

Homo faber et liber vir

A CURA DELLO STUDIO
DELL'AVVOCATO B. R. NICOLOSO
FIRENZE - ROMA

Le conclusioni dell'Avvocato generale nel procedimento di infrazione comunitaria promosso dalla Commissione europea avanti la Corte di Giustizia della Comunità (531/2006), secondo cui «il legislatore italiano, decidendo di riservare la proprietà delle farmacie ai soli farmacisti, ha voluto garantire l'indipendenza delle farmacie, rendendone la struttura economica impermeabile alle influenze esterne: (il che) non costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento, ma può considerarsi conforme al diritto comunitario, in quanto si applica in modo non discriminatorio, appare giustificato da un motivo legittimo e da una ragione imperativa d'interesse pubblico ed è idoneo a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, e non va al di là di quanto necessario per il suo raggiungimento» impongono una riflessione, che ne avvalora le logiche in cui si è mosso, privilegiando i diritti della persona rispetto ai diritti dell'impresa. Ciò corrisponde a quanto già espresso dalla stessa Corte Europea secondo cui «la riserva di legge ascritta ai farmacisti in farmacia (nella dispensazione dei medicinali), postulata dagli Stati membri della Comunità, può costituire una misura di effetto equivalente ad una restrizione vietata dell'articolo 30 del Trattato CE, ma tuttavia

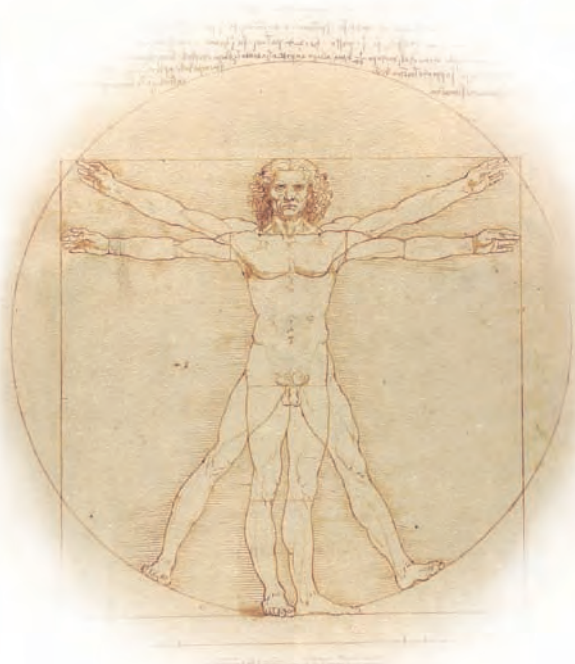
l'esistenza di una tale riserva di legge può essere giustificata da uno degli interessi generali menzionati dall'articolo 36 dello stesso Trattato CE, nel novero dei quali figura la tutela della salute e della vita, così che uno Stato membro della Comunità può riservare (tale dispensazione ai farmacisti in farmacia) in considerazione delle garanzie che tali prodotti richiedono e dei pericoli che essi possono presentare per la salute pubblica» (Corte di Giustizia CEE, Sez. V, 21 marzo 1991, C-369/1988, in *Ragiufarm*, 1995, fasc. 29, pag. 9) e ciò corrisponde anche a quanto ribadito più volte dalla Consulta nazionale, secondo cui «la complessa regolamentazione pubblicistica della attività economica di dispensazione dei medicinali mira ad assicurare e controllare il loro accesso ai cittadini ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando solo marginale l'indubbia attività commerciale dell'attività del farmacista» (Corte Costituzionale, 14 dicembre 2007, n. 430, in *Ragiufarm*, 2008, fasc. 104, pag. 89).

CONCLUSIONI ANTE LITTERAM

Tali logiche e conclusioni sono state recepite *ante litteram* dalla miglior dottrina secondo cui «l'iniziativa neoliberista della Commissione UE, che ha attivato avanti la Corte di giustizia

La normativa comunitaria, volta alla tutela dei diritti dell'impresa, postula la libertà economica dell'uomo come imprenditore. Quella costituzionale, volta alla tutela dei diritti della persona, postula la libertà inviolabile dell'uomo come individuo

della Unione Europea la procedura d'infrazione comunitaria riguardante le farmacie in Italia, ha messo in discussione il regime della incompatibilità relativa alla distribuzione intermedia e alla dispensazione finale dei medicinali (art. 8, Legge n. 362/1991) nonché il divieto di assumere la titolarità di una farmacia, in forma singola o collettiva, da chi non sia farmacista (art. 7, Legge n. 367/1991), perché in contrasto con l'articolo 56 (già 73-b) e con l'articolo 43 (già 52) del Trattato di Roma. Ma il "sistema farmacia" - quale unicum di professione, struttura e servizio - volto nell'ordinamento italiano a tutela di un diritto di libertà, quale è il diritto costituzionale alla sa-



lute di tutti e di ciascuno, non può essere ricondotto alle logiche della concorrenza e del mercato in relazione alla natura concessoria che caratterizza lo svolgimento di un tale servizio pubblico e sociale da parte di detto sistema, che non può risentire de jure condito di una tale involuzione concettuale, prima ancora che operativa. Mentre se tale iniziativa dovesse essere validata dalla Corte di Giustizia e, di conseguenza, dovesse tradursi de jure condendo in provvedimenti normativi nazionali che dovessero disconoscere la mens legis della attuale disciplina del "sistema farmacia", gli stessi si porrebbero comunque in insanabile contrasto non solo con i principi fondamentali dell'ordinamento sezionale, già postulati dalla giurisprudenza costituzionale, ma proprio con le massime già consolidate a livello comunitario in materia di servizi pubblici di interesse generale» (Laura Giordani, *Procedura d'infrazione comunitaria pendente avanti la Corte di Giustizia Europea e riguardanti le farmacie in Italia*, in *Sanità pubblica*, 2007, fasc. 4, pag. 22) e sono state fatte proprie dalla Avvocatura generale dello Stato (italiano) nelle difese svolte in tale contenzioso comunitario.

LE FONTI NORMATIVE

L'assunto, se mai confermato dalla Corte Europea (che si dovrà pronunciare al riguardo nel procedimento in questione) assume un'indiscutibile rilevanza in quanto si colloca nella criticità del sistema normativo in cui si inserisce l'attività giurisdizionale

della Corte di Giustizia della Comunità a tutela dei *diritti del mercato* rispetto a quella delle Corti degli Stati membri della Unione Europea (che ha cambiato il suo *nomen juris*, ma è rimasta una comunità economica e non politica degli Stati che la compongono) a tutela dei *diritti della persona*.

Appare decisivo, al riguardo, il riferimento alle fonti normative comunitarie e costituzionali, la cui interpretazione (che conta) è rimessa alla giurisprudenza delle rispettive Corti.

Normativa comunitaria:

◆ *art. 2, Trattato di Roma. La Comunità ha il compito di promuovere nell'insieme della Comunità, mediante l'instaurazione di un mercato comune, di un'unione economica e monetaria e uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un elevato grado di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell'ambiente e il miglioramento di quest'ultimo, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri.*

Normativa costituzionale:

◆ *art. 32, Costituzione. La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività;*

◆ *art. 41, Costituzione. L'iniziativa economica privata è libera (ma) non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Come si evince dalla semplice lettura comparata dei testi di tali normative, quella comunitaria, che è volta alla tutela dei diritti dell'impresa (nelle logiche della concorrenza e del mercato), postula la libertà economica dell'uomo come imprenditore: l'*homo faber*. Mentre quella costituzionale, che è volta alla tutela dei diritti della persona (nelle logi-*

che del servizio pubblico e sociale), postula la libertà inviolabile dell'uomo come persona: il *liber vir*.

SOVRANITÀ DI DIRITTO

E qui si poneva/pone il rischio di una involuzione della giurisprudenza comunitaria (anche) in materia di programmazione del servizio farmaceutico sul territorio che anteponesse/anteponga la tutela dell'*homo faber*, rispetto alla tutela del *liber vir*, con un conseguente contrasto giurisprudenziale tra la teoria monista, secondo cui il giudice nazionale deve provvedere ad assicurare la piena e continua osservanza delle Direttive Comunitarie - sempre che la normativa comunitaria s'imponga con tale evidenza da non lasciar dubbio sulla soluzione da darsi alla questione - e la teoria dei controlimiti, secondo cui non solo possono essere ritenuti separati i due ordinamenti, ma in una materia, come quella farmaceutica che attiene alla salvaguardia di uno dei diritti fondamentali di tutti e di ciascuno come il diritto alla salute, si è in presenza di uno spazio in cui il diritto comunitario non può intervenire, perché il diritto di ciascun Stato membro della Unità Europea continua a essere sovrano in funzione di un imperioso motivo d'interesse pubblico che viene riconosciuto dallo stesso diritto comunitario (art. 152, Trattato CEE).

C'è da chiedersi se alla fine prevarrà il *liber vir* (di cui all'uomo vitruviano di Leonardo), auspicato dall'Avvocatura generale e dalla Consulta nazionale, sull'*uomo faber* (di cui all'euro che l'ha compresso), sostenuto dalla Commissione UE (e in Italia dalla Autorità garante della Concorrenza e del Mercato: da ultimo: Segnalazione 11 giugno 2008, AS-453), e se mai il sistema farmacia venga ancora ritenuto come un unicum di professione - struttura - servizio, scollegato dalle logiche della concorrenza e del mercato, come da tempo teorizzato (a iosa) da questo osservatorio: non c'è che da attendere la decisione della Corte.

