

N. 04705/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4705 del 2011, proposto da:
Carolina Pragliola, rappresentato e difeso dall'avv. Mario R. Spasiano, con domicilio eletto presso
Mario R. Spasiano in Napoli, c.so Vitt. Emanuele 110/2;

contro

Comune di Aversa in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Nerone,
con domicilio eletto presso Giuseppe Nerone in Napoli, via Cesario Console,3; A.S.L. Caserta,
rappresentato e difeso dall'avv. Maria Vittoria De Gennaro, con domicilio eletto presso Maria
Vittoria De Gennaro in Napoli, via S.L Lucia,81 C/0 Avvoc.Region.;

nei confronti di

Ordine dei Farmacisti della Provincia di Caserta, rappresentato e difeso dall'avv. Carmela De
Franciscis, con domicilio eletto presso Paolo Di Martino in Napoli, Riviera di Chiaia,180;

per l'annullamento

DECLARATORIA DEL DIRITTO ALLA EROGAZIONE DEL SERVIZIO FARMACEUTICO
OLTRE GLI ORARI ED I TURNI PREDISPOSTI DALLE COMPETENTI AUTORITA'
AMMINISTRATIVE, IN APPLICAZIONE DELL'ART. 2 DELLA L.R. CAMPANIA 1
FEBBRAIO 1980, N. 7.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Aversa in Persona del Sindaco P.T. e di A.S.L.
Caserta e di Ordine dei Farmacisti della Provincia di Caserta;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2011 il dott. Sergio Zeuli e uditi per le parti i
difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 4 agosto 2011 e depositato il 5 agosto successivo Carolina Pragliola,
titolare della farmacia "Edda Diana" sita nel comune di Aversa adiva questo Tribunale chiedendo
l'annullamento degli atti in epigrafe indicati, nonché per sentir dichiarare il proprio diritto
all'apertura volontaria del suddetto esercizio negli orari notturni e nel periodo feriale.

A tal proposito la ricorrente esponeva le seguenti circostanze:

- ai sensi dell'art.2 della legge regionale Regione Campania 1 dicembre 2010 n.15 la ricorrente comunicava alle competenti autorità l'apertura del proprio esercizio commerciale, oltre gli orari stabiliti e previsti, comprese festività ed orari notturni avendo la surrichiamata normativa re-introdotto principi di liberalizzazione nella materia de qua;
- tuttavia, con la legge n.10 del 2011 a riprova di un atteggiamento ondivago del legislatore regionale, era stata nuovamente impressa una restrizione al settore degli esercizi farmaceutici, obbligati ad orari settimanali minimi (44 ore) e massimi (60 ore) nonché a rigide preclusioni per quanto concerne le aperture in periodo feriale e notturno;
- a seguito dell'introduzione di questa nuova normativa, con nota del 28 giugno 2011, la Pragliola aveva chiesto chiarimenti all'Ordine dei Farmacisti;
- quest'ultimo ente, in riscontro al quesito, comunicava alla ricorrente l'obbligo del rispetto dell'orario giornaliero di cui alla delibera dell'ASL di Caserta, la quale imponeva, in modo paradossale e contraddittorio, nella prospettazione attorea, un orario addirittura più limitato di quello che sarebbe dovuto risultare anche in applicazione della nuova, e più restrittiva normativa, nel frattempo emessa;
- a fronte della suddetta comunicazione la Pragliola comunicava la propria intenzione di rispettare un orario di apertura più esteso per un massimo di 60 ore settimanali, nonché la propria volontà di apertura dell'esercizio in tutte le festività infrasettimanali chiedendo di essere autorizzata all'apertura volontaria di domenica , nonché ad effettuare il servizio notturno volontario;
- l'Ordine dei Farmacisti emetteva a riscontro un parere contrario, così l'ASL prendendo atto del suddetto parere sfavorevole;
- l'Azienda Sanitaria, inoltre, per quanto concerne invece la richiesta di mantenere aperta la sede per 60 ore settimanali trasmetteva la pratica al comune di Aversa che emetteva gli impugnati provvedimenti che riproducevano in toto il contenuto della Deliberazione del Commissario Straordinario dell'ASL n. 528/2011, che conteneva notevoli restrizioni all'esercizio dell'attività in questione.

Tanto premesso questi ultimi, in uno con i comportamenti tenuti dall'amministrazione nella prospettazione della ricorrente sono illegittimi per i seguenti motivi: a) violazione art.2 e 9 L.R. Regione Campania n.7 del 1980 e ss. modifiche ed integrazioni ed eccesso di potere per difetto di motivazione; violazione dei principi generali dettati dall'art.86 del Trattato dell'Unione Europea in materia di concorrenza; b) violazione dell'art.3 L.241/90 ed eccesso di potere per contraddittorietà; c) incompetenza; d) illegittimità costituzionale dell'art.1 comma 1 lett. a) e dell'art.4 della L. Regionale Campania n.7 del 1980 per come modificati dalla L. regionale Campania n.10 del 2011 per violazione dell'art.32 Costituzione.

Si costituivano le amministrazioni intimato, contestando l'avverso dedotto e chiedendo il rigetto del ricorso.

All'odierna udienza, dopo le conclusioni dei difensori, come da verbale, la causa veniva spedita in decisione.

DIRITTO

In diritto va osservato che il ricorso è infondato. Ed invero, alla luce dell'attuale assetto normativo, per come dettato dalla legge n.7 del 1980, recentemente modificata dalla legge n.10 del 2011, non può che prendersi atto, in questa sede che le competenti amministrazioni, nell'occorso, si sono limitate ad applicare la normativa vigente, che impone limiti di apertura agli esercizi farmaceutici, sia giornalieri, che durante i periodi notturni e le festività.

Effettivamente la normativa che regola questa attività, è stata soggetta, negli ultimi anni, a continue e reiterate modifiche anche fra loro non coerenti, oscillando il legislatore, non solo quello della

Regione Campania, tra interventi tesi a liberalizzare i giorni ed i tempi di erogazione del suddetto servizio pubblico, e altri – come quello che connota la legislazione oggi vigente nel territorio regionale di competenza di questo Tribunale – piuttosto finalizzati a restringere la libertà e l'autonomia imprenditoriale di questo settore.

E tuttavia non può dirsi che l'attuale conformazione normativa, in attesa peraltro di prossimi (e peraltro preannunciati) mutamenti meno limitativi, tesa a restringere la libertà d'impresa in questo settore, siano irragionevoli o incostituzionali, tanto meno sotto il profilo della competenza complessa attribuita agli enti intimati nella determinazione dei suddetti vincoli.

Invero la compatibilità costituzionale di questi interventi e degli atti che li applicano si fonda innanzitutto sulla delicatezza del settore in oggetto. Quest'ultimo, come è evidente, è caratterizzato dalla centralità della figura dell'utente al quale la normativa, per la natura del servizio offerto, attribuisce ancor più significatività ed importanza rispetto a quella (già rilevante) per la verità che la legislazione ordinaria e comunitaria riconoscono al normale consumatore.

Lo scopo principale delle norme che disciplinano tale materia risiede, con tutta evidenza, infatti, nella volontà del potere pubblico di garantire un servizio all'utenza che sia al contempo continuo e territorialmente diffuso. Soprattutto questo secondo connotato sarebbe evidentemente frustrato laddove, avviatisi fenomeni distorsivi della concorrenza, quali *maxime* la creazione di oligopoli concentrati sulla grande distribuzione, si producesse nella fornitura di prodotti farmaceutici la scomparsa delle piccole farmacie dislocate in egual numero in periferia e nei centri delle grandi città. In altre parole la diffusività del servizio rappresenta, almeno allo stato, nelle intenzioni del legislatore, un obiettivo talmente importante da giustificare anche una compressione del diritto di intrapresa commerciale che indubbiamente esiste in capo al titolare di un esercizio farmaceutico.

E poiché la creazione di “grandi magazzini farmaceutici”, per così dire, - che avendo capacità finanziarie molto maggiori degli altri “competitor” potrebbero facilmente scalzare le aziende della piccola distribuzione dal mercato – può essere controllata solo limitando le potenzialità temporali di apertura al pubblico delle stesse, ecco che le misure restrittive normativamente imposte, appaiono le uniche in grado di continuare ad assicurare una concorrenza diffusa su tutto il territorio, a vantaggio e non a detrimento dell'utenza. E' infatti noto che un sistema di attrazione di nuova clientela si fonda, (non solo) per questi esercizi, proprio sulla capacità di apertura h 24 di essi, ed è dunque evidente che una legge che imponga restrizioni, proprio nell'ottica di una salvaguardia del mercato, non può mai risultare né irragionevole né in contrasto con i principi costituzionali. Del resto che la normativa restrittiva, quale quella qui in esame, sia idonea a colpire selettivamente solo gli esercizi più grandi (o comunque quelli dalle potenzialità economiche maggiori) è dimostrato dal fatto che un'apertura indiscriminata e sine die rappresenta un costo notevole, sicuramente non sostenibile da esercizi farmaceutici a conduzione familiare quali peraltro la maggior parte delle farmacie situate in periferia di un grande centro urbano.

Il rischio di un'invasione rigida ed anelastica in questo settore da parte di poteri pubblicistici è poi in parte scongiurato dalla partecipazione al procedimento impositivo di vincoli da parte dell'Ordine dei Farmacisti, che nella delimitazione degli orari e nella predisposizione dei turni, ovviamente, esercita ed amministra funzioni tecniche nell'interesse di tutti gli esercizi associati.

Queste considerazioni inducono a ritenere, oltre che legittimi gli atti impugnati, manifestamente infondata la dedotta illegittimità costituzionale della normativa esaminata. L'infondatezza dell'illegittimità costituzionale si palesa anche per due ulteriori considerazioni: oltre alle osservazioni appena rassegnate, perché è inoltre evidente che la legislazione che disciplina il servizio farmaceutico non può essere valutata alla stregua di una comune legge che disciplini il libero commercio. E difatti, come già ritenuto da questo Tribunale con la sentenza n. 6161/2009 essa nella disciplina di detto servizio pubblico deve tenere in attenta considerazione le esigenze e l'interesse dell'utente, quale destinatario finale del servizio farmaceutico”, e questo consente “una regolamentazione dello stesso che ne assicuri una ottimale fruizione” finalizzata a “contemperare in maniera bilanciata la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), necessariamente

implicante un regime di apertura al libero mercato in cui il servizio in parola deve muoversi con altri valori costituzionalmente rilevanti, anch'essi altrettanto meritevoli di tutela, quali l'eguaglianza (art. 3 Cost.), la solidarietà sociale (art. 2 Cost.), la tutela della salute (art. 32 Cost.) ed il buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.).

Infine, a definitivamente confutare il supposto contrasto della normativa attualmente vigente con la Costituzione italiana, è evidente che sono tuttora attuali le precisazioni che il giudice delle leggi volle articolare in tema di orari contingentati di prestazione del servizio de quo, con la sentenza del 4 febbraio 2003 con cui respinse analoga questione sollevata dal TAR Lombardia "le finalità concrete che la legge vuol raggiungere con il contingentamento delle farmacie (assicurare ai cittadini la continuità territoriale e temporale del servizio ed agli esercenti un determinato bacino d'utenza) vanno nello stesso senso di quelle che si vogliono conseguire con la limitazione dei turni e degli orari, in quanto, come è stato più volte osservato, l'accentuazione di una forma di concorrenza tra le farmacie basata sul prolungamento degli orari di chiusura potrebbe contribuire alla scomparsa degli esercizi minori e così alterare quella che viene comunemente chiamata la rete capillare delle farmacie. Esiste in altri termini, nella non irragionevole valutazione del legislatore, un nesso tra il contingentamento delle farmacie e la limitazione degli orari delle stesse, concorrendo entrambi gli strumenti alla migliore realizzazione del servizio pubblico considerato nel suo complesso. (Così Corte costituzionale 04 febbraio 2003 n.27.

Quanto al contestato contratto con l'art.86 del Trattato dell'Unione Europea in materia di concorrenza va osservato che la Corte di Giustizia, in analoga questione sollevata dal TAR del Lazio ha ritenuto " in riferimento agli art. 81 e 82 trattato Ce, irricevibile la questione sollevata dal giudice nazionale in riferimento alla normativa nazionale relativa all'eventuale concessione di una deroga per quanto concerne i periodi di apertura di una farmacia situata in una specifica zona... (omissis) , in quanto non idonea, di per sé o con la sua applicazione, a pregiudicare il commercio tra stati membri. Corte giustizia CE sez. I, 1° luglio 2010, n. 393.

Questi motivi inducono al rigetto del ricorso. Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento di euro millecinquecento complessivi a favore delle amministrazioni intimite costituite.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Fiorentino, Presidente

Vincenzo Cernese, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/02/2012

IL SEGRETARIO

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