

**PARERE**

Federfarma, Federazione Nazionale Unitaria dei Titolari di Farmacia Italiani, con sede in Roma, Via Emanuele Filiberto, n. 190, in persona della sua Presidente, Dott.ssa Annarosa Racca, richiede per le vie brevi il mio parere in ordine agli eventuali dubbi di legittimità costituzionale gravanti sulle previsioni di cui all'art. 11 del d. l. 24 gennaio 2012, n. 1, recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", pubbl. in G.U. n. 19 del 24 gennaio 2012, Suppl. Ord. n. 18.

E' rappresentata l'urgenza di una risposta.

Nel limitato tempo a mia disposizione è possibile osservare quanto segue.

\* \* \* \* \*

**Premessa.-** Le previsioni normative in commento si inseriscono in un intervento normativo d'urgenza che (come risulta dalle Premesse) è inteso a "*emanare disposizioni per favorire la crescita economica e la competitività del Paese, al fine di allinearla a quella dei maggiori partners europei ed internazionali, anche attraverso l'introduzione di misure volte alla modernizzazione ed allo sviluppo delle infrastrutture nazionali, all'implementazione della concorrenza dei mercati, nonché alla facilitazione dell'accesso dei giovani nel mondo dell'impresa*".

Per quanto riguarda specificamente le farmacie, il dichiarato intento di modernizzazione non sembra pretendere di smentire il complessivo impianto della disciplina vigente, tanto vero che lo stesso art. 11, comma 1, conferma l'istituto della pianta organica e chiarisce che il legislatore d'urgenza ha a cuore la garanzia di "*una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico*", presenza capillare alla quale la pianta organica è funzionale e che - come appresso si dirà - costituisce un principio ormai consolidato nella giurisprudenza costituzionale e comunitaria. Tale dato - anche questo si vedrà appresso - è di notevole importanza al fine dell'apprezzamento della ragionevolezza e della coerenza interna delle scelte legislative in commento.

Ciò precisato, è bene esaminare partitamente le singole disposizioni dell'art. 11 del d. l. n. 1 del 2012 (*hinc inde*: art. 11) che maggiormente sollecitano dubbi di legittimità costituzionale.

1.- Balza evidente agli occhi, anzitutto, il notevole incremento di sedi farmaceutiche che l'art. 11 consente (commi 3 e 11) o impone (commi 1 e 2).



**1.1.-** Quanto all'abbassamento del c.d. *quorum* a tremila abitanti e al connesso concorso straordinario, previsti dai commi 1 e 2, essi comporteranno - secondo i dati forniti dalla stessa richiedente - un aumento di sedi intorno alle 4.700 unità (sarebbero circa 2.600 ove il *quorum* venisse fissato a 3.500 abitanti).

Quanto al comma 3, inoltre, si deve considerare che tra stazioni ferroviarie (di qualunque genere e taglia, si badi), aeroporti internazionali, stazioni marittime (esse pure di qualunque genere e taglia), aree di servizio autostradali "*ad alta intensità di traffico, servite da servizi alberghieri o di ristorazione*" (si noti la disgiuntiva), e centri commerciali e grandi strutture di vendita "*con superficie superiore a 10.000 metri quadrati, purché non sia già aperta una farmacia a una distanza inferiore a 1.500 metri*", si possono stimare svariate centinaia di installazioni, in ciascuna delle quali sarà possibile istituire una nuova sede farmaceutica (la richiedente stima il possibile aumento in circa 2.000). E' vero che l'istituzione è preclusa ove risulti già aperta una farmacia a distanza inferiore a 200 metri, ma non è meno vero che la distanza è così esigua che sovente (se non sempre, come nel caso delle aree di servizio autostradali) tale condizione limitativa non sarà presente (e anche per quanto riguarda la distanza di 1.500 metri prevista per i centri commerciali, la collocazione di questi, in genere, in aree assai periferiche rende molto probabile che la condizione limitativa non si verifichi).

Infine, quanto al comma 11, è vero ch'esso non prevede alcuna istituzione di nuove sedi, ma non è meno vero che - per le ragioni che si vedranno appresso, al par. 5 - il sovvenzionamento privato delle farmacie site in comuni con meno di mille abitanti renderà altamente probabile l'istituzione di nuove sedi, da stimarsi (considerato il numero - 1945, giusta i dati delle anagrafi locali che a quanto risulta sono in possesso dell'ISTAT - di comuni rientranti nel limite suddetto) in circa mille (atteso che in circa novecento di tali comuni una farmacia risulta già istituita).

**1.2.-** Ora, questo notevolissimo incremento di sedi farmaceutiche appare contraddittorio con l'intento, coltivato dal legislatore d'urgenza, di assicurare la garanzia di "*una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico*". La moltiplicazione delle sedi, infatti, al contrario di quanto possa apparire ad un primo, assai superficiale, sguardo, non garantisce, ma anzi compromette la diffusione sul territorio del servizio di dispensazione al

dettaglio del farmaco. Sul punto sia la giurisprudenza costituzionale che quella comunitaria sono unanimi.

Il legislatore, invero, ha sinora sostanzialmente compiuto una valutazione opposta a quella ora preferita, giacché ha ritenuto necessario contingentare il numero delle farmacie sul territorio anche allo scopo di garantire la redditività di ciascuna, assicurando così il mantenimento di quella che la Corte costituzionale, nella sent. n. 27 del 2003 (peraltro confermata dalle sentt. nn. 76 del 2008 e 295 del 2009), ha efficacemente definito come la “rete capillare delle farmacie” (e, di conseguenza, un livello uniforme delle prestazioni sull’intero territorio nazionale). In tale pronuncia, non a caso, la Corte costituzionale ha avuto occasione di affermare che “*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*”. Ha aggiunto peraltro la Corte che “*si tratta di un profilo che è già stato posto nel dovuto rilievo*” nella precedente sentenza n. 446 del 1988, con la quale aveva avuto modo di chiarire che “*il quadro normativo ribadisce l’intento di realizzare [...] l’ottimale funzionamento del servizio nel suo complesso*”, mentre “*la ratio della legge ed il principio che ne va ricavato sono quelli della continuità dell’assistenza farmaceutica prestata, in un adeguato ambito territoriale, dal servizio nel suo insieme e non già dalla singola farmacia*”.

Seguendo la logica degli interventi in esame, invece, e indebitamente assumendo che ad un incremento delle farmacie consegua necessariamente un aumento della capillarità della distribuzione, si rischia di obliare che il mercato ha una capacità limitata, sicché un eccesso di punti di dispensazione rischierebbe di risolversi, piuttosto (con l’uscita delle farmacie più deboli dal mercato), in una contrazione dell’offerta, con specifica penalizzazione degli

utenti che risiedono nelle zone meno appetibili, nelle quali la sopravvivenza degli esercizi in essere sarebbe maggiormente a rischio.

Può aggiungersi che la ragionevolezza dell'attuale regime di contingentamento delle farmacie, che il decreto legge in esame così profondamente altera, è stata riconosciuta anche dalla Corte di Giustizia, la quale, nelle sentt. 19 maggio 2009, in causa C-531/06 (*Commissione c. Italia*), 19 marzo 2009, in cause C-171/07 e C-172/07 (*Apothekerkammer des Saarlandes*) e 1° giugno 2010, in cause C-570/07 e C-571/07 (*Blanco Pérez e Chao Gómez*), ha confermato che spetta al legislatore degli Stati membri valutare l'opportunità di prevedere e mantenere misure limitative delle libertà di concorrenza, di stabilimento e di prestazione dei servizi (tra le quali, appunto, il contingentamento del numero degli esercizi), in quanto esse siano funzionali all'esigenza di assicurare *“un rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità”* e il mantenimento di *“una rete distributiva idonea a garantire un'assistenza adeguata alle necessità della popolazione, che copra uniformemente tutto il territorio e tenga conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate”*.

In particolare, la Corte di Giustizia ha avuto occasione di rilevare *“che, secondo la giurisprudenza della Corte, stabilimenti ed infrastrutture sanitarie possono essere oggetto di una pianificazione. Tale pianificazione può comprendere una previa autorizzazione per l'installazione di nuovi prestatori di cure se questa si riveli indispensabile per colmare eventuali lacune nell'accesso alle prestazioni sanitarie e per evitare una duplicazione nell'apertura delle strutture, in modo che sia garantita un'assistenza medica adeguata alle necessità della popolazione, che copra tutto il territorio e tenga conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate”*, aggiungendo che, poiché *“esistono agglomerati che possono apparire a numerosi farmacisti particolarmente redditizi, e per questo più attraenti, come quelli situati nelle zone urbane, ed altre parti del territorio nazionale che invece potrebbero essere considerate meno attraenti, come le zone rurali, geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate”*, non si può affatto escludere *“che, se non ci fosse alcuna regolamentazione, le farmacie sarebbero concentrate in località reputate attraenti, mentre in alcune località meno attraenti si ritroverebbe un numero di farmacie insufficiente ad assicurare un servizio farmaceutico sicuro e di qualità”* (così la menzionata sentenza 1° giugno 2010, in cause C-570/07 e C-571/07- *Blanco Pérez e*

*Chao Gómez*). Tali statuizioni, come si vede, tengono nella debita considerazione l'esigenza di assicurare la redditività di tutte le farmacie autorizzate, mantenendone adeguato non solo il bacino di utenza, ma anche, con esso, il volume di affari.

Come si vede, la giurisprudenza ha sin qui avuto ben chiaro che l'aumento del numero delle sedi può ben risolversi nel proprio contrario, cagionando non un incremento, ma una riduzione delle opportunità di servizio per gli utenti del SSN. Del resto, lo stesso legislatore d'urgenza mostra d'esserne in qualche modo consapevole, se è vero che nella relazione tecnica al decreto legge si afferma che la previsione di consentire, nei comuni sino a 9.000 abitanti, l'apertura di una ulteriore sede solo se la popolazione eccedente è di 1.500 abitanti (e non di 500, come per i comuni con popolazione superiore) si deve alla necessità di "evitare un eccessivo numero di farmacie nei piccoli centri". Il che, però, rende ancor più irragionevole, per incoerenza interna, la scelta di aumentare oltremodo il numero delle sedi.

Vero - come è vero - quanto precede, le previsioni normative in commento appaiono fortemente sospette di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 (sotto il profilo dell'irragionevolezza e dell'incoerenza) e 32 della Costituzione (per il pregiudizio che comportano all'esigenza di assicurare una "rete capillare" di farmacie su tutto il territorio nazionale). Si badi: le considerazioni che precedono non possono indurre nell'equivoco di ritenere che un qualunque incremento delle sedi farmaceutiche sia illegittimo. L'incremento, però, deve essere, anzitutto, prevedibile (e qui, come si è visto, è lasciato al caso e ad un apprezzamento dell'Amministrazione privo di paradigmi programmatori) e, poi, contenuto entro limiti ragionevoli, tali da non pregiudicare la segnalata esigenza di conservazione delle sedi in essere e di presenza capillare del servizio sul territorio. E appare evidente che un incremento delle sedi che - secondo stime della richiedente - potrebbe arrivare sino al 43% debba ritenersi eccessivo.

**1.3.-** Si aggiunga che la possibile erosione dei benefici economici per le farmacie in essere, oltre al segnalato rischio di scomparsa degli esercizi marginali, comporterà il non meno concreto rischio della caduta di alcune farmacie sotto la soglia oltre la quale è prevista la concessione di alcuni benefici (si pensi, ad esempio, ancora di recente, all'art. 11, comma 6, del d. l. n. 78 del 2010, che esonera dall'assoggettamento all'ulteriore sconto dell'1,82 in favore del SSN - oltre a quelle rurali - le farmacie non rurali "con fatturato

*annuo in regime di Servizio sanitario nazionale, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, non superiore a euro 258.228,45")*.

Inoltre, come si vedrà al par. 5, è ragionevole immaginare che saranno istituite molte farmacie in comuni al di sotto dei mille abitanti, con i connessi oneri di sussidio in capo alla mano pubblica.

Tali oneri economici, tuttavia, non sono considerati dalla normativa in commento, che non prevede i mezzi per farvi fronte. Si prospetta, dunque, anche la violazione dell'art. 81 Cost.

**1.4.-** Da ultimo, va detto che la previsione che proprio le farmacie di cui al comma 3 possano essere oggetto di prelazione da parte dei comuni desta la massima perplessità. Per loro natura, infatti, quelle sedi saranno destinate a soddisfare le esigenze di utenti di passaggio e non certo dei residenti nel comune. Con la conseguenza che - in violazione del principio di ragionevolezza - la prelazione non avrebbe la funzione (che dovrebbe esserle naturale) di assicurare la gestione del servizio di farmacia in favore della comunità locale anche in assenza dell'interesse di un titolare privato, ma di costruire una fonte di introiti per l'ente locale, considerato anche che, in via di principio, le sedi istituite ai sensi del comma 3 dovrebbero essere particolarmente proficue (e l'osservazione che la previsione di tale prelazione sarebbe "a compensazione" dell'esclusione della prelazione sulle sedi istituite ai sensi dei commi 1 e 2, che si legge nella Relazione tecnica di accompagnamento al decreto legge, confessoramente - potremmo dire - aggrava l'irragionevolezza della scelta in commento).

**2.-** Dubbi analoghi a quelli ora esposti suscita la previsione che gli orari e i turni, fermo restando il servizio obbligatorio, possano essere liberamente derogati dalle singole farmacie. Si deve considerare, ancora, quanto osservato dalla Corte costituzionale nella già citata sent. n. 27 del 2003, ove, individuata, come si è visto, una *ratio* unitaria nel contingentamento del numero di esercizi e nella fissazione di turni e orari, si è concluso che "*la previsione legislativa di orari e di turni non contrasta dunque con gli artt. 32, 41 e 97 della Costituzione, in quanto, inserendosi nel predetto quadro normativo, tende ad assicurare il diritto alla salute, il diritto degli esercenti le farmacie (condizionatamente al limite dell'utilità sociale) e l'efficienza del servizio pubblico farmaceutico, secondo scelte discrezionali del legislatore, prive di profili di irragionevolezza e, quindi, conformi anche all'art. 3 della Costituzione*".

A sua volta, la Corte di Giustizia, nella sent. 1° luglio 2010, causa C-393/08, *Sbarigia*, ha dichiarato irricevibile una domanda di pronuncia pregiudiziale nella specifica materia degli orari e dei turni delle farmacie perché i parametri comunitari in materia di concorrenza erano inconferenti, ritenendo in particolare *“manifesto che la normativa nazionale in esame nella causa principale, relativa all’eventuale concessione di una deroga per quanto concerne i periodi di apertura di una farmacia situata in una specifica zona municipale del Comune di Roma, non è idonea, di per sé o con la sua applicazione, a pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi degli artt. 81 CE e 82 CE”*.

In realtà, la disciplina dei turni e delle ferie ha la medesima funzione della pianta organica. Come la Corte costituzionale ha chiarito nella sent. n. 27 del 2003, *“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”*. Rendere quella disciplina pienamente derogabile “in aumento” appare, dunque, contrastare frontalmente con l’esigenza di protezione del diritto alla salute riconosciuto e garantito dall’art. 32 Cost.

3.- Un’ulteriore osservazione va fatta rispetto al parametro rappresentato dall’art. 117 Cost.

Il secondo periodo del comma 2 dell’art. 11 prevede che *“Entro i successivi 30 giorni le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano bandiscono un concorso straordinario per titoli ed esami per la copertura delle sedi farmaceutiche di nuova istituzione o vacanti, fatte salve quelle per le quali sia stata già espletata la procedura concorsuale, riservando la partecipazione allo stesso ai farmacisti non titolari di farmacia e ai titolari di farmacia rurale sussidiata. [...] Al concorso straordinario si applicano le disposizioni vigenti sui concorsi per la copertura delle sedi farmaceutiche di nuova istituzione o vacanti, nonché le disposizioni previste dal presente*

*articolo e le eventuali ulteriori disposizioni regionali dirette ad accelerare la definizione delle procedure concorsuali.*

*Il successivo comma 5 aggiunge che “Ai concorsi per il conferimento di sedi farmaceutiche gli interessati in possesso dei requisiti di legge possono concorrere per la gestione associata, sommando i titoli posseduti. In tale caso la titolarità della sede farmaceutica assegnata è condizionata al mantenimento della gestione associata da parte degli stessi vincitori, su base paritaria, fatta salva la premorienza o sopravvenuta incapacità. Ai fini della valutazione dell’esercizio professionale nei concorsi per il conferimento di sedi farmaceutiche, per l’attività svolta dal farmacista ai sensi dell’articolo 5, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, sono assegnati punti 0,35 per anno per i primi 10 anni e punti 0,10 per anno per i secondi 10 anni”.*

*Infine, il comma 7 dispone che “Decorsi inutilmente i termini per gli adempimenti previsti dal comma 2, il Consiglio dei Ministri esercita i poteri sostitutivi di cui all’articolo 120 della Costituzione, con la nomina di un apposito commissario che approva le piante organiche delle farmacie ed espleta le procedure concorsuali di cui al presente articolo”.*

L’ambito materiale in cui ricade la disciplina del concorso straordinario è quello della “*tutela della salute*”, menzionata dal comma 3 dell’art. 117 Cost., sicché debbono essere qui applicati i criteri di ripartizione validi per le competenze c.d. concorrenti. Pertanto la previsione, da parte della legge statale, dell’obbligo per le Regioni e le Province autonome di indire un concorso straordinario non integra necessariamente la lesione della potestà legislativa concorrente riconosciuta alle Regioni, a condizione che ci si limiti alla fissazione dei principi fondamentali della relativa disciplina.

Pur in questa prospettiva, però, suscita dubbi di legittimità costituzionale la previsione che l’adozione da parte delle Regioni dei provvedimenti relativi alla revisione della pianta organica e al concorso straordinario costituisca un adempimento necessario “*ai fini dell’accesso al finanziamento integrativo del Servizio sanitario nazionale*” (comma 2, terzo periodo), atteso che in tal modo il finanziamento viene parametrato non alle esigenze di salute della popolazione regionale, ma all’efficienza o meno dell’amministrazione delle singole Regioni, in ordine ad obiettivi che - come si è visto - non hanno una vera connessione con la pubblica salute.

4.- Va ora considerata la previsione della riserva della partecipazione al ricordato concorso straordinario *“ai farmacisti non titolari di farmacia e ai titolari di farmacia rurale sussidiata”* (art. 11, comma 2).

Tale previsione appare finalizzata all'ampliamento delle *chances* di ottenere una congrua sede farmaceutica per coloro che (farmacisti dipendenti ovvero - in particolare, come si legge nella Relazione tecnica di accompagnamento al decreto legge - giovani; titolari di sedi sussidiate) non ne abbiano la titolarità. Appare incoerente con questa finalità (epperchiò irragionevole) la parificazione a tali soggetti, quanto alla partecipazione al concorso, di coloro che siano titolari di quote di società di gestione di farmacie. Si deve infatti considerare che:

- a) sovente si tratta di farmacie con un notevole fatturato;
- b) il farmacista socio, una volta dichiarato idoneo nella prova selettiva, potrebbe *“concorrere per la gestione associata”* ai sensi del comma 5.

Ne consegue, per un verso, che al concorso possono partecipare anche soggetti che, allo stato, non necessariamente si trovano in una posizione di svantaggio; per l'altro, che tali soggetti potrebbero cumulare la titolarità di più quote di società di gestione. Tali conseguenze, però, sembrano in contraddizione con la finalità della norma.

5.- Al comma 11 si stabilisce che *“E' istituito, presso l'Ente nazionale di previdenza e assistenza dei farmacisti (ENPAF), un fondo di solidarietà nazionale per l'assistenza farmaceutica nei comuni con meno di mille abitanti. Il fondo è finanziato dalle farmacie urbane, attraverso il versamento, a favore dell'ENPAF, di una quota percentuale del fatturato dalla farmacia, determinata dall'ente in misura sufficiente ad assicurare ai farmacisti titolari di farmacia nei centri abitati con meno di mille abitanti il conseguimento di un reddito netto non inferiore al centocinquanta per cento del reddito netto conseguibile, in base al contratto collettivo nazionale, da un farmacista collaboratore di primo livello con due anni di servizio. L'ENPAF provvede a corrispondere all'avente diritto l'indennità che consente il raggiungimento del reddito netto previsto dal precedente periodo”*.

Questa complessa previsione normativa si presta a più di una riflessione critica quanto alla sua legittimità costituzionale.

5.1.- E' noto, invero, che nel nostro ordinamento, per i professionisti, vige il principio della solidarietà categoriale, specie ai fini previdenziali e assistenziali (così l'unanime giurisprudenza: cfr., a mo' di esempio, Corte

cost., sentt. nn. 132 e 133 del 1984; ord. n. 667 del 1988; sent. n. 248 del 1997; 259 del 1992; 450 del 1993; Cass., sentt. nn. 6638 e 6640 del 1986; 2864, 2858 e 3590 del 1988). La fattispecie qui in esame, però, è assai diversa da quelle scrutinate dalla giurisprudenza alla quale si è ora fatto cenno.

Nel caso che ne occupa, infatti, in buona sostanza, si fa gravare anche sui farmacisti privati, titolari di farmacia, il costo del servizio di dispensazione del farmaco al dettaglio in comuni nei quali l'iniziativa privata non è adeguatamente profittevole. Come è noto, il servizio di dispensazione del farmaco al dettaglio per l'ordinamento italiano è, per costante giurisprudenza, servizio pubblico anche se esercito da privati (per tutte, Cass., Sez. Un., 3 febbraio 1986, n. 652), che è pienamente inserito nel servizio sanitario nazionale, ai sensi dell'art. 28 della l. 23 dicembre 1978 n. 833, in quanto funzionalizzato al soddisfacimento del diritto costituzionale alla salute (art. 32 Cost.), ed è proprio per questo che la normativa prevede l'istituzione di farmacie comunali. La giustificazione del diritto di prelazione, che l'art. 9 l. n. 475 del 1968 ha riconosciuto ai comuni nel caso di istituzione di nuove sedi farmaceutiche, risiede nell'esigenza di assicurare che, anche nel difetto dell'iniziativa privata, nelle sedi stesse sia comunque garantita l'erogazione del servizio pubblico di dispensazione dei farmaci. Tanto, in quanto il legislatore ha ritenuto che il comune, a differenza dei farmacisti privati, possa garantire l'erogazione del servizio anche in condizioni (temporanee o strutturali) di diseconomicità della gestione. Il che si giustifica, naturalmente, con la considerazione che l'obiettivo principale dei pubblici poteri, nelle valutazioni connesse all'esercizio del diritto di prelazione, è (o dovrebbe essere) l'interesse della popolazione di riferimento alla migliore e più efficiente organizzazione del servizio farmaceutico; interesse direttamente funzionale alla garanzia del diritto fondamentale alla salute, di cui all'art. 32 Cost.

Ciò significa che l'onere dell'istituzione della farmacia grava sulla mano pubblica le quante volte non soccorra l'iniziativa privata. Ciò è logicamente coerente con la nozione stessa di pubblico servizio, che deve essere *naturaliter* finanziato dal pubblico potere (fermo restando che il suo esercizio può spettare anche a privati, ma laddove essi abbiano una qualche convenienza a gestirlo). E' irragionevole, pertanto, e quindi violativa degli artt. 3 e 41 Cost., la norma che accolti anche al privato (resterebbe ferma, invero, la parte di sussidio di spettanza pubblica già prevista dalle leggi

vigenti) il costo di un pubblico servizio. Si badi: quello previsto dalla norma in commento non è un intervento paragonabile al contributo gravante sulle farmacie non rurali al fine dell'alimentazione dell'indennità di residenza per i farmacisti rurali, già previsto dal nostro ordinamento (cfr. ll. nn. 1107 del 1954; 1352 del 1962; 221 del 1968). Mentre quel contributo, infatti, aveva finalità solidaristiche, il fondo oggi previsto intende rendere profittevole un esercizio che altrimenti non lo sarebbe, con le conseguenze sopra segnalate.

**5.2.-** Non solo. Una simile previsione appare in contrasto anche con l'art. 118 Cost., a tenor del quale *"Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà"*. Il principio di sussidiarietà, infatti, esige che il potere pubblico intervenga laddove non soccorra la libera iniziativa privata e non può essere rovesciato nel suo contrario, imponendo ai privati - paradossalmente - di sostenere un intervento pubblico carente.

**5.3.-** Ancora. Si deve considerare che la normativa in commento finisce per introdurre una sorta di garanzia di uno "stipendio" (di questo si tratta, nella sostanza, al di là della qualificazione giuridica del fenomeno) minimo ai titolari delle farmacie che venissero istituite nei piccolissimi comuni. Ciò comporterà la prevedibile conseguenza che in tali comuni le nuove sedi saranno sovente istituite, perché il fondo previsto dalla disposizione in commento (ferma restando, si è già detto, la parte di sussidio di spettanza pubblica già prevista dalle leggi vigenti) non costerà nulla all'ente locale e il relativo onere verrà scaricato integralmente sui farmacisti urbani. Il che appare in netto contrasto con il principio di imparzialità e buon andamento della pubblica Amministrazione, fissato dall'art. 97 Cost.

Si aggiunga che, come chiarito dalla Corte costituzionale già nella sent. n. 78 del 1958, l'art. 38 Cost. prevede che le attività assistenziali siano *"compito e onere della collettività e non già di singoli o di gruppi e categorie di cittadini; anche per quanto riguarda la disoccupazione involontaria, le provvidenze in parola devono riportarsi agli schemi di assistenza sociale nel suo significato storico e tecnico"*.

**5.4.-** Infine, poiché la gestione del fondo di solidarietà è imposta all'ENPAF, si deve anche considerare un ulteriore profilo di irragionevolezza, dovuto all'incisione nell'autonomia garantita all'ente previdenziale di categoria, al quale si impone una prestazione certamente onerosa (il fondo - ovviamente -

non potrà essere gestito se beni e personale non saranno destinati a tale scopo), il cui costo ricadrà su tutti gli iscritti, atteso che (ai sensi del d. lgs. n. 509 del 1994 e del d. lgs. n. 103 del 1996) gli enti previdenziali delle categorie professionali non godono di alcun ausilio pubblico (v., assai di recente, sul punto, per una limpida ricostruzione della questione, TAR Lazio, Sez. III-*quater*, sent. n. 224 del 2012).

6.- Da ultimo, occorre considerare il comma 12, a tenor del quale *“Con decreto del Ministro della salute, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sentita la Federazione degli ordini dei farmacisti italiani, sono fissati i livelli di fatturato delle farmacie aperte al pubblico il cui superamento comporta, per i titolari delle farmacie stesse, l’obbligo di avvalersi, ai fini del mantenimento della convenzione con il Servizio sanitario nazionale, di uno o più farmacisti collaboratori”*.

La disposizione in commento subordina il convenzionamento delle farmacie con il SSN all’assunzione di una certa quantità di personale. Poiché, come è evidente, il convenzionamento è essenziale per le farmacie (per le quali, anzi, costituisce la condizione “naturale”: cfr. art. 28 della l. n. 833 del 1978, a tenor del quale *“L’unità sanitaria locale eroga l’assistenza farmaceutica attraverso le farmacie di cui sono titolari enti pubblici e le farmacie di cui sono titolari i privati, tutte convenzionate secondo i criteri e le modalità di cui agli articoli 43 e 48”*, ma anche d.P.R., 8 luglio 1998, n. 371, con il quale si è emanato il “Regolamento recante norme concernenti l’accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con le farmacie pubbliche e private”), in questo modo si finisce per stabilire un vero e proprio imponibile di mano d’opera. Come è noto, però, l’imponibile di mano d’opera è stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale sin dalla già cit. sent. n. 78 del 1958.

In quella occasione, invero, la Corte osservò che:

- a) *“nella locuzione «iniziativa economica» [che si trova nell’art. 41 Cost.] devono comprendersi le attività di operatori non solo dirette a creare e costituire un’azienda, ma anche inerenti alla vita e allo svolgimento di essa”*;
- b) *l’imposizione di un certo numero di addetti “viene a gravemente interferire e incidere sulla personale iniziativa dell’operatore agricolo; la libera valutazione e conseguente autodeterminazione in ordine a quelli che, a suo giudizio, possono essere gli adeguati elementi per dimensionare l’azienda e provvedere alla sua interna organizzazione sono notevolmente turbate o*

*sostituite da immissione, nel complesso equilibrio dell'azienda, di elementi non richiesti, spesso non ritenuti idonei”;*

c) nel secondo e nel terzo comma dell'art. 41 Cost. (che - rispettivamente - subordinano l'iniziativa economica privata all'utilità sociale e l'assoggettano a programmi e controlli per fini sociali) non può “*rinvenirsi giustificazione*” del sistema dell'imponibile di mano d'opera, atteso che nel secondo comma “*sono posti limiti di ordine negativo alla libera iniziativa privata*” e che nel terzo le misure ivi previste non consentono di “*riconoscere la legittimità di norme le quali, anziché informate a una generale visione nelle prospettate direzioni, siano congegnate in modo da interferire nell'attività economica di singoli operatori, turbando e comprimendo quell'iniziativa privata che è garantita dal primo comma dello stesso articolo*”;

d) conseguentemente, “*l'obbligo imposto ad operatori di assumere prestatori d'opera anche contro la valutazione da essi fatta della organizzazione della propria azienda resta estraneo al disposto del terzo comma e non può inquadarsi nelle provvidenze di ordine generale ivi previste*”.

Analoghi concetti furono espressi dalla sent. n. 38 del 1960 (nella quale l'obbligo di assunzione di una quota di invalidi del lavoro fu giustificato solo perché “*non viene alterata la valutazione dei datori di lavoro in ordine al dimensionamento delle imprese, ma è stabilito soltanto l'onere della percentuale di assunzioni da esso prevista*”); dalla sent. n. 55 del 1961 (nella quale l'obbligo di assumere una quota di invalidi fu giustificato solo perché “*la legge in esame non limita o comprime l'iniziativa economica privata, né la garanzia della proprietà privata, giacché non incide sull'organizzazione economica delle imprese, non importando per i datori di lavoro altro obbligo che quello di riservare per gli invalidi di guerra una modesta aliquota di posti rispetto al numero totale dei dipendenti, che essi datori di lavoro hanno liberamente determinato e che potrebbero liberamente cambiare*”); dalla sent. n. 622 del 1987, che ritenne giustificata la previsione (contestata dal giudice *a quo*, che avrebbe voluto l'introduzione di una sorta di automatismo) che l'assunzione di alcune categorie protette fosse subordinata alla richiesta del datore di lavoro perché “*l'ablazione della richiesta, lungi dal favorire un adeguamento della norma ai principi costituzionali invocati, varrebbe - in contrario - a interferire con l'iniziativa economica che il contesto dell'art. 41 preserva da restrizioni abnormi nelle scelte operative di svolgimento*”;

dalla sent. n. 316 del 1990, che dichiarò non fondata una questione di

costituzionalità relativa all'art. 11, terzo e quarto comma, del d.l. n. 857 del 1976 *“nella parte in cui prevede a carico delle compagnie assicuratrici cessionarie di quote del portafoglio dell'impresa in liquidazione coatta amministrativa l'obbligo di assumere parte del personale dell'impresa stessa”*, perché in tal caso *“l'obbligo di assunzione fuori organico è compensato dall'incremento del volume di affari portato dalla contestuale cessione di una quota proporzionale del portafoglio dell'impresa in liquidazione”* e anche perché le imprese di assicurazione godono del privilegio dell'obbligo di contrarre gravante sugli assicurati per la responsabilità civile automobilistica.

In considerazione dell'indirizzo giurisprudenziale ora descritto, la previsione normativa in commento deve ritenersi in contrasto con la garanzia della libera iniziativa economica privata fissata dall'art. 41 della Costituzione, in quanto incide nell'autonomia di organizzazione e dimensionamento dell'azienda in assenza dei necessari presupposti perché tale effetto si determini. A tal proposito, è bene osservare che la previsione in questione non appare sorretta nemmeno dall'esigenza di garantire la miglior qualità della gestione del servizio, perché l'obbligo di assunzione è parametrato al fatturato, che non costituisce un dato significativo della complessità dell'organizzazione aziendale (tanto più quando, come in questo caso, non si distingue tra fatturato imputabile al convenzionamento e fatturato imputabile alla vendita di medicinali fuori dal SSN o di beni diversi dai medicinali).

\*\*\*\*\*

In questi termini è la mia risposta al quesito di cui in epigrafe.

Roma, 31 gennaio 2012

Prof. Avv. Massimo Luciani

