

Per rispettare il fondamentale precetto religioso della confessione ebraica, un titolare non si è mai avvalso dell'orario alternativo di apertura dal martedì al sabato

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

È ormai una tradizione decennale di questo osservatorio legale riferire di come si stia evolvendo l'interpretazione della normativa che regola gli istituti del "sistema farmacia" dando rilevanza alla giurisprudenza, quale esegesi che conta, ed estrapolando le relative massime in diritto.

Una recente decisione del Giudice amministrativo (Tar della Toscana, Sezione seconda, 4 novembre 2009, n. 1575) appare rilevante, come vedremo, in termini di fatto, così da far capovolgere la consolidata consuetudine, per riportarne il testo.

«Il ricorrente, dottor M.M., espone di appartenere alla confessione ebraica e di essere titolare di una farmacia privata nel Comune di ***.

Per rispettare il fondamentale precetto religioso della confessione ebraica che impone il riposo nel giorno del sabato ("Shabbath"), l'esponente ha sempre articolato l'orario di apertura della propria farmacia in cinque giorni settimanali dal lunedì al venerdì, senza mai valersi dell'orario alternativo di apertura dal martedì al sabato. Inoltre, quando il turno obbligatorio di apertura cade di sabato, il dottor M.M., pur mantenendo la farmacia aperta, si fa sostituire nel servizio da una propria



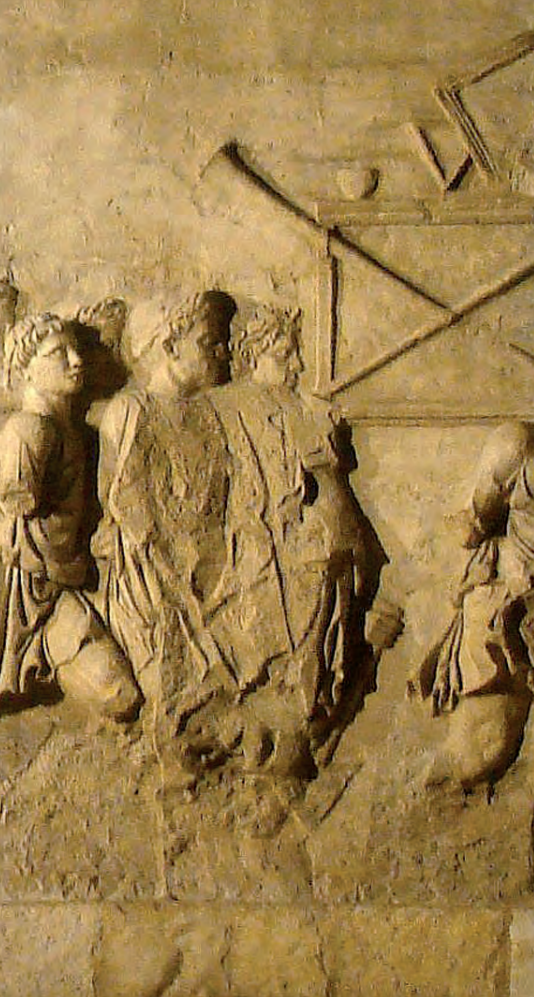
Il riposo del

dipendente e versa in beneficenza l'incasso giornaliero.

Basandosi sull'articolo 4 della Legge n. 101/1989 (recante norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane) e considerato che, a seguito della disciplina introdotta in attuazione del Decreto legislativo n. 114/1998, veniva consentita alle farmacie l'apertura per un'ulteriore mezza giornata oltre alle cinque obbligatorie previste dalla normativa regionale, il ricorrente rendeva noto al Comune di *** il nuovo orario di apertura della farmacia di cui è titolare. L'orario era articolato nelle cinque giornate dal lunedì al venerdì, indicando come giorno di chiusura settimanale il sabato e con apertura (per mezza giornata) la domenica mattina.

Tuttavia il Comune di *** inviava al ricorrente la disposizione dirigenziale

con cui era stata dettata la disciplina degli orari di apertura settimanale giornaliera e dei turni delle farmacie in vigore dal 1° gennaio 2008. Il punto 5 della parte A di siffatta disposizione autorizza la chiusura infrasettimanale delle farmacie di titolari osservanti di religioni diverse da quella cattolica nei giorni corrispondenti a dette festività, con obbligo di recupero dei giorni di chiusura nella prima giornata festiva successiva. Poiché, però, sono escluse da tale disciplina le festività con cadenza settimanale, il ricorrente ne ha dedotto il rigetto dell'articolazione del nuovo orario di apertura della farmacia da lui formulata (in specie, della possibilità di recupero della festività religiosa del sabato con apertura la domenica mattina). Dolendosi della suindicata disciplina comunale, che gli impedisce di beneficiare dell'ampliamento a cinque



sabato

giorni e mezzo dell'orario settimanale di apertura, svantaggiandolo rispetto agli altri titolari di farmacia in ***, ha impugnato la nota comunale chiedendone l'annullamento».

DISPARITÀ DI TRATTAMENTO

«A supporto del gravame il ricorrente ha dedotto: a) la violazione dell'articolo 4 della Legge n. 101/1989, degli articoli 26 e 32 della Legge regionale n. 16/2000 e del decreto del Ministro dell'Interno 22 giugno 2007, recante determinazione del calendario delle festività religiose ebraiche per il 2008, in quanto nessun divieto di recupero del giorno di chiusura settimanale nella mezza giornata della domenica sarebbe dettato dalla normativa nazionale, né da quella regionale; b) la violazione degli articoli 3, 8 e 19 della Costituzione per disparità di trattamento, e la viola-

zione dell'articolo 41 della Costituzione poiché il diniego comunale sulla pretesa del ricorrente di ampliare l'orario della propria farmacia il giorno della domenica dalle 9.00 alle 12.30 limiterebbe la propria libertà religiosa e fonderebbe una disparità di trattamento rispetto a tutti gli altri titolari di farmacie provocando una discriminazione per motivi di carattere religioso, e violerebbe il principio della libera iniziativa economica, facendo subire al ricorrente la concorrenza sleale delle altre farmacie (che possono fruire dell'ampliamento di orario per mezza giornata); c) l'eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà, ingiustizia ed illogicità manifeste, difetto dei presupposti, giacché il fine che il Comune di *** ha dichiarato di voler perseguire è di garantire ai cittadini la fruizione del servizio e di aumentarlo anche nei giorni festivi, ma tale fine è contraddetto dal rifiuto opposto al ricorrente, che finisce per danneggiare i residenti nella zona dove ha sede la farmacia del ricorrente; il Comune di *** inoltre, contraddittoriamente, dapprima avrebbe rimesso alla disponibilità dei singoli farmacisti la flessibilità nell'articolazione degli orari, ma poi non avrebbe acconsentito alla proposta del ricorrente; d) il difetto di motivazione e la violazione dell'articolo 3 della Legge n. 241/1990, essendo il diniego gravato privo di motivazione».

Il Giudice amministrativo ha respinto il ricorso (in rito) per la tardività dell'impugnativa rispetto alla pubblicazione del provvedimento lesivo. Ciò con una discutibile motivazione, atteso che lo stesso provvedimento, ponendosi in termini discriminatori attinenti a un diritto di libertà (religiosa), sollevava un problema di nullità (e non di annullabilità) che può esser fatto valere nel termine decennale di prescrizione del relativo diritto soggettivo.

Rimarrebbe da porsi una domanda che nasce dalla laica curiosità di questo osservatorio legale: quanti farmacisti cristiani (o musulmani) fanno/farebbero altrettanto per testimoniare la loro fede religiosa nella domenica (o venerdì) in cui la farmacia di cui sono titolari è di turno? Ma questa non è una considerazione giuridica...

Se è sbagliato è sbagliato

Una delle più gustose dispute che hanno fin qui impegnato le Commissioni di concorso per l'assegnazione di sedi farmaceutiche vacanti o di nuova istituzione, che viene attuata mediante la soluzione di quiz a risposta multipla redatti dal ministero della Salute e tradotti in un Decreto ministeriale (anzi in due: Dm 16 maggio 1997 e Dm 24 febbraio 1998) pubblicato in Gazzetta Ufficiale, è quella relativa alla circostanza che le risposte indicate per taluni di essi sono errate.

È seguita al riguardo una ridda d'interpretazioni: da quella ottusa, secondo cui la risposta erronea prevale perché di provenienza ministeriale, a quella evolutiva, secondo cui vale la risposta esatta se pur non prevista dal ministero della Salute, per poi passare a quella pragmatica, secondo cui è sufficiente non porsi il problema escludendo dalla selezione dei quiz quelli a risposta ritenuta erronea. In giurisprudenza, per analogia con le pronunce relative a concorsi simili, si scontrano due correnti d'opinioni. Quella secondo cui la proposizione di un quiz a risposte multiple erronee inficia di nullità l'intera selezione (da ultimo: Tar Calabria, Reggio Calabria n. 508/2008; Tar Puglia, Bari, n. 2636/2007) e quella secondo cui ciò comporta il solo annullamento dei quiz errati (da ultimo: Tar Sardegna, n. 163/2009; Tar Campania, Napoli, n. 104/2009). Decisiva (e condivisibile) appare la più recente decisione del Consiglio di Stato, Sezione VI, 7 dicembre 2009, n. 7673 secondo cui «non comporta la caducazione dell'intera precedenza, considerato il numero dei quesiti valutati, la circostanza che siano risultati erronei alcuni (nella fattispecie, due sugli ottanta complessivi) dei quiz preselettivi, dovendosi ritenere in tal caso legittimo l'annullamento dei soli quesiti affetti da errore: annullamento che costituisce un'attività dovuta, poiché basata su una valutazione ragionevole in nessun modo comportante un'alterazione della par condicio fra i candidati, in quanto disposto per tutti i partecipanti alla procedura selettiva». In una parola: *utile per inutile non vitiatur* anche nella materia concorsuale in questione. Ciò ovviamente nei limiti bagatellari in cui siano stati proposti mediante selezione (operata nella fattispecie da un computer) di quiz erronei rispetto all'intero loro complesso (nella fattispecie di cento).