

TI_GERICHTE 52.2007.86 vom 5. Juli 2007

TI Tribunale d'appello, 2007-07-05, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_52.2007.86

FR: TI_GERICHTE 52.2007.86 du 5 juillet 2007

IT: TI_GERICHTE 52.2007.86 del 5 luglio 2007

Regeste

Autorizzazione per la messa in esercizio di una sala operatoria per la chirurgia oftalmica ambulatoriale. Costituzionalità della clausola del bisogno; prova della copertura del fabbisogno di questo tipo di sale operatorie. Limitazione della libertà economica

Erwägungen

E. 3

DL clausola del bisogno). 2.2. 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), questa giurisprudenza è criticata dalla dottrina (Alfred Kölz, Rechtsprechungsbericht 1985, ZBJV 123/ 1987; Bedürfnis und Bedürfnisklauseln im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1994, Zurigo, pag. 518 seg., in particolare 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. È dunque quantomeno dubbio che 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, per i motivi che verranno esposti nei seguenti considerandi. 3. 3.1. Anche nel campo delle attrezzature e delle infrastrutture medico-tecniche il fabbisogno dipende dal rapporto tra la domanda e l'offerta di prestazioni. Per bisogno si intende generalmente un'eccedenza della domanda rispetto all'offerta. Un bisogno sussiste pertanto quando la domanda non è coperta dall'offerta. Per principio, la domanda di interventi chirurgici è determinata dal numero di pazienti ai quali è diagnosticata una patologia che richiama necessariamente un intervento terapeutico di questa natura. Di per sé, occorrerebbe esigere

che non sussistano altrettanto valide alternative terapeutiche, soprattutto di tipo conservativo. La necessità dell'intervento non è tuttavia sempre definibile con parametri oggettivi. È inevitabile che l'indicazione chirurgica rimanga in una certa misura rimessa all'apprezzamento del medico curante. Essa dipende inoltre anche dal consenso del paziente che può preferire trattamenti incruenti, magari meno efficaci, ma più tollerabili. L'offerta di sale operatorie per interventi chirurgici è invece determinata dalla disponibilità di strutture appositamente attrezzate per questo genere d'interventi. La maggior parte delle sale operatorie in esercizio nel Cantone servono tanto ai trattamenti stazionari, previsti dal mandato di prestazione attribuito dalla pianificazione ospedaliera ai singoli istituti di cura, quanto agli interventi di tipo ambulatoriale. In generale, esse non sono dedicate ad una singola disciplina chirurgica, ma sono al servizio di più specialità, che vi si avvicinano secondo piani di gestione allestiti in base a criteri che non occorre qui illustrare nei dettagli. Esse non sono inoltre aperte a tutti i medici, ma sono riservate esclusivamente ai chirurghi accreditati, in quanto dipendenti dell'istituto di cura o ammessi in base ad accordi particolari.

E. 3.2.1

Nel caso concreto, i ricorrenti negano anzitutto che la controversa sala operatoria soggiaccia ad autorizzazione secondo il DL clausola del bisogno. L'eccezione è infondata. Invano i ricorrenti sostengono che si tratti di una piccola infrastruttura, destinata a soddisfare le esigenze correnti dello studio medico del dr. RI 1. È ben vero che, stando ai materiali legislativi, i locali, destinati ai piccoli interventi ambulatoriali, presenti in molti studi medici non soggiacciono ad autorizzazione. Con ogni evidenza, una sala operatoria destinata a permettere l'esecuzione di 650 - 700 interventi di cataratta all'anno, pari a circa un terzo di quelli praticati nel Cantone, non può tuttavia essere paragonata a questo genere d'infrastrutture.

E. 3.2.2

Con la decisione impugnata, il Governo ha poi ritenuto che il fabbisogno di sale operatorie per la chirurgia oftalmica ambulatoriale fosse adeguatamente coperto. La deduzione non procede da un confronto ragionato fra la domanda e l'offerta, ma si fonda essenzialmente sulle informazioni raccolte dall'autorità presso gli istituti di cura pubblici e privati in attività nel Cantone in merito all'attesa che i pazienti devono sopportare prima di essere sottoposti ad un intervento di chirurgia oftalmica ambulatoriale. Per quanto riguarda la domanda, gli atti non forniscono dati precisi sul numero e sulla natura degli interventi di chirurgia oftalmica ambulatoriale effettuati nel Cantone. Stando agli insorgenti, si tratterebbe di un paio di migliaia di interventi, in prevalenza di cataratta, che per circa un terzo vengono attualmente eseguiti dal ricorrente dr. RI 1. Nulla è dato di sapere circa l'evoluzione di questo tipo di operazione sull'arco del tempo. Dagli atti non emergono informazioni precise nemmeno sull'offerta di sale operatorie in esercizio nel Cantone e sull'attività che vi viene svolta. Dalla documentazione raccolta dall'autorità cantonale emerge soltanto che la chirurgia oftalmica viene esercitata in cinque diverse strutture: due appartenenti all'Ente Ospedaliero Cantonale (EOC; Ospedale _____ di _____ e _____ di _____) e tre annesse a cliniche private (Clinica _____, Clinica _____ di _____ e Clinica _____ di _____). Di queste sale operatorie, soltanto quella installata nella sede dell'Ospedale _____ è esclusivamente riservata agli interventi di chirurgia oftalmica. Le altre quattro sale, per quanto consta a questo tribunale, servono invece anche agli interventi chirurgici di altre specialità mediche sia in ambito

stazionario, sia in ambito ambulatoriale. Dagli atti non emerge alcuna indicazione sul loro grado di occupazione e sui programmi operatori per specialità. In particolare, non è dato di sapere in che misura vengano utilizzate per gli interventi di chirurgia oftalmica ambulatoriale, rispettivamente per gli interventi chirurgici stazionari o ambulatoriali di tutte le altre discipline che vi fanno capo. Gli atti non forniscono nemmeno dati concreti che permettano di effettuare raffronti con la situazione di altri cantoni, né per quanto riguarda il numero di interventi di chirurgia oftalmica ambulatoriale pro capite, né per quanto concerne il numero di sale operatorie attrezzate per questo genere di interventi. Gli unici dati di una certa consistenza ed utilità sono quelli relativi ai tempi d'attesa per gli interventi di cataratta, che sono stati raccolti dal Dipartimento della sanità e della socialità (DSS) interpellando per e-mail i due primari di oftalmologia dell'EOC (_____ e _____), rispettivamente la presidente dell'Associazione cliniche ticinesi, che ha a sua volta interpellato i direttori delle cliniche private sopra citate. Da queste informazioni emerge che i tempi d'attesa variano da 2-3 settimane (_____ e Clinica _____) a 2-3 mesi (_____). La Clinica _____ e la Clinica _____ non hanno invece fornito indicazioni, poiché le liste d'attesa sono gestite direttamente dai medici curanti. Pur fornendo qualche elemento di giudizio, queste informazioni non bastano tuttavia per dimostrare con sufficiente attendibilità che il fabbisogno di sale operatorie per la chirurgia oftalmica, segnatamente per quella ambulatoriale, in Ticino è adeguatamente coperto. Le indicazioni raccolte rimangono allo stadio di semplici indizi, insufficienti per legittimare una limitazione della libertà economica così incisiva come quella in discussione. Non essendo compito specifico di questo tribunale quello di ricercare prove di cui l'autorità cantonale nemmeno postula l'assunzione, già per questo motivo il ricorso deve essere accolto.

E. 3.2.3

A maggior ragione si giustifica questa conclusione se si considera che la Clinica _____, nella quale veniva praticato circa un terzo degli interventi di cataratta eseguiti nel Cantone, ha ceduto ai ricorrenti le installazioni per la chirurgia oftalmica. Non si può in effetti negare che lo smantellamento delle infrastrutture derivante dalla loro cessione agli insorgenti riduca in misura significativa l'offerta di sale operatorie disponibili per questo genere di interventi. È ben vero che la Clinica _____ ha dichiarato di non rinunciare al mandato di prestazioni di oftalmologia, che le è stato conferito dalla pianificazione ospedaliera. La dichiarazione di mantenimento del mandato non permette tuttavia di concludere che l'offerta di sale operatorie per la chirurgia oftalmica rimanga immutata. La pianificazione ospedaliera riguarda in effetti soltanto le cure stazionarie (art. 39 LAMal). A differenza del DL clausola del bisogno, che regola la messa in esercizio di attrezzature medico-tecniche a tecnologia avanzata o particolarmente costose sia che dispensino prestazioni stazionarie, sia che erogino prestazioni ambulatoriali (art. 1 cpv. 2), la pianificazione ospedaliera non comprende anche i trattamenti e le cure ambulatoriali. Il mandato per le prestazioni di chirurgia oftalmica assegnato dalla pianificazione ospedaliera alla Clinica _____ può dunque riguardare soltanto le prestazioni stazionarie. Non può essere riferito anche alle prestazioni dispensate in via ambulatoriale. Di conseguenza, il mandato in questione non è senz'altro atto a giustificare il rilascio di una nuova autorizzazione, necessaria secondo l'art. 1 cpv. 3 DL clausola del bisogno, per la sostituzione delle infrastrutture cedute ai ricorrenti. In base all'art. 3 cpv. 3 DL clausola del bisogno, esso potrà semmai permettere il ripristino della sala operatoria nella misura in cui verrà utilizzata per interventi di chirurgia oftalmica di tipo stazionario.

E. 4

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, il ricorso può dunque essere accolto senza che occorra esaminare le eccezioni sollevate dai ricorrenti con riferimento alla libertà economica garantita dall'art. 27 Cost. fed. Non occorre in particolare verificare se le considerazioni sviluppate da questo tribunale nel giudizio 25 maggio 2007 (n. 52.2007. 331) in merito alle attrezzature per la radioterapia ambulatoriale valgano anche per le sale operatorie per la chirurgia oftalmica ambulatoriale. La decisione impugnata va di conseguenza annullata e gli atti rinviati al Consiglio di Stato, affinché rilasci l'autorizzazione 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: 1. Il ricorso è accolto. §. Di conseguenza: 1.1. la decisione 27 febbraio 2007 del Consiglio di Stato (n. 920) è annullata; 1.2. gli atti sono rinviati al Consiglio di Stato affinché rilasci ai ricorrenti l'autorizzazione richiesta. 2. Non si preleva tassa di giustizia. Lo Stato rifonderà ai ricorrenti fr. 3'000.- a titolo di ripetibili. 3. 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 ss 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 ss LTF). 4. Intimazione a: Per il Tribunale cantonale amministrativo Il
presidente Il segretario

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