

**ALLA CONSULTA L'ULTIMA PAROLA SUI NUOVI
POTERI COMUNALI DI LOCALIZZAZIONE DELLE
FARMACIE**

(Nota a Tar Veneto, Sez. III – ordinanza 17 maggio 2013 n. 713 – Pres. Di Nunzio, Est.
Morgantini – Marini (Avv.ti Nicoloso e Dal Prà) c. Comune di Treviso (Avv. De Piazz) e
Regione Veneto (n.c.)

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Le considerazioni del Tar Veneto. 3. Il punto di vista del Consiglio di Stato e degli altri Tar. 4. Conclusioni.

1. – Con l'ordinanza in rassegna¹ il Tar Veneto ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli articoli 41, 97 e 118 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 (secondo periodo del primo comma) della Legge n. 475 del 1968, nonché la questione di legittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 11 del Decreto Legge n. 1 del 2012, come convertito dalla Legge n. 27 del 2012.

Si tratta, com'è noto, delle due disposizioni introdotte dall'art. 11 del D.L. 24 gennaio 2012 n. 1 (c.d. Decreto “*Liberalizzazioni*” o anche “*Cresci Italia*”) che hanno inciso sul potere di localizzazione di nuove farmacie nell'ambito del territorio comunale, modificando in parte il regime

¹ L'ordinanza è stata pubblicata in G.U., 1^a Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 35 del 28-8-2013.

previgente² e trasferendo dunque la relativa funzione al solo livello comunale.

La decisione merita di essere annotata sia per l'interesse in sé che suscitano le considerazioni di diritto che in essa vengono svolte, in particolar modo la lettura che viene fornita del principio di sussidiarietà verticale di cui all'art. 118 della Costituzione; sia per il fatto che tali considerazioni risultano completamente disallineate rispetto all'interpretazione che è stata resa dal sistema di giustizia amministrativa formato dai Tar e dal Consiglio di Stato, chiamati a pronunciarsi sulle medesime questioni.

L'esame di tale ordinanza consente dunque di fare il punto sugli orientamenti della giurisprudenza amministrativa in relazione alla "proteiforme"³ nozione di sussidiarietà applicata ad uno dei temi, quello della regolamentazione delle piante organiche delle farmacie⁴, che si è

² Com'è noto, in precedenza la proposta di formazione della pianta organica veniva formulata dal Comune e poi approvata con atto formale di autorità sovracomunale, di solito la Regione. Nella Regione Veneto, la competenza a deliberare la formazione e revisione della pianta organica delle farmacie spettava alla Giunta regionale ex art. 3 L.R. 12/1972 poi sostituito dall'art. 14 della L.R. 78/1980. Per un inquadramento generale del regime delle farmacie si rinvia alla relativa voce, curata da S. CICCOTTI, in DIGESTO, 2008, pag. 373 e bibliografia ivi richiamata.

³ L'espressione è di F. CARINCI, *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, in www.forumcostituzionale.it. La bibliografia in materia di sussidiarietà è pressoché sterminata. Sia dunque consentito rinviare, senza alcuna pretesa di esaustività, a quella indicata nel citato lavoro.

⁴ Sulla possibilità di continuare a denominare in tal modo l'istituto, anche dopo l'entrata in vigore del Decreto "Liberalizzazione", si veda di recente Cons. Stato, sent. 3/04/2013, n. 1858, secondo cui "benché la legge non preveda più, espressamente, un atto tipico denominato "pianta organica", resta affidata alla competenza del Comune la formazione di uno strumento pianificatorio che sostanzialmente, per finalità, contenuti, criteri ispiratori, ed effetti corrisponde alla vecchia pianta organica e che niente vieta di chiamare con lo stesso nome".

dimostrato tra i più dibattuti ed accesi e che si intreccia ad altri, non meno complessi, riferiti al regime di gestione delle farmacie ed attualmente al vaglio dei giudici amministrativi⁵.

2. – Nei fatti, la vicenda trae origine dalla delibera assunta dalla Giunta comunale di Treviso con cui sono state individuate due nuove sedi farmaceutiche disponibili sul territorio comunale, sulla scorta dei nuovi parametri individuati dal D.L. 1/2012⁶.

Avverso tale delibera è insorto il privato titolare di farmacia che ha lamentato, in sostanza, il cattivo esercizio del potere di localizzazione da parte del Comune.

Nella tesi del ricorrente, l'Amministrazione comunale avrebbe infatti individuato due nuove sedi all'interno di zone scarsamente abitate e dunque già adeguatamente servite da preesistenti farmacie. In tal modo, l'Amministrazione avrebbe evitato di interferire sul bacino di utenza di

⁵ Ci si riferisce, *in primis*, alla dibattuta questione relativa all'organo competente, Giunta comunale o Consiglio, a deliberare la revisione delle piante organiche. Per la prima tesi si è schierata la giurisprudenza prevalente, tra cui, da ultimo, anche Cons. Stato, sent. 19/09/2013, n. 4667. Per la competenza del Consiglio comunale, si veda, per tutti, TAR Sicilia - Palermo, Sez. III, sent. 9/09/2013, n. 1661. Ma anche all'altrettanto nota *querelle* attinente al regime di gestione delle farmacie comunali. Per una compiuta analisi di tali problematiche alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa sia consentito rinviare a A. SANTUARI, *Le forme di gestione delle farmacie comunali, in particolare sul divieto di concessione a terzi*, in www.osservatorioappalti.unitn.it.

⁶ Come precisato da Cons. Stato, Sez. III, sent. 19/09/2013 n. 4667, "le nuove disposizioni hanno introdotto modeste innovazioni alla disciplina delle farmacie e delle rispettive piante organiche. Per quanto qui interessa, tali innovazioni consistono: (a) nella riduzione da 4000 a 3300 del coefficiente demografico per la determinazione del numero delle farmacie; (b) nella semplificazione del procedimento di formazione della pianta organica, in quanto il relativo provvedimento è ora di competenza esclusiva dell'amministrazione comunale".

altre zone, maggiormente popolate, tra cui rientrano anche le sedi di cui il Comune di Treviso risulta titolare tramite la propria partecipata “Farmacie Trevigiane S.p.A.”.

Ecco emergere dunque, con le parole dell’Ordinanza, *“il problema del rapporto tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione di un servizio pubblico e sociale come quello svolto dalle farmacie comunali, da parte dello stesso soggetto, il Comune di Treviso”*.

Problema che, giova ricordare, trae origine per l’appunto con la riscrittura operata nel 2012 dal Governo Monti alla Legge 475/1968 con cui è stata attribuita al solo livello comunale la competenza in materia di approvazione delle piante organiche delle farmacie.

Di qui la questione di costituzionalità sollevata dai ricorrenti in relazione alle citate norme del Decreto *“Liberalizzazioni”* per contrasto con i principi di sussidiarietà verticale e di imparzialità di cui rispettivamente agli artt. 118, comma secondo, e 97 della Costituzione.

Nel dichiarare tali questioni rilevanti e non manifestamente infondate, il Tar Veneto ne ha in parte ampliato i confini, estendendo d’ufficio il parametro di costituzionalità anche all’art. 41 della Carta Fondamentale; ciò in quanto *“l’attribuzione al comune del potere regolatorio in materia di farmacie lede la libertà di iniziativa economica, perché il comune quale possibile soggetto che esercita l’attività economica farmaceutica (anche attraverso la partecipazione in società*

⁷ A tale proposito, nella decisione in rassegna viene richiamato il Libro Verde sui servizi di interesse economico generale approvato dalla Commissione delle Comunità Europee in data 21/05/2003 in base al quale, com’è noto, la soluzione di affidare le funzioni di regolazione ad organi o enti di governo pone in forse l’indipendenza degli stessi ove a quest’ultimi sia demandata anche la proprietà o il controllo delle imprese operanti nel settore.

partecipate) non è posto sullo stesso piano della farmacia privata, ma gli viene attribuito il privilegio, attraverso l'esercizio del potere regolatorio, di assegnare a se medesimo dei benefici a scapito della farmacia privata".

Quanto invece agli altri due referenti del giudizio di costituzionalità, va evidenziato che nell'ordine seguito dal Tar Veneto la priorità è stata data all'art. 97 della Costituzione.

Ed infatti la commistione tra poteri di regolazione e poteri di gestione disegnata dal legislatore potrebbe comportare non solo "un esercizio imparziale del potere regolatorio di zonizzazione" ma anche "un vero e proprio conflitto d'interesse precedente all'esercizio del potere regolatorio"⁸. Ciò, si badi, senza che i limiti⁹ posti dal legislatore all'esercizio della discrezionalità possano essere considerati sufficienti ad escludere tale situazione di potenziale conflitto d'interesse.

Come già anticipato, secondo il Tar Veneto le disposizioni in esame risulterebbero inoltre in contrasto con l'art. 118, primo comma¹⁰, della Costituzione in quanto "la possibilità che il comune gestisca farmacie all'atto dell'esercizio del potere regolatorio (in una delle modalità consentite ed a prescindere

⁸ Si noti che secondo il Collegio tale conflitto d'interessi "sussiste anche quando, come nel caso di specie, il comune sia socio minoritario di una società di gestione del servizio farmaceutico. Infatti anche in tal caso il minore o maggiore fatturato della farmacia determina un minore o maggiore beneficio economico a favore del comune, essendo anche il socio comune beneficiario degli utili d'impresa e dell'eventuale aumento di valore che l'azienda presentasse nel corso dell'esercizio".

⁹ Tra cui vanno ricordati i pareri non vincolanti dell'Azienda sanitaria e dell'Ordine provinciale dei farmacisti previsti dal nuovo testo dell'art. 2 della L. 475/1968.

¹⁰ Non già il comma secondo della disposizione citata, come invece dedotto dai ricorrenti.

dall'entità del capitale) evidenzia che il livello comunale non è il livello di competenza adeguato all'esercizio del potere di zonizzazione delle farmacie".

La nozione di sussidiarietà verticale fatta propria dal Tar Veneto determinerebbe dunque il necessario spostamento di competenza al livello amministrativo superiore giacché è lo stesso principio, così come interpretato dal Collegio, che impone di *"valutare l'adeguatezza dell'allocazione della competenza"* e dunque gli eventuali *"fattori ostativi"* – quale in specie potrebbe per l'appunto essere il conflitto d'interesse tra funzioni regolatorie e gestorie – all'allocazione medesima *"presso un determinato livello di governo"*.

In tal senso, secondo il Tar Veneto, ad escludere che sia proprio quello comunale il livello territoriale adeguato per l'esercizio di siffatti poteri, si dovrebbe considerare che, da un lato, quello farmaceutico è un settore con *"elevati profili di specializzazione"*; dall'altro, la circostanza che la legislazione prevede molteplici altri casi – ad esempio la disciplina delle discariche e delle cave – in cui la funzione amministrativa è allocata ad un livello superiore rispetto all'ambito comunale e ciò proprio per il miglior perseguimento degli interessi pubblici.

3. – Come già anticipato, le conclusioni cui è pervenuto il Tar Veneto non trovano concorde il sistema di Giustizia Amministrativa che ha invero negato, in modo piuttosto compatto ed uniforme, rilevanza e fondatezza alle identiche questioni¹¹.

¹¹ Tra le varie decisioni rinvenute si segnalano, in ordine cronologico e senza pretesa di esaustività, TAR Friuli Venezia Giulia, sent. 10/04/2013 n. 234; TAR Lazio, Roma, Sez. II bis,

Tra le varie decisioni merita di essere segnalata la recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, del 19/09/2013 n. 4667.

Chiamati a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale delle nuove norme del Decreto “*Liberalizzazioni*”, in particolar modo sulla possibile violazione del principio di sussidiarietà di cui all’art. 118 della Costituzione, i Giudici di Palazzo Spada rovesciano completamente la prospettiva del Tar Veneto per affermare la piena conformità della norma in esame agli invocati parametri costituzionali.

Nelle parole del Consiglio di Stato, per “*sussidiarietà*” deve infatti intendersi “*il principio per cui l’intervento dell’ente di livello superiore ha luogo solo in quanto la funzione da svolgere o il servizio da esercitare siano di tal natura da esigere una gestione più accentrata*”.

In tale quadro, data la lettera del previgente testo dell’art. 2 della L. 475/1968¹², secondo il Consiglio di Stato “*appare evidente che sin da allora la dimensione propria e tipica della pianta organica era quella comunale, ancorché nella sua formazione intervenisse un’autorità sovra comunale. [...] In questa luce, la riforma del 2012, per quanto qui interessa, sembra essere stata un’attuazione dell’art. 118, piuttosto che una sua violazione*¹³”.

sent. 16/04/2013 n. 3825; Cons. Stato, Sez. III, sent. 31/05/2013 n. 2990; TAR Lazio, Roma, Sez. II, sent. 8/07/2013, n. 6697; TAR Emilia Romagna – Parma, Sez. I, sent. 17/09/2013 n. 263; Cons. Stato, Sez. III, sent. 19/09/2013 n. 4667.

¹² A mente del quale «*Ogni comune deve avere una pianta organica delle farmacie (...). - La pianta organica dei singoli comuni è stabilita con provvedimento definitivo del medico provinciale, sentiti il consiglio comunale interessato e il consiglio provinciale di sanità (...)*»

¹³ A dimostrazione della “vischiosità” della materia, si noti che l’interpretazione fatta propria dal Consiglio di Stato in merito al previgente meccanismo di approvazione delle piante organiche si pone in contrasto con quanto affermato da altri giudici amministrativi, ed in specie

Ancor più articolata e radicale la motivazione di Tar Lazio, Roma, Sez. II, 8/07/2013 n. 6697 a sostegno della non rilevanza e fondatezza dell'identica questione di legittimità costituzionale.

Secondo il Collegio capitolino, il potere attribuito ai Comuni di istituire nuove farmacie e la connessa individuazione delle relative zone, oltre che coerente con il principio di sussidiarietà, *“risponde anche a logiche di efficienza ed adeguatezza dell'azione amministrativa, essendo i Comuni, in quanto enti esponenziali degli interessi della collettività insediata nel relativo territorio, in grado di conoscere le dinamiche demografiche e le specifiche necessità del proprio territorio, sulla cui base meglio modulare l'organizzazione del servizio farmaceutico in relazione alle specifiche esigenze e caratteristiche, al fine di dare compiuta attuazione alle finalità cui l'organizzazione del servizio farmaceutico deve rispondere, come individuate, dalla nuova disciplina introdotta dall'art. 11 del decreto legge n. 1 del 2012, nell'esigenza di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti e di garantire una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico”*.

In aperto e dichiarato contrasto con le conclusioni del Collegio Veneto, il Tar Lazio evidenzia come il conflitto d'interesse tra funzioni gestorie e regolatorie dei Comuni non potrebbe neppure in astratto profilarsi giacché l'art. 11, comma 3, del D.L. 1/2012 esclude il diritto di prelazione del Comune sulle nuove farmacie istituite sulla base dei nuovi

TAR Lazio, Roma, Sez. II, sent. 08/07/2013 n. 6697 secondo cui nel sistema previgente *“la revisione della pianta organica delle farmacie spettava esclusivamente all'autorità regionale, mentre l'Amministrazione comunale interveniva nel procedimento fornendo un apporto meramente consultivo”*.

parametri o comunque vacanti ed introduce dunque una deroga espressa a quanto previsto dall'art. 9 della Legge 475/1968¹⁴.

In definitiva, per il Tar Lazio, il possibile conflitto di interessi in cui i Comuni verserebbero nella loro veste di gestori di farmacie – tale da poter influire sull'individuazione delle zone ove insediare le nuove attività – va considerato quale fattore di criticità che incide non tanto “*sul livello di allocazione delle competenze nella sua conformità a Costituzione*”, quanto piuttosto sul “*corretto esercizio del potere di localizzazione*”, il cui scrutinio di legittimità risulta pur sempre possibile.

A tale proposito, va peraltro evidenziato come parte della giurisprudenza amministrativa abbia già avuto modo di chiarire che la localizzazione delle farmacie all'interno del territorio comunale costituisce espressione di un potere altamente discrezionale. Tale potere sconta pertanto i soli limiti della “*macroscopica illogicità o irragionevolezza, essendo sottratto al vaglio del giudice il merito delle scelte amministrative*¹⁵”.

Sotto questo profilo, si coglie in modo ancor più nitido l'importanza che riveste la questione – fatta propria dal Tar Veneto – relativa alla corretta allocazione di tale funzione amministrativa. E' infatti evidente che, ove fosse confermata l'adeguatezza e la congruità del solo livello comunale ad esercitare tale localizzazione, lo scrutinio di legittimità indicato da Tar

¹⁴ In base al quale, com'è noto, la titolarità delle farmacie che si rendono vacanti e di quelle di nuova istituzione a seguito della revisione della pianta organica può essere assunta per la metà dal Comune.

¹⁵ Così Tar Puglia, Lecce, Sez. II, sent. 13/06/2013 n. 1393; in senso conforme, da ultimo, vedi anche Cons. Stato, Sez. III, sent. 19/09/2013 n. 4667.

Lazio n. 6697/2013 quale sede propria per sindacare l'esercizio del relativo potere da parte dei Comuni si scontrerebbe con l'intrinseca "alta discrezionalità" che allo stesso potere è stata riconosciuta.

4. – L'esame della giurisprudenza amministrativa che ha affrontato il tema del "nuovo" potere dei Comuni di localizzare le farmacie ed il possibile suo contrasto, tra gli altri, con l'invocato principio di sussidiarietà verticale, così come interpretato dal Collegio Veneto, lascia dunque aperti molti interrogativi, ai quali la Corte Costituzionale potrà ora in parte dare risposta.

La Corte è chiamata, *in primis*, a definire l'esatta latitudine del principio di sussidiarietà verticale ed il suo concreto modo di operare sotto il profilo dinamico. Oltre a ciò, dovrà valutare se la nuova attribuzione del potere di localizzare le farmacie – demandata dal Governo Monti ai Comuni – risulti effettivamente in contrasto con gli invocati principi costituzionali di imparzialità e di libertà di iniziativa economica.

In tale ottica, l'Ordinanza di rimessione in rassegna, a prescindere dagli esiti cui potrà condurre, va valutata con favore per la sensibilità dimostrata dal Collegio Veneto nel cogliere profili di criticità che involgono principi cardine dell'Ordinamento.

Ciò consentirà al Giudice delle leggi di fornire un'ulteriore lettura – la più autorevole – di tali principi e del loro concreto modo di operare.

Sullo sfondo restano peraltro altri interrogativi, non meno complessi, che si riferiscono ancora una volta al rapporto tra potestà legislativa statale e quella regionale nelle materie di competenza c.d. "concorrente", tra cui

rientra espressamente anche la “*tutela della salute*”, giusta art. 117, co. 3, della Costituzione, così come riformulato dalla Legge Costituzionale n. 3 del 2001¹⁶.

In questo senso, l'occasione era “ghiotta” anche per stimolare una volta di più la Corte a chiarire se la diretta attribuzione da parte dello Stato di funzioni amministrative ai Comuni, nelle materie di legislazione concorrente, possa rientrare nel concetto di “*determinazione dei principi fondamentali*”, quale unico ambito per l'appunto riservato alla competenza legislativa dello Stato nelle materie di legislazione concorrente¹⁷.

Non resta dunque che aspettare l'intervento chiarificatore della Consulta.

¹⁶ Così come chiarito da Corte Cost., sent. 14/12/2007, n. 430, secondo cui “*ai fini del riparto delle competenze legislative previsto dall'articolo 117 Cost., la “materia” della organizzazione del servizio farmaceutico, va ricondotta al titolo di competenza concorrente della «tutela della salute», come peraltro già avveniva sotto il regime anteriore alla modifica del titolo V della parte seconda della Costituzione. La complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci mira, infatti, ad assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando solo marginale, sotto questo profilo, sia il carattere professionale, sia l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista (sentenze n. 448 del 2006 e n. 87 del 2006; nonché sentenze n. 275 e n. 27 del 2003), dei quali pure si occupa la norma*”.

¹⁷ Questione che non è stata in alcun modo sollevata dall'Ordinanza in rassegna, ma che era stata invece prospettata in altri giudizi. In particolare, Cons. Stato, sent. 15/02/2013, n. 2990 affronta e risolve la questione negando alla stessa rilevanza e fondatezza, richiamando la già citata sentenza n. 430/2007.