

La disciplina del servizio farmaceutico tra diritto alla salute e tutela della concorrenza

di Andrea NAPOLITANO* e Cristiana IANNITTI**

SOMMARIO: **1.** Brevi cenni sulla nozione di servizio pubblico. **2.** L'evoluzione normativa in materia di servizio farmaceutico. **2.1.** Il periodo delle c.d. liberalizzazioni e privatizzazioni dei servizi pubblici. **3.** Le recenti evoluzioni normative: la c.d. legge sulla concorrenza. **4.** Brevi conclusioni.

1. Brevi cenni sulla nozione di servizio pubblico.

Il tema dei servizi pubblici è oggi, come è noto, oggetto di particolare attenzione visti i recentissimi interventi legislativi in materia, che sembrerebbero aver messo fino all'assenza, a livello normativo, di una definizione univoca e puntuale di servizio pubblico ritenuta di estrema utilità per *"ponderare correttamente e tutelare gli interessi ritenuti meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento giuridico"*, essendoci invece nozioni diverse, ciascuna caratterizzata dai disparati approcci che si sono avuti in materia e ciascuna inerente a settori differenti¹.

* Dottore di Ricerca.

** Esperto legale in ente pubblico presso Autorità nazionale anticorruzione.

¹ Sul punto si ricorda, autorevole dottrina secondo cui, la nozione di servizio pubblico risulta essere "tra quelle più tormentate" M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1990, 69.

La rilevanza della nozione di servizio pubblico nel dibattito giuspubblicistico è testimoniata dall'ampissima bibliografia in materia. Tra gli altri U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; F. MERUSI, voce *Servizio pubblico*, in *Nuoviss. Dig. ital.*, 1970, XVII, 215 ss.; G. BOZZI, voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Encicl. Dir.*, 1977, XXVII, 363 ss.; I. M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987; AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, Milano, 1988, 264; S. CATTANEO, voce *Servizi pubblici*, in *Encicl. Dir.*, XLII, 1990, 355 ss.; S. CASSESE, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Eco. pubbl.*, 1996, 6; P. CIRIELLO, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, 1990, XXVIII, 1 ss.; A. POLICE, *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, 469 ss. F. GIGLIONI, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di servizio pubblico*, in *Foro amm.*, 1998, 2265; A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio: i limiti e i requisiti dell'assunzione del servizio pubblico da parte dell'ente locale*, in *Quaderni del pluralismo*, 1998, 175 ss.; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, 1999, 13 ss.; F. LANDOLFI, *I servizi pubblici locali*, in *Nuova rassegna*, 1999, n. 2; R. GRACILI - F. BENELLI - F. COSSU, *Enti locali e servizi pubblici*, in *Nuova rassegna*, 1999, n. 11; A. CAROSELLI, *Il servizio pubblico: una categoria concettuale in continua evoluzione*, in *Trib. amm. reg.*, 2000, n. 1, 27 ss.; S. LO RUSSO, *Servizi pubblici e organismi di diritto pubblico*, in *Riv. trim. app.*, 2000, n. 4, 685 ss.; F. SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, n. 2, 535 ss.; L. IEVA, *La teoria del servizio pubblico nell'evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale*, in *T.A.R.*, 2001, 529; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001, 13; R. VILLATA, *Pubblici*

Come è noto, in una fase iniziale, la nozione di servizio pubblico ha assunto un profilo "organico materiale" di matrice francese, identificandola nelle attività poste in essere da una amministrazione pubblica avente natura non autoritativa². Secondo questa impostazione, riconducibile alla c.d. teoria soggettiva, era configurabile come servizio pubblico quello erogato da un soggetto pubblico e che si sostanziasse in prestazioni di utilità di natura tecnica e materiale nei confronti della collettività *uti singuli* o *uti universi*³.

servizi. Discussioni e problemi, Milano, 2008, 5. L'Autore riconduce l'equivoco alla circostanza secondo la quale il servizio regolato da una o più norme viene sempre qualificato come pubblico, al "carattere polisensu intrinseco alla locuzione "servizi pubblici", nonché "a non sorvegliati atti comunitari responsabili della perdita dell'originaria consapevolezza che una cosa sono i servizi di cui l'Amministrazione abbisogna e ne ricerca il fornitore nel mercato, altra quelli che intende assicurare ai cittadini tramite prestazioni dirette o indirette proprie". Cfr. inoltre G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, III, Milano, 2006, 5517.; R. VILLATA, *Servizi pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5517; I. M. MARINO, *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione del sistema "a diritto amministrativo"*, in *Dir. e proc. Amm.*, 2007, 73. Fra le innumerevoli opere sul servizio pubblico: M. CAMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le regioni*, 1992, n. 1, 7 ss.; D. SORACE, *Note sui servizi pubblici locali dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in *Studi in onore di Ottaviano*, cit., 1141 ss.; G. ROLLA, *Manuale di diritto degli enti locali*, Rimini, 1997, 217 ss; R. VILLATA, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino 2011 Sul punto risulta senza dubbio fondamentale l'analisi svolta da M. S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.* 1953, 614. In questa occasione, l'Autore, nell'evidenziare la difficile individuazione di una nozione di servizio pubblico condivisa, ha sottolineato che "il pubblico servizio forma oggetto di studio in tre distinte discipline: l'economia, la scienza dell'organizzazione, la scienza del diritto. In ciascuna di queste discipline si dà peraltro del pubblico servizio un concetto che solo in parte coincide con quello dell'altra disciplina".

² Esemplificativa al riguardo è la legge 29 marzo 1903, n°103, la c.d. Legge Giolitti, intervento legislativo basato sulla risposta data dal legislatore alla incontrollata intensificazione della vita urbana e alla crescita dei c.d. bisogni collettivi da soddisfare attraverso lo strumento delle c.d. aziende municipalizzate. Queste ultime sono servite, inoltre, ad arginare la consuetudine secondo cui le strutture e i servizi municipali venivano concessi in maniera discrezionale a soggetti privati che facevano gravare il costo del servizio sulla collettività. Con la legge Giolitti, si è stabilito, infatti, un meccanismo con il quale acquistava rilevanza pubblica la prestazione di un'attività solo nel momento della sua municipalizzazione, difettando, per questo motivo, il criterio di determinatezza del concetto generale di servizio pubblico stesso. In seguito, lo stesso legislatore ha emanato il Regio Decreto 2578/1925, contenente il Testo Unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province, con il quale si è stabilito che l'erogazione di determinate prestazioni, ritenute di interesse pubblico da parte dell'amministrazione comunale, fosse libera quando il servizio doveva essere somministrato in regime concorrenziale alle imprese private e limitato se doveva essere svolto in monopolio.

³Cfr. S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1912, 357. Sul punto, la dottrina ha cercato di definire in maniera specifica tale teoria. Tra i tanti si ricordano M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 24, secondo il quale "la nozione di servizio pubblico in senso soggettivo può rendersi con quella di attività non autoritativa assunta un pubblico potere"; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, cit., 5, secondo il quale, tale nozione doveva definirsi "ruotante intorno all'idea di una pubblica amministrazione, o meglio, di uno Stato che

Si trattava di una concezione che, basata sull'analisi della presenza dello Stato nello svolgimento del servizio e sull'osservazione di come tali attività materiali potessero risultare compatibili con gli schemi classici del diritto amministrativo, individuava l'essenza del fenomeno nelle finalità sociali perseguite direttamente dallo Stato attraverso attività che, ancorché non autoritative, si connotavano in senso marcatamente pubblicistico, in quanto direttamente ed intrinsecamente riferibili all'amministrazione pubblica⁴.

In questo modo, l'atto di assunzione del servizio da parte dell'amministrazione era ritenuto strumento idoneo alla traslazione della natura pubblica dal soggetto al servizio al fine della legittimazione dell'attribuzione dello stesso⁵.

Inoltre, la decisione di istituire il servizio e la previa valutazione, effettuata dall'ente territoriale sulla doverosità del porre tale servizio a disposizione della

cura in modo concreto gli interessi della collettività senza fare uso dei poteri che gli permettono di comprimere o limitare la sfera di libertà dei cittadini". Cfr. inoltre A. DE VALLES, I servizi pubblici, in Primo trattato di diritto amministrativo italiano, IV, Milano, 1930; R. ALESSI, Le prestazioni amministrative rese ai privati, Milano, 1956; G. MIELE, Pubblica funzione e servizio pubblico, in Scritti giuridici, Milano, 1987; A. POLICE, Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale" in Dir. Amm., 1, 2007. Per un'analisi approfondita della distinzione tra teoria soggettiva e teoria oggettiva si rinvia tra gli altri; E. PRESUTTI, Commentario della legge comunale e provinciale, Roma, 1934, 501; G. MIELE, Servizi pubblici, diritto amministrativo, in Enc. It., Roma 1936, 476; S. CASSESE, I servizi pubblici locali nel Mezzogiorno, in Ricerche Formez, 1969, 7; U. POTOTSCHINIG, I pubblici servizi, cit.; N. IRTI, L'ordine giuridico del mercato, Bari, 1998; G. DELLA CANANEA, G. NAPOLITANO, Per una nuova costituzione economica, Bologna, 1998; S. CASSESE, Le basi del diritto amministrativo, Torino, 1989, 123; G. CAIA, Legislazione sui servizi pubblici, attività energetiche ed ordinamento delle autonomie locali, in Rass. Giur. en. El., 1997, 313; F. BASSI, Lezioni di diritto amministrativo, Milano, 1998, 32.

⁴ Come è noto, però, nell'originaria impostazione, il rilievo soggettivo era riconducibile a tre elementi cardine: la titolarità del servizio in capo all'ente locale che lo assumeva; la finalità che il servizio si proponeva di raggiungere e il tipo di organizzazione caratterizzato da specifiche modalità di gestione. G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 927. Cfr. inoltre, P. CIRIELLO, *Servizi pubblici*, cit. Sul punto si ricorda inoltre come l'elaborazione dogmatica della nozione di servizio pubblico si era formata in periodo in cui lo Stato raccoglieva in sé ogni potere, distribuendolo eventualmente ad altri soggetti nell'ordinamento. Cfr. O. RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto*, in *Riv. it. Sc. Giur.*, 1905, 350, secondo il quale "tutto il concetto di pubblico in riferimento alle persone giuridiche pubbliche, alla loro attività, alla loro organizzazione, allo stesso diritto che le regola, cioè il diritto pubblico, si appunta e concentra nello Stato; è pubblico tutto ciò che direttamente o indirettamente è di Stato. Lo Stato è la sintesi della cosa pubblica: non vi è cosa pubblica, se lo Stato non la consideri tale"

⁵ I fautori di tale tesi hanno ritenuto, infatti, che la parte centrale dell'impostazione è costituita dalla titolarità del servizio e non della sua gestione. Parte della dottrina ha evidenziato, "dopo un primo momento, caratterizzato dalla compresenza di titolarità e gestione, la teoria soggettiva identifica dunque nella titolarità l'elemento caratterizzante il servizio pubblico. Solo un soggetto pubblico può stabilire che una determinata prestazione debba essere offerta alla collettività con il potere di stabilire le modalità di erogazione, di fissare le tariffe, di delineare il programma di erogazione, di revocare l'eventuale concessione". Sul punto V. DE FALCO, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003, 37.

comunità” era diretta conseguenza delle esigenze essenziali o diffuse della collettività locale di riferimento⁶.

In questo modo, la categoria dei servizi pubblici poteva essere ricollegata ad una determinata porzione dell’attività amministrativa caratterizzata appunto dall’erogazione di prestazioni tecniche e materiali in favore della collettività e rientranti fra i compiti istituzionali dello Stato⁷.

Rispetto all’utilità perseguita attraverso l’erogazione del servizio, considerato un “*vantaggio di ordine superiore*”, il beneficio ricevuto dagli utenti aveva un ruolo secondario, in quanto gli stessi venivano considerati quali *meri recettori di effetti giuridici* di fatto determinatisi all’atto della loro assunzione⁸.

Questa qualificazione soggettiva, basata sull’imputazione giuridica ed istituzionale di un determinato servizio ad un soggetto pubblico ha mostrato con tutta evidenza il suo carattere lacunoso ed inadeguato anche in considerazione dell’evoluzione del quadro ordinamentale contraddistinto dal progressivo passaggio da forme dirette di intervento pubblico nell’economia, nelle quali l’amministrazione pubblica non si limitava a concedere la gestione dell’attività ai privati ma conferiva a questi ultimi la titolarità del servizio rilegando il proprio ruolo a mere funzioni di regolamentazione, indirizzo e controllo.

Inoltre, tale teoria ha subito un graduale superamento anche in considerazione della diffusione dei c.d. *servizi pubblici impropri*⁹ e l’entrata in vigore della Carta Costituzionale¹⁰ che hanno portato all’affermazione della teoria di tipo

⁶ Cfr. A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"* cit. Sul punto si ricorda, inoltre come l’amministrazione pubblica territoriale incontrava diversi limiti all’assunzione quale quello legato al contesto istituzionale nel quale si svolgeva l’azione dell’ente territoriale e quello di carattere interno inerente le modalità idonee all’assunzione della decisione.

⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 115; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 72; F. G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi pubblici*, Rimini, 1988, 35; L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria di pubblici servizi*, cit.

⁸ Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 345. L’Autore, inoltre, definisce il rapporto di cui sopra “*originato da un’ammissione rispetto alla quale la volontà dell’ente funziona solo come condizione di fatto o presupposto*”. Nello stesso modo, più recentemente e L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria di pubblici servizi*, cit., 33.

⁹ Con tale definizione si fa riferimento a quelle attività, che anche se aventi caratteristiche simili ai servizi pubblici erogati da enti locali, venivano erogate da soggetti privati e sottoposti ad una disciplina pubblicistica anche se non riconducibili ad un provvedimento amministrativo, cfr. A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, cit., 83 ss.

¹⁰ Cfr. U. POTOTSCHINIG, *I pubblici servizi*, cit., 155, il quale ha sottolineato “*come il nuovo ordinamento costituzionale abbia tolto ogni validità alla teoria nominalistica del servizio pubblico*”, ritenendola inoltre idonea “*a caratterizzare il regime giuridico dell’attività economica che realizza un servizio pubblico interviene un corpus di disciplina comune, quella di cui all’art. 41, 3 comma, qualunque sia il soggetto (privato o pubblico) che l’esercita*”. Cfr. più di recente A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano,

“oggettivo”, basata sull’equiparazione dell’attività pubblica con la qualificazione di pubblica utilità, nonché di pubblico interesse e per questo sottoposta al controllo diretto di un ente pubblico a prescindere dalla personalità pubblica o privata del soggetto erogatore¹¹.

In questo modo quindi, si è legittimata l’esistenza di servizi pubblici gestiti da soggetti privati senza uno specifico conferimento da parte dell’autorità pubblica e senza alcun collegamento istituzionale con questa, anche in presenza delle particolari condizioni dettate dall’articolo 41 comma 3 della Costituzione.

Questa visione oggettiva del servizio pubblico si basa quindi non sulla natura del soggetto erogatore ma sull’utilità intrinseca della prestazione per l’intera collettività, in modo che alla sua nozione ed al connesso regime giuridico possono essere ricondotte tutte le attività indirizzate e coordinate a fini sociali mediante programmi e controlli¹².

Per questo motivo la natura può rinvenirsi a prescindere dal soggetto a cui l’attività è istituzionalmente collegata sottolineando la sua attitudine a soddisfare un interesse di carattere generale indipendentemente dalla natura pubblica o meno del soggetto titolare della stessa.

1995; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma, 2004, 27. L’Autore ha distinto le modalità di intervento dello Stato all’interno dell’economia in due grandi categorie: l’intervento conformativo con cui lo Stato detta regole per l’esercizio dell’attività di impresa e quello diretto, mediante impresa pubblica, o indiretto, mediante acquisizione di partecipazioni in aziende private.

¹¹ Il modello costituzionale della nozione di servizio pubblico risulta estrapolato dall’art. 43 che rappresenta un “sistema di servizi pubblici”, ritenuti essenziali, la cui gestione non deve essere organizzata sotto forma di impresa, in quanto basata su norme fondamentali predisposte dalla dottrina e analizzate nel dettaglio dalla giurisprudenza costituzionale. L’art. 43 della nostra Carta Costituzionale, inoltre, ispirato alla logica del pluralismo istituzionale, collega, infatti, l’attività pubblica al soddisfacimento degli obiettivi politici, economici e sociali del paese, in virtù del quale è possibile evidenziare come i servizi pubblici erano tali anche prima della riserva imposta dallo Stato in materia, prevedendo l’esistenza di servizi pubblici esercitati da imprese private senza specifica statuizione da parte di enti pubblici e senza alcun collegamento con gli stessi. Secondo autorevole dottrina infatti, “L’art. 43 della Costituzione e le esperienze precedenti di municipalizzazione indicano che nell’ordinamento esistono non soltanto attività che sono servizi pubblici se assunti da un pubblico potere, ma anche attività oggettivamente qualificabili, pur se attribuite a privati, come pubblici servizi e, in quanto tali, collettivizzabili” Così M. D’ALBERTI, *Lo Stato e l’economia*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 4, 2000; Cfr. inoltre S. CASSESE, *Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, I, 1344; F. LEVI, *Imprese pubbliche e servizi pubblici essenziali tra l’art. 23 l’art. 43*, in *Studi sull’amministrazione regionale e locale*, Torino, 1978; R. FRANCESCHELLI, (voce) *Concorrenza*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988; F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1992, 3.

¹² U. POTOTSCHINIG, *I pubblici servizi*, cit., 135, secondo cui la presupposta “capacità del testo costituzionale di disciplinare l’intero profilo dell’attività economica” poteva risultare strumento idoneo alla definizione di “un vero e proprio ordinamento costituzionale di tutti i rapporti economico che si svolgeva nel paese”.

Questa interpretazione è stata mitigata nel tempo dalla dottrina che ha osservato come, nonostante la tendenziale indifferenza della natura del soggetto erogatore, l'attività debba comunque essere svolta nel rispetto del principio di imparzialità, nonché essere soggetta ad una serie di obblighi maggiori rispetto a quelli previsti per una comune attività economica¹³. Così facendo, quindi, il servizio pubblico è stato inteso quale attività pubblica o privata destinata a soddisfare fini sociali ed idonea a dare diretta attuazione a quanto previsto dagli articoli 3 comma 2 e 41 della Costituzione secondo cui " *la legge determina i programmi ed i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*"¹⁴.

Sul punto bisogna, inoltre, ricordare come l'interpretazione letterale di tale teoria possa condurre ad un allargamento talmente ampio della nozione da risultare di dubbia utilità. Infatti, il possibile accostamento all'interno della stessa categoria di attività diverse tra loro, ma erogate da soggetti pubblici e privati potrebbe impedire di cogliere la piena specificità del concetto di servizio pubblico.

¹³ Cfr. S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit. Contra R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit.

¹⁴ Si ricorda come parte della dottrina abbia ritenuto che l'articolo 41 della Costituzione vada a contrapporsi all'articolo 43 della stessa Carta Costituzionale. Cfr. S. NICODEMO, *I diritti degli utenti alla fruizione di prestazioni essenziali*, in L. CALIFANO (a cura di) *Corte Costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, 213. Nel giustificare la propria tesi, l'Autore evidenzia come il passaggio da un sistema di gestione dei servizi pubblici nel quale l'interesse pubblico viene realizzato mediante un monopolio idoneo a garantire continuità e uniformità nell'erogazione nel rispetto del principio di uguaglianza e delle esigenze della collettiva, previsto dall'articolo 43 Cost., ad uno concorrenziale secondo quanto previsto dall'articolo 41 Cost., pone una serie di problematiche per la tutela delle pretese giuridicamente rilevanti di cui sono titolari gli utenti. Il passaggio ad un mercato concorrenziale, secondo quanto previsto dall' articolo 41 tende a modificare il rapporto tra offerta e domanda nel servizio pubblico, poiché gli utenti risultano titolari di diritti che vanno a conformare le modalità di organizzazione e gestione del servizio pubblico. Così facendo, quindi, viene superato il modello previsto dall'articolo 43 Cost. in favore di un intervento pubblico a garanzia del c.d. servizio universale idoneo a costituire uno strumento di integrazione della concorrenza, quando e nei limiti in cui il modello concorrenziale concretamente esistente, non si dimostri sufficiente per assicurare al cittadino utente l'accessibilità ai servizi essenziali.

Sul punto, come è noto, si è pronunciata anche la Corte Costituzionale grazie alla quale è avuto modo di creare "un quadro di regolamentazione" diretto ad assicurare l'universalità del servizio pur in una gestione effettuata attraverso imprese che operano in regime di concorrenza. Cfr. sul punto Corte. Cost., 22 dicembre 1982, n° 233, in *Giur. cost.*, 1982, 12; Corte. Cost., 17 marzo 1988, in *Foro it.* 1989, I, 56; Corte. Cost. 20 dicembre 1988, n° 1104, in *Giur. cost.*, 1988, 12; Corte. Cost., 23 gennaio 1990, n° 23, in *Giur. cost.*, 1990, I, 62; Corte. Cost., 28 febbraio 1992 n° 74, in *Rass. Avv. Stato*, 1992, I; Corte. Cost., 7 dicembre 1994, n° 420, in *Foro amm.*, 1994, 2667; Corte. Cost., 30 dicembre 1997, n° 463, in *Foro it.*, 1998, I, 682; Corte. Cost. 31 luglio 2002, n° 413, in *Giur. cost.*, 2002, 2977; Corte. Cost., 18 ottobre 2002, n° 422, in *Foro it.*, 2003, I, 1661,

Per questo motivo, parte della dottrina, rivalutando l'elemento soggettivo nella definizione del servizio pubblico ha evidenziato una concezione "mista" dello stesso rilevando che, anche se la gestione del servizio può essere svolta indifferentemente da soggetti pubblici o privati, ai fini della qualificazione quale servizio pubblico, la titolarità dello stesso deve comunque risultare in capo all'amministrazione pubblica che lo ha assunto¹⁵ e, secondo alcuni autori, deve poter essere sottoposta a programmi e controlli direttamente riferibili allo Stato quale attuazione di un suo specifico fine¹⁶.

La dottrina è così giunta a individuare gli indici di riconoscimento della pubblicità del servizio, rinvenibili nella gestione del servizio attraverso un'organizzazione stabile sottoposta ad un controllo pubblico capace di assicurare un livello minimo di erogazione e in un'attività diretta alla soddisfazione immediata dei bisogni dell'utenza¹⁷.

1.1. La natura giuridica del servizio farmaceutico

¹⁵ Secondo questa interpretazione, il momento oggettivo indica che il carattere pubblico identifica un'attività rivolta al pubblico e non all'amministrazione stessa, imponendo, inoltre che il servizio sia messo a disposizione degli utenti secondo criteri predefiniti di qualità attraverso l'utilizzo di modelli tendenzialmente imprenditoriali. Allo stesso modo, il momento soggettivo consente di distinguere tali attività dalle altre prestazioni di carattere economico svolte dall'amministrazione ma che non sono connotate dall'assunzione di doverosità dell'attività idonea a soddisfare gli interessi della collettività. Cfr. tra i tanti P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1995, 459; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, cit.; G. E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano 2003; U. DI BENEDETTO, *Diritto amministrativo*, Rimini, 2007.

¹⁶ In questo modo, si è tentato di individuare un criterio distintivo tra i servizi pubblici e le attività imprenditoriali in riferimento all'interesse perseguito in considerazione del fatto che, mentre nei servizi pubblici la prestazione può costituire l'immediata soddisfazione di quella doverosità del servizio che è alla base dell'istituzione, nell'esercizio dell'attività imprenditoriale i soggetti pubblici possono perseguire un interesse prettamente strumentale rispetto a quello pubblico da curare. Cfr. sul punto F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973, 199; I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, cit., 297.

¹⁷ Nonostante l'indirizzo giurisprudenziale sembra essere indirizzato verso una nozione oggettiva di servizio pubblico, vista anche l'estensione della normativa processuale, si ricordano decisioni con le quali si è privilegiato una concezione di servizio pubblico estremamente "lata", inserendo nella stessa anche prestazioni non finalizzate direttamente alla soddisfazione di un interesse collettivo, a testimonianza della mutevolezza di tale definizione. Cfr. tra le tante decisioni al riguardo T.A.R. Lombardia, sez. Milano, 2 settembre 1998, n. 2041, in *T.A.R.*, 1998, I, 3989. C.G.A., 23 luglio 2001, n. 410, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 21; Cons. St., 9 maggio 2001, n. 2605, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 169 ss. Cfr. inoltre Cass. Civ. 22 luglio 2002, n. 10726, in *Urb. e appalti* 2002; Cass. Civ., 27 novembre 2002, n. 16831, in *Urb. appalti*, 2003, 529; Cons. St., 10 marzo 2003, n. 1289, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2003, 1000.

Il servizio farmaceutico e le relative modalità di gestione ed organizzazione è stato oggetto di riserva esclusiva in favore dello Stato in quanto erogato a tutela della salute consacrato in seguito dall'articolo 32 della Carta Costituzionale quale "fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività".

Come è noto, infatti, il diritto alla salute è considerato un bene meritorio di fondamentale importanza al fine di garantire l'integrità e l'equilibrio psico-fisico dei consociati e fattispecie complessa dal momento che "è *garantito ad ogni persona come diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti*"¹⁸.

È il caso, ad esempio, del principio della libertà di iniziativa economica privata, tutelata dall'articolo 41 della Costituzione in considerazione del fatto che, se la qualificazione del servizio farmaceutico a servizio pubblico ne assicura la fruibilità e l'accessibilità¹⁹ grazie ad esercizio farmaceutici insediati in specifiche zone, d'altro canto il relativo profilo economico spinge all'adozione di misure di stampo liberista sempre nel rispetto delle garanzie sottese al carattere universale del servizio stesso²⁰.

Sul punto la Corte Costituzionale ha avuto modo di evidenziare come la professione di farmacista debba a pieno titolo essere considerata un'attività imprenditoriale finalizzata, al tempo stesso, all'erogazione ai cittadini di un servizio di fondamentale rilevanza²¹.

Tale impostazione è stata inoltre ripresa anche in ambito europeo in un'importante decisione della Corte di Giustizia con la quale, una volta ribadito il carattere di funzionalità del servizio farmaceutico rispetto alla tutela del bene

¹⁸ Cfr. Corte. Cost. 16 ottobre 1990 n° 455, in *Giur. Cost.*, 1990, 2732

¹⁹ Cfr. W. GASPARRI, *Somministrazione di farmaci e diritto alla salute in Regioni*, 1988, 1544.

²⁰ Cfr. M. LUCIANI, G.M. ROBERTI, *Il ruolo sociale e sanitario della farmacia nelle sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia Europea. Un sistema di regole a tutela della salute*, in www.federfarma.it Peraltro, proprio la qualificazione di servizio pubblico a carattere economico (seppur orientato a fini di utilità sociale) rende incerto l'inquadramento del settore tra le materie di cui all'art. 117 Cost. In alcuni casi, la Consulta, ha ricondotto la disciplina sull'organizzazione del settore farmaceutico alla materia della "tutela della salute", a potestà legislativa concorrente. In altri, al sussistere di spiccati elementi economico/imprenditoriale, ha ricompreso la regolazione di specifici profili del servizio nella materia di potestà legislativa residuale regionale del "commercio". In altri ancora, ha constatato l'intreccio del servizio farmaceutico con le materie di potestà legislativa esclusiva statale, quali i "livelli essenziali delle prestazioni" e "la concorrenza" Cfr. sul punto Corte. Cost. 14 dicembre 2007, n. 430, in *Giust. civ.*, 2008, 851; Corte. Cost. 21 aprile 2011, n. 150, in *Giur. cost.*, 2011, 1873; Corte. Cost. 8 ottobre 2012, n. 231, in *Giur. Cost.*, 2012, 5, 3482

²¹ Cfr. Corte. Cost. 10 marzo 2006 n. 87, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2006, 504

“salute”, si è ribadita la natura economica della funzione del farmacista svolta dietro retribuzione e per questo motivo assoggettabile alle disposizioni europee in materia²².

La natura ibrida del servizio farmaceutico, all’interno del quale è possibile rinvenire tanto l’elemento professionale/sanitario che quello economico/imprenditoriale, giustifica la difficoltà del legislatore nell’individuare un tendenziale punto di equilibrio e bilanciamento tra i due valori costituzionali troppo spesso ritenuti in antitesi²³.

Si tratta di un conflitto derivante dalla costante interpretazione data all’articolo 32 Cost. quale limite all’utilizzo delle dinamiche concorrenziali.

Sul punto attenta dottrina ha evidenziato una certa tendenza *“ad applicare in chiave necessariamente conflittuale l’endiadi quantità-qualità: nei diversi contesti potenzialmente interessati da apertura a dinamiche di mercato e, quindi, ad un incremento della quantità, viene generalmente collegato un peggioramento della qualità servizio”*²⁴.

Da un’attenta analisi della disciplina sul punto possono evidenziarsi una serie di elementi che, in quanto congegnati allo scopo di garantire un’uniforme ed equa allocazione delle risorse offerte dal servizio farmaceutico, limitano l’ambito di operatività di possibili misure pro-concorrenziali.

Sul punto parte della dottrina ha sottolineato come il rapporto di funzionalità tra il servizio farmaceutico e la tutela della salute non debba essere letto in chiave conflittuale dovendo *“fungere da impulso liberista, se si vanno a valorizzare i*

²² Cfr. C.G.U.E., 19 marzo 2009, C-171/07 e C-172/07. Sul punto si evidenzia la peculiarità del rapporto di immediata funzionalità tra l'erogazione dei beni e servizi e la tutela della salute, che funge da limite, anche a livello europeo, all'applicazione delle regole sulla concorrenza. La Corte di giustizia europea, anche trattando fattispecie non necessariamente connesse alla tutela del diritto alla salute, ha affermato come la sussistenza di “esigenze imperative di interesse generale” giustifica alcune restrizioni alla libera prestazione di servizi, evidenziando, al tempo stesso, la contrarietà ai principi europei di quelle misure, poste in essere dagli Stati membri allo scopo apparente di perseguire finalità di interesse generale, ma nello specifico indirizzate verso le protezioni di interessi economici di categoria. Cfr. C.G.U.E., 14 dicembre 2004, C-309/02; C.G.U.E., 29 novembre 2007, C-393/05; C.G.U.E., 19 maggio 2009, C-531/06; C.G.U.E. 24 marzo 2011, C-400/08; C.G.U.E., 16 febbraio 2012, Cause riunite C-72/10 e C-77/10

²³ Sul punto parte della dottrina ha avuto modo di evidenziare che in presenza di valori, collocati pariteticamente su di un piano normativo sovraordinato e posti in relazione avversari, la relazione deve essere nei termini del *“conflict of compelling principles”*. Cfr. V. E. CARDI, *“Mercati e istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia”*, Torino, 2009. L'Autore ritiene che il conflitto esplicito tra valori, così sopra definiti, dia luogo a corsi di azione alternativi, giustificabili invocando l'uno piuttosto che l'altro valore

²⁴ Cfr. M. CALABRÒ, *Linee evolutive del servizio di assistenza farmaceutica. Ipotesi di valorizzazione dell'art. 32 cost. in senso pro-concorrenziale*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 5, 2015, 1243

*benefici che un regime concorrenziale potrebbe portare in capo al cittadino-utente in termini di maggiore efficienza e minor costo del servizio*²⁵.

Da ciò emerge il conflitto tra la necessità di regolazione di un settore strumentale al perseguimento di un diritto costituzionalmente garantito quale è quello alla salute e la garanzia delle logiche di tipo concorrenziale volte a soddisfare e tutelare la libera iniziativa economica dei privati.

2. L'evoluzione normativa in materia di servizio farmaceutico

Il servizio farmaceutico ha ricevuto una prima e chiara definizione normativa a partire dalla c.d. Legge Giolitti²⁶ con la quale si attribuì la gestione dello stesso ai Comuni e, mediante concessioni, a soggetti privati muniti di titolo comprovante la qualifica posseduta, previo esperimento di procedure concorsuali ad evidenza pubblica²⁷.

Tale normativa, in seguito assorbita nel Testo Unico sulle leggi sanitarie²⁸, stabilì, inoltre, un meccanismo di contingentamento dell'offerta dei farmaci attraverso una pianta organica con l'individuazione del numero di farmacie divise per ambito territoriale e per densità abitativa, successivamente sostituita dal piano di zona al quale occorre attualmente far riferimento.

La normativa successiva ha come è noto perpetrato il modello pubblicistico della gestione del servizio farmaceutico sottolineando l'inscindibilità tra i profili professionali ed imprenditoriali.

²⁵ Cfr. M. CALABRÒ, *Linee evolutive del servizio di assistenza farmaceutica. Ipotesi di valorizzazione dell'art. 32 cost. in senso pro-concorrenziale*, cit.

²⁶ Già prima della legge Giolitti il servizio farmaceutico costituì oggetto di disciplina della legislazione statale. In particolar modo, la legge Crispi-Pagliani 22 dicembre 1888, n. 5849, pur riconoscendo al servizio rilevanza pubblica, vi accordò la qualificazione di impresa commerciale, a condizione però che la direzione di questa fosse affidata a un farmacista. In particolar modo, ai fini dell'esercizio della professione di farmacista (e quindi della direzione) era richiesto obbligatoriamente il possesso del diploma di laurea, che, al contrario, ai fini della proprietà della farmacia, non si rendeva necessario. Solo in epoca giolittiana il servizio fu riservato allo Stato. La legge del 1913, in particolar modo, individuò due modalità alternative di esercizio del servizio: una prima a mezzo di gestione da parte dei comuni, e una seconda, mediante concessione a privati, previo esperimento di procedure concorsuali. Peraltro le due diverse modalità sono tuttora vigenti. Cfr. sul punto S. RODOTÀ, P. ZATTI, R. FERRARA, *Trattato di biodiritto. Salute e sanità*, Milano, 2010.

²⁷ Sul punto autorevole dottrina definì tale disciplina come "una specie di rompicapo", avendo dovuto il Legislatore fronteggiare "...questioni che erano esasperate dalla presenza di forti gruppi di pressione..." ed essendo infine giunto a "...soluzioni che accontentassero molte istanze insieme...rapidamente e affrettatamente...". Cfr. M.S. GIANNINI, *Le farmacie (problemi generali*, in *Rass. amm. sanità*, 1963, pp.171 ss.

²⁸ Regio Decreto 27 luglio 1934 n° 1265

Nello specifico con la Legge n° 475/68 il legislatore ha compiutamente definito il rapporto tra numero di farmacie e densità di popolazione prevedendo che, rispettando determinate condizioni, il servizio farmaceutico debba essere offerto in prelazione al Comune o alle aziende ospedaliere e, solo in via residuale, a farmacisti privati a mezzo di specifici meccanismi previsti dalla stessa normativa²⁹.

In seguito, con la legge n° 833/78³⁰ l'assistenza farmaceutica, ricompresa nel novero dei compiti del neo-istituito Servizio Sanitario Nazionale è stata specificamente affidata alle aziende sanitarie locali³¹ che, ai fini dell'effettiva definizione di tale attività si avvalgono delle farmacie, sia di proprietà pubblica, in specie comunale, sia di proprietà privata³², convenzionate in base a criteri specifici e secondo precise modalità³³.

Mentre la disciplina del rapporto tra Servizio Sanitario Nazionale farmacia, pubbliche e private è rimessa convenzioni di durata triennale, conformemente ad accordi nazionali, la definizione delle modalità di erogazione del servizio e dei relativi profili economici è demandata ad accordi di livello anche in deroga a quanto statuito nell'ambito degli accordi collettivi nazionali.

Nello specifico, il rapporto tra Asl e titolari delle farmacie instauratosi grazie alla stipula della convenzione/accreditamento ricade senza dubbio nell'ambito

²⁹ Legge 2 aprile 1968 n° 475, *Norme concernenti il servizio farmaceutico*. Il riferimento è all'articolo 1, comma 2, della stessa legge su cui il Legislatore è intervenuto a più riprese. In particolar modo, originariamente, prima di modifiche successivamente, il rapporto tra farmacia e densità di popolazione era fissato in una farmacia ogni 5000 abitanti, nei comuni con popolazione fino a 25.000 abitanti, e in una farmacia ogni 4000 abitanti negli alti comuni. Da ultimo, con la novella dell'articolo 11 del Decreto Legge n° 1/12, il rapporto è stato ridotto a una farmacia ogni 3.300 abitanti.

³⁰ Legge 23 dicembre 1978 n° 833, *Istituzione del servizio sanitario nazionale*

³¹ Come è noto l'articolo 14 comma 3 lettera n) della stessa Legge ha attribuito alle Asl anche le funzioni in materia di vigilanza sulle farmacie.

³² Per quanto riguarda i soggetti privati titolari di farmacie questi ultimi possono essere individuati in persone fisiche, società di persone, società cooperative a responsabilità limitata e, recentemente, in società di capitali. Nello specifico, l'articolo 7, commi 1 e 2, della Legge n° 362 del 1991, così come modificato dall'art. 1, comma 157, della legge n° 124/2017, dispone che: "[...] Sono titolari dell'esercizio della farmacia privata le persone fisiche, in conformità alle disposizioni vigenti, le società di persone, le società di capitali e le società cooperative a responsabilità limitata [...] Le società di cui al comma 1 hanno come oggetto esclusivo la gestione di una farmacia. La partecipazione alle società di cui al comma 1 è incompatibile con qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonché con l'esercizio della professione medica."

³³ Indipendentemente dalla titolarità, pubblica o privata, a seconda della ubicazione territoriale, si distinguono le farmacie urbane da quelle rurali, le prime situate in comuni o centri abitati con popolazione superiore a 5.000 abitanti, le seconde in comuni, frazioni o centri abitati con popolazione non superiore a 5.000 abitanti.

pubblicistico in quanto l'attività risulta essere subordinata al rilascio di un provvedimento di natura concessoria³⁴.

Per quanto riguarda invece le forme di gestione del servizio, nei casi in cui la titolarità della farmacia sia rinvenibili in capo al Comune, quest'ultimo può scegliere di erogare il servizio attraverso il modello della gestione in economicità; dell'azienda speciale; dei consorzi tra Comuni per la gestione di farmacie di cui i medesimi risultino essere gli unici titolari, della società di capitali a soci predeterminati costituite da Comune e farmacisti i quali, al momento della costituzione della stessa società, abbiano prestato servizio presso esercizi farmaceutici comunali; della società di capitali senza vincolo della proprietà pubblica maggioritaria, con la conseguente titolarità pubblica della farmacia data la relazione di strumentalità con l'ente che l'ha costituita e l'interesse pubblico sotteso all'esercizio dell'attività³⁵.

Il legislatore nei successivi interventi normativi volti a definire i criteri di erogazione del servizio ha affermato l'inderogabilità della disciplina generale in materia di gestione e affidamento dei servizi pubblici locali applicabile al servizio farmaceutico in quanto rientrante in quest'ultima categoria, sollevando perplessità in dottrina e giurisprudenza in riferimento all'utilizzo dello strumento della concessione per le farmacie pubbliche³⁶.

In riferimento alle modalità di gestione delle farmacie private lo stesso legislatore ha stabilito che il titolare, ove persona fisica, sia chiamato ad assumere la responsabilità del regolare esercizio e della gestione dei beni patrimoniali,

³⁴ Cfr. sul punto Cass. Civ., 3 febbraio 1986 n° 652, in *Foro It.*, 1987, I, 1143

³⁵ Tale modalità di gestione sono state oggetto di attenzione da parte del legislatore che a partire dalla legge n° 475/68 ha disciplinato tali forme in successivi provvedimenti normativi, in particolar modo con la legge n° 363/91 e con il Decreto Legislativo n° 267/00.

³⁶ Il riferimento è agli articoli 112 e 113 del Decreto Legislativo n° 267/00. Per quanto riguarda la possibilità per i comuni, titolari di farmacie comunali, di avvalersi dello strumento della concessione a terzi, previo espletamento di gara pubblica, si registrano orientamenti non univoci. In particolar modo, a favore di tale ipotesi si veda tra le tante T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 13 novembre 2013, n. 951 *Rassegna dir. Farm.*, 2013, 3, 1243; In senso contrari, invece, Cfr. T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 14 giugno 2013, n. 767, in *Rassegna dir. Farm.*, 2013, 6, 1423, secondo cui "Il sopravvenuto quadro normativa introdotto dall'art. 11, comma 10, d.l. n. 1 del 2012, conv. in l. n. 27 del 2012 ha, in sostanza, confermato l'impossibilità di separare la titolarità dalla gestione delle farmacie comunali; pertanto, la gestione di una farmacia di cui è titolare il Comune non può essere concessa a terzi, nemmeno mediante espletamento di una gara pubblica ai sensi dell'art. 30 d.lgs. 163/2006, dal momento che tale modalità di gestione non rientra tra quelle previste dall'art. 9, comma 1, l. n. 475 del 1968, e che ammettere una scissione tra titolarità e gestione di una farmacia comunale comporterebbe un tradimento della ratio che governa tale disciplina legislativa, ispirata alla natura pubblicistica della finalità di servizio pubblico essenziale insita nel servizio farmaceutico". Cfr. inoltre Corte Conti Lombardia, sez. contr., 22 ottobre 2013, n. 456, in *Redazione Giuffrè*, 2014.

mentre, nei casi in cui si tratti di persona giuridica, la direzione della farmacia deve essere affidata ad un farmacista in possesso dei requisiti di idoneità così come previsti dalla legge³⁷.

Lo stesso legislatore ha inoltre cercato, invano, di disciplinare in maniera unitaria la materia dei servizi pubblici cercando una compatibilità tra la normativa interna e i principi dettati in materia in ambito europeo, in modo particolare, quelli di concorrenza, libera circolazione dei servizi, nonché l'accesso ed il livello garantito degli stessi³⁸.

In riferimento al servizio farmaceutico si ricorda come il legislatore europeo abbia adottato la Direttiva 36/2005/CE con la quale, in tema di diritto di stabilimento, enunciato all'articolo 54 T.F.U.E., nel riproporre la disciplina già consolidata in ambito sovranazionale relativa ai regimi che regolano i riconoscimenti professionali, ha sottoposto la professione del farmacista a quello del c.d. riconoscimento automatico, previa armonizzazione dei percorsi formativi tra gli Stati membri³⁹.

³⁷ È altresì ammissibile, seppur a date condizioni ed entro dati limiti, la sostituzione temporanea del titolare della farmacia con altro farmacista iscritto all'ordine, il quale subentra nella conduzione professionale dell'esercizio, con facoltà del titolare sostituito di conferire al sostituto anche la conduzione economica. Inoltre, ai sensi dell'articolo 12, della già ricordata legge n° 475/68, è consentito il trasferimento della farmacia privata, decorsi tre anni dalla conseguita titolarità (regola questa però che soffre di eccezioni). In ogni caso, il trasferimento opera a favore di farmacista, iscritto all'albo, che abbia conseguito la titolarità o che sia risultato idoneo in precedente concorso o che abbia almeno due anni di pratica professionale, certificata dall'autorità sanitaria competente. Inoltre, il trasferimento viene ritenuto valido solo ove, insieme al diritto di esercizio della farmacia, venga trasferita anche l'azienda commerciale connessa, a pena di decadenza. Da ultimo, in caso di decesso del titolare, sempre la legge del 1968 ha stabilito che gli eredi possono, entro un anno dalla morte di questo, operare il trasferimento della titolarità della farmacia in favore di farmacista iscritto all'albo, che abbia conseguito la titolarità o che sia risultato idoneo in un precedente concorso. In tale periodo, agli eredi è riconosciuto il diritto di continuare l'esercizio in via temporanea, sotto responsabilità di un direttore esercitante la professione di farmacista.

³⁸ Il riferimento è al Disegno di Legge, 7 luglio 2006, il c.d. Disegno di Legge Lanzilotta. Per un'analisi accurata del testo si rinvia a L. PIANESI, S. VILLAMENA, *Considerazioni sulla riforma dei servizi pubblici locali: uno sguardo al disegno delega Lanzilotta*, in *www.federalismi.it*, 4 aprile 2007.

³⁹ Come è noto la Direttiva in esame è stata modificata dalla Direttiva 55/2013/CE con la quale si è concluso l'aggiornamento relativo alle regole sul reciproco riconoscimento della qualifica professionale di farmacista. In particolare, al fine di garantire il pieno diritto alla libera circolazione, è stata introdotta la tessera professionale europea, che consente, a chi ne fa richiesta, di usufruire di un processo semplificato di riconoscimento che attesta il soddisfacimento di tutte le condizioni necessarie a fornire l'attività professionale di farmacista in qualunque paese dell'Unione sia su base temporanea che permanente. La nuova disposizione europea stabilisce inoltre che le autorità dello Stato di origine sono chiamate ad aggiornare tempestivamente le informazioni contenute nella tessera relativamente ad eventuali azioni disciplinari o sanzioni penali subite dal professionista. Al fine di usufruire di tale strumento la norma prevede il soddisfacimento di tre condizioni rinvenibili nell'esistenza di una significativa mobilità intra-europea sia presente che

Nello specifico la Direttiva ha previsto l'individuazione di requisiti minimi di formazione in virtù dei quali gli Stati membri possono procedere al riconoscimento automatico delle qualifiche professionali possedute dai cittadini degli altri Stati⁴⁰.

2.1. Il periodo delle c.d. liberalizzazioni e privatizzazioni dei servizi pubblici.

Una delle prime disposizioni "restrittive" alla libertà di scelta del modello per la gestione di un servizio pubblico è stato l'articolo 13 del già ricordato Decreto Legge n°223/06⁴¹, con il quale si è limitato l'utilizzo delle società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali⁴², escludendo, quindi quelle indirizzate verso l'esercizio di attività di impresa in favore del mercato.

La norma, introdotta allo scopo di tutelare la concorrenza ed evitare ingiustificate distorsioni del mercato, ha previsto, ai fini di una effettiva efficacia della stessa, che decorso un ampio termine dalla sua entrata in vigore, sarebbero dovute cessare tutte le attività non consentite e che i contratti stipulati in violazione delle nuove regole sarebbero stati affetti da nullità.

Per la parte che qui interessa, la consapevolezza dell'esistenza di problemi strutturali concernenti la "chiusura" al mercato concorrenziale del servizio farmaceutico, ha indotto il legislatore ad intervenire con l'istituzione delle c.d. parafarmacie autorizzate alla vendita dei farmaci da banco tra cui quelli da automedicazione, confezionati e vendibili senza ricetta medica⁴³.

potenziale; una precisa manifestazione di interesse al riguardo da parte della categoria di appartenenza ed, infine, la regolamentazione uniforme di titoli accademici e della formazione in un numero significativo di Stati.

⁴⁰ Ogni paese europeo ha quindi individuato nell'Allegato V della Direttiva i titoli del proprio sistema formativo che per ciascuna professione assicurano il possesso di tali requisiti.

⁴¹ Decreto Legge, 4 luglio 2006, n° 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n° 248.

⁴² Per il Consiglio di Stato si può parlare di strumentalità "allorquando l'attività che le società sono chiamate a svolgere sia rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche, secondo l'ordinamento amministrativo" Cfr. Cons. St., 7 luglio 2009, n° 4346, *Foro amm. CDS*, 2009, 7-8, 1727.

⁴³ Cfr. V. OECD, "Reviews of Regulatory Reform: Italy, better regulation to strengthen market dynamics", 2009. Il rapporto illustra le problematiche connesse al servizio farmaceutico, proponendone possibili soluzioni nell'ottica di un rafforzamento delle dinamiche di mercato. Come è noto nel nostro ordinamento i farmaci sono articolati tendenzialmente nella fascia A (rimborsabili) e fascia C (non rimborsabili) all'interno della quale sono ricompresi sia quelli per i quali occorre comunque la prescrizione medica, sia quelli senza obbligo di prescrizione (SOP) e quelli *over the counter* (OTC), farmaci da banco soggetti a pubblicità. Il decreto ha quindi autorizzato le cd. parafarmacie alla vendita dei farmaci SOP e OTC (rimanendo quindi esclusi i

Nonostante questi ultimi rappresentino solo il 10% del mercato farmaceutico nazionale, il c.d. Bersani ha prodotto effetti in termini di miglioramento dell'offerta di farmaci all'utenza e di crescita del mercato del lavoro, in considerazione della progressiva riduzione della posizione di monopolio di cui godevano le farmacie e della graduale riduzione del prezzo praticato sui farmaci oggetto delle misure di liberalizzazione dello stesso testo normativo⁴⁴.

Come è noto le modalità di gestione dei servizi pubblici sono state successivamente oggetto di un ulteriore intervento legislativo, l'articolo 23 *bis*⁴⁵ del decreto legge n°112/08⁴⁶ e le successive modifiche, con il quale si è posto l'obiettivo dell'apertura al mercato per i servizi pubblici locali attraverso l'esternalizzazione dello stesso a soggetti privati selezionati con procedura ad evidenza pubblica o l'affidamento a *società in qualunque forma costituite* all'interno della quale il socio privato era scelto sempre nello stesso modo⁴⁷.

Per questo motivo, quindi, la deroga rappresentata dal modello dell'*in house providing* era utilizzabile nei casi di particolari caratteristiche economiche, sociali,

farmaci di fascia C non rimborsabili, a totale carico del cittadino, soggetti a prescrizione medica). Ai fini della vendita di questa fascia di medicinali il Decreto Bersani ha inoltre stabilito che l'attività dei farmaci da banco deve essere previamente comunicata al Ministero della Salute ed alla Regione in cui ha sede l'esercizio farmaceutico e la commercializzazione dei farmaci da banco sarebbe dovuta avvenire in un reparto apposito alla presenza e con l'assistenza di uno o più farmacisti abilitati all'esercizio della professione

⁴⁴ Cfr. M. CALABRÒ, "Politiche di liberalizzazione e servizio farmaceutico", atti del convegno "La difficoltà di liberalizzare", Università "Bocconi", Milano, 9 maggio 2014.

⁴⁵ La disposizione ha stabilito che "Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o di società di qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità del socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%".

⁴⁶ Decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria" convertito con Legge 6 agosto 2008, n. 133 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria".

⁴⁷ Cfr. sul punto M. NICO, *Quando l'ente locale diventa socio*, Rimini, 2011, 20; R. DE NICOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2008, 1109. L'Autore, al riguardo, ha definito questa riforma "extravagante in quanto non viene direttamente novello il T.U.E.L. ma neppure abrogato integralmente ed espressamente, ma solo nei limiti in cui è incompatibile con la disciplina: tuttavia, il rapporto di compatibilità- incompatibilità è tutt'altro che chiaro"

ambientali o geografiche del contesto territoriale di riferimento che non consentivano *“un efficace e utile ricorso al mercato”*⁴⁸.

Dall'analisi della disposizione, tali limitazioni sono state applicate non solo alle società *in house*, ma anche a società a parziale partecipazione pubblica, che, pur non rispondendo ai requisiti di autoproduzione, titolari di affidamenti diretti nel periodo di entrata in vigore della riforma⁴⁹.

La disposizione in esame è stata successivamente integrata dall'articolo 15 del decreto legge n° 135/2009⁵⁰, con la quale il legislatore ha definito in maniera dettagliata quanto previsto nel decreto legge n°112/2008, reintroducendo in maniera espressa la società mista quale modello di gestione ordinaria⁵¹.

La normativa in esame è stata oggetto del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011, che visto l'esito positivo, ha comportato l'abrogazione⁵² delle disposizioni analizzate in precedenza, lasciando un vuoto legislativo colmato dal legislatore con interventi, che, però, come si vedrà, sono risultati indirizzati verso quelli del precedente orientamento.

Com'è noto, la Corte Costituzionale con sentenza 26 gennaio 2011, n° 24 ha dichiarato ammissibile⁵³ il quesito che ha portato all'abrogazione dell'art. 23 *bis*

⁴⁸ Il quarto comma dell'articolo 23 *bis* ha stabilito che, in tali circostanze, l'ente avrebbe dovuto *“dare adeguata pubblicità della scelta, motivandola in base ad un'analisi di mercato e trasmettendo una relazione contenente gli esiti della suddetta verifica all' Antitrust e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza da rendere entro 60 giorni dalla ricezione della predetta relazione”*. Si è trattato di uno strumento previsto per limitare il potere discrezionale affidato all'amministrazione idoneo alla definizione di una *“deroga illimitata”*. Un parere sicuramente obbligatorio ma non vincolante con la conseguenza che, in presenza di un parere negativo da parte dell'autorità di riferimento, l'ente locale sarebbe potuto ricorrere ugualmente all'affidamento diretto senza poter essere sanzionato.

⁴⁹ Cfr. A. LUCARELLI, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo il decreto Ronchi. Modelli alternativi: per un governo pubblico partecipato dei beni comuni*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2010.

⁵⁰ Decreto Legge 25 settembre 2009, n° 135 convertito con legge 20 novembre 2009, n° 166.

⁵¹ Con l'intervento di riforma si è infatti inserito al comma 2 dell'articolo 23 *bis* la lettera b) con la quale si è precisato come l'affidamento del servizio poteva avvenire in via ordinaria anche in favore di *“ società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità del socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%”*.

⁵² Cfr. Decreto del Presidente della Repubblica, 20 luglio 2011, n° 167.

⁵³ Nel valutare la legittimità costituzionale del quesito referendario i giudici hanno evidenziato come *“l'eventuale abrogazione referendaria non comporterebbe alcun inadempimento degli obblighi comunitari e rispetta tutti i requisiti richiesti dalla giurisprudenza costituzionale (omogeneità; chiarezza e semplicità; univocità; completezza; coerenza; rispetto della natura essenzialmente ablativa dell'operazione referendaria). Vi è poi congruità tra intento referendario e formulazione del quesito: l'obiettivo dei sottoscrittori del referendum va desunto esclusivamente dalla finalità “incorporata nel quesito”, cioè dalla finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua*

e, di conseguenza, alla caducazione del regolamento di attuazione, adottato dal D.P.R. n° 168/10, restituendo per questo motivo agli Enti locali, in piena conformità con l'ordinamento europeo, la facoltà di decidere senza restrizioni o limitazioni di utilizzare, per la gestione di un servizio pubblico anche lo strumento delle società a totale partecipazione pubblica⁵⁴.

La sentenza analizzata in precedenza ha però messo in luce tre aspetti innovativi smentendo la previsione secondo la quale il diritto europeo impone agli Stati membri la privatizzazione dei servizi pubblici locali.

La Corte ha inoltre evidenziato come il Decreto legge n°135/09 abbia rappresentato un quadro normativo europeo non rispondente ai principi fondanti dello stesso, visto che *"dall'esame complessivo del quadro giuridico dell'Unione, infatti, si desume che, da un'impostazione iniziale caratterizzata dalla prevalenza dell'obiettivo della concorrenza su quello delle garanzie sociali nell'erogazione dei servizi di interesse economico generale, si è passati, prima ad una conciliazione tra le esigenze del libero mercato a quelle dell'accesso ai servizi, poi all'indicazione di un collegamento tra tali servizi, la cittadinanza europea e la tutela dei diritti fondamentali e, infine, ad un riconoscimento di tale accesso quale obbligo positivo indirizzato agli Stati e a all'Unione"*⁵⁵.

Nel cercare di dare una risposta rapida in seguito all'esito referendario, il legislatore ha cercato di colmare il vuoto normativo nazionale attraverso il decreto legge n° 138/2011⁵⁶, in modo particolare con gli articoli 3 *bis*⁵⁷ e 4⁵⁸.

formulazione e all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento, la quale va ravvisata nell'intento di escludere l'applicazione delle norme, contenute nell'art. 23 bis, che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione "in house" di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico) (sentt. n. 17, 40 del 1997, 31, 37 del 2000, 15, 16 del 2008, 325 del 2010)".

⁵⁴ G. AZZARITI, G. FERRARA, A. LUCARELLI, U. MATTEI, L. NIVARRA, S. RODOTÀ, *I quesiti referendari sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali e sul servizio idrico integrato e la relazione introduttiva redatta dagli estensori*, in www.astrid-online.it, 5 febbraio 2010.

⁵⁵ Cfr. sul punto: D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, 224.

⁵⁶ Decreto legge 13 agosto 2011 n° 138 convertito con modificazioni in legge 14 novembre 2011 n° 148.

⁵⁷ Questa disposizione si è occupata, in modo particolare, dei c.d. servizi a rete per i quali è stata prevista la costituzione di beni territoriali ottimali per lo svolgimento degli stessi con la dichiarata intenzione di consentire la realizzazione di economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio e a superare la frammentazione delle gestioni a favore di soluzioni di più ampio respiro volte ad incrementare l'efficienza e l'economicità dei servizi.

⁵⁸ Quest'ultimo, nell'individuare le forme di gestione per i servizi pubblici locali, connotata da importante spinta verso la liberalizzazione dei servizi, ha riproposto quanto già previsto dalla normativa abrogata aggiungendo un ulteriore profilo restrittivo nei confronti degli affidamenti diretti. L'affidamento diretto del servizio è stato limitato alle sole ipotesi in cui *"in base ad un'analisi*

Per quanto riguarda le società miste si ricorda che lo stesso articolo 4, al comma 12, riprendendo quanto già precedente definito, aveva reinserto la definizione della gara a doppio oggetto e la partecipazione minima del privato al 40%, stabilendo, inoltre, che il bando di gara o la lettera di invito dovevano prevedere la prevalenza delle offerte basate su qualità e corrispettivo rispetto a quelle aventi ad oggetto il prezzo delle partecipazioni societarie, la definizione dei compiti del soggetto privato e le modalità di liquidazione dello stesso in caso di cessazione della gestione.

Com'è noto, il decreto Legge n°138/11⁵⁹ è stato oggetto di sindacato da parte della Corte Costituzionale che, con sentenza n° 199/12,⁶⁰ ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale in considerazione della riproposizione della normativa abrogata dal referendum del 2011, in palese contrasto con la volontà popolare espressa in occasione della consultazione referendaria *ex art. 75* della Costituzione⁶¹.

In questa occasione, la Consulta ha avuto sottolineato come, il Governo fosse nuovamente intervenuto sulla materia dei servizi pubblici con l'articolo 4 che, nonostante recasse nella propria rubrica la dicitura "*Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione Europea*". Tale disposizione, non solo ha rispecchiato la *ratio* della disposizione abrogata (vista la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti *in house* rispetto a quanto prescritto in ambito europeo) ma è stata letteralmente riproductiva, in buona parte, di alcune parole dell'articolo 23 *bis* e di molte previsioni del regolamento attuativo, già abrogate con il regolamento⁶².

di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità".

⁵⁹ Decreto Legge, 13 agosto 2011, n° 138 convertito con Legge 14 settembre 2011, n. 148, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari*.

⁶⁰ Corte. Cost., 20 luglio 2012, n°199, in *Giur. cost.*, 4, 2012, 2900.

⁶¹ Sul punto la stessa Corte si è pronunciata per affermare il divieto del sostanziale ripristino della normativa abrogata con referendum nelle sentenze n° 32 e 33/ 1993, in www.giurcost.org. Cfr. C. SABETTA, *La riforma dei servizi pubblici locali e le ragioni della sua illegittimità*, in www.federalismi.it 26 settembre 2012, secondo cui, "in particolare la Corte deduce la sussistenza di questo divieto di ripristino della circostanza del breve lasso di tempo intercorso tra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa oggetto del giudizio, tale da " non giustificare mutamenti idonei a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata", quasi introducendo una sorta di limite temporale idoneo a rappresentare un elemento prodromico alla verifica degli effettivi mutamenti che possano giustificare l'adozione di una nuova disciplina".

⁶²La norma, infatti, ha reso ancora più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi poiché ha limitato in maniera generale, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad

Inoltre, con questa decisione la Corte ha ribadito le competenze attribuite a Regioni ed enti locali in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica alla luce della disciplina europea⁶³, non limitandosi a sindacare la violazione dell'articolo 75 Cost., ma è entrata nel merito della questione in riferimento alla *ratio* del legislatore, indirizzata verso un drastico contenimento ed, in alcuni casi, soppressione di società pubbliche, contrastante con la volontà espressa dai cittadini nel 2011⁶⁴.

Come è noto il legislatore è successivamente intervenuto con il Decreto Legge n° 201/11⁶⁵ con il quale ha previsto la commercializzazione da parte delle parafarmacie dei c.d. medicinali di fascia C nei casi in cui gli stessi fossero stati esentati dal predetto obbligo di prescrizione con Decreto del Ministro della Salute⁶⁶.

Nello specifico nel c.d. Decreto Salva Italia il legislatore ha previsto che gli esercizi parafarmaceutici che soddisfano determinati requisiti e rispettano specifici obblighi sono stati autorizzati alla vendita dei farmaci di fascia C non sottoponibili all'obbligo di ricetta medica, rimanendo esclusi i farmaci essenziali e quelli per le malattie croniche, quelli di rilevante interesse terapeutico, per il sistema endocrino ed, infine quelli somministrabili per via parenterale⁶⁷.

La stessa norma⁶⁸ ha inoltre conferito al Ministero della Salute, sentita l'Agenda Italiana del farmaco, il compito di definire un elenco, periodicamente aggiornabile, dei farmaci di fascia C per i quali, invece, non solo resta vigente l'obbligo di ricetta medica ma è anche esclusa la vendita presso gli esercizi

una analisi di mercato, la libera iniziativa privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità" vincolandola, inoltre, al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, che una volta superata avrebbe determinato l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti.

⁶³ Sul punto, infatti, accogliendo i ricorsi proposti dalle Regioni, i giudici hanno ricordato come le stesse avessero fornito *"una sufficiente motivazione in ordine ai profili della "possibile ridondanza" sul riparto di competenze della denunciata violazione, evidenziando la potenziale lesione della potestà legislativa regionale residuale in materia di servizi pubblici locali che deriverebbe dalla violazione dell'articolo 75 cost."*

⁶⁴ Secondo i giudici tale disposizione è collegata ad una *"una normativa generale di settore inerente a quasi tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica"* volta a *"restringere, rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto, e in particolare, di gestione in house dei servizi consentite solo in casi eccezionali o al ricorrente di specifiche condizioni"*.

⁶⁵ Decreto Legge 6 dicembre 2011 n° 201, convertito con Legge 22 dicembre 2011 n° 214.

⁶⁶ Cfr. R. CIFARELLI, *"Il servizio farmaceutico italiano di nuovo al vaglio della Corte di Giustizia"*, in *Giur. merito*, fasc.7-8, 2012, p. 1694.

⁶⁷ Si tratta degli esercizi parafarmaceutici in possesso dei requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi fissati con un apposito Decreto del Ministro della salute.

⁶⁸ Il riferimento è all'articolo 32 del c.d. Decreto Salva Italia.

parafarmaceutici, rimettendo quindi l'effettiva portata delle liberalizzazioni ad atti ministeri.

Per quanto riguarda invece l'aspetto concorrenziale in quell'occasione si vietò alle imprese di produzione e distribuzione dei farmaci di praticare condizioni contrattuali e prassi commerciali che si fossero risolte in una ingiustificata discriminazione tra farmacie e parafarmacie che si fosse risolte in pratiche commerciali sleali.

Come è noto il legislatore è successivamente intervenuto nel settore con il Decreto Legge n° 1/12 con il quale si è deciso di coniugare due finalità.

Da un lato, razionalizzare la rete distributiva dei farmaci, garantendo l'equa distribuzione nel territorio delle farmacie e, in tal modo, una migliore accessibilità del servizio per i residenti in aree scarsamente abitate; dall'altro, dare attuazione ai principi costituzionali e comunitari di libertà di iniziativa economica e di favore per lo sviluppo della concorrenza, rimuovendo le restrizioni all'ingresso di nuovi operatori sul mercato e assicurando, al contempo, che il numero delle farmacia sia proporzionato alle dimensioni demografiche dei Comuni, in modo che gli esercizi possano contare, al pari di quelli esistenti, un bacino di utenza potenziale in grado di assicurare condizioni di redditività⁶⁹.

In un'ottica di liberalizzare del settore con il suddetto testo normativo sono introdotte importanti misure tra cui l'autorizzazione all'apertura delle farmacie anche in orari diversi da quelli obbligatori; l'imposizione al farmacista dell'obbligo di dispensazione del medicinale generico equivalente, salvo diversa richiesta del cliente ed eccettuati i casi in cui il medico abbia espressamente indicato nella ricetta la non sostituibilità del farmaco prescritto; l'abbassamento del numero di abitanti a 3.300 per l'apertura di una farmacia; l'introduzione di un criterio derogatorio rispetto a quello demografico ai fini dell'istituzione di farmacie in prossimità delle stazioni ferroviarie e marittime, aeroporti civili e di importanti aree di servizio autostradali, nonché all'interno dei centri commerciali di maggiori dimensioni ed, infine, la previsione di un concorso straordinario, per soli titoli e velocizzato nelle procedure relative, delle sedi vacanti e di nuova istituzione per assicurare l'accesso alla titolarità ad una particolare tipologia quali sono i farmacisti non titolari, quelli di farmacie rurali e di farmacie soprannumerarie e di parafarmacie.

⁶⁹ Cfr. sul punto Cons. St. 23 gennaio 2017 n° 270, in *Foro amm*, II, 2017, I, 21. Nello specifico, inoltre, l'articolo 11 del d.l. 1/12 ha disposto il potenziamento del servizio farmaceutico in specie sostituendo allo strumento pianificatorio della pianta organica quello del piano di zona, riducendo il quorum necessario all'apertura di nuove sedi e autorizzando l'istituzione di ulteriori sede farmaceutiche sulle quali il Comune esercita il diritto di prelazione fino all'anno 2022.

3. **Le recenti evoluzioni normative: la c.d. legge sulla concorrenza.**

Il settore dei servizi farmaceutici è stato oggetto di attenzione da parte del legislatore nella recentissima legge n° 124/17⁷⁰ che, da una prima analisi, porrebbe " *le condizioni per sostituire una rete di presidi retti da professionisti con un oligopolio di società di capitale a vocazione puramente commerciale in assenza di qualsiasi tutela per il professionista perché si consegna alla pura logica di mercato un servizio, quello farmaceutico, che è da sempre una delle funzioni centrali del servizio sanitario*"⁷¹.

Nello specifico le nuove disposizioni prevedono il riconoscimento della facoltà di possiede o gestisce una farmacia di prestare servizio in orari ed in periodi aggiuntivi rispetto a quelli obbligatori, previa comunicazione all'autorità sanitaria competente, all'ordine dei farmacisti ed alla clientela mediante cartelli affissi all'esterno dell'esercizio.

Per quanto riguarda l'aspetto gestione si legittima la titolarità di farmacie private in capo a società di capitali con contestuale imposizione del divieto di controllo, sia esso diretto o indiretto, da parte di un soggetto, di una quota superiore al 20% delle farmacie della stessa regione o provincia autonoma, attribuendo le funzioni di controllo all'Autorità garante del mercato e della concorrenza.

Allo stesso modo è prevista la soppressione dell'obbligo di affidamento della gestione della farmacia privata ad uno dei soci da parte delle società, prevedendo che la direzione dell'esercizio sia affidata ad un farmacista esterno alla compagine sociale.

A dispetto delle tendenze volte ad una progressiva liberalizzazione del servizio farmaceutico da un'attenta analisi delle norme devono sottolinearsi aspetti della disciplina che contrastano in alcuni casi con le ragioni del mercato.

Il riferimento è a specifiche criticità in materia di contingentamento dell'offerta di farmaci ed accesso degli operatori all'attività professionale in quanto la programmazione della distribuzione territoriale delle farmacie a mezzo della pianta organica ha costituito il più antico caso di pianificazione dell'attività economica privata⁷².

Nello specifico, la predeterminazione del numero di farmacie in proporzione alla popolazione ha da sempre consentito a ciascun esercizio farmaceutico di

⁷⁰ Legge 4 agosto 2017 n° 124, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza*.

⁷¹ Cfr. Federazione dell'ordine dei farmacisti italiani, in www.federfarma.it, 3 agosto 2017

⁷² Peraltro, anche la Corte di Giustizia Europea, nei procedimenti riuniti C-570/07 e C-571/07, ha sostenuto la compatibilità delle misure di contingentamento all'impianto normativo comunitario, nella misura in cui siano strumentali al perseguimento della salute pubblica.

disporre di un bacino di utenza garantito e quindi di assicurarsi un minimo di introiti.

Inoltre il contingentamento delle sedi ha consentito la fruibilità del servizio anche nelle zone non propriamente "vantaggiose" in quanto pensato anche con il proposito di scongiurare eventuali comportamenti opportunistici posti essere dagli agenti economici⁷³.

Sul punto è intervenuta anche la Corte Costituzionale che, in riferimento alla pianta organica, ha avuto modo di affermare come la regolazione del numero e della distribuzione territoriale delle sedi dovesse essere volta ad assicurare ai cittadini la continuità territoriale e temporale del servizio ai fini di una maggiore tutela del diritto alla salute⁷⁴.

Lo strumento della pianta organica è stato recentemente sostituito da quello dal piano di zona avente quale obiettivo una presenza capillare degli esercizi farmaceutici attraverso la ridefinizione del rapporto tra farmacia e popolazione. Le nuove disposizioni, inoltre, oltre alla ridefinizione delle sedi in relazione al nuovo rapporto ed a quelle istituite nei casi di eccedenza ha inoltre consentito l'apertura di nuovi esercizi farmaceutici previo rispetto di specifici e limiti e a determinate condizioni.

Sul punto parte della dottrina e della giurisprudenza hanno riscontrato delle perplessità in riferimento all'imparziale zonizzazione delle farmacie in riferimento alla facoltà riconosciuta al Comune di identificare le zone da servire, pur nel rispetto dei parametri fissati dalla legge, che potrebbe comunque favorire i titolari di esercizi farmaceutici nelle zone con maggior numero di abitanti e, quindi, con importanti bacini di utenza⁷⁵.

Un ulteriore aspetto che potrebbe contrastare con le ragioni del mercato può rinvenirsi nella riserva di vendita di farmaci di fascia C in capo alle sole farmacie.

⁷³ Nello specifico, se a questi ultimi venisse riconosciuta la facoltà di aprire esercizi farmaceutici in assenza di particolari meccanismi la proliferazione delle farmacie avverrebbe solo nei territori più redditizi. Cfr. sul punto C. DE VINCENTI, *Mercato e intervento pubblico nei servizi di pubblica utilità*, in C. DE VINCENTI, A. VIGNERI, (a cura di), "Le virtù della concorrenza, Bologna, 2006; M. DEL SIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano, 2011. L'Autrice sostiene che, ove il contingentamento serva ad assicurare la presenza di un minimo di farmacie in tutti i territori, non è spiegabile la ragione per cui, raggiunto questo minimo, non sia autorizzata l'apertura di nuove sedi nelle zone già servite. Al contrario, nel caso in cui risulti funzionale a garantire uno standard economico all'imprenditore, si determina una illegittima rendita di posizione delle farmacie esistenti, che lede così il principio di concorrenza.

⁷⁴ Cfr. Corte. Cost. 13 novembre 2009 n° 295, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2009, 6, 1293.

⁷⁵ Cfr. Cons. St., 31 maggio 2013 n° 2990, in *Foro Amministrativo - C.d.S.*, 2013, 10, 2868

Come ricordato in precedenza il legislatore ha conferito al Ministero della Salute, sentita l'Agencia italiana del farmaco, il compito di definire un elenco periodicamente aggiornabile dei farmaci di fascia C per i quali permane l'obbligo di ricetta medica e per i quali è esclusa la vendita negli esercizi parafarmaceutici. Sul punto la giurisprudenza amministrativa ha osservato come la dispensazione di medicinali a totale o parziale carico del Servizio sanitario nazionale riconosciuta in capo alle farmacie si giustifica in relazione al controllo della spesa pubblica in materia di assistenza farmaceutica, mentre quella in favore delle farmacie dei farmaci ascrivibili alla fascia C a totale carico dell'utente si pone in contrasto con gli articolo 3 e 41 della Carta Costituzionale essendo sproporzionata rispetto all'obiettivo della tutela della salute⁷⁶.

Inoltre, considerando la circostanza che il farmacista, abilitato all'esercizio della professione e regolarmente iscritto all'albo, risulta essere l'unico soggetto deputato alla somministrazione dei farmaci sia negli esercizi farmaceutici che in quelli parafarmaceutici e che l'utilizzo dei farmaci di fascia C, soggetti a ricetta medica, è rimessa alla valutazione del medico che risulta essere il solo responsabile nei casi di erronea prescrizione, risulta del tutto indifferenze che la vendita sia effettuata in una farmacia o in una parafarmacia.

Altra ipotesi di conflitto con le istanze di liberalizzazione può rinvenirsi nella riserva di proprietà in favore dei farmacisti delle farmacie private, nonostante gli anni siano registrati rilevanti cambiamenti⁷⁷.

⁷⁶ Cfr. T.A.R. Calabria, 9 maggio 2012 n°333, in *Foro it.* 2013, 4, 220. Di contrario avviso parte della giurisprudenza europea che ha escluso la contrarietà al diritto europeo della riserva in esclusiva di vendita di farmaci di fascia C nelle ipotesi in cui non incida in modo sproporzionato sugli interessi generali perseguiti. Cfr. C.G.U.E., C- 531/ 06; C.G.U.E. C- 171/ 07.

⁷⁷ Come è noto, infatti, l'art. 7 della legge n° 362 del 1991 prevedeva originariamente che la titolarità della farmacia privata fosse intestata unicamente a persone fisiche, a società di persone e a società cooperative a responsabilità limitata., prevedendo inoltre che unici proprietari fossero i farmacisti. Sul punto è successivamente intervenuto il legislatore con il Decreto Legge n° 223 del 2006 che ha abrogato la disposizione in questione, nella parte in cui disponeva l'obbligatorietà del possesso del titolo di farmacista ai fini della proprietà. Nonostante tali disposizioni normative l'articolo 12, comma 11, della legge n° 475 del 1968 prevede ancora che, ai fini del trasferimento della titolarità della farmacia privata, a pena di decadenza, siano conferiti il diritto di esercizio della farmacia e l'azienda commerciale connessa a altro farmacista iscritto all'ordine, venendo quindi a sancire che la titolarità della farmacia comprende inscindibilmente sia il servizio farmaceutico che la gestione dell'azienda. Sul punto, nel 2009 la Corte di Giustizia europea, pur pronunciandosi in materia di gestione delle farmacie e non di proprietà, ha asserito che rientra nella discrezionalità di uno Stato membro l'opzione di rimettere la gestione degli esercizi farmaceutici in favore di soggetti dotati di comprovata qualificazione. In caso contrario, l'immissione nella gestione di operatori non farmacisti minaccerebbe la tutela della sanità pubblica. Al tempo stesso i giudici europei hanno affermato che disposizioni interne, che introducono limitazioni al *management* degli esercizi farmaceutici, in virtù delle peculiarità del prodotto dispensato, non contrastano con le libertà di stabilimento e circolazione. Sulla base di tale ragionamento, la riserva di proprietà in

La recente novella recata dalla c.d. legge sulla concorrenza scinde la proprietà dalla gestione delle farmacie, prevedendo l'ingresso delle società di capitali nell'elenco dei soggetti titolari di farmacie private.

Inoltre, nei casi di farmacie a titolarità di più società la gestione non è più demandata ad uno dei soci proprietari ma ad un soggetto terzo farmacista con la conseguente frantumazione di quella commistione tra proprietà e gestione.

Al tempo stesso, contrariamente ai limiti previgenti in materia di proprietà di farmacie è consentito a soggetti titolari, siano essi persone fisiche o società di *"controllare, direttamente o indirettamente ai sensi degli articoli 2359 e seguenti del codice civile, non più del 20% delle farmacie esistenti sul territorio della medesima regione o provincia autonoma"*⁷⁸.

4. Brevi conclusioni.

Il più intenso intervento pubblico nell'attuale scenario economico venutosi a delineare in un periodo di forte crisi economica trae origine dalla persuasione di un potenziale correttivo insito in un incremento degli strumenti di natura regolatoria che nel settore farmaceutico possono rinvenirsi dal conferimento di diritti in esclusiva alla limitazione della capacità di fornitura di determinati beni o servizi per tipi di imprese.

L'ampiezza degli stessi risulta senza dubbio legittima in quanto preordinata alla tutela ed alla realizzazione dei valori costituzionalmente garantiti quale è appunto quello tutelato dall'articolo 32 della Carta Repubblicana a condizione che gli effetti non vadano oltre quanto necessario al perseguimento del fine imposto⁷⁹.

Il servizio farmaceutico rientra senza dubbio in un settore nel quale il confine tra legittima garanzia dei fini sociali e politiche protezionistiche risulta assai labile anche in considerazione dell'assetto vigente della disciplina, caratterizzato dalla

favore dei farmacisti ed il correlato divieto di proprietà nei riguardi dei soggetti non qualificati appaiono ingiustificati e sproporzionati rispetto all'obiettivo di tutela della salute, essendo necessario scindere l'*ownership* dal governo della farmacia. L'attività gestionale, ed in particolare la vendita, non compete al proprietario dell'esercizio farmaceutico ma a colui che vi opera e ne assume il *management*. Occorrerebbe quindi consentire che soggetti ulteriori, non farmacisti, conferiscano beni all'apertura degli esercizi farmaceutici, pretermettendoli però dal compimento delle attività gestorie in senso stretto, essendo già riconosciuto come non necessario il requisito della qualificazione a farmacista ai fini della proprietà della farmacia privata. Cfr. sul punto T.A.R. Lombardia, Brescia, 30 luglio 2014, n. 890, in *Rass. Dir. farm. 2014*, 6, 1413

⁷⁸ Articolo 1 comma 158 della legge n. 124/2017.

⁷⁹ Cfr. T.A.R. Lombardia, 22 marzo 2012 n° 897, in *Giur. merito* 2012, 7-8, 1687

dominanza del principio di tutela della salute con evidente compromissione della libera iniziativa economica privata.

Recependo le osservazioni giunte dai contesti europei il legislatore sembrerebbe aver aperto nuovi scenari in tale ambito non solo prevedendo la scissione tra proprietà e gestione delle farmacie private ma anche grazie alla riorganizzazione della distribuzione dei farmaci attraverso la revisione degli assetti proprietari.

Si tratta di disposizioni che potrebbero sortire effetti positivi in termini di efficiente distribuzione e progressiva riduzione del prezzo dei farmaci determinando, al tempo stesso, un sensibile ampliamento dei servizi prestati alla collettività da parte delle farmacie e lo sviluppo di sistemi di distribuzione farmaceutica organizzati su larga scala.

In conclusione può evidenziarsi come il recente intervento normativo, nonostante rispetti le disposizioni costituzionali rinvenibili negli articoli 32 e 41 della Carta, e compia un importante passo in avanti volto a favorire la libera iniziativa economica privata, prevede al tempo stesso ancora limitazioni giustificate dal legislatore quale tutela del principio costituzionale dell'articolo 32 della Costituzione e che quindi limita l'aspetto concorrenziale, ad esempio, come si è avuto di analizzare, in materia di contingentamento dell'offerta e di liberalizzazione dei farmaci .

Questo incerto confine tra ragione di mercato e ragione di tutela del diritto alla salute risulta quindi idoneo a delineare uno spazio all'interno del quale la disciplina in materia di servizio farmaceutico si muove tra istanze di tutela e liberalizzazione.