

N. 01417/2014REG.PROV.COLL.

N. 05158/2013 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5158 del 2013, proposto da: Angelica Pippo, in proprio ed in qualità di presidente dell'associazione Confestetica e di legale rappresentante della società Epil Beauty Center s.r.l., rappresentate e difese dall'avvocato Stefano Zunarelli, con domicilio eletto presso lo studio legale Zunarelli & Associati in Roma, via della Scrofa n.64;

contro

Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero della Salute, in persona dei rispettivi rappresentanti legali, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici domiciliario in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III TER n. 10269/2012, resa tra le parti, concernente regolamento di attuazione relativo agli apparecchi elettromeccanici utilizzati per l'attività di estetista

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dello Sviluppo Economico e del Ministero della Salute;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 18 febbraio 2014, il consigliere di Stato Giulio Castriota Scanderbeg e uditi per le parti l'avvocato Giuffrida, per delega dell'avvocato Zunarelli, e l'avvocato dello Stato Andrea Fedeli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La signora Angelica Pippo, in proprio e quale rappresentante dell'Associazione Confestetica e della società Epil Beauty Center s. r.l., impugna la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio 10 dicembre 2012 n. 10269 che ha respinto il ricorso di primo grado dell'odierna appellante per l'annullamento del decreto del Ministro dello sviluppo economico, adottato di concerto con il Ministro della salute, del 12 maggio 2011 n. 110 recante il regolamento di attuazione dell'art. 10, comma 1, della legge 4 gennaio 1990 n. 1 relativo agli apparecchi elettromeccanici utilizzati per l'attività di estetista nonché del presupposto e conforme parere del Consiglio superiore di sanità di cui all'art. 4, comma 2, lett. a) del d.lgs. 30 giugno 1993 n. 266.

L'appellante torna a reiterare in questo grado le censure già disattese dal giudice di prime cure, lamentando la erroneità della impugnata sentenza e chiedendone la integrale riforma, con consequenziale annullamento degli atti in quella sede impugnati.

Si sono costituite le intime amministrazioni per resistere all'appello e per chiederne il rigetto.

Le parti hanno prodotto memorie difensive in vista dell'udienza di discussione del ricorso.

All'udienza pubblica del 18 febbraio 2014 la causa è stata trattenuta per la sentenza.

2.- L'appello è fondato e va accolto nei limiti di cui appresso.

3.- Con il primo motivo l'appellante torna a reiterare in questo grado il motivo afferente il difetto di competenza da cui sarebbe affetto il regolamento statale oggetto del ricorso di primo grado, sotto il profilo che lo stesso, riguardando una materia di competenza concorrente tra lo Stato e le regioni, secondo la formulazione dell'art. 117, lett. e) della Cost. risultante dalla riforma del titolo V (introdotta con legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3), non avrebbe potuto addentrarsi nella regolamentazione della disciplina di dettaglio della professione di estetista, ed in particolare nella specifica indicazione degli apparecchi elettromeccanici per uso estetico.

Secondo la prospettazione dell'appellante, sia che il regolamento attenga alla materia delle professioni, sia che riguardi la tutela della salute si verterebbe in entrambe le ipotesi in materie a legislazione concorrente, in ordine alle quali sussisterebbe il solo potere regolamentare regionale, laddove lo Stato sarebbe rimasto titolare del potere regolamentare soltanto nelle ipotesi, qui non ricorrenti, di legislazione esclusiva. Sostiene pertanto l'appellante che la legge 4 gennaio 1990 n. 1, che regola l'attività di estetista, non potrebbe costituire valida fonte del potere regolamentare statale, essendo le relative previsioni (art.10) venute meno, per abrogazione implicita, a seguito dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001, recante la riforma – tra l'altro- dell'art. 117 della Costituzione. In definitiva, l'appellante si duole della erroneità della gravata sentenza nella parte in cui la stessa ha respinto la censura di difetto di competenza in capo allo Stato all'adozione del regolamento impugnato adducendo la motivazione secondo cui la

fonte normativa attribuita al Ministro dello sviluppo economico, previo concerto con il Ministro della salute, del potere regolamentare in oggetto è contenuta nell'art. 10 della legge 4 gennaio 1990 n.1 (che disciplina l'attività di estetista in modo necessariamente uniforme su tutto il territorio nazionale, anche al fine di evitare possibili incidenze negative sul piano della libera concorrenza - di competenza statale - tra operatori professionali che svolgano la medesima professione in diverse regioni del Paese).

4.- Il Collegio ritiene che la censura d'appello non sia condivisibile e che meritino conferma i rilievi svolti dal giudice territoriale a confutazione del corrispondente motivo del ricorso di primo grado.

5.- Va premesso che l'impugnato regolamento ministeriale 12 maggio 2011 n. 110, relativo agli apparecchi elettromeccanici utilizzati per l'attività di estetista, è attuativo dell'art. 10, comma 1, della legge 4 gennaio 1990 n.1 (recante la disciplina dell'attività di estetista).

Tale ultima disposizione stabilisce che *“il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, di concerto con il Ministro della sanità, emana, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale delle categorie economiche interessate, un decreto recante norme dirette a determinare le caratteristiche tecnico-dinamiche ed i meccanismi di regolazione, nonché le modalità di esercizio e di applicazione e le cautele d'uso degli apparecchi elettromeccanici di cui all'elenco allegato alla presente legge. L'elenco allegato è aggiornato con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, di concerto con il Ministro della sanità, tenuto conto dell'evoluzione tecnologica del settore, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale delle categorie economiche interessate”*.

Dalla disposizione appena richiamata si desume che la legge n. 1 del 1990 abbia attribuito al Ministro dell'industria (oggi dello Sviluppo economico), di concerto con il Ministro della salute, il potere di dettare le norme dirette a determinare le

caratteristiche tecnico-dinamiche ed i meccanismi di regolazione, nonché le modalità di esercizio e di applicazione e le cautele d'impiego degli apparecchi elettromeccanici in uso alla categoria professionale delle estetiste.

Ora è pur vero che la legge costituzionale n. 3 del 2001 nel rimodulare la distribuzione, nelle diverse materie, delle competenze normative tra Stato e regioni, ha attribuito alla competenza concorrente dei distinti enti pubblici sia la materia delle professioni sia quella della tutela della salute; di tal che sembrerebbe corretta, da tale punto di vista, la premessa metodologica da cui muove l'appellante secondo cui la disciplina di dettaglio di un aspetto particolare di una professione, quand'anche incidente su profili afferenti la tutela della salute (anch'essa di competenza concorrente) dovrebbe essere di esclusiva competenza regionale non sussistendo le condizioni per l'intervento statale (ancor meno nella forma del regolamento).

Tuttavia, nel caso in esame, si deve ritenere che il potere regolamentare statale non sia venuto meno in ragione dell'abrogazione implicita della fonte normativa di rango primario (i.e., art. 10 della citata legge 4 gennaio 1990 n. 1), dato che la materia della determinazione degli apparecchi elettromeccanici ammessi al corrente uso delle estetiste presenta profili di "trasversalità" tra più materie codificate nell'art. 117 Cost. e riguardi nello specifico, oltre che aspetti relativi alla materia delle professioni e della tutela della salute, anche profili incidenti non marginalmente sulla tutela della concorrenza, materia quest'ultima riservata alla competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e) Cost..

Non par dubbio infatti che la determinazione delle apparecchiature ammesse nell'uso corrente di un'attività professionale incida direttamente su aspetti fondamentali del suo concreto esercizio e, nello specifico, sulla capacità degli esercenti di essere più o meno attrattivi nella acquisizione della clientela, e quindi

su aspetti determinanti dell'attività professionale involgenti il diritto della sana e leale concorrenza tra operatori economici che svolgono la medesima attività.

Non appare pertanto illegittimo, sotto tal profilo, l'intervento regolamentare statale, attesa la necessità che sia lo Stato a definire, con tratti omogenei su tutto il territorio nazionale, quali apparecchi possano costituire ordinaria dotazione dei centri estetici, non essendo conforme al dettato costituzionale dell'art. 117 Cost.(anche nel testo risultante dalla riforma del titolo V) ritenere che siano le regioni a regolamentare, magari in modo eterogeneo tra loro, tali aspetti fondamentali e qualificatori della professione di estetista che, inoltre, attengono primariamente alla concorrenzialità all'interno del relativo mercato.

D'altra parte, la stessa Corte costituzionale, nel costante lavoro interpretativo volto a restituire razionalità e unitarietà alla disciplina costituzionale delle competenze tra i distinti livelli di governo della Repubblica, ha sostenuto che "la potestà legislativa regionale nella materia concorrente delle professioni deve rispettare il principio secondo cui l'individuazione delle figure professionali, con i relativi profili e titoli abilitanti, è riservata, per il suo carattere necessariamente unitario, allo Stato, rientrando nella competenza delle Regioni la disciplina di quegli aspetti che presentano uno specifico collegamento con la realtà regionale" (Corte cost. n. 138 del 2009).

Ora, da tale punto di vista non potrebbe dirsi che la verifica delle apparecchiature in uso alle estetiste rivesta rilevanza regionale, essendo vero piuttosto il contrario, non potendo trovare giustificazione l'intervento regionale in una materia che necessita di omogeneità di regolazione su tutto il territorio nazionale, esigenza che solo la fonte normativa statale potrebbe in concreto soddisfare.

6.- Non altrettanto condivisibili risultano le considerazioni svolte dal Tar a proposito del motivo di primo grado (in questa sede riproposto) afferente il

difetto di istruttoria e di motivazione che inficia il decreto impugnato in primo grado ed il presupposto parere del Consiglio superiore della sanità.

7.- L'appellante torna a proporre in questa sede la questione sostanziale della illegittima esclusione di alcuni apparecchi elettromeccanici dall'uso corrente degli esercenti la professione di estetista, ovvero della loro illegittima inclusione con limitazioni di potenza o di intensità tali da rendere tali strumenti sostanzialmente inutilizzabili o largamente inefficaci nel trattamento degli inestetismi.

In particolare, l'appellante lamenta che gli allegati di corredo all'impugnato decreto interministeriale, l'uno contenente l'elenco aggiornato degli apparecchi per uso estetico e l'altro contenente 25 schede tecnico-informative relative agli strumenti di cui al primo allegato, abbiano espunto – su conforme parere del consiglio superiore della sanità- taluni strumenti entrati da tempo nella pratica corrente degli esercenti la professione di estetista: in particolare, le censure si appuntano sulla mancata inclusione (o sulla inclusione con limitazioni d'uso eccessive e ingiustificate) degli stimolatori a ultrasuoni a bassa frequenza per il trattamento della adiposità localizzata, della luce pulsata per foto depilazione (che risentirebbe di limiti eccessivi imposti alla densità di energia ed alla lunghezza d'onda) e del laser per la depilazione estetica (defocalizzato e limitato ad una ridotta fascia di lunghezza d'onda).

Si duole l'appellante, anche in rappresentanza della categoria di appartenenza, del danno che l'attuazione delle impugnite previsioni regolamentari comporterebbe per gli esercenti l'attività di estetista, in ragione delle riferite limitazioni negli strumenti ormai di uso corrente alla luce delle acquisizioni tecnologiche nel ventennio intercorso dall'approvazione della legge istitutiva della attività professionale alla data di adozione del contestato regolamento attuativo.

Da ultimo, l'appellante ripropone la questione della non conformità delle impugnite disposizioni regolamentari con la disciplina comunitaria sui dispositivi

medici (in particolare, direttiva 93/42/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, attuata in Italia con d.lgs. 24 febbraio 1997 n. 46), dalla quale sarebbe agevole trarre il principio secondo cui è il fabbricante a stabilire, senza possibilità di limitazioni d'uso ulteriori, l'utilizzazione alla quale il dispositivo è destinato nel rispetto delle prescrizioni d'uso contenute nell'etichetta, nel foglio illustrativo o nel materiale pubblicitario.

Infine, l'appellante introduce la questione della possibile violazione dell'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'unione europea sotto il profilo che una disciplina quale quella recata dall'impugnato regolamento statale potrebbe comportare un'ingiustificata limitazione alla libertà di stabilimento in Italia degli esercenti la ridetta professione o comunque una sproporzionata limitazione alla libera prestazione dei servizi da parte loro.

8.- La censura, che può essere esaminata unitariamente nei distinti profili prospettati, appare al Collegio meritevole di condivisione.

Risultano in particolare fondati i rilievi in ordine al difetto di motivazione e di istruttoria delle indicate limitazioni imposte con l'impugnato regolamento all'uso di alcuni dispositivi da parte delle estetiste.

Si è detto che il regolamento impugnato in primo grado fa proprio il presupposto parere del Consiglio superiore di sanità del 8 giugno 2010, dove tuttavia a parer del Collegio si annidano significativi elementi di contraddittorietà che rendono meritevole di apprezzamento la censura sotto tal riguardo proposta dalla parte appellante.

Un primo elemento sintomatico di contraddittorietà e di carenza motivazionale è rappresentato dal fatto che in tale parere si esprimono da un lato perplessità riguardo ad alcuni strumenti (quelli, appunto, poi oggetto delle contestate limitazioni d'uso) in uso attualmente all'estetista con la motivazione che si tratterebbe di apparecchi intrinsecamente pericolosi per la salute umana, dall'altro

tuttavia non si evidenziano studi clinici o scientifici ovvero una casistica capace di corroborare l'assunto della pericolosità degli strumenti. Inoltre, ulteriore e concorrente elemento di contraddittorietà è rappresentato dal fatto che, nel suddetto parere, si sostiene una inadeguata preparazione professionale dell'estetista e si auspica a tal proposito un ragionevole incremento delle attività formative di tale categoria professionale, quasi che la prospettata pericolosità degli strumenti in uso alle estetiste sia da ravvisare, più che nei dispositivi in sé considerati, in tale non adeguata professionalità degli esercenti l'attività professionale.

In tal modo, tuttavia, il parere pone l'accento sulla condivisibile esigenza che siano incrementate le iniziative, di competenza regionale, per il miglioramento della formazione professionale delle estetiste, dal che tuttavia sembrerebbe avviata a soluzione la questione del corretto uso dei dispositivi elettromeccanici oggetto della contestata (e, a questo punto, ingiustificata) limitazione. Ma anche questo è un profilo che denota contraddittorietà dell'atto impugnato in primo grado, posto che deve essere meglio chiarito se le limitazioni all'uso dei suindicati dispositivi elettromeccanici siano da riconnettere al non adeguato livello professionale attuale delle estetiste, suscettibile tuttavia di essere migliorato con opportune iniziative formative, ovvero se dipenda da una oggettiva, accertata ed intrinseca pericolosità degli strumenti (allo stato, tuttavia, non provata, come detto, da evidenze scientifiche sufficientemente chiare e dirimenti), tale da escluderne anche per il futuro l'utilizzo, quale che sia il livello di formazione professionale che possa raggiungere la categoria.

Da ultimo, con riferimento ai profili di possibile violazione della normativa comunitaria, il Collegio ritiene che restano assorbenti le già svolte considerazioni sul carattere non sufficientemente motivato delle contestate limitazioni nell'uso delle apparecchiature. Ed invero, in assenza di tale vizio genetico dell'atto impugnato in primo grado, la violazione di matrice "comunitaria" prospettata dalla

parte appellante non avrebbe ragione d'essere sempre che, si ripete, le limitazioni d'uso delle apparecchiature delle estetiste (ciò che per quanto detto non è avvenuto nella specie) avessero trovato plausibili ragioni in esigenze di tutela della salute.

Ciò in quanto, da un lato l'art. 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea vieta soltanto quelle limitazioni alla libertà di stabilimento che si traducano nell'applicazione di condizioni discriminatorie nei confronti degli stranieri, dall'altro l'art. 52 del Trattato comunque ammette significative deroghe quando siano in gioco, come appunto potrebbe in tesi ammettersi nella specie, esigenze di tutela della salute pubblica; inoltre, per quanto riguarda le professioni mediche, paramediche e farmaceutiche, la graduale soppressione delle restrizioni è subordinata al coordinamento delle condizioni richieste per il loro esercizio nei singoli Stati membri (art. 53 TFUE).

9.- Le considerazioni dianzi esposte sono sufficienti a ritenere perplesso e non sufficientemente motivato il regolamento impugnato in primo grado, nella parte in cui lo stesso ha imposto le suindicate limitazioni nell'uso di alcuni strumenti elettromeccanici da parte della categoria delle estetiste senza verificare la praticabilità ed idoneità di percorsi formativi atti ad ovviare il paventato "periculum", quale oggettivamente accertabile in concreto.

10.- Per tali ragioni, l'appello va accolto e, in riforma della impugnata sentenza ed in accoglimento per quanto di ragione del ricorso di primo grado, vanno annullate le impugnite disposizioni regolamentari nelle parti in cui non includono, o includono con ingiustificate limitazioni, dall'uso corrente degli esercenti la professione di estetista gli apparecchi elettromeccanici per uso estetico dianzi meglio indicati.

Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate tra le parti, tenuto conto della particolarità della vicenda trattata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello (RG n. 5158 del 2013), come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza accoglie il ricorso di primo grado ed annulla per quanto di interesse le disposizioni regolamentari impuginate in primo grado.

Spese del doppio grado di giudizio compensate tra le parti..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Vito Carella, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/03/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)