

Heri dicebamus

Allora il *liber vir* ha prevalso sull'*homo faber* nella decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea, 19 maggio 2009: causa C-531/06, promossa dalla Commissione delle Comunità europee contro la Repubblica Italiana per inadempimento relativo alle disposizioni legislative sul diritto di gestione della farmacia in contrasto con gli obblighi imposti dagli articoli 46 CE e 56 CE (cfr. *Punto Effe* del 29 gennaio 2009), che ha fissato, attraverso un'articolatissima motivazione, le massime che seguono.

«La normativa italiana, che riserva la gestione delle farmacie ai soli farmacisti, impedendo agli altri operatori economici di accedere a questa attività (articolo 7, Legge n. 362/1991), introduce restrizioni vietate a norma degli articoli 46 e 56 CE, che non sono però basate sulla nazionalità e possono essere giustificate da motivi imperativi d'interesse pubblico, quali la tutela della sanità pubblica, che sono atte e non vanno al di là di quanto necessario al raggiungimento di tale fine: più precisamente possono essere giustificate allo scopo di garantire un rifornimento di medicinali sicuro e di qualità alla popolazione, atteso che il gestore della farmacia che possiede

la qualità di farmacista persegue, come altre persone, una finalità di lucro, ma tuttavia, in quanto farmacista di professione, gestisce la farmacia in base non ad un obiettivo meramente economico, ma altresì in un'ottica professionale, così che il suo interesse privato, connesso alle finalità di lucro, viene temperato dalla sua formazione, dalla sua esperienza professionale e dalla responsabilità ad esso incombente, considerato che un'eventuale violazione delle disposizioni normative o deontologiche comprometterebbe non soltanto il valore del suo investimento, ma altresì la propria vita professionale.

Mentre i non farmacisti non hanno, per definizione, una formazione, un'esperienza e una responsabilità equivalenti a quelle dei farmacisti. Tutto questo non viene contraddetto dalla possibilità di gestione delle farmacie, offerta dalla normativa italiana agli eredi non farmacisti del titolare in via temporanea e sotto la responsabilità di un farmacista (articolo 12, Legge n. 475/1968), e ai Comuni di gestire farmacie anche attraverso società di gestione, i cui soci non siano necessariamente farmacisti (articolo 10, Legge n. 362/1991), rimanendo i Comuni titolari di tali farmacie».

Nella decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea la libertà dell'uomo come individuo ha prevalso sulla libertà economica dell'uomo come imprenditore

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

LE RESTRIZIONI ITALIANE

«La normativa italiana che non consente alle imprese di distribuzione di medicinali di acquisire una partecipazione nelle società di gestione delle farmacie (articolo 8, Legge n. 362/1991), comporta restrizioni vietate dagli articoli 43 CE e 56 CE, ma si applica senza discriminazioni relative alla nazionalità e persegue l'obiettivo di assicu-



rare un rifornimento sicuro e di qualità di medicinali alla popolazione e di evitare l'influenza delle imprese di distribuzione sui farmacisti che operano nelle farmacie». (Questa massima è superata dalla previsione dell'articolo 5 della Legge Bersani n. 248/2006, che ha escluso una tale incompatibilità). Ciò corrisponde, come s'è già detto

(cfr. Punto Effe del 29 gennaio 2009), a quanto 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 far- ➤

macia) 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, C369/1988).

LOGICHE ANTE LITTERAM

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).

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 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 (articolo 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 salute 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» (L. Giordani, *Procedura d'infrazione comunitaria pendente avanti la Corte di Giustizia Europea e riguardanti le farmacie in Italia*, in *Sanità pubblica e privata*, 2007, fascicolo 4, pagina 22, con riferimento a B. R. Nicoloso, *La farmacia come unicum di professione, struttura e servizio a tutela di una libertà e di un dovere di salute, di contro alle iniziative neoliberiste volte alla sua deregolamentazione*, in *Sanità pubblica e privata*, 2006, fascicolo 4, pagina 57) e sono state fatte proprie dalla Avvocatura generale dello Stato (italiano) nelle difese svolte in tale contenzioso comunitario.

I DIRITTI DEL MERCATO E QUELLI DELLA PERSONA

L'assunto della Corte di Giustizia europea assume un'indiscutibile rilevanza non solo per l'articolazione delle sue motivazioni, ma in quanto si colloca nella criticità del sistema normativo in cui si inserisce la sua stessa attività giurisdizionale che si pone 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), che si pone a tutela dei *diritti della persona*.

Nel contrasto tra la tutela dei diritti dell'impresa (nelle logiche della concorrenza e del mercato), che postula la libertà economica dell'uomo come imprenditore: l'*homo faber*, e la tutela dei diritti della persona (nelle logiche del servizio pubblico e sociale), che postula la libertà inviola-

bile dell'uomo come persona: il *liber vir*, ha prevalso quest'ultima.

Il che ha un decisivo valore anche di contro al rischio di un'involuzione della giurisprudenza comunitaria (anche) in materia di programmazione del servizio farmaceutico sul territorio che avesse anteposto la tutela dell'*homo faber*, rispetto alla tutela del *liber vir*.

Questo avrebbe provocato un conseguente conflitto 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: tutto ciò 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*, dove si è in presenza di uno spazio in cui il diritto comunitario non può intervenire, perché il diritto di ciascuno Stato membro della Unione europea continua a essere sovrano in funzione di un imperioso motivo d'interesse pubblico che viene riconosciuto dallo stesso diritto comunitario (articolo 152, Trattato CEE).

UNA PREZIOSA RARITÀ

Hanno così avuto un ulteriore avallo le logiche del "sistema farmacia", quale *unicum* di professione, struttura e servizio, scollegato dalle logiche della concorrenza e del mercato - come da tempo teorizzato (a iosa) da questo Osservatorio legale: *heri dicebamus* (ma non s'intende con questo salire sul carro già affollato dei vincitori) - e la farmacia italiana ne esce come la *Ragazza con l'orecchino di perla* di Jan Vermeer: questi, usando due sole pennellate a forma di goccia, separate l'una dall'altra (ma nel sistema farmacia le pennellate sono tre), ha tracciato l'intera perla: una preziosa rarità.