e organizzativo e viene posto l'accento sull'importanza che possono rivestire le apparenze stesse. Entrano comunque in

considerazione soltanto motivi seri che consentano di dubitare dell'imparzialità e dell'indipendenza del magistrato chiamato a statuire. Semplici supposizioni non bastano. Sono ad ogni modo sufficienti circostanze oggettivamente idonee a suscitare l'apparenza di prevenzione. Non occorre al riguardo dimostrare che il magistrato ricusato sia effettivamente prevenuto (RDAT I-2002 n. 7 consid. 2.1. seg. con rinvii).

E. 2.1.3

Il Consiglio di Stato non è un tribunale. Esso è anzitutto un organo esecutivo, che svolge un ruolo di governo, di gestione e di direzione. Anche il Consiglio di Stato è comunque tenuto a rispettare il requisito dell'imparzialità. Tale requisito non discende tuttavia dagli art. 30 cpv. 1 Cost. e 6 n. 1 CEDU, ma dall'art. 29 cpv. 1 Cost., il quale, non ponendo l'indipendenza e l'imparzialità come massima d'organizzazione, non offre una garanzia equivalente a quella delle norme anzidette, applicabili per principio soltanto ai tribunali (RDAT cit., consid.

E. 2.2.1

La Consigliera di Stato Patrizia Pesenti è membro del consiglio di amministrazione dell'EOC, in rappresentanza del Consiglio di Stato (art. 10 cpv. 1 della legge sull'EOC del 19 dicembre 2000). Essa è dunque nel contempo membro dell'autorità chiamata a statuire sulle domande d'autorizzazione alla messa in esercizio di attrezzature medico-tecniche di diagnosi o di cura a tecnologia avanzata o particolarmente costose (art. 1 cpv. 1 DL clausola del bisogno) e membro dell'organo esecutivo di un'azienda cantonale, indipendente dall'amministrazione dello Stato, alla quale la legge affida il compito di dirigere e gestire gli ospedali pubblici onde garantire alla popolazione le strutture stazionarie e i servizi medici necessari (art. 1 e 2 cpv. 1 LEOC). In questa sovrapposizione di ruoli non sono tuttavia ravvisabili gli estremi del motivo d'esclusione dell'art. 26 lett. d CPC. Vero è che l'art. 26 lett. d CPC, cui rinvia l'art. 32 cpv. 1 PAm, esclude dall'esercizio delle proprie funzioni l'amministratore di una persona giuridica che ha interesse nella causa. Tale norma deve tuttavia essere interpretata conformemente alla giurisprudenza sviluppata in attuazione del diritto costituzionale. Non si applica dunque nei casi in cui queste persone giuridiche perseguono esclusivamente l'interesse pubblico. Ipotesi, questa, che nel caso dell'EOC si verifica compiutamente, non potendosi sostenere che questo ente persegua altri scopi all'infuori di quelli d'interesse pubblico. Il fatto che l'EOC sia un diretto concorrente della RI 1 non permette di giungere a diversa conclusione.

E. 2.2.2

Oltre che membro del consiglio di amministrazione dell'EOC, la Consigliera di Stato Patrizia Pesenti è anche membro, in qualità di rappresentante del Consiglio di Stato, della commissione consultiva, alla quale l'art. 4 cpv. 1 DL clausola del bisogno affida il compito di preavvisare le domande d'autorizzazione alla messa in esercizio di attrezzature medico-tecniche di diagnosi o di cura a tecnologia avanzata o particolarmente costose. In questa veste, prima di statuire sulla domanda d'autorizzazione inoltrata dalla ricorrente per la messa in esercizio del controverso acceleratore lineare per la radioterapia, essa ha dunque partecipato all'elaborazione del preavviso commissionale prescritto dal decreto in oggetto. A norma dell'art. 26 lett. c CPC, il giudice è escluso se ha dato un referto nella causa (...) oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo (...). Anche questo motivo d'esclusione è volto ad assicurare l'indipendenza e l'imparzialità del giudice. Il fatto che il giudice si sia già espresso sulla questione che è chiamato a dirimere in uno stadio

anteriore del procedimento può in effetti suscitare il sospetto di prevenzione (Vorbefassung). La giurisprudenza si limita ad esigere che l'esito della vertenza non sia predeterminato (STF 23.9.2004 n. 5P.142/2004 in re X. consid. 1.2.). Il preavviso della commissione consultiva non è né un referto, né una decisione. Esso non vincola inoltre il Consiglio di Stato. Non predetermina la decisione che questi è chiamato ad adottare. È soltanto un atto preparatorio, che non limita la libertà di giudizio dell'autorità decidente. La partecipazione della Consigliera di Stato Pesenti all'allestimento del preavviso della commissione consultiva non perfeziona di conseguenza il motivo di esclusione sancito dall'art. 26 lett. c CPC.

E. 2.2.3

Palesamente infondate sono infine le eccezioni sollevate dall'insorgente con riferimento ai rapporti di parentela che intercorrono fra i Consiglieri di Stato Pesenti e Pedrazzini con i membri del consiglio di amministrazione della clinica _____, di Locarno, attiva nel campo dell'oncologia, ma non in quello della radioterapia oncologica. L'interesse che questo stabilimento di cura può avere all'esito della causa qui in discussione non presenta sufficienti connotazioni di immediatezza e concretezza da fondare il motivo di esclusione previsto dall'art. 26 lett. a, b e d. 3.

3.1. Secondo l'art. 27 cpv. 1 Cost., la libertà economica è garantita. Tale libertà fondamentale include in particolare il libero accesso ad un'attività economica privata ed il suo esercizio (art. 27 cpv. 2 Cost. fed.). Essa protegge ogni attività economica privata esercitata a titolo professionale e volta al conseguimento di un guadagno o di un reddito (DTF 132 I 97 consid. 2.1; 131 I 133 consid. 4). A tale garanzia possono appellarsi anche gli operatori sanitari (DTF 130 I 26, consid. 4.1. e rinvii; 128 I 92 consid. 2a; STF 22.3.2007 inc. 2P.104/2006 consid. 3.1.; RDAT I-2001 n. 45 p. 175). Come ogni libertà fondamentale, anche la libertà economica non è assoluta, ma può essere soggetta a limitazioni. Ai sensi dell'art. 36 Cost., le restrizioni devono avere una base legale (cpv. 1), essere giustificate da un interesse pubblico o dalla protezione di diritti fondamentali altrui (cpv. 2), essere proporzionate allo scopo (cpv. 3) e rispettare il diritto fondamentale nella sua essenza (cpv. 4). I Cantoni possono in particolare apportare delle restrizioni di polizia al diritto di esercitare liberamente un'attività economica al fine di tutelare l'ordine pubblico, la salute, i buoni costumi e la buona fede nei rapporti commerciali. Essi possono inoltre prevedere delle limitazioni fondate su motivi di politica sociale, a condizione che queste misure si limitino, conformemente al principio di proporzionalità, a quanto necessario per realizzare gli scopi d'interesse pubblico perseguiti (DTF 125 I 276 consid. 3a e riferimenti). Sono invece escluse restrizioni fondate su ragioni non conformi al principio della libertà economica, che intervengono cioè nel gioco della libera concorrenza per favorire certi rami di attività lucrativa e per dirigere l'attività economica secondo un piano prestabilito (art. 94 cpv. 4 Cost. fed.; DTF 128 I 9, consid. 3a; DTF 125 I 431 consid. 4b; 121 I 129 consid. 3b).

3.2. La cosiddetta clausola del bisogno costituisce una limitazione della libertà economica che si traduce nell'assoggettamento dell'autorizzazione ad esercitare una determinata attività economica alla dimostrazione dell'esistenza di un bisogno da soddisfare (Jean-Francois Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse, Supplément Neuchâtel/Paris*, 1982, n. 1907). Dottrina e giurisprudenza hanno a lungo ravvisato nella clausola del bisogno un'inammissibile limitazione della libertà di commercio e di industria garantita dall'art. 31 vCost., reputandola fondata su motivi di politica economica in quanto comportante l'introduzione di un *numerus clausus* di concorrenti (ZBl 93/1992, pag. 74 seg.; Hans Nef, *Handels- und Gewerbefreiheit*, SJK 616; Ulrich Häfelin/Walter Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 3. ed., Zurigo 1993, n. 1415; Thomas Poledna ,

Bedürfnis und Bedürfnisklauseln im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1994, Zurigo, pag. 518). Lecite erano unicamente le clausole del bisogno fondate sulle deroghe alla libertà di commercio e d'industria previste dalla stessa Costituzione federale nel settore degli esercizi pubblici (art. 31bis cpv. 3 vCost.), rispettivamente nel campo della politica economica e congiunturale (art. 31bis cpv. 1 e seg. vCost.). Ancora recentemente, il Tribunale federale ha sottolineato che l'assoggettamento dell'esercizio di un'attività professionale ad una clausola del bisogno è, per definizione, in contraddizione con la garanzia della libertà economica e deve quindi essere prevista, perlomeno implicitamente, dalla Costituzione federale o fondarsi su regalie cantonali a norma dell'art. 94 cpv. 4 Cost. (STF 22.3.2007 n. 2P.104/2006 in re A. consid. 3.4). Tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza, hanno comunque da tempo riconosciuto che la clausola del bisogno può anche tutelare beni di polizia o servire al conseguimento di scopi di politica sociale. Lo stesso Tribunale federale non ha escluso a priori che una limitazione del numero dei medici autorizzati ad esercitare a carico delle casse malati possa essere giustificata da considerazioni di politica sociale, in particolare dalla preoccupazione di contenere i crescenti costi della salute (DTF 130 I 27, pag. 50 consid. 6.2). Vietate, in assenza di una norma della Costituzione federale che le autorizzi (art. 94 cpv. 4 Cost.), rimangono le clausole del bisogno che perseguono finalità di politica economica (DTF 102 Ia 114; 110 Ia 172). Clausole motivate da scopi di polizia o da considerazioni di politica sociale sono invece ammesse anche se esplicano effetti collaterali di politica economica. Basta che siano previste dalla legge, che risultino sorrette da un interesse pubblico, che siano proporzionate allo scopo e che non svuotino di contenuto il principio stesso della libertà economica (art. 36 Cost.). Decisivo ai fini del giudizio sulla costituzionalità di una clausola del bisogno è in definitiva l'effetto concretamente esplicito. Se una clausola del bisogno costituisca un'inammissibile misura interventzionistica o meno va dunque verificato sulla base degli effetti concreti e non sul piano concettuale ed astratto (Poledna, op. cit., pag. 520).

3.2.1. Il concetto di bisogno attiene in primo luogo al campo dell'economia. Per bisogno si intende generalmente un'eccedenza della domanda rispetto all'offerta di beni e servizi. Un bisogno pertanto sussiste quando la domanda non è coperta dall'offerta. L'accertamento della domanda e dell'offerta non è di facile momento. Esso dipende da numerosi fattori, che variano non solo a seconda delle circostanze, ma in parte anche a dipendenza della visione economica applicata. Le clausole del bisogno spesso si limitano ad assoggettare l'autorizzazione all'esercizio di una determinata attività economica all'esistenza di un fabbisogno, senza stabilire in modo preciso e concreto i parametri da prendere in considerazione per accertare l'esistenza o l'inesistenza del bisogno determinante. Questa inflessione al principio di legalità, tollerata dalla giurisprudenza (DTF 111 Ia 31; cfr. anche DTF 104 Ia 201, 207 consid. 5a), è criticata dalla dottrina (Alfred Kölz, Rechtsprechungsbericht 1985, ZBJV 123/ 1987; Poledna, op. cit., pag. 523), che nega la possibilità di lasciare alla discrezione dell'autorità amministrativa il compito di individuare i fattori che determinano l'esistenza di un bisogno da soddisfare. Costituendo la clausola del bisogno una limitazione grave della libertà economica, l'esigenza di una base legale in senso formale, sancita dall'art. 36 cpv. 1 Cost., dovrebbe per principio estendersi anche alla preventiva definizione dei parametri da prendere in considerazione per determinare l'esistenza di un bisogno.

3.2.2. Le limitazioni della libertà economica introdotte mediante clausola del bisogno non devono solo fondarsi su un'esplicita base legale ed essere sorrette da un sufficiente interesse pubblico, ma devono anche essere adeguate. Il principio di proporzionalità, richiamato dall'art. 36 cpv. 3 Cost., esige che le restrizioni delle libertà

fondamentali siano idonee a raggiungere lo scopo di interesse pubblico desiderato (regola dell'idoneità), che tra i diversi provvedimenti a disposizione per conseguire tale scopo venga scelto quello che lede in misura minore gli interessi del soggetto gravato (regola della necessità) ed infine che sussista un rapporto ragionevole tra lo scopo di interesse pubblico perseguito e i mezzi utilizzati (regola della proporzionalità in senso stretto; cfr. DTF 115 Ia 31; STA 31.10.2006 n. 52.2006.18 in re P. consid. 3.2.3.; Max Imboden/René Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, V. ed., n. 58 B I seg.; Adelio Scolari, Diritto amministrativo, II. ed., parte generale, n. 595 seg.). L'idoneità è data quando la misura adottata costituisce il mezzo corretto per ottenere il risultato auspicato. La clausola del bisogno è quindi inidonea se esplica inutili effetti collaterali, se non è abbastanza efficace o se con il pretesto di perseguire uno scopo mira in realtà a conseguire un altro obiettivo. Il presupposto della necessità è invece soddisfatto allorché il provvedimento, scelto fra più opzioni idonee a raggiungere un certo risultato, rispetta la libertà nella misura massima possibile. È inadeguato se basta una misura meno incisiva. Rispondono infine al requisito dell'adeguatezza o della proporzionalità in senso stretto i provvedimenti che si situano in un rapporto ragionevole con il risultato previsto. Anche se idonea e necessaria, una misura può apparire comunque inadeguata se impone restrizioni eccessive (René Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrecht-sprechung; Erg. Bd., n. 58 B I seg.).

4.1. Giusta l'art. 1 cpv. 1 DL clausola del bisogno, allo scopo di contenere i costi della salute e di tutelare l'interesse pubblico preponderante, la qualità e l'adeguatezza degli interventi, la messa in esercizio di attrezzature medico-tecniche di diagnosi o di cura a tecnologia avanzata o particolarmente costose è subordinata ad autorizzazione del Consiglio di Stato. A tale clausola, soggiunge (cpv. 2), sono assoggettati anche gli enti privati che forniscono prestazioni ambulatoriali. È considerata messa in esercizio, precisa la norma, anche la sostituzione importante di attrezzature esistenti al momento dell'entrata in vigore del decreto (cpv. 3). Sono considerate attrezzature a tecnologia avanzata, dispone in seguito l'art. 2 del decreto legislativo in esame, quelle che, alternativamente: (a) sono particolarmente costose o la cui manutenzione od esercizio genera costi particolarmente elevati, (b) non fanno parte della dotazione ordinaria di una struttura, (c) necessitano di personale particolarmente qualificato per il loro impiego (cpv. 1). Le apparecchiature di radioterapia sono in ogni caso considerate attrezzature a tecnologia avanzata (cpv. 2 lett. h). L'autorizzazione, secondo l'art. 3 cpv. 1 DL clausola del bisogno, è concessa, a meno che alternativamente: - sia dimostrato un fabbisogno già sufficientemente coperto; - non sia dimostrata l'idoneità tecnica dell'attrezzatura; - chi intende utilizzarla (istituto o singolo operatore) non possieda le qualifiche professionali necessarie. Per principio, l'autorizzazione va dunque rilasciata. La dimostrazione dell'idoneità tecnica dell'attrezzatura e del possesso delle qualifiche professionali dell'operatore incombe in linea di massima al richiedente. Spetta invece al Consiglio di Stato dimostrare semmai che il fabbisogno è già sufficientemente coperto, ovvero che l'offerta eccede la domanda di prestazioni.

4.2. La ricorrente contesta anzitutto la competenza del Cantone a dotarsi di uno strumento legislativo come quello in esame, volto da un lato ad assicurare la qualità delle prestazioni sanitarie in ambito diagnostico e terapeutico e dall'altro a contenere i costi della salute. L'eccezione è infondata. Secondo l'art. 3 Cost., i Cantoni sono sovrani per quanto la loro sovranità non sia limitata dalla Costituzione federale ed esercitano tutti i diritti non delegati alla Confederazione. La competenza a legiferare in materia di salute pubblica è per principio di competenza dei Cantoni, che hanno delegato alla Confederazione soltanto alcuni compiti specifici. In particolare, quello di emanare prescrizioni sull'assicurazione

contro le malattie e gli infortuni (art. 117 Cost.) e quello di legiferare sull'impiego di alimenti, nonché di farmaci, stupefacenti, organismi, sostanze chimiche e oggetti che possono mettere in pericolo la salute, sulla lotta contro malattie trasmissibili, fortemente diffuse o maligne dell'uomo e degli animali e sulla protezione dalle radiazioni ionizzanti (art. 118 Cost.). Competenze, queste, che, per principio non escludono quella del Cantone a legiferare nell'ambito in discussione. La stessa ricorrente riconosce peraltro che la Confederazione si è sinora limitata ad emanare disposizioni sugli stabilimenti destinati alle cure stazionarie (art. 39 LAMal), riservandosi di disciplinare semmai in futuro anche quelli che dispensano cure ambulatoriali. Non pretende inoltre che il decreto in contestazione interferisca con le limitazioni ad esercitare a carico dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie dispensate dagli operatori indicati dagli art. 36-38 LAMal, che il Consiglio federale ha adottato a titolo transitorio in applicazione dell'art. 55 a LAMal (cfr. Ordinanza del 3 luglio 2002 che limita il numero di fornitori di prestazioni ammessi ad esercitare la propria attività a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie; RS 832.103). Nemmeno l'art. 56 LAMal preclude ai Cantoni la facoltà di adottare provvedimenti volti a contenere la spesa sanitaria. Il principio dell'economicità delle cure, sancito da questa disposizione del diritto federale, non regola in modo esaustivo la materia (STFA 22.10.2202 n. K. 102/2000 consid. 3.2). In quest'ottica, anche l'art. 58 LAMal, volto ad assicurare la qualità delle prestazioni mediche, sembra lasciare ai Cantoni uno spazio residuo per legiferare in materia di misure diagnostiche o terapeutiche particolarmente onerose, almeno fintanto che il Consiglio federale non avrà previsto controlli scientifici e sistematici (cpv. 1) od emanato norme intese a garantire o a ristabilire la qualità e l'impiego appropriato delle prestazioni (cpv. 1). Facoltà, queste, di cui il Governo federale ha sinora fatto uso estremamente limitato, attraverso l'ordinanza sulla garanzia della qualità dei programmi di diagnosi precoce del cancro del seno mediante mammografia del 23 giugno 1999 (RS 832.102.4). Da questo profilo, il decreto in esame non disattende dunque il principio della preminenza del diritto federale (art. 49 Cost.). 4.3. Da respingere sono pure le eccezioni che la RI 1 solleva con riferimento alla forma delle prescrizioni adottate dal Cantone per limitare la libertà economica degli operatori sanitari che si avvalgono di particolari attrezzature. Il decreto di legge contiene norme di carattere astratto e generale ed è stato adottato dal Gran Consiglio nella sua qualità di legislatore ordinario. Contro di esso era data facoltà di referendum (art. 11 DL clausola del bisogno). Il decreto risponde dunque compiutamente alle esigenze poste dall'art. 36 cpv. 1 Cost. per l'adozione di restrizioni gravi dei diritti fondamentali, quali sono considerate quelle derivanti dalla clausola del bisogno. La limitazione temporale della sua validità (2010) non porta a diversa conclusione. 4.4. Come indica espressamente la sua stessa denominazione abbreviata, oltre che al regime dell'autorizzazione, il decreto legislativo in esame assoggetta la messa in esercizio di determinate attrezzature medico-tecniche alla clausola del bisogno (cfr. art. 3 cpv. 1 DL clausola del bisogno). Questa limitazione della libertà economica persegue due distinte finalità: una di polizia sanitaria (garanzia di qualità ed adeguatezza degli interventi; cfr. consid. 4.4.1.), l'altra di politica sociale (contenimento dei costi della salute; cfr. consid. 4.4.2.). 4.4.1. L'obiettivo di garantire la qualità e l'adeguatezza degli interventi è a sua volta duplice. Da un lato, si intende prevenire il rischio di applicazioni inadeguate e superflue, derivante dalla sovrabbondanza di attrezzature, dall'altro, si ripropone di assicurare il numero di pazienti per singola attrezzatura necessario per mantenere un sufficiente livello di competenza degli operatori sanitari (cfr. m. essaggio 15 settembre 1999 n. 4920 del Consiglio di Stato, n. 3.3.). La prima finalità attiene sicuramente alla polizia

sanitaria. Essa tutela infatti direttamente la salute dei pazienti, preservandola dalle conseguenze di un impiego eccessivo di queste attrezzature. La seconda finalità salvaguarda invece la salute dei pazienti soltanto di riflesso. In effetti, essa è volta anzitutto ad assicurare la preparazione, le capacità e le qualifiche professionali degli operatori sanitari. Entrambe le finalità sono di per sé indipendenti dal fatto che l'attività venga esercitata o meno a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie.

4.4.1.1. L'eccesso di atti medici, diagnostici o terapeutici, dannosi per la salute, non è un fenomeno specifico delle attrezzature a tecnologia avanzata o particolarmente costosa, ma riguarda tutti i campi della medicina. I pericoli per la salute derivanti dall'eccesso di atti medici non sono più gravi nel campo delle attrezzature in questione. Il rischio va semmai differenziato a seconda della natura diagnostica o terapeutica dell'atto. Se e per qual ragione la prevenzione di queste disfunzioni possa e debba giustificare l'adozione di una clausola del bisogno circoscritta al campo delle attrezzature suddette è questione che può rimanere indecisa, poiché nel caso concreto questo motivo di polizia sanitaria o non sussiste del tutto, o non costituisce un interesse pubblico sufficiente o non è comunque tale da legittimare una restrizione tanto grave della libertà economica dal profilo della proporzionalità. Nella misura in cui non si voglia a priori escludere l'eventualità che un acceleratore lineare per la radioterapia ambulatoriale venga impiegato senza fondate giustificazioni mediche nel trattamento di pazienti oncologici, dal profilo dell'idoneità della misura appare in ogni caso dubbio che la clausola del bisogno costituisca un mezzo in grado di prevenire un uso dell'attrezzatura pregiudizievole per la salute dei pazienti. Ammesso che lo sia, l'adozione di una clausola del bisogno per questo genere di attrezzature non adempie comunque il requisito della necessità, che le restrizioni delle libertà fondamentali devono soddisfare per essere considerate conformi al principio di proporzionalità. Altri provvedimenti, meno incisivi di una limitazione fondata su un fabbisogno accertato empiricamente e maggiormente rispettosi della libertà economica, quali un controllo dell'indicazione medica da parte di medici di fiducia o l'imposizione di particolari requisiti di qualità ai fornitori di prestazioni, in analogia a quanto previsto dall'art. 58 cpv. 3 lett. a e b LAMal, sono altrettanto, se non addirittura più idonei a conseguire il risultato auspicato. La restrizione della libertà economica derivante dalla clausola del bisogno appare infine eccessiva per rapporto all'incerto vantaggio che la misura è in grado di procurare in termini di qualità delle prestazioni dispensate e di tutela della salute pubblica.

4.4.1.2. La clausola del bisogno non può nemmeno essere giustificata dall'obiettivo di assicurare agli operatori in attività il numero di pazienti per singola attrezzatura necessario per mantenere un sufficiente livello di competenza. Anche questa finalità non riguarda soltanto il settore delle attrezzature a tecnologia avanzata o particolarmente costosa, ma l'attività degli operatori sanitari e dei medici in particolare, che, oltre ad aggiornarsi costantemente, devono esercitare la professione per mantenere un adeguato livello di qualità delle prestazioni. Ai fini del giudizio non occorre stabilire se e per quali motivi l'obiettivo di mantenere le competenze professionali degli operatori onde assicurare la qualità delle prestazioni sanitarie legittimi l'adozione di una clausola del bisogno soltanto nel campo delle attrezzature a tecnologia avanzata o particolarmente costosa. Al riguardo basta in effetti rilevare che dal profilo del principio di proporzionalità una simile restrizione della libertà economica non risponde sicuramente al requisito della necessità. Il controllo delle qualifiche professionali degli addetti a queste attrezzature può essere attuato con misure di gran lunga meno incisive della clausola del bisogno, quali ad esempio l'obbligo di compiere un numero minimo di atti terapeutici o diagnostici all'anno. Accreditando la tesi dell'autorità si finirebbe altrimenti

per giustificare l'introduzione della clausola del bisogno o del *numerus clausus* non soltanto nel campo delle attrezzature a tecnologia avanzata o particolarmente costosa, ma anche in altri ambiti professionali, non necessariamente medici, assoggettati al regime dell'autorizzazione di polizia. Analogamente, nemmeno l'obiettivo di assicurare allo IOSI almeno 600 pazienti all'anno, al fine di mantenere l'attuale riconoscimento quale sito di perfezionamento di categoria A per il conseguimento del titolo di specialista FMH, addotto dal Consiglio di Stato per giustificare ulteriormente la clausola del bisogno, costituisce un motivo di polizia sanitaria suscettibile di legittimare una restrizione tanto grave di un diritto fondamentale quale la libertà economica.

4.4.2. Quale secondo obiettivo, il DL clausola del bisogno si prefigge di contenere i costi della salute, fornendo in particolare un contributo agli sforzi intrapresi per limitare il costante aumento dei premi dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie e salvaguardando nel contempo gli investimenti effettuati dallo Stato nel campo delle attrezzature a tecnologia avanzata o particolarmente costosa. Al riguardo, va anzitutto rilevato che questo obiettivo di politica sociale può semmai giustificare la clausola del bisogno soltanto nella misura in cui le prestazioni diagnostiche o terapeutiche fornite da queste apparecchiature sono poste a carico dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie. Qualora i costi derivanti dall'esercizio di queste attrezzature non gravassero su questa assicurazione, come si verifica ad esempio nel caso di pazienti residenti all'estero, il rilascio dell'autorizzazione potrebbe essere fatto dipendere soltanto dall'idoneità tecnica dell'attrezzatura e dalle qualifiche professionali degli operatori. Una diversa conclusione, che accreditasse la tesi di salvaguardare mediante l'adozione di una clausola del bisogno gli investimenti effettuati dall'ente pubblico in questo specifico settore, finirebbe altrimenti per tradursi nell'implicita istituzione di un monopolio di fatto dello Stato. Nella misura in cui le prestazioni erogate da queste attrezzature sollecitano invece l'assicurazione obbligatoria contro le malattie, l'obiettivo del contenimento dei costi della sanità, anche se concorrente con le finalità dell'art. 56 LAMal, che tuttavia non regola la materia in modo esaustivo, può in linea di massima costituire un motivo di politica sociale, suscettibile di giustificare una restrizione della libertà economica attuata mediante l'adozione di una clausola del bisogno.

4.4.2.1. Dal profilo della sufficienza della base legale, va anzitutto rilevato che questo tribunale ha sinora ritenuto che il fabbisogno prefigurasse un concetto giuridico indeterminato (Max Imboden/René Rhinow, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, V. ed. n. 66 B II a). L'individuazione del suo contenuto normativo andrebbe quindi lasciata alla latitudine di giudizio del Consiglio di Stato, le cui conclusioni sarebbero censurabili soltanto nella misura in cui integrano gli estremi della violazione del diritto (art. 61 PAmm; STA 24.1.04 n. 52.2004.415 in re EOC; RDAT I 1995 n. 14; Marco Borghi/Guido Corti, *Compendio di procedura amministrativa ticinese*, ad art. 61 PAmm, n. 2 d). Sebbene conforme alla prassi del Tribunale federale (DTF 130 I 51 consid. 6.3.1.2; 111 Ia 31; STF 22.3. 2007 n. 2P.104/2006., consid. 3.3.3), è quantomeno dubbio che questa giurisprudenza risponda compiutamente alle esigenze dell'art. 36 cpv. 1 Cost. e possa essere mantenuta. Rappresentando la clausola del bisogno una restrizione grave di un diritto fondamentale, la base legale richiesta da tale norma costituzionale non dovrebbe limitarsi ad enunciare il principio dell'assoggettamento dell'autorizzazione alla clausola del bisogno, ma dovrebbe anche stabilire concretamente i parametri da prendere in considerazione per accertare l'esistenza di un bisogno da coprire. Dal profilo del principio di legalità, espressamente richiamato dall'art. 36 cpv. 1 Cost., la densità normativa dell'art. 3 DL clausola del bisogno è sicuramente carente (cfr. sull'obbligo di precisione delle norme DTF 109 Ia 273 seg.; René Rhinow/Beat Krähenmann,

Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Erg. Bd., n. 59 B II i). La questione può tuttavia rimanere aperta, poiché, nella misura in cui impedisce l'installazione e la messa in esercizio di attrezzature per la radioterapia oncologica ambulatoriale, la clausola del bisogno, come non può essere giustificata quale provvedimento di polizia sanitaria, non può nemmeno essere avallata quale provvedimento di politica sociale. 4.4.2.2. Nella misura in cui si voglia ammettere che una sovrabbondanza dell'offerta di acceleratori lineari per la radioterapia ambulatoriale comporti il rischio che simili attrezzature vengano impiegate senza fondate giustificazioni mediche nel trattamento di pazienti oncologici a scapito degli interessi economici delle assicurazioni sociali, l'adozione di una clausola del bisogno per questo particolare genere di attrezzature non appare comunque giustificata dal profilo della proporzionalità. Quand'anche studi specifici dovessero dimostrare che sussiste un interesse pubblico non coperto dall'art. 56 LAMal a contrastare un over-use di questo tipo di installazioni, la clausola del bisogno non adempirebbe comunque il requisito della necessità, che le restrizioni delle libertà fondamentali devono soddisfare onde rispondere alle esigenze poste dal principio di proporzionalità. Anche dal profilo del contenimento dei costi della salute, altri provvedimenti, maggiormente rispettosi della libertà economica, quali un controllo dell'indicazione medica, analogo a quello già oggi praticato dall'assicurazione malattia in base all'art. 56 LAMal, sono altrettanto, se non addirittura più idonei a conseguire il risultato auspicato. La restrizione della libertà economica derivante dalla clausola del bisogno appare anche da questo profilo eccessiva per rapporto al vantaggio economico che la misura è in grado di procurare in termini di moderazione della spesa sanitaria. Non trattandosi di attrezzature ad uso diagnostico, ma di installazioni ad uso terapeutico, il rischio di prestazioni ingiustificate dal profilo medico è tutto sommato limitato. I pazienti, nella stragrande maggioranza dei casi, verrebbero comunque curati altrove, per cui i costi a carico dell'assicurazione malattia rimarrebbero invariati. Nemmeno l'autorità sostiene d'altro canto che la maggiore disponibilità in loco di questo genere di attrezzature indurrebbe i medici curanti a privilegiare la radioterapia a scapito di opzioni terapeutiche alternative meno onerose per l'assicurazione malattia. Anche dal profilo delle finalità di politica sociale perseguite dalla clausola in contestazione, l'esigenza di tutelare le infrastrutture statali esistenti nel settore specifico non è atta a giustificare una limitazione della libertà economica. Ove non disponga di un monopolio, lo Stato non può limitare la libertà economica al mero scopo di sottrarsi agli effetti negativi derivanti dalla concorrenza degli stabilimenti privati. A differenza del contenimento dei premi di cassa malati, la riduzione del carico fiscale indotto dalla quota di spesa sanitaria coperta dalle imposte non può essere considerato un obiettivo di politica sociale sufficiente per giustificare una limitazione della libertà economica. Una diversa conclusione permetterebbe altrimenti allo Stato di limitare a piacimento tale libertà costituzionale al semplice scopo di salvaguardare gli investimenti effettuati nei settori nei quali entra in concorrenza con operatori economici privati. 5. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, il ricorso va dunque accolto, annullando la decisione impugnata e rinviando gli atti al Consiglio di Stato affinché rilasci all'insorgente l'auto-rizzazione richiesta. Dato l'esito, si prescinde dal prelievo di una tassa di giustizia. Le ripetibili sono invece a carico dello Stato secondo soccombenza. Per questi motivi, visti gli art. 27, 36, 94 Cost.; 39, 55 a, 56, 58 LAMal, 1, 2, 3 DL clausola del bisogno; 3, 18, 28, 31, 43, 60, 61, 65 PAMM dichiara e pronuncia:

E. 2.3

con rinvii). In quest'ordine di idee il Tribunale federale ha ripetutamente deciso che i funzionari o i membri delle autorità devono astenersi rispettivamente possono essere

ricusati solo quando vantano un interesse personale in relazione all'oggetto che devono trattare, non quando tutelano degli interessi pubblici (da ultimo ZBl 2005, pag. 634 segg., consid. 3.6.1. con rinvii). Ferma questa indispensabile premessa, ossia che vengano perseguiti (solo) pubblici interessi, questo principio si applica anche quando queste persone intervengono a doppio titolo, svolgendo cioè un doppio ruolo, su un determinato oggetto (DTF 107 Ia 135 consid. 2b relativo al caso di due membri del Governo zurighese, che sedevano nel contempo nel consiglio di amministrazione di un ente autonomo del diritto pubblico cantonale; STA 2.3.2007 in re M. e llcc n. 52.2006.363 consid. 2 seg.; cfr. per un sunto della giurisprudenza e della dottrina, Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Zurigo 2002, pag. 171 seg.).

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