

## **Tutela della salute e della concorrenza: Il delicato equilibrio nel settore farmaceutico.**

**di Andrea NAPOLITANO\***

**SOMMARIO:** Premessa. 1. La dimensione costituzionale del diritto alla salute. 2. La natura giuridica del servizio farmaceutico. 3. L'evoluzione normativa in materia. 4. Le recenti evoluzioni normative. 5. Brevi conclusioni

### **Premessa.**

Il sistema di distribuzione dei farmaci in ambito nazionale può essere considerato uno degli esempi maggiormente rappresentativi di quanto previsto dall'articolo 41 Cost. al comma 2 e 3 Cost., in considerazione del fatto che *"la produzione e la distribuzione dei farmaci devono essere regolate secondo criteri coerenti con gli obiettivi del servizio sanitario nazionale, con la funzione sociale del farmaco e con la prevalente finalità pubblica della produzione"*<sup>1</sup>.

Tale previsione, indirizza, quindi, l'attività degli operatori farmaceutici verso fini sociali rinvenibile nell'assistenza farmaceutica di tipo solidaristico o nell'universalità dell'accesso alle terapie farmacologiche, individuando, altresì, limiti all'iniziativa privata nelle ipotesi in cui l'esercizio della stessa porti a rischi della salute individuale e collettiva<sup>2</sup>.

Come è stato evidenziato, il modello di distribuzione dei farmaci ha assunto una "destinazione funzionale costituzionalmente necessaria" tale da determinarne il proprio inquadramento nella materia "tutela della salute" così come disciplinato dall'articolo 117 Cost. comma 3 Cost<sup>3</sup>.

A ciò si aggiunga come, secondo quanto ricordato dalla Corte Costituzionale, *"la complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci è preordinata al fine di assicurare e controllare l'accesso*

---

\*Dottore di ricerca. Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

<sup>1</sup> Cfr. Articolo 29, Legge 23 dicembre 1978, n° 833, *"Istituzione del servizio sanitario nazionale"*

<sup>2</sup> Cfr. sul punto M. GOLA, *Farmacia e farmacisti*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VI, Torino, 1991, 246.

<sup>3</sup> Cfr. sul punto P. LOGROSCINO, M. SALERNO, *La distribuzione dei farmaci tra libertà economiche e tutela della salute*, in *www.federalismi.it*, 7, 2019, 3.

*dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute”<sup>4</sup>.*

La specialità di tale settore è stata, inoltre, oggetto di attenzione della giurisprudenza nazionale ed europea, che, soprattutto negli ultimi anni è intervenuta sul punto, seppur in merito ad aspetti prevalentemente antitrust, al fine di stigmatizzare potenziali limiti alle libertà di circolazione e distorsioni del principio concorrenziale<sup>5</sup>.

La tutela della concorrenza è stata, come è noto, l’elemento caratterizzante gli ultimi interventi legislativi in materia, da ultimo la c.d. “legge annuale per il mercato e la concorrenza”<sup>6</sup> grazie alla quale sono state introdotte rilevanti novità in materia di titolarità delle farmacie che hanno sollevato un acceso dibattito sul punto in merito ad una possibile deriva prettamente commerciale a discapito delle esigenze sociale sottese a tale attività.

Nel presente lavoro, partendo dalla dimensione costituzione del diritto alla salute, si analizzeranno le decisioni giurisprudenziali e legislative sul punto al fine di verificare un effettivo, anche se difficilissimo, bilanciamento tra due diritti costituzionalmente garantiti quali sono, appunto, quello alla salute ex art. 32 Cost. e quello alla libera iniziativa economica ex art. 41 Cost. dal quale parte della dottrina fa discendere una implicita tutela costituzionale del principio concorrenziale<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. sul punto Corte Costituzionale 10 marzo 2006 n° 3, in *Foro it.*, 2006, 6,1, 1678. In quella occasione i giudici hanno inoltre evidenziato come debba rimanere “ *solo marginale sia il carattere professionale sia l’indubbia natura commerciale dell’attività del farmacista*”. Cfr. inoltre Corte Costituzionale 14 dicembre 2007 n° 430, in *Giur.cost.*, 2007, 6; Corte Costituzionale, 13 novembre 2009 n°295, in *Giur. cost.*, 2009, 6, 4494; Corte Costituzionale, 21 aprile 2011, n°150, in *Giur.cost.*, 2011, 2, 1873; Corte Costituzionale 12 ottobre 2012, n° 231, in *Foro it.*, 2012, 11, I, 2899; Corte Costituzionale 31 ottobre 2013 n° 255, in *Foro Amm.*, 2014, 3, 770; Corte Costituzionale 31 ottobre 201, n° 255, in *Foro amm.*, 2014, 3, 770; Corte Costituzionale 18 luglio 2014 n° 216, in *Giur. cost.*, 2014, 4, 3440; Corte Costituzionale, 7 aprile 2017 n°66, in *Foro it.*, 2017, 5, I, 1468.

<sup>5</sup> Cfr. sul punto C. CIARDO, *La distribuzione dei farmaci tra esigenze di competitività e tutela della salute: un’analisi comparata*, in *Eunonomia*, 2013, 235; B. BERTARINI, *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale*, Torino, 2016, 173.

<sup>6</sup> Legge 4 agosto 2017 n° 124, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza*.

<sup>7</sup> Cfr. G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978, 88; F. COCOZZA, *Profili di diritto costituzionale applicato all’economia tra libertà economiche ed integrazione sociale*, Torino, 2001, 49. Nel criticare tale orientamento altra dottrina ha, invece, collegato la legittimazione del principio di concorrenza al limite dell’utilità sociale, previsto dal comma 2 dell’articolo 41 Cost., che costituisce non solo una limitazione all’iniziativa economica privata in favore della tutela dell’interesse generale, ma anche la base per avvalorare l’impostazione contraria ai monopoli privati immaginata dai Costituenti. A prescindere dalle diverse tesi che si sono, nel corso degli anni, succedute sul punto, deve evidenziarsi come, prima la

## 1. La dimensione costituzionale del diritto alla salute

La Costituzione italiana, prima tra le Carte fondamentali ad inserire in maniera esplicita il diritto alla salute nell'alveo dei diritti fondamentali, qualifica, all'articolo 32 Cost., la salute quale diritto "fondamentale"<sup>8</sup>, tutelato, come

---

giurisprudenza della Corte Costituzionale e, successivamente il legislatore con l'approvazione dell'articolo 1 della legge n°287/90 abbiano indirizzato l'articolo 41 Cost. verso una maggiore apertura al mercato. Come è noto, infatti, la Corte Costituzionale ha adottato, nel corso degli anni, una lettura efficientista ed economica, estranea, se non addirittura inconciliabile, con lo spirito che ha animato i Costituenti e con quei valori costituzionali orientati all'affermazione dell'eguaglianza sociale a svantaggio delle ragioni del mero interesse economico. Nello specifico, infatti, il legislatore ha indicato, nella disposizione costituzionale, un implicito riferimento alla libertà di concorrenza al punto da individuarla quale fondamento costituzionale. L'inserimento del richiamo all'articolo 41 primo comma nell'articolo 1 della legge n° 287/90, unitamente alla prescrizione di interpretare le norme della stessa legge "in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee (oggi Unione) in materia di disciplina della concorrenza", ha portato a termine la trasformazione dell'articolo 41. Nello specifico, infatti, quest'ultima è passata dall'essere norma costituzionale centrale di coordinamento delle politiche pubbliche delle attività economiche, anche in funzione dell'affermazione del programma di trasformazione sociale previsto dall'articolo 3 comma 3 Cost., a disposizione con la quale legittimare l'affermazione dell'economia di libero mercato. Cfr. sul punto G. OPPO, *L'iniziativa privata in AA.VV. La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990, 65; G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, cit., 38; M. P. CHITI, *Il trattato sull'unione europea e la sua influenza sulla Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 1992, 356; A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Pol., dir.*, 1993, 327 177; G. BOGNETTI, *La Costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario in Associazione italiana dei Costituzionalisti, La Costituzione economica, Atti del convegno- Ferrara, 11-12 ottobre 1991*, Padova, 1997, 87; B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 1549; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 346; F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi*, in *Riv. aic*, 4, 2012, 9.

<sup>8</sup> Si tratta, come è noto, di una definizione unica tra le situazioni giuridiche soggettive espressamente previste dalla prima parte della Carta Costituzionale. Cfr. sul punto S. Lessona, *La tutela della salute pubblica*, in P. Calamandrei- A. Levi, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, 336; C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. infortuni e malattie professionali*, 1961, I; M. Bessone- E. Roppo, *Diritto soggettivo alla salute, applicabilità diretta dell'art. 32 ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Politica del diritto*, 1974; M. Bessone- S. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1979; M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, 769; G. Corso, *I diritti sociali nella costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, 768; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, I, 21; B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984; A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1989; XI, 38; C. Bottari, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Milano, 1991; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992; F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 40; A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sociale*, Napoli, 1999; D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002; R. Balduzzi, G. Di Gaspare, *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, 2002; L. Chieffi ( a cura di), *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2003; A. Catelani, *La sanità pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 2010;

*“diritto soggettivo direttamente azionabile erga omnes sia nei confronti dei privati sia nei confronti dei pubblici poteri”.*<sup>9</sup>

Basandosi sulla correlazione rinvenibile tra salute ed il bene della vita, l'impostazione di salute prevista dai Costituenti deve, quindi, considerarsi *“prismatica”*<sup>10</sup> nella misura in cui valorizza, al tempo stesso, la prospettiva soggettiva della sua tutela ed altre situazioni giuridiche soggettive riconducibili ai principi di uguaglianza e solidarietà<sup>11</sup>.

In modo particolare, è stato correttamente evidenziato come dal testo dell'articolo 32 della Costituzione possano rinvenirsi quattro situazioni giuridiche soggettive che si sostanziano in un diritto di libertà individuale, in un interesse della comunità ed in due diversi diritti sociali<sup>12</sup>.

Nello specifico, il riferimento è, in primo luogo, al diritto di scegliere la struttura<sup>13</sup>, il medico<sup>14</sup> e la cura o, al tempo stesso, quello di non curarsi o di

---

E. Catelani- G. Cerrina Feroni- M.C. Grisolia ( a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione*, Torino, 2011; F. Roversi Monaco- C. Bottari, *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Rimini, 2012.

<sup>9</sup> Cfr. Corte Costituzionale 23 luglio 1974, n° 247, in *Giur.cost.*, 1974, III, 450; Corte Costituzionale 26 luglio 1979, n° 88, in *Giur.cost.*, 1979, I, 656; Corte Costituzionale 14 luglio 1986, n° 184, in *Giur.cost.*, 1986, I, 8; Corte Costituzionale 17 dicembre 1987 n° 557, in *Giur.cost.*, 1987, 12; Corte Costituzionale 7 maggio 1991 n° 202, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, 70; Corte Costituzionale 18 luglio 1991 n° 356, in *Foro Amm.*, 1992, 1605; Corte Costituzionale 26 aprile 2012 n° 107, in *Giur. cost.*, 2012, 2, 1452. Per un'analisi più approfondita della questione si rinvia a F. Minni, A. Morrone, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana*, in *www.rivistaaic*, 3, 2013.

<sup>10</sup> Cfr. A. Papa, *La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione?*, in P. Bianca ( a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, in *www.federalismi.it*, 4, 2018, 84

<sup>11</sup> Come è noto la disposizione costituzionale prevede come limiti costituzionalmente prescritti ai trattamenti sanitari imposti per legge la “riserva di legge” ed il “rispetto della persona umana”. In merito al primo requisito la dottrina si è interrogata in merito alla natura assoluta o relativa di tale riserva, evidenziando come il legislatore sia chiamato ad emanare una disciplina sufficientemente dettagliata sul punto. Cfr. M. LUCIANI, *Salute*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1989. Allo stesso modo, si è, invece, optato per una interpretazione della stessa quale riserva di legge statale volta a vietare interventi in materia da parte della legge regionale. Cfr. M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 455.

<sup>12</sup> Cfr. A. Papa, *La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione?*, cit., 84

<sup>13</sup> Cfr. sul punto Corte Costituzionale 26 ottobre 2012 n° 236, in *Foro It.*, 2012, 12, I, 3233. In questa occasione la Corte ha evidenziato come la libertà di scelta del luogo debba essere considerata priva di carattere assoluto dovendo essere temperata, insieme ad altri valori costituzionali, anche in riferimento ai limiti oggettivi derivanti dalle risorse finanziarie disponibili. Per questo motivo, secondo i giudici, il legislatore può limitare tale facoltà del paziente *“ a condizione che il sacrificio risulti necessario dall'esigenza di preservare altri beni di rango costituzionale, quale ad esempio un'efficiente ed efficace organizzazione del sistema sanitario”*.

<sup>14</sup> Cfr. Corte Costituzionale 10 novembre 1982, n° 175, in *Foro It.*, 1983, I, 583.

ammalarsi che imporrebbe, di conseguenza, l'obbligo di astensione dall'intervenire nel rispetto del diritto di autodeterminazione<sup>15</sup>.

Strettamente collegato a tale dovere pubblico di astensione è il c.d. dovere del singolo di non ammalare, seconda situazione giuridica rinvenibile nella disposizione costituzionale, che impone al legislatore di bilanciare, in maniera ragionevole, gli interessi collegati alla definizione dei trattamenti sanitari obbligatori che è, in questo periodo, oggetto di particolare attenzione vista l'attuale questione inerente i vaccini<sup>16</sup>.

In riferimento alla legittimità dei trattamenti sanitari obbligatori, rinvenibile nel bilanciamento della tutela della pretesa individuale e dell'interesse collettivo alla salute dei consociati, la Corte Costituzionale ha sottolineato come il diritto alla salute implica e comprende " *il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno di trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri*"<sup>17</sup>.

La stessa norma costituzionale prevede, inoltre, l'individuazione del diritto a ricevere prestazioni sanitarie, la cui titolarità spetta a tutti, e quello di potersene avvalere, in maniera gratuita, a prescindere da qualsiasi valutazione sollevata al riguardo<sup>18</sup>.

Sulla base di tali considerazioni è stato quindi sostenuto come esista una nozione "consolidata" di diritto alla salute che si rinviene nella cura delle malattie, che trova una propria legittimazione in ambito nazionale ed europeo, ed, al tempo stesso sono presenti, " *stadi della prevenzione e del perseguimento del benessere individuale che sono invece rimessi all'elaborazione delle politiche pubbliche in materia anche per la connessione che essi sovente presentano con i valori etici,*

---

<sup>15</sup> Cfr. sul punto A. D'Aloia, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della "fine della vita"*, in *Politica del diritto*, 1998.

<sup>16</sup> Cfr. sul punto C. Magnani, *I vaccini e la Corte Costituzionale: la salute tra interesse della comunità e scienza nella sentenza 268 del 2017 e 5 del 2018*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 12 aprile 2018.

<sup>17</sup> Cfr. sul punto Corte Costituzionale, 23 giugno 1994 n° 258, in *Foro It.*, 1995, I, 451. Secondo i giudici i trattamenti sanitari possono essere imposti solo dalla necessità di salvaguardare contemporaneamente la salute individuale e la salute collettiva, nel senso che " *l'eventuale conflitto tra la libertà individuale e l'interesse della salute collettiva può essere risolto a favore di quest'ultimo solo nei casi in cui la sua tutela non contrasti, ma coincida con la tutela della salute individuale*".

<sup>18</sup> Cfr. sul punto A. Patroni Griffi, *La cittadinanza sociale e il diritto alla salute degli stranieri: alcune considerazioni*, in [www.filodiritto.it](http://www.filodiritto.it), 2002; ;B. Caravita di Toritto, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 41; F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona quali limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012.

*culturali, talvolta anche religiosi di una comunità: si pensi ad esempio, da un lato, alla lotta alla ludopatia o al tabagismo, dall'altro alla procreazione*<sup>19</sup>.

## **2. La natura giuridica del servizio farmaceutico.**

Come precedentemente ricordato la salute è considerato un bene di fondamentale importanza la cui tutela ha il fine di assicurare l'integrità e l'equilibrio psico-fisico dei consociati.

Allo stesso modo è stato altresì evidenziata la natura "complessa" dello stesso dal momento che il legislatore ordinario è obbligato a darne attuazione attraverso un bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti<sup>20</sup>.

Il riferimento è al 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'accessibilità<sup>21</sup> grazie ad esercizi 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 stesso<sup>22</sup>.

Si tratta in quest'ultimo caso, , di una nozione ideata dalla Commissione, al fine di garantire a tutti i cittadini servizi di qualità a prezzi accessibili, avente natura

---

<sup>19</sup> Cfr. A. Papa, *La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione?*, cit., 86.

<sup>20</sup> Cfr. Corte. Cost., 16 ottobre 1990 n° 455, in Giur. Cost., 1990, 2732

<sup>21</sup> Cfr. W. GASPARRI, *Somministrazione di farmaci e diritto alla salute in Regioni*, 1988, 1544.

<sup>22</sup> 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](http://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

flessibile e dinamica in riferimento al settore produttivo, ai bisogni degli utenti ed all'evoluzione tecnologica<sup>23</sup>.

Essa è strettamente collegata poi, al fallimento dei meccanismi di concorrenza basati sulla liberalizzazione, non sempre in grado di garantire un accesso generalizzato, mentre invece, una volta "aperto" il mercato, risulta fondamentale assicurare alla comunità l'accesso a prestazioni attraverso un adeguato livello qualitativo<sup>24</sup>.

Successivamente, nella Direttiva n° 97/33/CE, il servizio universale è stato inteso quale *"insieme minimo di servizi di determinata qualità disponibile a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e tenuto conto delle condizioni specifiche nazionali"*<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Il riferimento è ai punti 27, 28 e 29 della Comunicazione. Per quanto riguarda il concetto di servizio universale in generale cfr. F. CARDARELLI - V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni*, Milano, 1997; G. SANTI, *Il servizio universale in Italia*, in E. FERRARI, (a cura di) *I servizi a rete in Europa*, Milano, 2000, 143; G. C. MANNARÀ, *Servizio universale e telecomunicazioni*, in *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano 2001; G. CARTEI, *Il servizio universale*, in *Annuario 2001*, Milano, 2002; I. NASTI, *Il servizio universale e la tutela dell'utenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, Napoli, 2009.

<sup>24</sup> Cfr. A. SCHETTINO, *Liberalizzazione e regolamentazione delle comunicazioni elettroniche: gli obiettivi del servizio universale*, cit., 246, sul punto l'Autore ha evidenziato che *"l'obbligatorietà è un aspetto assorbito nella dinamica concernente l'opportunità di imporre un vincolo in capo ad un determinato soggetto a seguito della contrattazione del market failure"*. Di contrario avviso C. OSTI - L. ROVIZZI, *Il servizio universale in Italia*, in *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, 271 secondo cui *"una certa corrente di pensiero vede il servizio universale come un veicolo tramite il quale la propensione per la regolamentazione del mercato, abbandonato questo attraverso la porta principale in un clima di liberalizzazione trionfante, vi rientra per la porta di servizio. Il problema è più complesso, e non può essere trattato nel breve spazio di un maggior ricorso agli strumenti dell'economia delle scelte pubbliche, data l'origine indirettamente, ma eminentemente politica dell'intervento, e, dall'altra, una considerazione delle ragioni dei soggetti già in posizione monopolistica, che subiscono la liberalizzazione"*.

<sup>25</sup> Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 sull'interconnessione nel settore delle telecomunicazioni e finalizzata a garantire il servizio universale e l'interoperabilità attraverso l'applicazione dei principi di fornitura di una rete aperta. Nello stesso anno, inoltre, la Direttiva 97/67/CE ha stabilito una serie di criteri utili alla definizione del servizio universale nel settore postale, quale ad esempio, *"un'offerta di servizi postali di qualità determinata forniti permanentemente in tutti i punti del territorio a prezzi accessibili a tutti gli utenti"*, riscontrabili, nello specifico, in *"una raccolta, una distribuzione al domicilio di ogni persona fisica o giuridica o tramite deroga, alle condizioni stabilite dall'autorità nazionale di regolamentazione in installazioni appropriate"*. Direttiva del Parlamento Europeo del Consiglio, 15 dicembre 1997, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio. Cfr. M. CAPANTINI, *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, in *Riv. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 102. Questa definizione è stata inoltre ripresa anche nella Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, 28 febbraio 1998, sull'applicazione del regime di fornitura di una rete aperta alla telefonia vocale e sul servizio universale delle telecomunicazioni in un ambiente concorrenziale.

Questo orientamento è stato poi confermato dalla stessa Commissione nel 2007 in un'altra Comunicazione in cui si legge che *"l'accesso ai servizi di interesse economico è un diritto garantito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Vi rientra la garanzia della parità di trattamento tra donne e uomini e la lotta a tutte le forme di discriminazione nell'accesso ai servizi di interesse economico generale. Ove una norma UE settoriale si fondi sul concetto di servizio universale, essa deve stabilire il diritto di tutti ad accedere a determinati servizi considerati essenziali e imporre ai prestatori l'obbligo di offrire precisi servizi alle condizioni specificate, tra cui la totale copertura territoriale e il prezzo abbordabile. Il servizio universale stabilisce un insieme minimo di diritti e obblighi, che di norma può essere elaborato ulteriormente a livello nazionale. Si tratta di un concetto dinamico, che occorre aggiornare periodicamente settore per settore"*<sup>26</sup>.

Nonostante quindi la volontà di armonizzazione attraverso il servizio universale e con gli strumenti volti a tutela degli interessi generali con un'integrazione non solo economica, ma anche sociale, risulta necessario sottolineare come non tutti i settori produttivi e tutti i servizi economici di interesse generale siano interessati dal servizio universale<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Bruxelles, 20 novembre 2007, COM (2007) 725, che accompagna la comunicazione *"Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo"*.

<sup>27</sup> Come è noto, i settori armonizzati attraverso la regolazione del servizio universale e per questo classificati quali tali sono quelli delle telecomunicazioni, delle comunicazioni elettroniche, quello postale e del settore elettrico. Quest'ultimo è stato disciplinato dalla Direttiva 2003/54/CE, all'interno della quale si fa cenno al servizio universale anche nel settore dell'energia elettrica. Cfr. Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, 26 giugno 2003, relativa a Norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica. Cfr. F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato dei servizi di interesse generale*, Milano, 2008, 63. Sul punto l'Autore ha evidenziato che *"normalmente la qualificazione di servizio universale connota taluni servizi che sono classificati di base, cioè nei quali più incisivamente si realizza l'obiettivo di avere servizi efficienti ed una società coesa. Nonostante ciò solo rari casi di qualificazione dei servizi universali rimanda a specifici obblighi derivanti direttamente dall'ordinamento comunitario; nella maggior parte dei casi, spetta agli Stati membri verificare quali obblighi soddisfano le esigenze dei servizi universali"*.

Si ricorda, come nei primi anni duemila, parte della dottrina ha sostenuto che il servizio universale avrebbe riguardato tutti "i settori di liberalizzazione". Cfr. G.C. MANNARÀ, *Servizio universale e telecomunicazioni in* L. AMMANNATI - M.A. CABIDDU - P. DE CARLI ( a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, 2001, 202.

Cfr. inoltre D. CALDIROLA, *La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, cit., 152 secondo cui *"il servizio universale si pone infatti come strumento di garanzia delle condizioni minime di soddisfazione dei bisogni generali espressi dalla società europea"*.



Giova ricordare sul punto come il giudice europeo<sup>28</sup>, analizzando il rapporto tra servizio universale e servizio di interesse economico generale, abbia evidenziato come il primo possa essere interpretato in due modi: facendolo confluire nella nozione di servizio di interesse economico generale, oppure definendolo in maniera specifica, in modo da sottolineare la nozione di universalità in senso più stringente<sup>29</sup>.

Tale differenziazione, secondo i giudici, deve rientrare nella discrezionalità degli Stati membri, tenuto conto della loro autonomia e dell'adattamento di tale nozione all'ordinamento interno<sup>30</sup>, anche in considerazione del fatto che essa va ad incidere sui diritti sociali<sup>31</sup>.

Spetta, inoltre, agli Stati membri delineare il contenuto degli obblighi, tenendo conto della *ratio* del servizio universale ispirata a "*qualità, continuità, adeguamento, prezzi accessibili, doverosità/obbligatorietà, copertura territoriale ed uguaglianza nell'accesso ai servizi*"<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Tribunale di primo grado, 12 febbraio 2008, T-289/03, in *Raccolta*, 2008, II, 00081.

<sup>29</sup> Per la nozione "congiunta" di servizio universale e SIEG, cfr. A. COLAVECCHIO, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario*, Bari, 2000, 9, che parla di "obbligo di assicurare un servizio di base comune". cfr. L. CERASO, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza "limitata"*, cit., 99, secondo cui "l'espressione "servizio universale" dunque, non costituisce una differente nozione rispetto a quella di interesse economico generale, o di servizio pubblico (economico, ma altro non è che un modo particolare di svolgimento di quel dato servizio"; Ancora si veda A. ARENA, *I servizi di interesse generale tra disciplina sovranazionale e preclusione della potestà normativa degli Stati membri*, in A. LUCARELLI – R. MASTROIANNI (a cura di) *I servizi di interesse economico generale*, *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2012, 26. Per una nozione "unitaria" cfr. D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2011, 398.

<sup>30</sup> Cfr. Decreto Legislativo, 1999, n° 261, con il quale il legislatore ha definito i principi da seguire ai fini dell'orientamento del servizio universale per garantire il rispetto delle esigenze essenziali, la parità di trattamento nell'erogazione dei servizi nei confronti di utenti che si trovino in pari condizioni, l'assenza di discriminazioni nell'erogazione del servizio, la continuità del servizio nonché l'evoluzione dello stesso in funzione del contesto tecnico, economico e sociale, nonché dell'esigenze dell'utenza. Nello stesso modo, la norma ha fornito indicazioni precise in merito alle modalità di imputazione dei costi sopportati durante la gestione del servizio universale in modo da garantire la separazione contabile tra i diversi servizi erogati dal fornitore, così da tenere chiaramente distinte le voci inerenti servizi e prodotti inclusi nel servizio universale e quelli estranei.

<sup>31</sup> Cfr. I. NASTI, *Il servizio universale e la tutela dell'utenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, cit., 19. Secondo l'Autore "non c'è incoerenza tra la tendenza alla liberalizzazione totale del mercato ed il mantenimento del servizio universale. La contraddizione che di primo acchito sembrerebbe riscontrarsi nella politica comunitaria, tra l'impulso alla liberalizzazione totale dei mercati e il mantenimento di strumenti pubblicistici che in qualche modo devono frenare la spinta attraverso la liberalizzazione, trova, infatti, la sua sintesi già nella direttiva della Commissione, 28 giugno 1990, relativa ai mercati dei servizi di telecomunicazioni".

<sup>32</sup> Cfr. D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., 379.

In sede di prima conclusione può, quindi, dirsi come nel rapporto tra la nozione di servizio pubblico e quella di servizio universale si rinvengano aspetti comuni ed elementi che li diversificano<sup>33</sup>. Infatti, in entrambi può essere individuata la stessa genesi storica nonché la finalità sociale<sup>34</sup>, in quanto, anche per il servizio universale si fa riferimento agli stessi principi basati sulla concezione francese di servizio pubblico quali "la continuità, l'adattamento e l'eguaglianza"<sup>35</sup>, "gli obiettivi di coesione territoriale e sociale"<sup>36</sup>, "l'idea di doverosità di servizi evidentemente chiamati a rispondere alle esigenze di collettività"<sup>37</sup>.

Altro elemento comune ad entrambi, si rinviene nella loro valenza politica, poiché spetta proprio al potere politico il compito di stabilire quali servizi si considerano di rilevanza fondamentale e, quindi pubblici, e secondo quali criteri gli stessi debbano essere erogati<sup>38</sup>.

Tra le due nozioni si rinviene tuttavia una importante differenza in riferimento ai principi idonei all'erogazione del servizio. Infatti, a differenza di quello "tradizionale", il servizio universale richiede sempre un livello di qualità idoneo a renderlo più "circoscritto e limitato" rispetto al servizio pubblico, risultando per questo facilmente definibile quale fattispecie astratta e meglio identificabile da un punto di vista concreto<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. V. GASPARINI CASARI, *Il servizio universale* in *Dir. econ.*, 2000, 264, secondo cui "C'è un rapporto di stretta continuità e derivazione tra questi due concetti e, prima ancora, tra la nozione tradizionale di servizio pubblico e quelle, parimenti ricondotte dall'ordinamento comunitario, di interesse generale e di interesse economico generale".

<sup>34</sup> Cfr. G. CARTEI, *Il servizio universale*, cit., 263. Secondo l'autore "le differenze normativa paiono sfumare in una dimensione meramente quantitativa: al servizio universale spetta un regime più specifico ed un ambito applicativo più ristretto di quello che appartiene al servizio pubblico".

<sup>35</sup> Cfr. G. CARTEI, *Il servizio universale*, cit., 280. Per l'Autore il principio di eguaglianza è riconducibile non solo all'accesso al servizio, ma anche al divieto di ogni discriminazione di trattamento, essendo, inoltre, uno degli elementi essenziali della nozione di servizio universale in ambito europeo. Cfr. inoltre I. NASTI, *Il servizio universale e la tutela dell'utenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, cit., 31.

<sup>36</sup> Cfr. S. BRACCONIER, *L'integrazione delle nozioni di servizio di interesse economico generale e di servizio universale nel diritto francese dei servizi pubblici*, in *Attività economiche ed attività sociali di interesse generale*, Torino, 2007, 21.

<sup>37</sup> Cfr. V. GASPARINI CASARI, *Il servizio universale*, cit., 265.

<sup>38</sup> Cfr. V. GASPARINI CASARI, *Il servizio universale*, cit., 264. Cfr. inoltre G. CARTEI, *Il servizio universale*, cit., 277. L'Autore parla di "valutazione politica, da cui scaturisce un giudizio di doverosità della erogazione di determinate attività ai cittadini".

<sup>39</sup> Cfr. V. GASPARINI CASARI, *Il servizio universale*, cit., 266 secondo cui "si può notare come la nozione tradizionale di servizio pubblico è idonea a ricomprendere tutti i servizi considerati di interesse generale dalle autorità pubbliche e soggetti quindi a specifici obblighi inerenti al pubblico servizio, siano essi forniti dietro retribuzione o meno. Viceversa, l'ambito specifico di applicazione della nozione di servizio universale sembra da ritenere circoscritto, in via di principio, a quello dei servizi di interesse economico generale".

In riferimento, invece all'aspetto politico" si ricorda come, nel caso di servizio universale, lo Stato è obbligato ad intervenire ai fini di una correzione del mercato in modo da rispettare il regime di concorrenza, a differenza dei casi di servizio pubblico, dove possono sussistere anche situazioni di monopolio<sup>40</sup>.

Resta comunque possibile aderire, nonostante la previsione di elementi di differenziazione, alla definizione, data da parte della dottrina, secondo cui la nozione di servizio universale debba essere interpretata quale " *particolare modalità della prestazione di servizio pubblico*"<sup>41</sup>.

Sulla base di quanto ora descritto si ricavano gli elementi che rendono il servizio farmaceutico un servizio universale da quale discende anche la qualificazione di farmacista quale imprenditore che svolge un'attività finalizzata, al tempo stesso, all'erogazione ai cittadini di un servizio di fondamentale rilevanza<sup>42</sup>. Tale impostazione è stata inoltre ripresa anche dalla Corte di Giustizia che, ribadito il carattere di funzionalità del servizio farmaceutico rispetto alla tutela del bene "salute", ha riconosciuto la natura economica della funzione del farmacista svolta dietro retribuzione e per questo motivo assoggettabile alle disposizioni europee in materia<sup>43</sup>.

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 antitesi<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Cfr. I. NASTI, *Il servizio universale e la tutela dell'utenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, cit., 31.

<sup>41</sup> Cfr. V. DE FALCO, *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, cit., 37.

<sup>42</sup> Cfr. Corte. Cost., 10 marzo 2006 n. 87, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2006, 504.

<sup>43</sup> 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

<sup>44</sup> 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.

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”*.<sup>45</sup>

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.

Al riguardo si è inoltre 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 benefici che un regime concorrenziale potrebbe portare in capo al cittadino-utente in termini di maggiore efficienza e minor costo del servizio”*.<sup>46</sup>

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.

---

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 alternative, giustificabili invocando l'uno piuttosto che l'altro valore.

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> Cfr. M. CALABRÒ, Linee evolutive del servizio di assistenza farmaceutica. Ipotesi di valorizzazione dell'art. 32 cost. in senso pro-concorrenziale, cit., 1250.

### **3. L'evoluzione normativa in materia.**

Il servizio farmaceutico ha ricevuto una prima e chiara definizione normativa a partire dalla c.d. Legge Giolitti<sup>47</sup> con la quale si è attribuita 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 pubblica<sup>48</sup>.

Tale normativa, in seguito assorbita nel Testo Unico sulle leggi sanitarie<sup>49</sup>, ha stabilito, inoltre, un meccanismo di contingentamento della vendita 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, confermato il modello pubblicistico della gestione del servizio farmaceutico sottolineando l'inscindibilità tra i profili professionali ed imprenditoriali.

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, nel rispetto di 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 normativa<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Già prima della legge Giolitti il servizio farmaceutico costituì oggetto di disciplina della legislazione statale. In particolare 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 particolare 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 particolare 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.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> Regio Decreto 27 luglio 1934 n° 1265.

<sup>50</sup> 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 particolare modo, originariamente, prima di modifiche successivamente, il rapporto

In seguito, con la legge n° 833/78<sup>51</sup> l'assistenza farmaceutica, ricompresa nel novero dei compiti del neo-istituito Servizio Sanitario Nazionale è stata specificamente affidata alle aziende sanitarie locali che, ai fini dell'effettiva definizione di tale attività si avvalgono delle farmacie, sia di proprietà pubblica, in specie comunale, sia di proprietà privata<sup>52</sup>, convenzionate in base a criteri specifici e secondo precise modalità<sup>53</sup>.

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 pubblicistico in quanto l'attività risulta essere subordinata al rilascio di un provvedimento di natura concessoria<sup>54</sup>.

Per quanto riguarda invece le forme di gestione del servizio, nei casi in cui la titolarità della farmacia risulti essere 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

---

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.

<sup>51</sup>Legge 23 dicembre 1978 n° 833, Istituzione del servizio sanitario nazionale.

<sup>52</sup> 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."

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> Cfr. sul punto Cass. Civ., 3 febbraio 1986 n° 652, in Foro It, 1987, I, 1143

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'attività<sup>55</sup>.

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, sollevando, per questo motivo, perplessità in dottrina e giurisprudenza in merito all'utilizzo dello strumento della concessione per le farmacie pubbliche<sup>56</sup>.

In riferimento alle modalità di gestione delle farmacie private lo stesso legislatore ha stabilito che i titolari della stesse, ove persona fisica, siano chiamati ad assumere la responsabilità del regolare esercizio e della gestione dei beni patrimoniali.

Al tempo stesso è inoltre stabilito che, nei casi in cui la titolarità risulti essere in capo ad una persona giuridica, la direzione della farmacia

---

<sup>55</sup> Tali 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.

<sup>56</sup> 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 contrario, 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.

debba essere affidata ad un farmacista in possesso dei requisiti di idoneità così come previsti dalla legge<sup>57</sup>.

Lo stesso legislatore ha inoltre cercato 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 stessi<sup>58</sup>.

Nello specifico, per quanto concerne, il servizio farmaceutico si ricorda 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 membri<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> 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](http://www.federalismi.it), 4 aprile 2007.

<sup>59</sup> 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



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 Stati.

L'influenza del diritto europeo sul settore e la consapevolezza dell'esistenza di problemi strutturali concernenti la "chiusura" al mercato concorrenziale del servizio farmaceutico, hanno indotto il legislatore ad intervenire in materia con l'istituzione delle c.d. parafarmacie autorizzate alla vendita dei farmaci da banco tra cui quelli da automedicazione, preconfezionati e vendibili senza ricetta medica<sup>60</sup>.

Nonostante questi ultimi rappresentino solo il 10% del mercato farmaceutico nazionale, il c.d. D e c r e t o 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 normativo<sup>61</sup>.

---

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 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.

<sup>60</sup> 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 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 banca sarebbe dovuta avvenire in un reparto apposito alla presenza e con l'assistenza di uno o più farmacisti abilitati all'esercizio della professione.

<sup>61</sup> Cfr. M. CALABRÒ, "Politiche di liberalizzazione e servizio farmaceutico", atti del convegno "La difficoltà di liberalizzare", Università "Bocconi", Milano, 9 maggio 2014.

Come è noto il legislatore è successivamente intervenuto in materia con l'emanazione del Decreto Legge n° 201/11<sup>62</sup> 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 Salute<sup>63</sup>.

Nello specifico, inoltre, nel c.d. Decreto Salva Italia il legislatore ha previsto che gli esercizi parafarmaceutici, che soddisfano determinati requisiti e rispettano specifici obblighi, possano essere 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 parenterale<sup>64</sup>.

La stessa norma ha inoltre conferito al Ministero della Salute, sentita l'Agenzia 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 parafarmaceutici, rimettendo quindi l'effettiva portata delle liberalizzazioni ad atti ministeri.

Per quanto riguarda invece l'aspetto concorrenziale in quell'occasione si evitò di attribuire alle imprese di produzione e distribuzione dei farmaci la facoltà 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 ulteriormente 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 favorire lo sviluppo della concorrenza, rimuovendo le restrizioni all'ingresso di nuovi operatori sul mercato e assicurando, al contempo, che il numero delle farmacie sia

---

<sup>62</sup> Decreto Legge 6 dicembre 2011 n° 201, convertito con Legge 22 dicembre 2011 n° 214.

<sup>63</sup> Cfr. R. CIFARELLI, "Il servizio farmaceutico italiano di nuovo al vaglio della Corte di Giustizia", in *Giur. merito*, fasc.7-8, 2012, p. 1694

<sup>64</sup> Si tratta degli esercizi parafarmaceutici in possesso dei requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi fissati con un apposito Decreto del Ministro della salute.

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 redditività<sup>65</sup>.

In un'ottica di liberalizzazione del settore si sono quindi 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.

Il settore farmaceutico è stato, inoltre, interessato da quell'inarrestabile processo tecnologico che ha mutato la prospettiva di mercato in questi ultimi anni.

Nello specifico, infatti, la vendita *on line*, mettendo a dura prova l'effettività del modello regolamentato, ha obbligato il legislatore ad intervenire sul punto con il Decreto Legislativo n° 17/19<sup>66</sup> grazie al quale sono stati previsti limiti stringenti di natura soggettiva, oggettiva e procedurale, volti a garantire il rispetto del diritto alla salute <sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> 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 sedi farmaceutiche sulle quali il Comune esercita il diritto di prelazione fino all'anno 2022.

<sup>66</sup> Decreto Legislativo 19 febbraio 2014 n° 17-

<sup>67</sup> In riferimento ai requisiti soggettivi la norma prevede che l'autorizzazione alla vendita possa essere rilasciata alle sole farmacie e parafarmacie già autorizzate alla vendita sul territorio. La vendita *on line* viene, inoltre, limitata ai soli farmaci che non necessitano di prescrizione medica così come previsto anche per le parafarmacie. Al riguardo è stato inoltre previsto che il Ministero della Salute rilasci un logo identificativo nazionale ed un collegamento ipertestuale al fine di

Si tratta di una normativa particolarmente complessa in considerazione della possibile sovrapposizione tra la stessa e quelle riguardanti l' *e-commerce*, la tutela del consumatore e quella della privacy in considerazione del fatto la vendita di farmaci impone il trattamento di dati sanitari riguardanti l'acquirente.

Prima di una regolamentazione normativa, tale strumento di vendita è stato, come è noto, oggetto di attenzione della giurisprudenza europea che, a partire dalla sentenza *DocMorris*, si è interessata quella questione<sup>68</sup>.

In questa occasione la Corte Di Giustizia, nonostante avesse legittimato il divieto di vendita per corrispondenza soltanto se soggetti a prescrizione, ha aperto gran parte del mercato dei farmaci alla vendita *on line*, dimostrando un certo *favor* per tale strumento.

Gli stessi giudici, successivamente, chiamati ad occuparsi di una questione inerente la disciplina dei prezzi dei farmaci, che ha rappresentato un elemento caratterizzante il modello di Stato interventista<sup>69</sup>, hanno evidenziato come la definizione di prezzi uniformi nel settore farmaceutico potesse essere discriminatoria per la concorrenza andando a rallentare il percorso di liberalizzazione dello stesso<sup>70</sup>.

Al tempo stesso, al fine di legittimare questa impostazione, è stato altresì evidenziato come l'obiettivo della tutela della salute, utilizzato in passato per legittimare misure anticoncorrenziali, ha costituito un ulteriore elemento volto ad avvalorare l'apertura del mercato farmaceutico alla concorrenza capace di garantire prezzi più bassi e migliorare la qualità dei servizi attraverso una

---

garantire ai consumatori l'immediata riconoscibilità dei soggetti autorizzati e verificare il possibile utilizzo abusivo dello stesso. Sul punto è intervenuto lo stesso Ministero che, con una propria circolare ha stabilito l'obbligo di indicare il sito *web* dal quale si intende compiere la vendita, evitando, di fatto, il commercio attraverso piattaforme di *e-commerce* in quanto " *la vendita on line è ammessa unicamente ai soggetti autorizzati attraverso il sito all'uopo indicato che deve coincidere con quello registrato nell'elenco dei soggetti autorizzati alla vendita on line di medicinali, pubblicato sul portale del Ministero*" ( Circolare 10 maggio 2016 n° 25654). Cfr. P. LOGROSCINO, M. SALERNO, *La distribuzione dei farmaci tra libertà economiche e tutela della salute*, in *www.federalismi.it*, cit., 31.

<sup>68</sup> Cfr. Corte di Giustizia, 11 dicembre 2003, C- 322/01, *Deutscher Apothekerverband c. DocMorris NV e a*, in *Racc.*, 2003 664.

<sup>69</sup> Cfr. sul punto P. BILANCIA, *Determinazione dei prezzi e libertà di impresa*, Padova, 1986.

<sup>70</sup> Cfr. Corte Costituzionale 19 ottobre 2016, C- 148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, in *www.curia.eu*. Per un'analisi più approfondita della questione si rinvia a M. SALERNO, *La concorrenza delle farmacie on line scardina i prezzi uniformi e apre nuovi scenari nella liberalizzazione del mercato dei farmaci*, in *dpceonline.it*, 2017.

copertura uniforme e completa del territorio grazie allo strumento telematico<sup>71</sup>.

#### **4. Le recenti evoluzioni normative.**

Il settore dei servizi farmaceutici è stato, da ultimo, oggetto di attenzione da parte del legislatore nella legge n° 124/17<sup>72</sup> che, da una prima analisi sembrerebbe destinata a fare perdere rilevanza all'impostazione della farmacia individuale tutt'oggi maggiormente diffusa sul territorio nazionale.

In modo particolare le nuove disposizioni prevedono il riconoscimento della facoltà di possedere o gestire 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.

Sul punto è stato evidenziato come l'apertura del mercato a società di capitali debba essere considerata una uniformizzazione rispetto alla normativa già prevista per le società di gestione di farmacia comunale per le quali era prevista la facoltà di assumere qualsiasi forma societaria<sup>73</sup>.

Allo stesso modo è prevista la soppressione dell'obbligo di affidamento della gestione della farmacia privata ad uno dei soci da parte delle società, prevenendo che la direzione dell'esercizio sia affidata ad un farmacista esterno alla compagine sociale<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Cfr. P. LOGROSCINO, M. SALERNO, *La distribuzione dei farmaci tra libertà economiche e tutela della salute*, in *www.federalismi.it*, cit., 40.

<sup>72</sup> Legge 4 agosto 2017 n° 124, Legge annuale per il mercato e la concorrenza.

<sup>73</sup> Cfr. sul punto Consiglio di Stato 3 febbraio 2017 n° 474, in *Foro amm.*, III, 2017, 274. Sul punto i giudici amministrativi hanno affermato come " *le forme dei servizi pubblici locali non soffrono preclusioni, né prevedono un regime di specificità per la gestione in forma societaria del servizio di vendita di prodotti farmaceutici*".

<sup>74</sup> Tale circostanza porrebbe, secondo gli operatori del settore, " *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*

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 privata<sup>75</sup>.

Nello specifico, la predeterminazione del numero di farmacie in proporzione alla popolazione ha da sempre consentito a ciascun esercizio farmaceutico di 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 il proposito di scongiurare eventuali comportamenti opportunistici posti in essere dagli agenti economici<sup>76</sup>.

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 salute<sup>77</sup>.

---

*centrali del servizio sanitario*". Cfr. Federazione dell'ordine dei farmacisti italiani, in [www.federfarma.it](http://www.federfarma.it), 3 agosto 2017

<sup>75</sup> 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.

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> Cfr. Corte. Cost., 13 novembre 2009 n° 295, in Rass. dir. farmaceutico, 2009, 6, 1293. Cfr. Cons. St., 31 maggio 2013 n° 2990, in Foro Amministrativo - C.d.S., 2013, 10, 2868

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.

Al riguardo 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 utenza<sup>78</sup>. 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.

Come ricordato in precedenza il legislatore ha conferito al Ministero della Salute, sentita l'Agenzia 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 articoli 3 e 41 della Carta Costituzionale essendo sproporzionata rispetto all'obiettivo della tutela della salute<sup>79</sup>.

Inoltre, considerando la circostanza che il farmacista, abilitato all'esercizio della professione e regolarmente iscritto all'albo, risulta essere l'unico

---

<sup>78</sup> Cfr. Consiglio di Stato 31 maggio 2013 n° 2990, in *Foro Amministrativo- C.D.S.*, 2013, 10, 2868.

<sup>79</sup> 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.

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 indifferente 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, negli anni, si siano registrati rilevanti cambiamenti<sup>80</sup>.

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.

---

<sup>80</sup> 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 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.



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"<sup>81</sup>.

## **5. Brevi conclusioni**

L' intenso intervento pubblico nell'attuale scenario economico, venutosi a delineare in un periodo di forte crisi economica, trae origine dalla convinzione dell'importanza di prevedere potenziali correttivi insiti in un incremento degli strumenti di natura regolatoria.

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 imposto<sup>82</sup>.

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 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 potenzialmente idonee a sortire effetti positivi in termini di efficiente distribuzione e progressiva riduzione del prezzo dei farmaci determinando, al tempo stesso, un sensibile ampliamento dei

---

<sup>81</sup> Articolo 1 comma 158 della legge n. 124/2017.

<sup>82</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia, 22 marzo 2012 n° 897, in Giur. merito 2012, 7-8, 1687.

servizi prestati alla comunità da parte delle farmacie e lo sviluppo di sistemi di sistemi di distribuzione farmaceutica organizzati su larga scala. Una più attenta e compiuta attuazione del principio concorrenziale, secondo attenta dottrina “perno della costituzione economica vigente”<sup>83</sup>, potrebbe condurre, quindi, non solo a maggiori vantaggi per l’utenza, in riferimento alla riduzione dei prezzi e dei miglioramenti dei servizi e ad una riduzione della spesa farmaceutica, ma anche per le stesse farmacie tradizionali attraverso lo sviluppo di modelli di aggregazione volti a supportarle nella competizione con i nuovi modelli societari<sup>84</sup>.

In conclusione può evidenziarsi come il recente intervento normativo compia un importante passo in avanti volto a favorire la libera iniziativa economica privata ed, in modo particolare, il principio concorrenziale, prevedendo, al tempo stesso, delle limitazioni volte a tutelare il principio costituzionale dell’articolo 32 della Costituzione, come ad esempio, in materia di contingentamento dell’offerta e di liberalizzazione dei farmaci.

---

<sup>83</sup> Cfr. sul punto B. CARAVITA, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 8, 2017.

<sup>84</sup> Cfr. P. LOGROSCINO, M. SALERNO, *La distribuzione dei farmaci tra libertà economiche e tutela della salute*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), cit., 19.