

LA PIANTA ORGANICA IN EUROPA

di Flavia Russo

SOMMARIO: Introduzione – I. La pianta organica nella esperienza degli Stati europei – I.1. La disciplina della apertura delle sedi farmaceutiche in Europa – I.2. La Germania – I.3. La Francia – I.4. la Gran Bretagna – I.5. La Spagna – I.6. L’Olanda – I.7. La liberalizzazione delle farmacie sul territorio greco – II. La Corte di Giustizia Europea – II.1. La Giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea – II.2. Le conclusioni dell’Avvocato Generale – II.3. La sentenza della Corte di Giustizia Europea – II.4. Rilievi critici. –III. L’eco delle indicazioni europee nell’ordinamento italiano – III.1. AGCM e Corte Costituzionale. Prospettive a confronto – III.2. Come il legislatore italiano avrebbe raccolto le sollecitazioni europee: il “caso Monti” e l’abolizione della Pianta Organica – Conclusioni

Introduzione

Il presente contributo si propone di analizzare, senza pretesa di esaustività, le strategie adottate dalle legislazioni dei principali Stati membri dell’Unione Europea al fine di regolamentare un importante settore economico, quale è quello della distribuzione del farmaco, la cui efficienza è posta a presidio della effettiva tutela del fondamentale diritto alla salute. A tal fine si cercherà di evidenziare differenze ed eterogeneità di posizioni tra Stati, sostanzialmente riconducibili a due contrapposti orientamenti, che sono poi il precipitato di antipodiche scelte di valore: da un lato avremo l’opzione “pianta organica”, ovvero dell’obbligatorietà della ripartizione territoriale delle sedi farmaceutiche, ancorato a parametri demografici, orografici, etc.; dall’altro la scelta della liberalizzazione più o meno spinta del mercato del farmaco.

Ciò posto, procederemo alla volta di una succinta disamina degli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia in merito alla compatibilità tra gli interventi nazionali ed i principi comunitari di libera iniziativa economica e di libero stabilimento, che, come noto, implicano il libero accesso alle attività autonome ed al loro esercizio nonché il diritto di costituire e gestire liberamente imprese (art. 49 TFUE).

Muovendo dall’assunto per cui la regolamentazione del settore *de quo* non può prescindere dal perseguimento di finalità di carattere generale, esamineremo se e come nell’interpretazione dei Giudici di Lussemburgo il conseguimento di detto obiettivo possa legittimare forme di restrizione delle libertà economiche fondamentali sancite dai Trattati.

Le argomentazioni della Corte di Giustizia saranno quindi messe a confronto da un lato con i rilievi critici e i dubbi più volte sollevati dalla Commissione Europea sulla compatibilità con il diritto europeo di alcune forme di regolazione pubblica imperativa; dall'altro con il sindacato svolto dalla Corte Costituzionale in merito al bilanciamento tra la tutela della salute e quella della concorrenza del mercato della distribuzione dei farmaci.

Le risultanze dell'analisi permetteranno di meglio definire il ruolo del legislatore nazionale, chiamato a (ri)fondare in modo organico la struttura del servizio farmaceutico e (ri)modulare forme di bilanciamento (più) soddisfacenti, al fine di trovare un equilibrio tra la valorizzazione del profilo commerciale dei servizi farmaceutici e la salvaguardia di un etico ed efficiente servizio di distribuzione orientato alla tutela del primario bene salute.

Da ultimo, proveremo a verificare se e come il Parlamento italiano, di recente intervenuto in materia (D.L.n.1/2012, conv. in L. n. 27/2012), abbia assolto tale compito, valutando altresì il grado di radicamento dell'istituto della pianta organica delle farmacie nel nostro ordinamento.

I. La pianta organica nella esperienza degli Stati Europei

I.1. La disciplina della apertura delle sedi farmaceutiche in Europa

Preliminarmente va dato atto che gran parte dei paesi europei (48%) disciplina i servizi farmaceutici contemplando la riserva di titolarità in favore dei farmacisti abilitati; tale dato diventa maggioritario se si considera la popolazione presente nelle nazioni in cui la farmacia spetta soltanto al farmacista.

Quanto alla regolamentazione della apertura e della dislocazione spaziale delle sedi farmaceutiche, il panorama legislativo degli Stati UE è abbastanza variegato.

Nel 63% dei Paesi è presente un sistema di pianta organica che, introdotto alla prima metà del secolo scorso - quando i flussi migratori e la scarsità di popolazione indussero gli Stati ad individuare e adottare sistemi volti a garantire l'esistenza di un servizio soprattutto nelle zone rurali-, si propone di favorire una distribuzione equilibrata del prodotto farmaceutico, prevenendo le concentrazioni ed evitando monopoli orizzontali, cioè la

creazione di situazioni in cui un segmento della filiera del farmaco sia riconducibile a un numero ristretto di soggetti.

I sostenitori della necessità della Pianta Organica assumono che solo attraverso essa sia possibile garantire nello stesso tempo un servizio capillare e soprattutto di qualità, ciò che un mercato liberalizzato e fortemente competitivo non sarebbe in grado di assicurare (vedi quanto accaduto in Grecia).

Pertanto, la limitazione della libertà individuale sarebbe un sorta di “male” necessario funzionale alla salvaguardia ed alla piena realizzazione di un interesse superiore generale, quale è quello della tutela della salute del cittadino.

Di contro, esistono esempi concreti di liberalizzazioni complete: si pensi alla Gran Bretagna, Germania, Olanda. Nel resto del mondo si pensi ad USA, Canada, Australia, Giappone. L’esperienza di detti Paesi, tuttavia, a dispetto di quanto assunto dai promotori del contingentamento del settore, non ha dimostrato che la deregulation abbia sortito effetti pregiudizievoli della salute pubblica. Le uniche eccezioni sono probabilmente costituite dalla Norvegia - dove, tolto ogni vincolo, l’80% delle farmacie è stato acquisito da tre operatori economici con contestuale progressivo spopolamento delle aree meno “interessanti” dal punto di vista economico- e dalla Grecia, come oltre si specificherà.

I.2. La Germania¹

In Germania la proprietà delle farmacie è riservata esclusivamente ai farmacisti, che possono essere titolari fino a un massimo di quattro esercizi. Nel 2007 l’Antitrust tedesca aveva emanato un dossier nel quale proponeva l’adozione di alcune misure dirette a incrementare la concorrenza nel settore, tra le quali l’abolizione della titolarità esclusiva e l’eliminazione del tetto sulla multiproprietà, allo scopo di agevolare la formazione di catene.

Sebbene dette proposte non siano state accolte dal Governo, le catene hanno trovato comunque il modo di svilupparsi: DocMorris, ad esempio, è riuscita a realizzare un circuito

¹ Per una compiuta disamina cfr. “ Note informative sintetiche n. 33/II – L’accesso alla titolarità delle farmacie, e la distribuzione e somministrazione del farmaco in Francia e Germania”- Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Documentazione per le Commissioni, Esami e progetti, 5 marzo 2012; SANTORO, “*Questa farmacia*”, in *Puntoeffe* 15, 13 ottobre 2011, <http://www.puntoeffe.it/archivio/rivista/2011/pf1511.php>

di circa 150 farmacie attraverso la tecnica del franchising e al fatto che in Germania è consentita la vendita dei farmaci via internet.

Al contrario, non esistono restrizioni geografiche all'apertura delle sedi farmaceutiche. Ciò, grazie ad uno storico pronunciamento della Corte Costituzionale della Repubblica Federale Tedesca (dell'11 giugno 1958) che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 3 comma 1 della legge Bavarese delle farmacie (Pianta Organica) per violazione dell'art.12, paragrafo 1 della Costituzione Tedesca (che riconosce e garantisce la libertà di professione). La pronuncia è molto significativa perché la Corte, dopo aver esplicitato che la libertà di scelta professionale è estrinsecazione dell'inviolabile diritto di esercitare qualsiasi attività finalizzata alla sopravvivenza della persona e che essa va intesa sotto il duplice aspetto libertà di scegliere consapevolmente quale professione esercitare, nonché libertà di praticarla concretamente, assumeva che «Il legislatore non è libero, quando si tratta di regolamentare una professione, in quanto questo limita la libertà di scelta di questa professione».

Di tal guisa statuiva la liberalizzazione dell' apertura delle farmacie in Germania.

Necessario corollario di tale dictum è stata l'adozione da parte del Parlamento Tedesco del "Niederlassungsfreiheit Act", il quale, all'uopo, sancisce che i farmacisti tedeschi possono liberamente stabilire la propria sede di attività secondo la propria volontà.

1.3. La Francia²

Volgendo lo sguardo ai nostri cugini d'Oltralpe, va dato subito atto che la Francia è il paese con la regolamentazione più simile a quella italiana, caratterizzata dalla titolarità esclusiva (con limitatissime eccezioni) e dal divieto di multiproprietà unitamente alla pianificazione territoriale quale limite all'apertura delle farmacie. Per quanto attiene alla proprietà, una farmacia può essere gestita direttamente da un farmacista o da una società.

Addirittura, pare che la formula societaria della proprietà sia quella più opzionata: delle 23.400 farmacie circa esistenti in Francia, 13.000 sono gestite da società, grazie alle quali il

² Per un'analisi più approfondita cfr. " Note informative sintetiche n. 33/II – L'accesso alla titolarità delle farmacie, e la distribuzione e somministrazione del farmaco in Francia e Germania"- Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Documentazione per le Commissioni, Esami e progetti, 5 marzo 2012; SANTORO, "Questa farmacia", in *Puntoeffe* 15, 13 ottobre 2011, <http://www.puntoeffe.it/archivio/rivista/2011/pf1511.php>

numero dei titolari arriva complessivamente a 28.000. Tra queste la tipologia più originale è senz'altro la *Sel*, acronimo di *Société d'exercise liberal* (iscritta negli albi dell'Ordine), atteso che la relativa disciplina consente la partecipazione minoritaria anche ai farmacisti che hanno interrotto l'attività professionale e agli eredi di farmacisti deceduti (per un massimo di cinque anni).

Ciò posto, con riguardo al profilo della apertura di sedi farmaceutiche, è prevista la necessità della previa autorizzazione del direttore generale dell'Ars (Agenzia regionale di Sanità) su parere del Consiglio Regionale dell'Ordine dei farmacisti, dei sindacati di categoria, e dei rappresentanti dipartimentali dello Stato.

La pur particolarmente onerosa procedura volta ad ottenere la concessione all'apertura, non ha tuttavia impedito il dilagare del fenomeno del sovraffollamento. All'uopo, basti pensare, ad esempio, che la Francia vanta una delle più forti densità di farmacie: quattro volte più elevata che in Svezia o nei Paesi Bassi, quasi 2 volte di più che nel Regno Unito. In particolare, con 23.400 farmacie aperte al pubblico, la Francia presenta la cifra più elevata d'Europa raffrontata alle sole 20.700 farmacie aperte in Germania (che ha il 30% di popolazione in più), le 17.300 in Italia, le 12.400 nel Regno Unito; solo la Spagna si distingue per avere un numero egualmente alto di 20.500 farmacie. La Francia ha una farmacia ogni 2.500 abitanti, contro i 3.300 della media UE e i 4.000 della Germania per esempio.

1.4. La Gran Bretagna³

In Gran Bretagna non esistono restrizioni alla proprietà delle farmacie: chiunque può aprire una farmacia, purché la gestione sia affidata ad un farmacista abilitato presente all'interno dell'esercizio per l'intero l'orario di apertura.

Con riferimento, poi, alle restrizioni geografiche, esse sono praticamente inesistenti: in astratto è possibile aprire una farmacia ovunque, anche per dispensare farmaci rimborsati dall'NHS. A tal fine, infatti, è necessaria la mera presentazione di una richiesta al PCT (*Primary Care Trust*, qualcosa di simile alle nostre Aziende Sanitarie Locali), comprovando

³ Per una compiuta disamina cfr. “ Note informative sintetiche n. 33/II – L'accesso alla titolarità delle farmacie, e la distribuzione e somministrazione del farmaco nel Regno Unito e Spagna”- Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Documentazione per le Commissioni, Esami e progetti, 5 marzo 2012.

che l'apertura soddisfa i bisogni assistenziali della popolazione di riferimento. Inoltre, non è previsto alcun regime autorizzatorio per le farmacie che aprono all'interno di centri commerciali di grosse dimensioni, quelle che si obbligano ad apertura H24 e le farmacie *on line*.

L'assetto testè descritto, caratterizzato, dunque da una sostanziale *deregulation* sia sotto il profilo della titolarità che della dislocazione geografica, non pare abbia sortito negli anni effetti pregiudizievoli per la razionalità della copertura farmaceutica: i dati più recenti del *NHS* per l'Inghilterra (la Scozia ha statistiche proprie) indicano infatti che non c'è sovraffollamento, perché il *quorum* complessivo è addirittura superiore a quello italiano (4.700 abitanti per farmacia). Soprattutto, non si registra eccedenza di farmacie nelle zone urbane più redditizie perché il Pct con il *quorum* più basso (Westminster, Londra) segna 2.500 abitanti per farmacia.

1.5. Spagna⁴

In Spagna la disciplina è dettata dalla Ley 16/1997 *de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia*. Tale fonte normativa qualifica le farmacie come stabilimenti sanitari privati di interesse pubblico, soggetta a pianificazione territoriale, dettata dalle Comunità autonome. All'interno delle farmacie opera un farmacista che ne è anche il titolare e proprietario. La legge demanda alle Comunità, altresì, la designazione dei criteri sulla scorta dei quali operare la localizzazione delle farmacie, valutando la densità demografica e le caratteristiche geografiche delle varie aree. La normativa nazionale, tuttavia, stabilisce una soglia minima di 2.800 abitanti per farmacia, elevabile ad un massimo di 4.000 abitanti per aree ad elevata densità di popolazione. Quanto, poi alle zone rurali, turistiche o montane, le Comunità autonome hanno la facoltà di fissare parametri inferiori. Costituisce oggetto di regolamentazione, infine, la distanza tra due sedi farmaceutiche, fissata in 250 metri, salva comunque, anche in questo caso, la facoltà per le Comunità Autonome di prevedere deroghe.

⁴ Per approfondimenti, cfr. “ Note informative sintetiche n. 33/II – L'accesso alla titolarità delle farmacie, e la distribuzione e somministrazione del farmaco nel Regno Unito e Spagna”- Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Documentazione per le Commissioni, Esami e progetti, 5 marzo 2012; SANTORO, “*Questa farmacia*”, in *Puntoeffe* 15, 13 ottobre 2011, <http://www.puntoeffe.it/archivio/rivista/2011/pf1511.php>.

1.6. L'Olanda⁵

Il Paese dei tulipani, ai fini che qui interessano, è caratterizzato dalla totale assenza di regolamentazione. Nel 1999, infatti, il governo ha liberalizzato il settore *de quo*, eliminando le restrizioni sulla proprietà e sulle aperture, con i precisi obiettivi, poi effettivamente conseguiti, di:

- determinare un incremento nel numero delle farmacie aperte al pubblico;
- consentire lo sviluppo di catene commerciali

Per quanto concerne il primo aspetto, lo sviluppo dei punti vendita non ha comunque depauperato il mercato: al contrario, oggi l'Olanda conta circa 1.800 farmacie, con un *quorum* che si aggira sugli ottomila abitanti per punto vendita. Si tratta di fatto di uno dei rapporti più alti d'Europa e questo è il motivo per cui il fatturato medio di una farmacia olandese supera i 2,5 milioni di euro all'anno (in Francia non arriva a 1,5 milioni). Titolarità senza restrizioni e multiproprietà hanno ovviamente agevolato lo sviluppo delle catene, ma il fenomeno non raggiunge le dimensioni della Gran Bretagna. Dopo un boom iniziale, infatti, il numero degli esercizi controllati dai grandi gruppi si è assestato attorno al 35 per cento del totale e risulta stabile dal 2006.

1.7. La liberalizzazione delle farmacie sul territorio greco⁶

Come risulta dall'istogramma di Federfarma (Fonte: GPUE per il numero delle farmacie; Eurostat per il numero degli abitanti dati 2011,) la Grecia è il Paese che ha il più basso rapporto farmacie su abitanti, con una farmacia ogni 1.028 abitanti: un terzo della media europea (all'estremo opposto c'è la Danimarca con una farmacia ogni 17596 abitanti). Questo è stato il risultato della liberalizzazione integrale voluta dal governo di Georges Papandreou nel 2010, impegnato a gestire l'esplosivo debito greco.

⁵ SANTORO, "Questa farmacia", in *Puntoeffe* 15, 13 ottobre 2011, <http://www.puntoeffe.it/archivio/rivista/2011/pf1511.php>.

⁶ Cfr. Rapporto ANPI sulle farmacie in Italia, in <http://www.parafarmacieanpi.it>

La normativa ante liberalizzazione limitava le farmacie più di ogni altra: la distanza era fissata in 250 metri l'una dall'altra; popolazione di riferimento non inferiore a 1500 cittadini. Posta la riserva di titolarità in capo al solo farmacista abilitato e iscritto all'ordine, la possibilità di apertura era sostanzialmente circoscritta all'acquisto della licenza, con costi altissimi.

La revisione del rapporto popolazione/esercizi e delle distanze, ha favorito un'impennata dei punti vendita che hanno portato il numero di farmacie in Grecia praticamente ad un terzo della media europea. Più farmacie, più concorrenza nel settore hanno sortito meno profitti. Il governo per reagire alla crisi derivante dalla liberalizzazione, ha adottato con una strategia particolare: la riduzione dei prezzi di vendita imposti dallo stato alle farmacie. Il risultato era prevedibile: l'aumento del numero di farmacie ridistribuisce i profitti, diluendoli; la riduzione dei prezzi di vendita porta alla riduzione dei profitti fino a portare alla chiusura degli esercizi, in una "gara" a chi resiste più a lungo. La conseguenza del taglio dei prezzi ha comportato la crescita di un mercato secondario, perché i grossisti preferiscono vendere all'estero a prezzi più alti di quelli che riescono ad ottenere in Grecia. Poiché il prezzo imposto dallo stato greco è fra i più bassi d'Europa, la convenienza a vendere per il mercato interno è risibile.

II. La Corte di Giustizia Europea

II.1 La Giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea

L'argomento della Pianificazione territoriale delle farmacie, la problematica del sistema delle piante organiche e dei limiti imposti alla apertura delle farmacie, nonché dei vincoli in materia di gestione delle stesse (orari, turni, ferie) è stato portato più volte all'attenzione della Corte di Giustizia Europea.

L'ultima, in particolare, nel 2010, allorquando i Giudici di Lussemburgo sono stati chiamati a pronunciarsi sulla questione pregiudiziale sollevata da un giudice spagnolo

nell'ambito di una controversia originata dai ricorsi di due farmacisti spagnoli avverso i risultati di un concorso per l'assegnazione di una farmacia nel principato delle Asturie⁷.

I ricorrenti, due cittadini spagnoli, farmacisti e laureati, cui era stato negato il diritto di aprire una farmacia, contestavano il sistema del contingentamento delle farmacie, fondato sulla pianta organica, unitamente ai criteri di selezione previsti dalla legislazione nazionale e regionale per i professionisti che intendessero, come loro, partecipare alla procedura di selezione per l'apertura di nuove farmacie, assumendone l'irragionevolezza. Segnatamente, i farmacisti spagnoli lamentavano l'illegittimità della restrizione dell'accesso al mercato farmaceutico e si duolevano degli ostacoli frapposti all'avvio della attività di impresa, assumendo che il sistema di autorizzazione vigente nel Principato delle Asturie, fondato sulla pianta organica, impedisse l'ingresso al mercato di nuovi operatori e nel contempo, nelle more della trasformazione demografica delle zone in cui si articola la stessa pianta organica, garantisse profitti smisurati ai soggetti già operanti⁸.

Pertanto la Corte era chiamata a giudicare della proporzionalità e ragionevolezza delle restrizioni alla libertà di stabilimento, derivanti dalla norme nazionali sulla pianta organica, in nome dell'interesse superiore alla tutela della salute anche mediante la regolamentazione dell'accesso alla distribuzione del farmaco. Infatti, come essa stessa precisava, "*La questione ... è se l'applicazione rigorosa della Programmazione territoriale (pianta*

⁷ Corte Giustizia CE, Grande Sezione, sent., 1 giugno 2010, cause riunite 570/2007 e 571/2007, in *Rassegna avv. Stato*, fasc. 3, 2010, 46 ss.

⁸ A seguito del diniego dell'autorizzazione all'apertura di una farmacia nella Comunità Autonoma delle Asturie, i sigg.ri José Manuel Blanco Pérez e Maria del Pilar Chao Gómez impugnavano detta decisione dinanzi al Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Corte di Cassazione delle Asturie). L'autorizzazione negata dalla locale Amministrazione della Salute e dei Servizi Sanitari con una decisione confermata dal Consiglio di Governo delle Asturie nel 2002, traeva il suo fondamento dalle legge (n. 72 del 2001) delle Asturie che istituiva un regime di autorizzazioni che, di fatto, implicava alcune significative restrizioni all'apertura di farmacie nella Comunità Autonoma. Dette restrizioni possono essere così sintetizzate: a) un limite al numero di farmacie in una determinata area con riferimento alla relativa popolazione ; b) limitazione geografica, per la quale è impedita l'apertura di una farmacia a una distanza inferiore di 250 metri da un'altra. La disciplina contiene anche criteri di selezione ai concorsi per farmacisti, attribuendo punti basati sull'esperienza professionale e scolastica dei candidati. *Inter alia*, era prevista l'attribuzione di un maggior numero di punti al farmacista che avesse maturato esperienza in centri con meno di 2.800 abitanti; questo punteggio, però, poteva essere utilizzato solo una volta per ottenere un'autorizzazione, e dopo averla ottenuta, l'esperienza professionale del titolare della licenza non avrebbe più costituito un titolo preferenziale. Inoltre, era prevista l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo del 20% a farmacisti che avessero già lavorato nella Regione delle Asturie. Inoltre, in caso di parità di punteggio, le autorizzazioni sarebbero state rilasciate nell'ordine seguente: in primo luogo a coloro che non fossero stati titolari di una farmacia; in secondo luogo a coloro che fossero stati titolari di una farmacia in un centro con popolazione inferiore a 2.800 abitanti; poi ai farmacisti che avessero svolto attività professionale nelle Asturie; infine ai farmacisti con più titoli accademici. I ricorrenti assumevano che la negata autorizzazione avesse violato il loro diritto alla libertà di stabilimento sancito dall'art. 43 CE (Articoli 43-48 del Trattato della Comunità Europea, ora artt. 49-55 TFUE), in nome dal quale sono vietate le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro. Pertanto, il Giudice nazionale spagnolo ha presentato istanza di pronuncia avanti la Corte Europea di Giustizia.

organica) debba essere interpretata come una deroga (di pianificazione per evitare l'assenza di farmacie in alcune zone), oppure uno standard per tutto il territorio limitando quindi l'esercizio della professione. Questa ultima ipotesi troverebbe una giustificazione se la popolazione potesse correre il rischio di una difficoltà nell'accesso ai medicinali a causa delle decisioni autonome dei farmacisti stessi. D'altra parte, questa posizione di prudenza è facilmente contestabile sulla base dell'elevato numero di laureati che non possono aprire una farmacia a causa della regolamentazione e che potrebbero certamente coprire le esigenze di assistenza farmaceutica.”.

Orbene, già in un proprio precedente pronunciamento⁹, la Corte di Lussemburgo aveva ricondotto l'esercizio della farmacia all'interno dei servizi sanitari, il cui livello e la cui organizzazione rientra nella sfera di competenza degli Stati membri. Tuttavia, tale competenza osservava la Corte, avrebbe dovuto essere esercitata nel rispetto dei limiti imposti dal diritto comunitario, ed in particolare garantendo la libertà di stabilimento, in quanto pilastro e principio imprescindibile per la realizzazione del mercato europeo¹⁰.

Tale precedente veniva espressamente richiamato dalla Corte nel giudizio promosso dai farmacisti delle Asturie, al precipuo fine di chiarire come una previsione legislativa che subordini l'esercizio dell'attività d'impresa ad autorizzazione, sebbene possa in senso assoluto tradursi in una illegittima limitazione della stessa, non lo è sempre e comunque, o, per meglio dire, senz'altro non lo è se e nella misura in cui sussistano degli imperativi di carattere generale che la giustificano.

A giudizio della Corte, all'alveo di tali imperativi merita di essere ricondotto la salute pubblica: essa trova riconoscimento nell'articolo 168 TFUE, la quale impone di garantire un elevato livello di protezione della salute umana nella definizione ed elaborazione di tutte le politiche ed attività da essa elaborate; nonché nell'articolo 35 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali (Carta di Nizza), il cui vigore è oggi rinforzato dall'essere diventata la Carta di Nizza parte integrante del diritto primario dell'Unione, in virtù del Trattato di Lisbona; infine nell'art. 9 del TFUE, in forza del quale l'Unione, nell'attuazione delle sue politiche

⁹ Corte Giustizia CE, Grande Sezione, sent. 1 maggio 2009 (Causa C-531/06). La controversia era sorta da una procedura di infrazione avviata contro lo Stato italiano dalla Commissione Europea (IP/06/858).

¹⁰ In proposito, è bene precisare che nella fattispecie di cui alla sentenza 1 maggio 2009, la Grande Sezione era chiamata a pronunciarsi sulla razionalità delle disposizioni legislative italiane che riservano ai soli laureati la proprietà e la gestione delle farmacie. Tale normativa, a giudizio della Corte, pur generando un ostacolo all'accesso alla proprietà delle farmacie è stata giudicata non in contrasto con il Trattato, fermo il diritto degli Stati partners di scegliere le restrizioni alla titolarità della farmacia quale strumento idoneo a realizzare l'obiettivo della razionale distribuzione del farmaco e quindi della salute pubblica.

ed azioni, tiene conto delle esigenze e dei diritti di natura sociale, realizzabili a condizione di raggiungere un elevato livello di occupazione, l'adeguatezza della protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale, un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana.

Pertanto, alla luce dei richiamati principi, il diritto comunitario sembra legittimare forme di pianificazione in materia di offerta dei servizi sanitari.

In tale prospettiva, pertanto, debbono ritenersi legittime rispetto al Trattato, ad esempio, le autorizzazioni necessarie per l'apertura di strutture di cura indispensabili per garantire una equilibrata distribuzione sul territorio dei luoghi di assistenza, anche al fine di evitare che restino scoperte le zone economicamente meno appetibili o maggiormente isolate. *Mutatis mutandis*, nulla osta alla legittimità della pianificazione delle sedi farmaceutiche, atteso che il sistema del contingentamento mira ad evitare forme di concentrazione in zone più ricche, realizzando l'obiettivo di una equilibrata e, per quanto possibile, capillare, distribuzione del farmaco, ovverosia di un elevato livello di qualità e sicurezza nell'approvvigionamento ad esso, onde garantire la tutela della salute pubblica.

II.2. Le conclusioni dell'Avvocato Generale

Molto interessanti e pertanto meritevoli di un breve approfondimento sono state le argomentazioni esposte dall'Avvocato Generale, Manuel Poiares Maduro, che, nelle sue conclusioni, dubitava dell'efficacia della regolazione dell'offerta della distribuzione del farmaco mediante pianta organica, ritenendola non compatibile con il Trattato. L'Avvocato Generale, dopo aver ribadito che il diritto comunitario non può incidere in modo alcuno sul potere legislativo nazionale in materia di regolamentazione del sistema sanitario e di previdenza sociale, al cui ambito appartengono senz'altro le farmacie, osservava che, tuttavia la sovranità nazionale in *subiecta materia* incontra comunque un limite nelle libertà garantite dal Trattato.

Alla luce di ciò affermava che i criteri adottati dal Principato delle Asturie, oggetto di censura in quanto attributivi di un'ulteriore priorità ai concorrenti che avessero svolto l'attività di farmacista nel territorio delle Asturie, costituissero un'inammissibile

discriminazione in base alla cittadinanza, incompatibile con il principio di libertà di insediamento.

Egli, peraltro, evidenziando come provvedimenti in deroga alla libertà di insediamento superino il vaglio di compatibilità con il Trattato solo se e nella misura in cui soddisfino quattro condizioni (ovvero siano finalizzati ad asseverare esigenze imperative di interesse pubblico; conseguano lo scopo avuto di mira e non oltrepassino quanto è necessario per raggiungerlo; la relativa applicazione non sia discriminatoria), pur confermando che la tutela della salute pubblica integri un motivo imperativo di interesse generale, contestava l'assioma liberalizzazione dagli strumenti di dislocazione territoriale delle sedi farmaceutiche / effetti negativi sulla qualità del servizio erogato, assumendo che esso dovesse essere radicalmente capovolto. A supporto delle proprie deduzioni, l'Avvocato richiamava le sentenze *Apothekerkammer des Saarlandes* e a. e Commissione/Italia, nelle quali la Corte aveva ritenuto conformi al Trattato le normative limitative ai farmacisti della titolarità della proprietà delle farmacie) in quanto strumentale a prevenire che interessi professionali altri potessero "compromettere" la finalità del servizio, in danno della salute.

La riserva di titolarità, in tale prospettiva, traeva giustificazione nell'obbligo di autonomia ed indipendenza professionale che caratterizza la professione farmacista (anche da un punto di vista deontologico), rispetto alle attività di produzione e distribuzione del farmaco, il quale avrebbe permesso di neutralizzate (rispetto ai non farmacisti) le pressioni volte ad un consumo eccessivo di medicinali, al solo fine del profitto.

Ebbene, l'Avvocato Generale, dopo aver considerato che nel caso delle Asturie non è in discussione la riserva di titolarità del farmacista, riteneva che l'obiettivo, "*di fornire un servizio di un certo livello*" sarebbe stato senz'altro assolto da una maggiore concorrenza (attraverso l'apertura di nuove sedi farmaceutiche), in difetto dovendosi ritenere integrata la violazione dei propri obblighi giuridici ed etici da parte del farmacista. A conforto di questa interpretazione, l'Avvocato Generale, richiamando le cause sopra citate, sosteneva che se fossero state *«necessarie ulteriori tutele per l'adempimento degli obblighi professionali da parte dei farmacisti, nelle sentenza Apothekerkammer des Saarlandes e Commissione/Italia, la Corte non avrebbe potuto concludere che il requisito della proprietà del farmacista fosse appropriato rispetto all'obiettivo di fornire un'assistenza di qualità»*.

Alla luce di quanto sopra fin qui riassunto, l'Avvocato Generale concludeva per la non compatibilità del decreto del Principato delle Asturie con il diritto comunitario, atteso che

«le restrizioni al diritto di insediamento devono essere giustificate nell'interesse della salute pubblica e non devono essere uno strumento di arricchimento privato». A questo proposito, non può sfuggire il fatto che l'A.G. aveva premesso alle sue conclusioni una lunga citazione di "Romeo e Giulietta" di Shakespeare: "Per riprendere i versi di Shakespeare, potremmo dire che il nodo della presente controversia è in che misura per garantire la qualità dei servizi farmaceutici si debba prevedere l'arricchimento di alcuni farmacisti".

II.3.La sentenza della Corte di Giustizia europea

Nonostante i puntuali rilievi sollevati nelle conclusioni dall'Avvocato Generale, con la pronuncia resa il 1° giugno 2010, i Giudici del Lussemburgo statuivano che, sebbene le norme del Principato delle Asturie sottoposte al suo sindacato costituissero effettivamente una limitazione della libertà di insediamento, detta limitazione fosse, tuttavia, legittima, poiché proporzionata alla necessità di garantire l'equo accesso al farmaco e la tutela della salute in modo omogeneo sul territorio nazionale, evitando concentrazioni di farmacie nelle zone più favorevoli a scapito delle aree decentrate. *Mutatis mutandis*, ove detta misura avesse, invece, impedito di aprire un numero adeguato di farmacie in talune zone particolari e dunque di avere una distribuzione soddisfacente e costante del farmaco, la compatibilità con il trattato sarebbe senz'altro venuta meno.

Competente ad accertare e verificare che l'applicazione della norma interna non contrasti, né ecceda rispetto alla finalità di garantire un accesso adeguato al farmaco da parte della popolazione, *id est* la tutela della salute pubblica¹¹, ad avviso dei Giudici di Lussemburgo, è esclusivamente il giudice nazionale, al quale essi non può possono sostituirsi.

La suesposta ricostruzione ha trovato attestazione anche in un successivo pronunciamento della Corte di Giustizia Europea: ordinanza del 6 ottobre 2010¹², con la quale, appunto La Corte di Giustizia ha ribadito (con dispositivo sostanzialmente analogo a quello della sentenza pronunciata nel mese di giugno precedente) che “una normativa

¹¹ In definitiva l'unico aspetto che la Corte censurava, ritenendolo incompatibile con la libertà di stabilimento è la regolamentazione del concorso. Il punteggio ulteriore attribuito al candidato che avesse già esercitato nella Regione delle Asturie è stato ritenuto discriminatorio degli altri candidati e quindi di ostacolo alla realizzazione del diritto di stabilimento.

¹² Cfr. Official Journal of The European Union del 29 gennaio 2011, (<http://eur-lex.europa.eu/lexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:030:0010:0011:En:PDF>)

nazionale che imponga limiti al rilascio della licenza per nuove farmacie sia compatibile con i diritto comunitario”.

II.4. Rilievi critici.

Ad un’attenta analisi della pronuncia in esame sembra che, sebbene pacifico che le restrizioni alla concorrenza possono essere tollerate dall’UE per presidiare preminenti interessi generali, tra i quali va sicuramente annoverato il diritto alla salute, tutt’altro che approfondito appare il giudizio sulla ragionevolezza e proporzionalità della misura regolatoria della pianta organica rispetto alle libertà riconosciute dal trattato UE.

Invero, la motivazione dei Giudici di Lussemburgo sembra pretermettere ogni valutazione in ordine al carattere ibrido del sistema farmacia, in cui oggettivamente un’anima imprenditoriale/commerciale convive con la finalità pubblicistica dell’attività svolta, atteso che un’analisi attenta di tale profilo probabilmente avrebbe indotto ad una ben più articolata argomentazione circa l’effettiva giustificazione di un regime di riserva in esclusiva rispetto al diritto europeo¹³.

Sotto altro profilo, la pronuncia – particolarmente nella parte in cui rimette alla valutazione delle Autorità giurisdizionali nazionali il compito di verificare la congruità della scelta rispetto all’obiettivo di garantire una distribuzione efficiente del farmaco- evidenzia la distanza che separa le posizioni espresse dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione UE in materia di contingentamento dell’offerta farmaceutica.

Quest’ultima, negli anni, diversamente dalla giurisprudenza europea, ha ripetutamente sollevato dubbi in merito all’effettiva proporzionalità del contingentamento dell’offerta farmaceutica rispetto all’obiettivo di garantire la salute pubblica mediante un sistema pianificato di sedi deputate alla distribuzione del farmaco. Essa, inoltre, è più volte intervenuta sollecitando i *Partners* al superamento della Pianta organica, del *bundling* proprietà/gestione, del divieto sull’*incorporation* e di formazione delle catene, dei vincoli di coordinamento per i periodi di apertura, etc., il tutto semplicemente in ossequio dei principi di libera circolazione delle persone, professionisti e capitali, nonché di libertà di

¹³ F. PAMMOLLI, N. C., SALERNO, “*Le farmacie e le corti?*”, I documenti di quotidiano sanità, quotidiano on line di informazione sanitaria, 17 ottobre 2011.

insediamento delle attività economiche e imprenditoriali (artt. 43-56 trattato delle Comunità Europee¹⁴).

III. *L'eco delle indicazioni europee nell'ordinamento italiano*

III.1. AGCM e Corte Costituzionale

Sulla scorta di quanto precede sembra evidente come dall'Europa giungano *input* di segno opposto. A fronte di un monitoraggio costante della Commissione Europea in merito ai sistemi autorizzatori che impongono condizioni/ restrizioni per l'accesso ad un determinato settore di mercato, condizionando, di fatto, la concorrenzialità dello stesso, si va consolidando una giurisprudenza che, in nome della tutela della salute, quale preminente interesse pubblico, legittima meccanismi più o meno rigidi di predeterminazione dell'offerta del servizio farmaceutico, omettendo, tuttavia di sindacare l'effettiva proporzionalità ed adeguatezza delle soluzioni legislative adottate rispetto all'obiettivo perseguito.

Tale dualismo si rinviene specularmente anche nel nostro paese¹⁵.

Infatti, in Italia l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha ripetutamente sollecitato Governo e Parlamento ad affrontare i nodi strutturali di origine corporativistica e di ostacolo alla concorrenza che imbrigliano la distribuzione del farmaco in Italia¹⁶, continuando ad invocare – esattamente come fa la Commissione UE- interventi che superino i vincoli all'apertura della concorrenza (la vendita di alcuni prodotti fuori dalle farmacie, la liberalizzazione degli orari di apertura, etc.).

¹⁴ Cfr http://dps.mef.gov.it/documentazione/_qcs/trattato_istitutivo.pdf. Per portare alcuni esempi con l'IP/05/1665 del 21 dicembre 2005, la Commissione ha ufficialmente chiesto all'Italia di rimuovere i vincoli sulla proprietà delle farmacie che vanno al di là di quanto necessario per perseguire l'obiettivo della salute pubblica. Con l'IP/06/858 la Commissione ha deciso di chiedere alla Spagna di addurre giustificazioni per la pianta organica e i vincoli di accesso alla proprietà. Nello stesso documento speculari richieste sono state rivolte all'Austria. Sempre nello stesso documento è contenuto il deferimento dell'Italia alla Corte di Giustizia Europea, come proseguimento dell'iter avviato con l'IP/05/1665 citata sopra.

¹⁵ Cfr. N. C. SALERNO, "Farmacie e distribuzione del farmaco: non c'è contrasto di visione tra AGCM e Corte Costituzionale, né tra Commissione Ue e Corte di Giustizia Europea", in <http://www.laprevidenza.it>, Ottobre 2010; PAMMOLI, SALERNO, "Metti una farmacia tra Antitrust e Corte Costituzionale", in <http://www.lavoce.info/articoli/pagina2580.html>.

¹⁶ Nel nostro Paese è dettata dalla L. 362/1991 e dalla L. 468/1968.

A fare da contraltare alla posizione dell'AGCM c'è, in Italia la Corte Costituzionale, che, più volte chiamata a pronunciare della legittimità costituzionale della pianta organica, ha adottato una prospettiva differente, si potrebbe dire, più formale.

La Consulta, infatti, in numerose pronunce, dopo aver dato atto della volontà espressa dai padri Costituenti di limitare la libertà di impresa purché ciò fosse funzionale al perseguimento di finalità socialmente meritorie (organizzazione del *welfare* locale, etc.), ha più volte decretato la legittimità costituzionale delle norme sottoposte al suo vaglio (pinta organica e obblighi di chiusura estiva e infrasettimanale e sulla fissazione degli orari giornalieri) sull'assunto che, in quanto orientate alla tutela della salute, costituiscono forme di restrizione del diritto *de quo* pienamente compatibili con la Costituzione. Analogamente, chiamata ad esprimersi sui vincoli ai periodi di apertura degli esercizi (orari, ferie estive, giorni di lavoro nella settimana), nella sentenza n. 27/2003¹⁷, la Consulta dopo aver ritenuto che gli istituti *de quibus* abbiano la medesima *ratio* giustificatrice sottesa al contingentamento numerico delle farmacie, ne ha ritenuto la legittimità costituzionale perché (entrambi) strumenti volti alla migliore realizzazione del servizio pubblico considerato nel suo complesso.

Tuttavia, ciò che merita di essere in questa sede evidenziato è che la Corte, sebbene per sua espressa ammissione consapevole dell'esistenza di una relazione causale tra misura di *policy* adottata e la (auspicata) utilità sociale, estromette tale aspetto dal proprio sindacato, statuendo che – testualmente: “ *il potere di questa Corte di giudicare in merito alla utilità sociale alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere sui diritti della iniziativa economica privata concerne solo la rilevanza di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo*”¹⁸. In termini, ad avviso della Consulta, spetta esclusivamente al legislatore di valutare in merito alla proporzionalità tra l'azione posta in essere e l'effetto sortito, ricercando, se del caso, eventuali misure alternative in grado di perseguire le stesse finalità¹⁹.

Alla luce di quanto precede, sembra che, la Corte Costituzionale, in parte ricalcando la posizione assunta a livello europeo dalla Corte di Giustizia, preferisca circoscrivere il proprio sindacato semplicemente alla valutazione di coerenza interna del corpo normativo in

¹⁷ Cfr. Corte Cost., 4 febbraio 2003, n. 27, in <http://www.giurcost.org>.

¹⁸ Così, basti pensare alla Ordinanza Corte Cost., 23 dicembre 1998, n. 446, in <http://www.respamm.it>.

¹⁹ Cfr. N. C. SALERNO, “Farmacie e distribuzione del farmaco: non c'è contrasto di visione tra AGCM e Corte Costituzionale, né tra Commissione Ue e Corte di Giustizia Europea”, <http://www.laprevidenza.it>, ottobre 2010.

vigore, unitariamente considerato, evitando di addentrarsi in giudizi di congruità, adeguatezza e proporzionalità dello strumento. Tanto, del resto, sembra in qualche modo confessato dalla stessa Corte che in un passaggio della sentenza 27/2003, ove riconosce che: *“...le mutate condizioni di fatto e di diritto consentirebbero un cambiamento dei convincimenti [circa i vincoli di apertura], [senonchè] appare evidente che una simile operazione di rimodulazione del dettato legislativo esula dai compiti della Corte, la quale deve limitarsi ad uno scrutinio di legittimità costituzionale delle norme.....”*.

III.2. Come il legislatore italiano avrebbe raccolto le sollecitazioni europee: il “caso Monti” e la (pseudo) abolizione della Pianta Organica

A questo punto, sembra quasi doveroso domandarsi se e come nel nostro paese sono state raccolte le sollecitazioni comunitarie e interne. Infatti, anche in Italia, vige un sistema che si basa sull'autorizzazione all'apertura di nuove sedi farmaceutiche in un contesto di pianta organica, che di recente è stato radicalmente e forse troppo repentinamente “ripensato”, generando un certo caos nella regolamentazione della distribuzione territoriale del servizio farmaceutico.

Ci si riferisce all'articolo al D.L. n. 1/2012, convertito in L. n. 27/2012, meglio noto come decreto “cresci Italia” che, stando peraltro a quanto successivamente esplicitato dal Ministero della Salute in un parere “interpretativo” all'uopo diramato, avrebbe “inequivocabilmente” abolito le piante organiche delle farmacie in Italia.

L'art. 2 della legge n. 475/'68, a seguito della definitiva conversione in legge del d.l. “cresci Italia”, è ora composto soltanto da due commi.

È venuto meno il comma 1 (nelle sua versione originaria “Ogni Comune deve avere una pianta organica delle farmacie nella quale è determinato il numero, le singole sedi farmaceutiche e la zona di ciascuna di esse”) ed è stato sostituito da una disposizione, secondo cui “...il Comune, sentiti l'azienda sanitaria e l'Ordine provinciale dei farmacisti competente per territorio, identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie ... tenendo altresì conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate”²⁰.

²⁰ Art. 2 (L. n. 475/68) come modificato da L. 24 marzo 2012.

Tale modifica normativa ha indotto l'ufficio legislativo del Ministero della Salute a rendere un parere secondo cui il legislatore ha "inequivocabilmente" eliminato la pianta organica e le procedure ad essa correlate.

Orbene, un dato è certo: il legislatore apertis verbis ha manifestato la propria volontà di eliminare una volta e per tutte dall'ordinamento giuridico italiano l'ormai vetusto istituto della pianta organica.

Questo nelle sue intenzioni. E' davvero così?

Analizzando analiticamente le disposizioni di legge nuove e previgenti parrebbe di no²¹.

A ben vedere, infatti, il dato letterale normativo smentisce e priva di fondamento la tesi dell'eliminazione della pianta organica²² dal mondo giuridico, atteso che, nonostante il

[Ogni comune deve avere una pianta organica delle farmacie nella quale è determinato il numero, le singole sedi farmaceutiche e la zona di ciascuna di esse, in rapporto a quanto disposto dal precedente articolo 1.] cancellato

- 1. Ogni comune deve avere un numero di farmacie in rapporto a quanto disposto dall'articolo 1. Al fine di assicurare una maggiore accessibilità al servizio farmaceutico, il comune, sentiti l'azienda sanitaria e l'Ordine provinciale dei farmacisti competente per territorio, identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie, al fine di assicurare un'equa distribuzione sul territorio, tenendo altresì conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate.[cancellato]

[omissis]

Art. 1 (L. n. 475/68) come modificato da L. 24 marzo 2012)

L'autorizzazione ad aprire ed esercitare una farmacia è rilasciata con provvedimento definitivo dall'autorità competente per territorio (1) .

Il numero delle autorizzazioni è stabilito in modo che vi sia una farmacia ogni 5.000 abitanti nei comuni con popolazione fino a 12.500 abitanti e una farmacia ogni 4.000 abitanti negli altri comuni (1).] modificato □ Il numero delle autorizzazioni è stabilito in modo che vi sia una farmacia ogni 3.300 abitanti.

[La popolazione eccedente, rispetto ai parametri di cui al secondo comma, è compiuta, ai fini dell'apertura di una farmacia, qualora sia pari ad almeno il 50 per cento dei parametri stessi (1).] modificato □ La popolazione eccedente, rispetto al parametro di cui al secondo comma, consente l'apertura di una ulteriore farmacia, qualora sia superiore al 50 per cento del parametro stesso

²¹ GIORDANI, "Farmacia: *la pianta organica non è scomparsa*", in <http://www.personaedanno.it>, 21 marzo 2013.

²² Nell'assurda situazione di disordine interpretativo determinatasi nell'ambito del settore farmaceutico all'indomani della conversione del decreto "Cresci Italia", alcuni TAR hanno recepito pressoché acriticamente il parere ministeriale e, nel dichiarare l'avvenuta eliminazione della pianta organica, non si premuravano di spiegare quale fosse l'iter logico giuridico attraverso il quale giungevano a tali conclusioni (vedasi TAR Veneto, Sez. III n. 974 del 11 luglio 2012, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, che, nel decidere una vicenda risalente ad un periodo temporale anteriore all'entrata in vigore della L. n. 27/'12, al punto 2 della parte in diritto si legge "... deve ritenersi eliminata la pianta organica delle farmacie", in ; ovvero TAR Friuli Venezia Giulia Sez. I, 3 settembre 2012, n. 388, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, ove si è statuto che: "... non possono avere vigore norme regionali che alla normativa statale si oppongano, prevedendo limiti all'apertura di nuove farmacie mediante la sopravvivenza della pianta organica"). Il Governo, dal canto suo redigeva un disegno di legge da presentarsi al Consiglio dei Ministri del 11 maggio 2012, intitolato "Disposizioni integrative in materia di liberalizzazione delle farmacie" che prevedeva: a) la sostituzione del comma 4 dell'art. 1 della L. n. 475/'68 con una nuova norma che consentiva a qualsivoglia farmacista di ottenere il trasferimento della propria farmacia senza vincoli di territorialità, se non quello della distanza di 200 metri dalla farmacia più vicina; b) l'abrogazione espressa dell'art. 5 della L. n. 362/'91. Nella relazione illustrativa del disegno di legge, veniva più volte sottolineato che la "pianta organica delle farmacie è stata soppressa". Tale disegno di legge non ha mai trovato uno sbocco legislativo, ma a nessuno sfuggiva che, se il Governo riteneva necessario intervenire di nuovo legislativamente per modificare l'art. 1 comma 4 della L. n. 475/'68 e per abrogare espressamente l'art. 5 della L. n. 362/'91, era proprio perché era consapevole dell'impossibilità di sostenere rigorosamente, stanti tali norme, che la pianta organica era stata soppressa.

recente intervento caducatorio, sono sopravvissute numerose disposizioni di legge che continuano a riconoscere alla pianta organica delle farmacie diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento.

Si consideri, in proposito, a mero titolo esemplificativo, che il d.l. “cresci Italia” non ha abrogato l’art. 9 comma 1 della L. n. 475/’68, a mente del quale, testualmente: “La titolarità delle farmacie che si rendono vacanti e di quelle di nuova istituzione a seguito della revisione della pianta organica ...”; ha lasciato in vigore l’art. 5 comma 1 della L. n. 362/’91 (intitolata Norme di riordino del settore farmaceutico): “... in sede di revisione della pianta organica delle farmacie ...”. Analogamente nessun affetto ha sortito sull’art. 104 comma 2 del R.D. n. 1265/’34 (modificato dall’art. 2 della L. n. 362/’91): “In sede di revisione delle piante organiche successiva all’entrata in vigore delle seguente disposizione ...”.

Se, allora, il legislatore, pur potendo abrogare espressamente le norme citate, ha ritenuto viceversa di lasciarle in vigore, non pare coerente con il sistema affermare che la normativa del decreto “cresci Italia” abbia espunto dall’ordinamento la pianta organica.

Ad analoghe conclusioni, del resto, si perviene, del resto, anche seguendo proprio l’iter argomentativo contenuto nel parere dell’ufficio legislativo del Ministero della Salute, ove è dato di leggere che occorre rispettare tuttora il limite della distanza di 200 metri tra le farmacie giacché il Parlamento, nel novellare la L. n. 475/’68, ha “lasciato immutato” il comma 7 dell’art. 1. Orbene, posto che il (richiamato) criterio della “immutazione” trova applicazione per il citato comma 7 dell’art. 1, sarebbe contraddittorio e illogico che esso non operasse anche per tutte quelle altre disposizioni statali che prevedono espressamente la pianta organica farmaceutica e che non interessate dall’intervento legislativo abrogativo (è il caso di rilevare, per scrupolo di completezza, che il legislatore è espressamente intervenuto novellando la L. n. 362/’91 all’art. 7 comma 9, sicché, se veramente avesse voluto eliminare la pianta organica come strumento per la dislocazione delle farmacie, nulla gli avrebbe impedito di novellare anche l’art. 5 della stessa legge).

Ciò posto, ulteriori argomenti a favore della permanenza della pianta organica farmaceutica come strumento di pianificazione si ricavano proprio dalle norme cosiddetto “Cresci Italia”.

L’art. 11 comma 1 lettera c) (ora art. 2 della L. n. 475/’68), infatti, nello stabilire che il Comune “... identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie”, impone di indicare

in maniera precisa i confini di quelle porzioni del territorio comunale all'interno dei quali collocare le farmacie. Deve considerarsi, infatti che:

il termine "identifica" è tutt'altro che vago ma, anzi, presuppone una precisione estrema nell'indicazione degli elementi identitari;

il termine "zona", tecnicamente, indica una porzione di territorio perimetrata;

la locuzione "all'interno delle quali collocare" presuppone logicamente che vi sia un limite (costituito, appunto, dalla perimetrazione): non si può collocare qualcosa all'interno di ciò che è privo di confini.

Ciò dimostra, se mai ve ne fosse ulteriormente bisogno, che la pianta organica farmaceutica è tutt'altro che "eliminata" dal mondo giuridico: i Comuni, nell'istituire le nuove farmacie ai sensi del "novellato" art. 2 della L. n. 475/'68 devono, proprio a garanzia del criterio dell'equa distribuzione sul territorio, indicare precisamente quelle porzioni perimetrare dello stesso che costituiscono l'ambito entro cui è obbligatoria l'allocatione dell'esercizio farmaceutico.

Il descritto modus procedendi assicura in maniera effettiva il rispetto della capillarità del servizio farmaceutico, tanto condiviso dal legislatore da far prevedere espressamente nel novellato art. 2 della L. n. 475/'68 (a differenza del regime pregresso) che la distribuzione sul territorio deve essere talmente ramificata da assicurare l'accessibilità del servizio medesimo "anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate" (è auspicabile, tuttavia, che l'applicazione di tale prescrizione non determini abusi nell'individuazione delle zone di nuova istituzione).

Un ulteriore (e probabilmente decisivo) argomento a favore della permanenza della pianta organica nel nostro sistema giuridico è dato dal confronto tra la nuova e la vecchia formulazione dell' art. 2 comma 1 della L. n. 475/'68. La previgente disposizione qualificava la pianta organica come quell'atto in cui "è determinato il numero, le singole sedi farmaceutiche e la zona di ciascuna di esse", qualificando lo strumento pianificatorio de quo quale atto che, dal punto di vista giuridico e per esperienza consolidata divide il territorio comunale in zone (intese come porzioni perimetrare di territorio), all'interno di ognuna delle quali devono operare le singole sedi farmaceutiche.

Se così è, allora, non si vede in cosa differisca la nuova formulazione, atteso che il decreto "Cresci Italia", nello stabilire le modalità operative per l'istituzione delle nuove farmacie, impone di identificare le "zone" di ogni istituenda sede farmaceutica.

Il legislatore, in buona sostanza, nella nuova formulazione dell'art. 2 della l. n. 475/'68 ha avuto cura di utilizzare quella stessa terminologia che, nella precedente formulazione, veniva utilizzata per spiegare quali fossero il contenuto e le caratteristiche della pianta organica farmaceutica.

Le dinamiche operative per l'individuazione delle nuove sedi ed il contenuto degli atti relativi alla loro istituzione sono, quindi, gli stessi indicati nella normativa abrogata: ne discende che, per quanto attiene alla necessità di operare ordinatamente mediante l'approvazione di una pianta organica farmaceutica, nulla è stato innovato rispetto al passato²³: che si chiami pianta organica o in altro modo, non sembra si possa prescindere da una definizione "spaziale" delle sedi di distribuzione del farmaco.

Conclusioni

Alla luce della trattazione fin qui condotta può affermarsi che la maggiore potenziale conflittualità tra Trattato UE e settore farmaceutico si ravvisa laddove gli Stati membri abbiano optato per il contingentamento dell'offerta, attraverso strumenti di dislocazione spaziale delle sedi farmaceutiche. Tali conflitti, tuttavia, fino ad oggi sono stati risolti dalla giurisprudenza comunitaria, seppur con le evidenziate incongruenze, in senso favorevole alla regolamentazione del settore, che supera il vaglio di compatibilità con le libertà fondamentali sancite dal Trattato, in quanto strumentale alla realizzazione della salute della

²³ Tale tesi è contenuta nella recentissima ordinanza n. 751 del 1 marzo 2013, della III Sezione del Consiglio di Stato, in <http://www.amministrativistaonline.it>, che, ancora una volta, dà luce ad un panorama interpretativo ancora troppo ricco di ombre. Nel riformare l'ordinanza della II Sezione del TAR Toscana Firenze n. 28/2013, che aveva accolto la richiesta di sospensiva di un farmacista al quale il Comune aveva negato il trasferimento al di fuori della propria zona (il TAR aveva stabilito che, a seguito dell'entrata in vigore della legge "cresci Italia", "tali limiti non sembrano più sussistere"), il Consiglio di Stato pone finalmente un chiaro punto fermo in materia. Ancora una volta il ragionamento di Palazzo Spada è, si potrebbe dire, "chirurgico":- in primo luogo afferma che dalla lettura delle stesse disposizioni della legge "cresci Italia" si evince che la legge, quando si riferisce alle "nuove farmacie" non prescinde "dal collegamento della sede dell'esercizio con le "zone" in cui si articola il territorio comunale - in secondo luogo, in maniera efficacissima, rileva che la stessa legge "cresci Italia", all'art. 11 comma 1 espressamente stabilisce di voler garantire "una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico"- infine, a completamento del sillogismo, conclude stabilendo che "per quanto su esposto il nuovo quadro normativo non appare prescindere da un momento di pianificazione, a livello pubblicistico, dell'organica distribuzione sul territorio delle sedi delle farmacie". E la "pianificazione ... dell'organica distribuzione sul territorio delle sedi" altro non è che la pianta organica farmaceutica (che ora si potrebbe anche denominare "atto di pianificazione organica delle sedi farmaceutiche"). In altri termini la III Sezione del Consiglio di Stato ha chiaramente stabilito che se si vuole effettivamente garantire la capillarità del servizio farmaceutico, non può prescindere da un atto che pianifichi l'organica distribuzione di tutte le sedi (di tutte, non soltanto delle nuove sedi, l'inciso dell'ordinanza è chiaro: "organica distribuzione sul territorio delle sedi delle farmacie") mediante assegnazione di zona, intesa come porzione di territorio perimetrata ad ognuna di esse.

collettività. In senso analogo si è pronunciata la giurisprudenza della Corte Costituzionale, statuendo la legittimità delle norme sottoposte al suo sindacato.

Ebbene, dagli orientamenti espressi è desumibile il seguente principio di diritto: *“Nel valutare il rispetto dell’obbligo di introdurre ingiustificate restrizioni alla concorrenza e alla libertà di intrapresa, è necessario tenere conto del fatto che la salute e la vita delle persone occupano una posizione preminente tra i beni e gli interessi protetti dal Trattato, e che spetta agli Stati membri stabilire il livello al quale intendono garantire la tutela della sanità pubblica e il modo in cui tale livello deve essere raggiunto.”*.

A ciò consegue che, poiché il potere giurisdizionale non ha competenza nel merito delle prescrizioni di politica economica, politica industriale, strutturazione del *welfare system*, entrare nel merito di siffatte tematiche spetta solo al Parlamento. Questi solo, infatti, è il soggetto deputato, nella sua sovrana autonomia, con la calma e la lucidità necessari, a trovare il giusto punto di equilibrio tra l’erogazione di un servizio pubblico, quale è la distribuzione del farmaco e l’organizzazione di quelle attività che non rientrano nel nocciolo duro che giustifica il contingentamento delle farmacie.

Occorre che il legislatore si faccia carico di una riforma organica, in grado di salvaguardare il fondamentale diritto alla salute attraverso un efficiente servizio di distribuzione del farmaco con una prospettiva di crescita e sviluppo delle attività economiche e commerciali che possono fiorire e convivere con il canale delle attività e delle funzioni proprie delle farmacie.

Riferimenti bibliografici

“*La difesa in Europa del modello di farmacia italiana, la farmacia che tutela la salute dei cittadini*”, da “*Il farmacista 33, quotidiano web del farmacista italiano*”, 17 febbraio 2007, in <http://www.fog.it/fogliani/giancarlo/farmEu.html>

“*Note informative sintetiche n. 33/II – L’accesso alla titolarità delle farmacie, e la distribuzione e somministrazione del farmaco in Francia e Germania*”- Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Documentazione per le Commissioni, Esami e progetti, 5 marzo 2012.

“*Note informative sintetiche n. 33/II – L’accesso alla titolarità delle farmacie, e la distribuzione e somministrazione del farmaco nel Regno Unito e in Spagna*”- Camera dei Deputati, XVI Legislatura, Documentazione per le Commissioni, Esami e progetti, 5 marzo 2012.

Official Journal of The European Union, 29 gennaio 2011, in <http://eur-lex.europa.eu/lexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:030:0010:0011:En:PDF>

CASSETTI, *Libertà di Impresa, libertà di stabilimento e tutela della salute*, in SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali ed europei*, Giappichelli, Torino, 2012.

CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario, Saggi di diritto amministrativo*, collana di Sabino Cassese, n. 21 Giuffrè, Milano, 2012.

DEL SIGNORE, M., “*Il contingentamento dell’iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*”, Giuffè, Milano, 2011.

GIORDANI, “*Farmacia: “la pianta organica non è scomparsa*”, in <http://www.personaedanno.it>, 21 marzo 2013.

LA GIOIA, *Farmacia. Consiglio di Stato su pianta organica. "Pianificazione resta indispensabile"*, in <http://www.quotidianosanità.it>, 11 marzo 2013

PAMMOLLI, SALERNO, *"Le farmacie e le corti"*, I documenti di quotidiano sanità, quotidiano on line di informazione sanitaria, 17 ottobre 2011.

PAMMOLI, SALERNO, *"Metti una farmacia tra Antitrust e Corte Costituzionale"*, in <http://www.lavoce.info/articoli/pagina2580.html>.

PANERO, *La filiera dei farmaci in Italia, Regolazione e prospettive di liberalizzazione*, Franco Angeli, Milano, 2012;

SALERNO, *"Farmacie e distribuzione del farmaco: non c'è contrasto di visione tra AGCM e Corte Costituzionale, né tra Commissione Ue e Corte di Giustizia Europea"*, <http://www.laprevidenza.it>, ottobre 2010

SANTUARI, GIORDANI, *"Farmacie: si attende ancora la Corte di Giustizia"*, in <http://www.personaedanno.it>, 15 aprile 2012

SANTORO, *"Questa farmacia"*, in *Puntoeffe* 15, 13 ottobre 2011, in <http://www.puntoeffe.it/archivio/rivista/2011/pf1511.php>