

TI_GERICHTE 52.2007.304 vom 9. Juli 2008

TI Tribunale d'appello, 2008-07-09, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2007.304

FR: TI_GERICHTE 52.2007.304 du 9 juillet 2008

IT: TI_GERICHTE 52.2007.304 del 9 luglio 2008

Erwägungen

E. 17

cpv. 1 ODMed, secondo cui la loro dispensazione deve avvenire conformemente allo scopo al quale sono destinati e ai dati della persona responsabile della loro prima messa in commercio. 2.3.3. La regolamentazione prevista dal diritto federale in materia di dispensazione e utilizzazione di dispositivi medici è esaustiva (cfr. Messaggio del 1° marzo 1999 alla LATer, in FF 1999 III 2974 e 2989). Inoltre, contrariamente a quanto affermato dal DSS nel corso di causa e dal Consiglio di Stato nella decisione qui impugnata, nulla permette di affermare che, per quanto il legislatore federale abbia delegato al Consiglio federale il compito di adottare delle norme complementari in materia, quest'ultimo non abbia ancora esercitato appieno le proprie prerogative legislative, lasciando in questo modo ancora spazio al diritto cantonale. Anzi, l'emanazione dell'ODMed e, per quanto più interessa in questa sede, degli art. 16 e segg. di questa ordinanza, indicano proprio il contrario. Il semplice fatto che il Governo federale non abbia in questo ambito adottato alcuna disposizione volta a definire in maniera dettagliata le categorie di professionisti legittimate a vendere dispositivi medici, rispettivamente, i dispositivi medici che possono essere venduti dalle varie categorie di professionisti, non costituisce affatto una lacuna nell'attuale ordinamento federale, temporaneamente colmabile attraverso l'applicazione di norme di diritto cantonale, quanto piuttosto il frutto di una ben precisa scelta dettata dalla necessità di rispettare le linee guida tracciate dal legislatore federale il quale, come illustrato sopra, a differenza di quanto previsto per i medicinali, in materia di dispositivi medici ha optato per un regime di vendita fondamentalmente libero da restrizione, all'interno comunque di un contesto regolamentato. Questi agenti terapeutici sono infatti immessi nel commercio senza alcuna preventiva autorizzazione o omologazione da parte dell'autorità, in contrapposizione a quanto avviene invece per i medicinali. Il principio dell'autorizzazione è stato sostituito dal quello della responsabilità del fabbricante, del distributore o dell'utilizzatore e da una sorveglianza del mercato sul piano internazionale. In questo settore la Svizzera non ha fatto altro che riprendere una regolamentazione già in vigore nell'Unione europea e denominata "new and global approach", la quale impone all'ente pubblico di stabilire le prescrizioni tecniche essenziali dei vari prodotti, ma lascia poi al fabbricante la responsabilità di rispettare le medesime e di dimostrarlo attraverso dei certificati di valutazione della conformità del prodotto rilasciati da organi designati e riconosciuti dallo Stato (cfr. Messaggio del 1° marzo 1999 alla LATer, in FF 1999 III 2979 e seg.). Si deve dunque convenire con la ricorrente che il quadro legislativo attualmente in vigore a livello federale non permette più ai Cantoni di mantenere in vigore o addirittura emanare nuove disposizioni intese a limitare la cerchia dei professionisti legittimati a vendere occhiali o a sottoporre ad un regime autorizzativo tale genere di attività. Ne discende che, nella misura in cui è fondata sull'art. 73 cpv. 1 LSan, la decisione con la quale il DSS ha accertato che gli occhiali prodotti dalla ricorrente non possono essere liberamente

commercializzati attraverso gli oftalmologi attivi nel Cantone Ticino risulta lesiva del principio della preminenza del diritto federale. Nel caso specifico tale divieto, ostacola chiaramente l'applicazione delle norme di rango superiore appena menzionate, le quali per l'appunto non prevedono alcuna limitazione per quanto attiene alle varie categorie professionali che hanno il diritto di vendere questo genere di prodotti, né ammettono la possibilità per i Cantoni di introdurre dei regimi autorizzativo in questo specifico settore. L'art. 73 cpv. 1 LSan concerne d'altra parte il medesimo campo disciplinato dalla LATer e dall'ODMed e mira a salvaguardare lo stesso interesse collettivo, vale a dire la tutela della salute delle persone (cfr. art. 2 cpv. 1 e 3 lett. f LSan), per cui su questo punto il gravame risulta fondato.

3. 3.1. Il DSS ha pure ritenuto che all'accoglimento della richiesta formulata dalla ricorrente si opponesse l'art. 71 cpv. 2 LSan, giusta il quale gli operatori sanitari non possono concludere accordi o contratti con laboratori di analisi, farmacie, altre strutture sanitarie o aziende che espongono i primi a obblighi e situazioni di dipendenza incompatibili con la dignità professionale o con l'interesse sanitario o economico del paziente. Secondo l'autorità di prime cure, è importante che la figura del medico oftalmologo resti ben distinta da quella del commerciante di occhiali da vista, per meglio salvaguardare il rapporto di fiducia che egli istaura con il paziente, il quale non può essere sfiorato dal dubbio che le prestazioni dispensate dal primo possano essere dettate (anche) da motivi economici e deve fruire della più ampia libertà di scelta del prodotto. La ricorrente ritiene che da questo profilo la querelata risoluzione dipartimentale violi la sua libertà economica. Sostiene che restrizioni alla dispensazione diretta di agenti terapeutici possono sussistere soltanto per i medicinali, in virtù di quanto previsto dall'art. 24 cpv. 1 lett. b LATer, ma non per i dispositivi medici. Contesta inoltre che il modello di vendita da lei adottato limiti la libertà del paziente, il quale per contro disporrebbe in questo modo di un'opzione in più per l'acquisto di occhiali e sarebbe inoltre meglio tutelato dal profilo sanitario. In ogni caso, quando anche dovesse essere sorretto da una valida base legale, il divieto opposto dal DSS non sarebbe in ogni caso rispettoso del principio della proporzionalità.

3.2. 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.). 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. Giusta l'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.; DTF 128 I 9 consid. 3a; DTF 125 I 431 consid. 4b; 121 I 129 consid. 3b). 3.3. L'art. 71 LSan fa parte di quelle disposizioni della legge sanitaria, volte a disciplinare dal punto di vista deontologico l'attività svolta dagli operatori sanitari. Sennonché, questa disposizione non è più applicabile a chi esercita a titolo indipendente una professione medica universitaria, dopo che il 1° settembre 2007 è entrata in vigore la legge federale sulle professioni mediche universitarie del 23 giugno 2006 (LPMed; RS 811.11). L'art. 40 di questa normativa elenca infatti in maniera esaustiva gli obblighi professionali che incombono a questa categoria di operatori sanitari, di cui fanno senz'altro parte anche i medici oftalmologi a cui la ricorrente intende rivolgersi per la distribuzione dei suoi prodotti. La loro violazione comporta l'adozione da parte delle competenti autorità di vigilanza cantonali (art. 41 LPMed) delle misure disciplinari previste dall'art. 43 LPMed. Per quanto qui più interessa, l'art. 40 lett. e LPMed sancisce l'obbligo di tutelare, nel collaborare con i membri di altre professioni sanitarie, esclusivamente gli interessi dei pazienti e di operare indipendentemente da vantaggi finanziari. Ora, la strategia di distribuzione dei propri prodotti che la ricorrente intende perseguire in Ticino potrebbe effettivamente porre qualche problema ai medici che dovessero condividerla, dal punto di vista del rispetto dei doveri professionali appena menzionati. Particolarmente delicato appare in effetti il legame contrattuale che verrebbe ad instaurarsi tra fabbricante di occhiali e oftalmologo, come pure il fatto che quest'ultimo acquisirebbe un interesse economico personale nella commercializzazione dei prodotti da lui stesso prescritti ai propri pazienti, il che potrebbe effettivamente risultare in contrasto con quanto sancito dall'art. 40 lett. e LPMed (sulla portata di questa disposizione cfr. in particolare: Ueli Kieser/ Tomas Poledna, Grenze finanzieller Interessen von Medizinalpersonen, in AJP 4/2008, pag. 420 e segg.). La questione, senz'altro interessante dal profilo giuridico, non necessita però di essere ulteriormente approfondita in questa sede, poiché in definitiva non è determinante ai fini del presente giudizio. Infatti gli obblighi professionali stabiliti dalla suddetta norma vincolano unicamente le persone che esercitano una professione medica universitaria a titolo indipendente e la loro eventuale disattenzione può comportare tutt'al più la pronuncia nei loro confronti di misure disciplinari. In simili circostanze, né l'art. 40 lett. e LPMed, né a più forte ragione l'art. 71 LSan costituiscono una valida base legale per imporre delle limitazioni, come quelle pronunciate dal DSS, all'attività commerciale della ricorrente, che, in qualità di ditta specializzata nella fabbricazione di prodotti ottici e oftalmologici, non ricade certamente nel campo di applicazione di queste normative e come tale è libera di perseguire le strategie di vendita che meglio crede. Per quanto riguarda poi gli oftalmologi, l'adozione di eventuali misure spetta se del caso alla Commissione di vigilanza sanitaria nella singola fattispecie concreta, e non al DSS attraverso una decisione come quella oggetto della presente contestazione. Quest'ultima appare dunque sprovvista di una valida base legale, ragione per cui anche su questo punto le censure della ricorrente si rivelano fondate. 4. Stante tutto quanto precede, il ricorso deve essere accolto. Di conseguenza la risoluzione 23 novembre 2004/7marzo 2006 del DSS è annullata unitamente alla decisione 7 novembre 2006 del Consiglio di Stato che la tutela. A prescindere dagli eventuali aspetti disciplinari che potrebbero insorgere e che dovranno, se del caso, essere valutati in altra sede dalle competenti autorità di vigilanza, è dunque accertato che la RI 1 è legittimata a distribuire i propri prodotti attraverso gli oftalmologi del Cantone, senza che si renda necessario il rilascio di un'autorizzazione a favore di quest'ultimi. 5. Visto l'esito, si rinuncia al prelievo di tasse e spese. Lo Stato del Cantone Ticino dovrà però versare alla ricorrente, patrocinata da un avvocato, un'adeguata indennità a titolo di ripetibili (art. 31

LPamm). Per questi motivi, visti gli art. 27, 36, 49 cpv. 1, 118 Cost; 6 CEDU; 1, 2, 4, 23-26, 45 e segg. LATer, 17 ODMed, 40 LPMed; 71, 73 e 89 LSan; 3, 18, 28, 31, 43, 46, 60 e 61 LPamm; dichiara e pronuncia: 1. Il ricorso è accolto . §. Di conseguenza: 1.1. la decisione 23 novembre 2004/7marzo 2006 del DSS e quella 6 novembre 2006 del Consiglio di Stato che la tutela sono annullate; 1.2. è accertata la facoltà per la ricorrente di fornire ai medici oftalmologi che esercitano nel Cantone Ticino occhiali da vista destinati ai pazienti di quest'ultimi, senza il preventivo ottenimento di una qualsiasi autorizzazione. 2. Non si prelevano né tasse, né spese. 3. Lo Stato verserà alla ricorrente un'indennità di fr. 4'000.- a titolo di ripetibili. 4. Contro la presente decisione è dato ricorso in materia di diritto pubblico al Tribunale federale a Losanna entro il termine di 30 giorni dalla sua notificazione (art. 82 segg. LTF). Qualora non sia proponibile il ricorso in materia di diritto pubblico, entro il medesimo termine è ammesso il ricorso sussidiario in materia costituzionale al Tribunale federale (art. 113 segg. LTF). 5. Intimazione a: ; ; . Per il Tribunale cantonale amministrativo Il vicepresidente II
segretario

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