

Pubblicato il 29/04/2019

N. 00384/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00548/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 548 del 2018, proposto da Ablaspezia s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Silvia Stefanelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Santo Stefano Magra, rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Birga, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri di La Spezia, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

dell'ordinanza n. 83 del 11.7.2018, con cui il Comune di Santo Stefano di Magra ha disposto la sospensione per un periodo di sei mesi, nei confronti di Ablaspezia s.r.l. e di DP 13 s.r.l. dell'attività di ambulatorio odontoiatrico esercitata in Santo Stefano di Magra, via Arzelà 7, all'interno del Centro Commerciale La Fabbrica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Santo Stefano Magra;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2019 il dott. Angelo Vitali e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 10.8.2018 la società Ablaspezia s.r.l., titolare di un presidio sanitario ambulatoriale sito in Santo Stefano di Magra, via Arzelà 7, all'interno del centro commerciale La Fabbrica, regolarmente autorizzato all'esercizio dell'attività odontoiatrica con provvedimento del Comune di Santo Stefano di Magra n. prot. 10360/2014, ha impugnato l'ordinanza n. 83 del 11.7.2018, con cui il Comune di Santo Stefano di Magra ha disposto la sospensione per un periodo di sei mesi, nei suoi confronti e nei confronti della società DP 13 s.r.l. (cessionaria, dall'11.6.2018, del relativo ramo aziendale) dell'attività di ambulatorio odontoiatrico esercitata all'interno del centro commerciale La Fabbrica, a motivo del fatto che, secondo un documentato esposto del Presidente della Commissione Albo Odontoiatri dell'Ordine dei Medici di La Spezia, avrebbe esposto materiale pubblicitario non recante il nominativo del direttore sanitario, in violazione dell'art. 4 comma 2 della legge 5.2.1992, n. 175.

Premessa una ricostruzione della normativa applicabile, solleva dubbi circa la legittimità costituzionale della legge n. 175/1992, sotto il profilo della proporzionalità e adeguatezza della sanzione, e, a sostegno del gravame, deduce quattro motivi di ricorso, come segue.

1. Sull'accertamento dell'illecito. Violazione di legge per violazione dell'art. 5 L. n. 175/1992 in combinato disposto con artt. 1, 2, 3, 6 L. n. 241/1990 e art. 1, 13, 14 e 20 L. n. 689/1981 - Erroneità dell'istruttoria – Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti difetto di istruttoria - assenza o apparente motivazione, eccesso di potere per erronea valutazione dei fatti.

Il procedimento sanzionatorio si basa totalmente su tre fotografie consegnate al comune dal Presidente dell'Ordine dei Medici, dalle quali peraltro non si vedono - se non parzialmente - i contenuti delle pubblicità e non se ne comprende la collocazione fisica e temporale, non essendovi dunque certezza circa la carenza del nominativo della direzione sanitaria sui volantini e sul cartellone che si vede collocato di fianco all'ingresso dell'ambulatorio.

Se il Comune avesse disposto un'ispezione dei propri agenti accertatori avrebbe dato la possibilità al personale di Ablaspezia addetto all'ambulatorio di dare le dovute spiegazioni, e di mostrare concretamente le reali attività pubblicitarie in essere.

2. Sull'elemento soggettivo. Violazione di legge per falsa applicazione dell'art. 5 L. 175/1992 in combinato disposto con gli artt. 1 e 3 della L. 689/1981 e gli artt. 1, 3, 6 L. 241/1990.

Il Comune non avrebbe per nulla considerato l'elemento soggettivo dell'illecito ascritto ad Ablaspezia, sotto il profilo del così detto errore di diritto scusabile circa l'abrogazione delle norme della legge n. 175/1992 applicate dal Comune di Santo Stefano di Magra.

Palese sarebbe comunque l'assenza di colpa da parte del professionista e dunque, in applicazione dell'art. 3 della L. 689/1981, la sanzione amministrativa non sarebbe applicabile.

3. Violazione di legge per violazione dell'art. 2 DL 223/2006 in combinato disposto con l'art. 4 DPR 137/2012 – Eccesso di potere per inosservanza delle circolari del Ministero della Salute.

La normativa sulla pubblicità di cui alla Legge n. 175/1992 sarebbe stata espressamente abrogata dalla successiva normativa di liberalizzazione a fini pro concorrenziali del settore.

4. Sul procedimento di subentro nella titolarità della struttura sanitaria e applicazione della sanzione amministrativa della sospensione dell'attività per mesi 6 in capo al soggetto subentrante - Violazione di legge per violazione dell'art. 5 L.R. 9/2017 in combinato disposto con l'art. 8 ter D.lgs. 502/1992 e gli artt. 1 e 7 L. 689/1981 e artt. 1,2,3 e 20 L. 241/1990.

Con l'ordinanza di sospensione impugnata il Comune di Santo Stefano di Magra avrebbe nella sostanza impedito ad Ablaspezia s.r.l. di procedere con la cessione del ramo aziendale in favore di DP 13 s.r.l., come da contratto firmato l'11.6.2018 e comunicazione del 13.6.2018 inviata al comune ai sensi dell'art. 5 comma 6 della LR 9/2017.

Si è costituito in giudizio il comune di Santo Stefano di Magra, controdeducendo ed instando per la reiezione del ricorso.

Con ordinanza 7.2.2019, n. 100 la sezione ha ordinato al Comune di Santo Stefano di Magra di depositare in giudizio copia della segnalazione del Presidente della Commissione Albo Odontoiatri dell'Ordine dei Medici di La Spezia prot. 905 del 19.4.2017, acquisita al protocollo comunale con il n. 6555 del 20.4.2017, unitamente a tutta la documentazione fotografica allegata.

Il comune ha adempiuto in data 11.2.2019 e, alla pubblica udienza del 18 aprile 2019, il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

Giova premettere come la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4 e 5 L. 175/1992 - che parte ricorrente prospetta - appare manifestamente infondata.

La libera iniziativa economica privata deve infatti svolgersi – ex art. 41 Cost., - nell'ambito dei controlli che la legge appresta al fine di assicurarne l'esercizio nel

rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, tra i quali rientra quello alla salute (art. 32 Cost.).

Posto che la legge n. 175/1992 è espressamente finalizzata – tra l'altro – alla repressione dell'esercizio abusivo delle professioni sanitarie, l'obbligatorietà dell'indicazione, nel materiale pubblicitario informativo, del nominativo del medico responsabile della direzione sanitaria, comportando un minimo onere di diligenza, non pare certo sproporzionata rispetto alla finalità di tutela del diritto fondamentale alla salute.

Ciò premesso, il ricorso è infondato, per le motivazioni che seguono (seguendo l'ordine dei motivi di ricorso).

1. Giova premettere che, ai sensi dell'art. 3 comma 2 lett. e) del D.Lgs. C.P.S. 13.9.1946, n. 233, alle commissioni di albo spetta, tra l'altro, di dare il proprio concorso alle autorità locali nell'attuazione dei provvedimenti *“che comunque possano interessare la professione”*, sicché la Commissione Albo Odontoiatri dell'Ordine dei Medici di La Spezia è titolare di una specifica posizione qualificata che la facoltizza a segnalare – a tutela dell'intera categoria rappresentata - gli illeciti professionali e a sollecitare alle autorità locali l'adozione dei relativi provvedimenti sanzionatori.

Ciò posto, alla luce della documentazione fotografica allegata all'esposto del Presidente della Commissione albo odontoiatri dell'Ordine dei medici di La Spezia (cfr. la documentazione depositata in esecuzione dell'ordinanza istruttoria) e delle ammissioni contenute nella memoria procedimentale di Ablaspezia (doc. 3 allegato 10 delle produzioni 10.8.2018 di parte ricorrente) circa il fatto che i volantini in questione sono riconducibili alla società ricorrente e che sarebbero stati esposti in un apposito contenitore posizionato all'ingresso dei locali (seppure, in tesi, destinati soltanto ad una distribuzione all'interno della clinica), può dirsi provato che né i pieghevoli in questione, né l'insegna all'esterno dei locali in cui si svolge l'attività

professionale recassero l'obbligatoria indicazione del medico responsabile della direzione sanitaria.

Per il resto, non è seriamente contestabile la natura pubblicitaria dei volantini in questione, che sono oggettivamente volti a reclamizzare i servizi protesici e di ortodonzia tradizionale offerti dalla struttura sanitaria all'insegna DentalPro, e che, essendo posizionati in un espositore all'ingresso dell'ambulatorio - ma all'esterno dell'area clinica - fossero a disposizione di chiunque frequentasse il centro commerciale e si trovasse a passare dinanzi alla struttura, cioè di un pubblico indistinto.

Donde l'infondatezza del censurato difetto di istruttoria e del travisamento dei fatti.

2. Infondato è anche il rilievo circa la carenza dell'elemento soggettivo.

Ai sensi dell'art. 3 della legge 24.11.1981, n. 689, "Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa. Nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa".

Nel caso di specie, la violazione è certamente imputabile a titolo di colpa ex art. 43 c.p., sub specie dell'inosservanza del chiaro precetto di cui all'art. 4 della legge n. 175/1992.

Donde la sussistenza dell'elemento psicologico.

Né vale opporre che l'omissione sanzionata sarebbe stata determinata da un errore circa la perdurante vigenza dell'art. 4 comma 2 della L. n. 175/1992.

Si tratta infatti di un errore di diritto, come tale inidoneo - ex art. 3 comma 2 L. 689/1981 - ad escludere la responsabilità del trasgressore, viepiù se si considera che, attenendo all'adempimento di una obbligazione di fonte legale inerente all'esercizio di un'attività professionale (sanitaria), era esigibile un supplemento di diligenza (art. 1176 comma 2 cod. civ.), sicché l'errore appare, in concreto, anche inescusabile.

3. La normativa sulla pubblicità di cui alla Legge n. 175/1992 non è stata affatto abrogata dalla successiva normativa di liberalizzazione a fini pro concorrenziali del settore.

Altro è infatti liberalizzare un'attività pubblicitaria prima vietata, altro è conformarne i contenuti minimi in funzione della repressione dell'esercizio abusivo delle professioni sanitarie, e quindi - in ultima istanza - della tutela del diritto fondamentale alla salute.

Su punto è sufficiente richiamare la recente giurisprudenza della sezione (cfr. T.A.R. Liguria, II, 27.10.2017, n. 802, confermata da Cons. di St., III, 8.6.2018, n. 3467) .

4. Il quarto motivo di ricorso è in parte infondato ed in parte inammissibile per difetto di legittimazione.

La cessione, dalla società Ablaspezia s.r.l. a DP13 s.r.l., dell'azienda per l'esercizio dell'attività di ambulatorio odontoiatrico corrente in Santo Stefano di Magra, via Arzelà 7, all'interno del centro commerciale La Fabbrica, è intervenuta in data 11.6.2018 (doc. 4 delle produzioni 10.8.2018 di parte ricorrente), è stata comunicata al comune in data 15.6.2018 (cfr. la nota comunale 1.7.2018 prot. 12619, doc. 2 delle produzioni di parte ricorrente), e comprendeva espressamente, tra le attività trasferite, i permessi e le autorizzazioni necessari allo svolgimento dell'attività (art. 2.1.3 - punto vi).

La sua efficacia traslativa e l'immissione della cessionaria nel possesso dei beni costituenti il compendio aziendale erano peraltro espressamente sottoposti a condizione sospensiva concernente l'ottenimento della voltura dell'autorizzazione sanitaria (artt. 2.4 e 6.1.2), condizione che, alla data di emissione del provvedimento impugnato (11.7.2018), non si era ancora avverata, posto che, ancora in data 31.7.2018, non risultavano presentate le dichiarazioni circa il possesso, da parte della società cessionaria, dei requisiti morali richiesti dalla legislazione antimafia (cfr. la nota comunale 31.7.2018, prot. 13456 – doc. 3 delle produzioni di parte ricorrente).

Né potrebbe dirsi formato il silenzio-assenso ex art. 20 L. n. 241/1990, vuoi perché l'autorizzazione sanitaria concerne una materia (salute) espressamente esclusa dall'applicazione della disciplina del silenzio-assenso (art. 20 comma 4 L. 241/1990), vuoi perché tra la data della comunicazione del trasferimento d'azienda (15.6.2018) e quella di adozione del provvedimento impugnato (11.7.2018) non erano trascorsi i trenta giorni per la formazione del silenzio-assenso.

Dunque il provvedimento, sebbene indirizzato anche alla cessionaria, ha inciso su di un (bene facente parte di un) complesso aziendale ancora nella piena disponibilità della società cedente, responsabile dell'illecito amministrativo.

Per il resto, la società Ablaspezia non è legittimata a dolersi, in nome e per conto della società cessionaria DP13 s.r.l., del provvedimento impugnato, nella parte in cui ha applicato la sanzione anche al soggetto subentrante (p. 24 del ricorso, punto C). La relativa statuizione incide infatti sulle posizioni giuridiche della società DP13 s.r.l., unica legittimata a dolersene (art. 81 c.p.c.).

Le spese seguono come di regola la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società ricorrente al pagamento, in favore del comune di Santo Stefano Magra, delle spese di giudizio, che liquida in € 4.000,00 (quattromila), oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Luca Morbelli, Presidente FF

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

Paolo Nasini, Referendario

L'ESTENSORE

Angelo Vitali

IL PRESIDENTE

Luca Morbelli

IL SEGRETARIO