



# Bundesverfassungsgericht

## **Sentenza della Corte Costituzionale Federale dell'11 giugno 1958 sull'interpretazione dell'articolo 12 della Costituzione e sulla libertà di stabilimento dei farmacisti**

Nel procedimento sul ricorso costituzionale presentato dal farmacista Karl Heinz Rober di Traunstein, Bavaria Superiore, contro i provvedimenti della Prefettura della Bavaria Superiore d.d. 29 novembre 1956 n. II/11 - 5090/114 e d.d. 12 giugno 1957 n. II/11 - 5090/121 la Corte Costituzionale Federale sez. I - composta dal Presidente dr. Wintrich e dai Giudici dr. Scheffler dr. Heiland, dr. Heck, dr. Scheltissek, dr. Drath, dr. Stein, Wessel, Ritterspach, Lehmann a conclusione della discussione orale svoltasi nelle udienze el 26, 29 e 30 gennaio \1958 ha emesso la seguente sentenza:

I provvedimenti della Prefettura della Baviera Superiore d.d. 29 novembre 1956 . n. II/11 - 5090/114 e d.d. 12 giugno 1957 n. II/11 - 5090/121 sono lesivi del diritto costituzionale del ricorrente di cui all'articolo 12 primo comma Cost. e vengono annullati:

L'articolo 3 della legge Bavarese sulle farmacie d.d 16 giugno 1952 nella formulazione di cui alla legge 10 dicembre 1952 è nullo.

### MOTIVI

1. Il ricorrente ha conseguito la laurea di farmacista fin dal 1940. Tornato dalla guerra, fu dapprima amministratore e poi conduttore di una farmacia statalizzata nella zona di occupazione sovietica. Nel 1955 egli abbandonò detta zona e da allora è impiegato in una farmacia di Traunstein. Nel luglio del 1956 egli domandò alla Prefettura della Bavaria Superiore l'autorizzazione per l'apertura di una farmacia a Traunreut. La domanda dell'odierno ricorrente, sulla base dell'articolo 3, primo comma della legge bavarese sulle farmacie nella formulazione della legge 10 dicembre 1956 - da qui innanzi citata come Legge sulle farmacie, fu rigettata con provvedimento del 29 novembre 1956 e il reclamo contro questo fu a sua volta respinto in data 12 giugno 1957
2. In base alla Legge sulle farmacie deve essere debitamente autorizzato chi intende aprire una nuova farmacia, riaprire una già chiusa o rilevarne una in esercizio (articolo 1 se-

condo comma). Presupposto per la concessione dell'autorizzazione è in ogni caso l'abilitazione; inoltre il richiedente deve essere cittadino tedesco ai sensi dell'art. 116 Cost. e aver svolto attività di farmacista abilitato per un determinato periodo di tempo; infine il candidato deve dare affidamento quanto a coscienziosità e capacità.

Per l'apertura di una nuova farmacia sono previste ex art. 3 primo comma legge citata, ulteriori condizioni; questa norma recita:

"Per l'apertura di una nuova farmacia l'autorizzazione può essere data soltanto se

a) detta apertura risponda al pubblico interesse di garantire l'approvvigionamento di farmaci alla popolazione, e  
b) si possa ritenere che sia garantita la gestione economica della stessa e quella delle farmacie viciniori non ne venga pregiudicata al punto da non consentire l'ordinato funzionamento delle medesime.

Con l'autorizzazione può essere imposto che la farmacia, nell'interesse di una migliore distribuzione, venga installata in una determinata posizione."

- 3 - Il provvedimento della Prefettura della Bavaria Superiore del 29 novembre 1956 motiva il rigetto della domanda tanto sulla lettera a), quanto sulla lettera b) dell'art. 3 primo comma citato:

l'istituzione di una nuova farmacia non è nel pubblico interesse; da Treunreut vanno servite di generi medicinali circa 6000 persone; a ciò provvede in maniera completa la già esistente farmacia; per motivi di igiene possono essere autorizzate nuove farmacie soltanto dove vi sia da approvvigionare un comprensorio più grande; farmacie con una base economica precaria tendono notoriamente a vendere con maggiore facilità medicinali senza ricetta ed a usare una inammissibile larghezza nello smercio degli opiatii;

inoltre, il potenziale economico della nuova farmacia non sarebbe assicurato, poichè il numero di 7 - 8000 abitanti per farmacia è da ritenere in linea di principio quello minimo per garantirne l'efficienza ed al richiedente deve, nel suo stesso interesse, essere impedito di istituire una farmacia non concorrenziale;-

la nuova autorizzazione, infine, pregiudicherebbe a tal punto la base economica delle già esistenti farmacie, che verrebbero meno i presupposti che ne assicurano l'ordinato esercizio; ciò risulta dall'ammontare del giro d'affari delle farmacie in attività, confermato dall'Ufficio Finanziario, e che, sulla scorta dell'esperienza, con l'apertura di una nuova, si ridurrebbe del 40%.

Nel provvedimento d.d. 12 giugno 1957 di rigetto del reclamo la Prefettura fa presente quanto segue:

a norma della Legge sulle farmacie non viene esaminata la questione del bisogno; infatti, anche ove bisogno non vi

fosse potrebbe sussistere il pubblico interesse all'apertura di una nuova farmacia, dato che la decisione in proposito va presa tenendo presenti esclusivamente l'igiene e la pubblica salute. L'interesse pubblico trova, peraltro, il suo limite là ove la nuova farmacia non sia economicamente vitale e minacci, per di più, l'esistenza di una farmacia vicinior; tale duplice normativa, poi, non contrasta nella sostanza con l'art.12 Cost.; ogni farmacista può, invero, acquistare o prendere in affitto una delle oltre 1300 farmacie Bavaresi esistenti o, entrando in una società di persona, dirigerla;- egli ha un interesse legittimo ad ottenere l'autorizzazione per una nuova farmacia soltanto se questa sia economicamente vitale e non ponga in pericolo l'esistenza di quelle già in attività;- questa disciplina non tende affatto a garantire l'attuale volume d'affari delle farmacie già esistenti, dato che l'apertura di ogni nuova farmacia comporta automaticamente un certo calo del volume d'affari di quelle viciniori; ciò che, invece, deve essere evitato è che<sup>ne</sup> venga posta in forse l'esistenza; a Traunreut e dintorni vi sono tante farmacie quanto in altre zone dello Stato neppure è immaginabile - è compito ed dovere dell'Autorità responsabile della salute pubblica di programmare l'apertura di nuove farmacie in modo che anche nelle altre zone si raggiunga un analogo rapporto tra il numero degli abitanti e quello delle farmacie a disposizione degli stessi.

- 4 - Con la lagnanza costituzionale il ricorrente impugna il provvedimento del 29 novembre 1956 e quello, di rigetto del reclamo, del 12 giugno 1957, sostenendo che l'art.3 primo comma della Legge sulle farmacie - sul quale si fondano detti provvedimenti - è nullo per contrasto con gli artt. 2 e 12 della Corte Costituzionale. Egli ha chiesto che la sua eccezione venga esaminata prima dell'esaurimento delle vie legali e tale istanza è stata accolta.
- 5 - Il Presidente del Consiglio dei Ministri bavarese ha trasmesso la presa di posizione del Ministero degli Interni, nella quale si sostiene che l'art.3 primo comma citato non contrasta con l'art.12 Legge fondamentale. Questa norma non esclude che l'ammissione ad una professione venga regolata con legge, consentendo, anzi, che se ne regoli l'esercizio. Del resto si deve partire dalla considerazione che, secondo l'interpretazione dell'art.3 primo comma adottata nella prassi amministrativa, l'apertura di nuove farmacie rientra in linea di principio nel pubblico interesse, poichè da essa deriva in generale un migliore approvvigionamento della popolazione e si determina un'utile e salutare concorrenza. Naturalmente l'interesse pubblico viene riconosciuto dalla legge soltanto quando siano accertati i presupposti di cui al più volte menzionato art.3 primo comma lett.b. In tal senso detto interesse, in linea di principio sempre da affermare, viene concretizzato e delimitato. Solo l'attivazione di farmacie la cui efficienza è as-

sicurata senza che ne derivi un pericolo per l'esistenza di quelle già in esercizio coincide con il pubblico interesse. L'art.3 primo comma lett.b), poi, tende esclusivamente a tutelare la salute pubblica e corrispondentemente nel decreto del Ministro degli Interni del 29 marzo 1956 - III 8 5462 G 7 - fu negato il diritto di opposizione da parte dei farmacisti viciniiori contro il trasferimento di una farmacia con la motivazione che la ratio di detta norma non è quella di tenere lontana da loro la concorrenza o di assicurare loro alcun altro vantaggio. I presupposti di cui alla lettera b) della norma stessa trovano la loro ragione nell'esigenza di assicurare l'efficienza anche economica delle farmacie. Le innumerevoli disposizioni di legge ed amministrative non consentono ai farmacisti di dirigere la propria azienda secondo criteri meramente commerciali. E' necessario, pertanto, che siano disponibili notevoli risorse aziendali e che sia assicurato un certo volume d'affari per un considerevole periodo di tempo. E', inoltre, impossibile ottenere l'osservanza delle disposizioni sopra indicate soltanto attraverso il controllo dell'Autorità, sicchè bisogna valutare prima di dare l'autorizzazione se l'istituenda farmacia sia in condizioni, alla lunga, di effettuare un regolare approvvigionamento di medicinali.

La preoccupazione che i presupposti di cui all'art.3 primo comma siano indeterminati e che, perciò, il diniego dell'autorizzazione sia lasciato alla mera ed incontrollabile discrezionalità della Pubblica Amministrazione non appare fondata. La norma contiene solo concetti giuridici indeterminati ( sic!) e pertanto l'esistenza dei presupposti può essere verificata dai Tribunali Amministrativi. Massime empiriche generali consentono di determinare quale debba essere il potenziale economico di una farmacia perchè questa possa far fronte alle esigenze minime fissate dalla legge. Ai farmacisti, inoltre, rimane, nonostante l'art. in questione, un campo di attività sufficientemente vasto: ciò emerge già dalla circostanza che, nel periodo di tempo dal 30 maggio 1956 al 1 luglio 1957, con una media statale di 7282 abitanti per farmacia, furono rilasciate 46 autorizzazioni per nuovi esercizi e solo 6 istanze furono rigettate, mentre nello stesso periodo furono concesse 64 autorizzazioni riguardanti esercizi già esistenti. La norma de qua si dimostra, dunque, con piena salvaguardia dell'iniziativa del singolo, un opportuno mezzo dirigistico, che consente di evitare una eccessiva concentrazione e spinge i candidati ad interessarsi a zone non sufficientemente servite da farmacie. La difesa della libertà di professione è secondaria, rispetto alla difesa della pubblica sanità, la cui conservazione e cura è uno dei compiti del legislatore, che adempie così alla missione sociale affidatagli dalla Costituzione. Il legislatore ha, nell'ambito delle sue possibilità di iniziativa, non solo compiti di difesa, ma può adottare provvedimenti positivi per migliorare la salute pubblica

La Legge sulle farmacie persegue entrambi questi scopi.

Il ricorrente ribatte che la collettività può e deve essere protetta non limitando il numero delle farmacie, ma attraverso il Regolamento sull'esercizio delle stesse, la legge professionale e un severo controllo dell'Autorità; non la farmacia in sé può rappresentare un pericolo per la pubblica sanità, bensì il farmacista incapace. Il concetto di pubblico interesse, non precisato nel suo contenuto, inoltre, comporta la valutazione del bisogno. L'applicazione pratica dell'art. 3 primo comma non si differenzia, in sostanza, dal vecchio sistema della concessione ad personam, dato che anche nei concorsi secondo il Regio Regolamento sulle farmacie del 27 giugno 1913 doveva essere valutato il pubblico interesse. Mancano, invece, nella nuova disciplina i vantaggi di quel sistema, il quale assicurava che praticamente ogni farmacista poteva divenire proprietario di una farmacia - anche se dopo lunga attesa - senza essere esposto, alle eccessive pretese del precedente proprietario o dei suoi eredi. Secondo il sistema attuale le farmacie possono essere alienate a titolo particolare o universale. A norma dell'art. 2 primo comma lett. g), presupposto per ottenere l'autorizzazione è la disponibilità di idonei locali (Apothekenräume); ciò comporta che all'acquirente di una farmacia già esistente venga chiesto un prezzo spesso esorbitante, soprattutto con richiamo all'avviamento (Goodwill). Ma proprio l'eccessivo costo di acquisto di una farmacia già in esercizio può provocare quel pericolo per un regolare ed ordinato approvvigionamento di medicinali, che si vorrebbe evitare con la limitazione del numero delle farmacie stesse.

Del resto, il pubblico interesse nel senso di cui alla lettera a) del primo comma dell'art. 3 non si concretizza, come sostiene il Governo Bavarese, attraverso la lettera b) dell'art. medesimo; al contrario, la lettera a) è autonoma rispetto alla lettera b), sicché l'autorizzazione può essere data soltanto quando siano presenti tutti i presupposti previsti dall'una e dall'altra disposizione.

Il Governo Federale ha preso posizione, nella sua dichiarazione, sull'interpretazione dell'art. 12 primo comma Cost., aderendo, nelle conclusioni, alle argomentazioni del Ministero degli Interni Bavarese.

- 6 - Nella discussione orale erano rappresentati il ricorrente, il Governo Bavarese ed il Governo Federale.

La Corte Costituzionale, per acquisire una visione generale dei problemi in materia, con particolare riguardo ai risultati della politica dirigistica della Pubblica Amministrazione e delle conseguenze della libertà di stabilimento nella zona già sotto occupazione americana, oltre che delle condizioni economiche delle farmacie e del commercio di medicinali

al di fuori di queste, ha esaminato come periti: il consigliere ministeriale dr. Danner, il consigliere superiore Knies del Ministero degli Interni Bavarese, l'economista Lauer di Fürth, prof. dr. Schlemmer amministratore della Camera dei Farmacisti Bavarese, il consigliere di prefettura farmacista dr. Weidenbach di Monaco.

Sulla situazione delle farmacie in Svizzera si sono espressi, sempre come periti, dr. med. Sauter, direttore dell'Ufficio per la Sanità in Berna e il farmacista dr. Bider, segretario dell'associazione svizzera dei farmacisti. Si diede, poi, lettura di una relazione peritale del dr. Birza di Amsterdam, Segretario generale della Fédération Internationale Pharmaceutique, impedito a presentarsi alla discussione orale, sullo stato della questione in Olanda.

#### B

1- Il ricorso è ammissibile.

Il ricorrente si oppone ad atti amministrativi della Prefettura della Bavaria Superiore con la motivazione che la disposizione dell'art. 3 primo comma della legge sulle farmacie, posta a fondamento degli atti stessi, è nulla. L'amministrazione avrebbe, pertanto, impedita la sua libertà di esercizio della professione senza una legge che a ciò la facultizzasse. ledendo così il diritto fondamentale a lui derivante dagli artt. 2 primo comma e 12 primo comma della Costituzione.

Si deve, dunque, esaminare se il citato art. 3 primo comma della legge sulle farmacie sia compatibile con la Costituzione. In caso negativo, i provvedimenti amministrativi ledono senza dubbio l'art. 12 primo comma Cost. e deve essere dichiarato nullo (§ 95 terzo comma B Verf.G.G.). In caso positivo, invece, deve essere verificato se detta norma fu costituzionalmente interpretata o se l'applicazione della stessa contrasti con diritti fondamentali.

2 - Il ricorso dovrebbe essere accolto senza bisogno di esaminare la sostanziale conformità costituzionale dell'art. 3 primo comma della Legge sulle farmacie nella formulazione della Legge 10 dicembre 1955, se il legislatore bavarese non fosse stato competente ad emanare quest'ultima, attraverso la quale l'art. citato ha ricevuto la forma posta a fondamento dei provvedimenti impugnati.

La disciplina sull'istituzione delle farmacie appartiene, ex art. 74 nr. 11 GG ( B Verf.GE 5, 25), alla concorrente competenza legislativa della Federazione. Quando fu emanata la Novella del 10 dicembre 1955, era ancora formalmente in vigore la legge federale 13 gennaio 1953 modificata con le Novelle 4 luglio 1953 e 10 agosto 1954, che escludeva la competenza dei Länder in materia di farmacie. Detta legge, peraltro, fu

dichiarata nulla con sentenza d.d. 30 maggio 1956 di questa Corte ( BVerfGE 5, 25). L'accertamento della nullità agisce ex tunc. Per la ripartizione della competenza a legiferare tra la Federazione ed i Länder ciò comporta che una legge federale dichiarata nulla non può provocare lo sbarramento di cui all'art.72 primo comma Cost. La legge federale sulle farmacie, dunque, non aveva escluso la competenza dei Länder, sicchè il legislatore bavarese era legittimato ad emanare la Novella del 10 dicembre 1955.

III- L'art. 3 della legge sulle farmacie va esaminato nel quadro della concessione generale della legge stessa. Questa, a sua volta, è comprensibile solo alla luce dello sviluppo della disciplina giuridica delle farmacie.

1 - Il farmacista quale titolare di una "officina", nella quale prepara personalmente - o con la collaborazione di garzoni di cui egli è responsabile - e vende medicinali compare già nel tardo Medioevo come professionista autonomo ben distinto dal medico. L'imperatore Federico II stabilì nel terzo volume del Liber Augustalis, della metà del 13 secolo, che i medicinali dovessero essere preparati non dai medici, ma dai farmacisti. Questi dovevano "preparare le medicine a proprie spese, sotto il controllo dei medici secondo le prescrizioni della Costituzione e non potevano essere ammessi a dirigere una farmacia se prima non avevano prestato giuramento di seguire, nella produzione dei farmaci, dette prescrizioni, senza inganno" ( v.Wolfgang-Hagen Hein" Die Medizinergesetze Friedrichs II.in einer illuminierten Handschrift der Vatikanischen Bibliothek" in PharmZtg 1957, 1016 segg.).

La vendita dei medicinali fu fin dall'inizio più che altro un'ovvia attività conseguenziale e secondaria del farmacista, il quale in realtà non prelevava i farmaci, come un negoziante, da scorte già disponibili, ma li preparava artigianalmente su specifica richiesta e, quindi, li vendeva. E poichè i farmacisti, per i privilegi loro accordati dallo Stato o dai Comuni, godevano di una specie di posizione monopolistica ( cfr. Urdang - Dieckmann "Introduzione alla storia della Farmacia tedesca", 1954, pag. 59 segg.), ben presto i prezzi dei medicinali furono stabiliti autoritativamente; già la menzionata legislazione di Federico II conteneva disposizioni sui prezzi. D'altro canto, ai farmacisti che con la sola produzione di medicinali non riuscivano a mantenersi fu consentito in larga misura di vendere altri prodotti, come zucchero, spezie, bevande alcoliche, vino, tabacco, caffè e cioccolata, puntualizzato che tale riserva a favore dei farmacisti trovava fondamento non nella circostanza che alcuni di detti articoli potevano trovare impiego nella medicina, ma perseguiva lo scopo primario "di garantire loro il sostentamento" ( Urdang-Dieckmann, già cit., pag.64). Solo sul finire

del 17° secolo: "diritti di monopolio" dei farmacisti vennero ristretti sempre di più alle sole medicine ( v. per il periodo posteriore: §§ 456, 458 II 8 PrALR: § 13 della preuss.Revid.Apoth.O dell'11 ottobre 1801 - Koch, ALR, 6° Ediz., vol. 3, pag.889).

La base giuridica per l'esercizio della professione di farmacista era il privilegio concesso dall'Autorità, privilegio che, tuttavia, se proteggeva contro la concorrenza, comportava l'imposizione di maggiori doveri professionali ed in più intenso controllo da parte dell'Autorità medesima. Nella concessione dei privilegi, naturalmente, si teneva conto dei bisogni locali. Peraltro, l'idea che la farmacia sia una professione che si esercita sulla base della disponibilità di un mero diritto privato dell'azienda sembra essersi affermata fin dall'inizio; di farmacisti pubblici impiegati si trovano scarse tracce ( fu una temporanea stabilizzazione nel Brunswik v. Urdang-Dieckmann, cit., pag.63). Fino a tutto il 18° secolo la disciplina giuridica della professione non presenta vistose particolarità, potendo l'attività essere esercitata in genere soltanto in base a privilegi, speciali autorizzazioni o legami corporativi. Il farmacista, poi, non era obbligato ad iscriversi ad una corporazione.

- 2- Il principio del libero esercizio di arti o mestieri, che, a seguito delle trasformazioni socio-politiche, cominciò esattamente ad affermarsi all'inizio del 19° secolo in tutti gli stati tedeschi, non toccò la professione del farmacista. In considerazione della "pericolosità" di questa e della sua importanza per la pubblica salute, infatti, restò fermo l'obbligo della concessione per il farmacista e per la sua azienda. Il regolamento in materia di professioni e mestieri del Reich esclude dal suo ambito di validità "l'istituzione ed il trasferimento di farmacie", ma non perchè l'impresa farmaceutica non rientri in dette categorie, bensì per il motivo che la natura particolare della stessa rendeva opportuna una normativa speciale ( v. a tal propos. BVerfGE, 5, 25 (30)). Il Regolamento mantiene, quindi, ferma per intanto la disciplina vigente nei singoli Länder ed esige solamente la dimostrazione della qualificazione personale del farmacista mediante la "abilitazione". La quale presuppone un addestramento professionale, che - in corrispondenza con lo sviluppo dichiarato sub 1- è orientato prevalentemente verso il settore di specifica competenza, ossia verso la produzione di medicinali. Fino a tutto il 17° secolo mancava una preparazione scientifica ed in generale una regolare istruzione teorica: la professione aveva dunque carattere ar-

tigianale. In Baviera, peraltro, già un decreto ducale del 1595 aveva imposto una prova scritta, orale e pratica, con medici quali esaminatori (Urdang - Dieckmann, cit., pag. 69). In Prussia fu richiesta, ma solo per i "farmacisti di I classe", un'istruzione superiore, mentre i "farmacisti di II classe", che però potevano esercitare solo in piccoli centri, dovevano fare soltanto un apprendistato di 5 anni e un periodo di garzonato di 6 anni (Urdang - Dieckmann, cit., pag. 69). Solo relativamente tardi, ossia nel corso del 19° secolo, come conseguenza dello sviluppo della scienza farmaceutica, si riconobbe la necessità di uno studio a livello universitario; l'obbligo di un diploma di scuola superiore per l'ammissione all'università fu introdotto ancora più tardi, e precisamente dopo la prima guerra mondiale (cfr. Wankmüller "La formazione dei farmacisti bavaresi 150 anni orsono" in PharmZtg 1957, 1019 segg.).

L'attività dei farmacisti viene considerata nel 1° secolo dalla legislazione dei Länder come mestiere; il titolare deve essere munito di una licenza di esercizio. Come Base giuridica per la gestione continuavano per intanto a valere i vecchi privilegi e i diritti acquisiti; la farmacia, quale impresa, può essere liberamente ceduta a titolo particolare o trasmessa per successione, il diritto di esercizio dell'attività è frequentemente connesso con la proprietà dell'immobile ove essa viene esplicata. Contemporaneamente, nel corso di detto secolo nasce la forma della "Concessione personale", che viene data al farmacista ad personam e che, al suo ritiro, ritorna allo Stato e viene nuovamente assegnata. Il nuovo concessionario, destinato esclusivamente dall'Autorità, deve rilevare l'immobile e gli impianti. La nuova concessione segue regole determinate, particolarmente in relazione all'anzianità di servizio (in corrispondenza con l'anzianità minima richiesta per poter essere nominati Ufficiali Amministrativi); sono esclusi l'alienazione o la trascrizione per successione della farmacia, mentre sussiste il più delle volte un "diritto della vedova".

Il sistema della concessione personale costituiva, in un certo senso, nell'ambito della regolamentazione statale dell'abilitazione professionale, un passo in avanti verso la libertà di professione, poichè sottraendo le farmacie alla ristretta cerchia dei detentori di privilegi o di diritti acquisiti, dava in linea di principio ad ogni farmacista abilitato l'uguale possibilità di divenire titolare in proprio di una di esse. La realizzazione di detta possibilità dipende naturalmente dalla discrezione dell'Autorità, non avendo ancora il farmacista il diritto soggettivo alla concessione della licenza d'esercizio. Questo sistema si affermò completamente verso la fine del 19° secolo; nuove

- concessioni vengono daté esclusivamente come concessioni personali.
- 3 - In Baviera la situazione di diritto venuta a crearsi in seguito a detto sviluppo è riassunta da ultimo nel Regolamento sulle farmacie del 1913: in via di principio vige il sistema della concessione personale non trasmissibile; nuove farmacie vengono istituite in caso di "bisogno", che è accertato discrezionalmente dalla Pubblica Amministrazione senza controllo giurisdizionale; le farmacie di nuova istituzione e quelle già esistenti liberatesi vengono assegnate, in linea di massima, in base all'anzianità di servizio dei candidati . Stabilire se e dove debba essere istituita una nuova farmacia è compito esclusivo dell'Autorità; il farmacista può svolgere soltanto una funzione di stimolo. L'acquirente di una farmacia già esistente deve assumere anche l'immobile e le scorte di magazzino - se del caso al prezzo fissato dall'Autorità - mentre un particolare valore di avviamento non viene calcolato. Ancorato a questo sistema, sopravvive quello dei vecchi diritti acquisiti; le farmacie di questo tipo possono essere vendute al prezzo risultante dalla libera contrattazione e quindi anche con riferimento al valore di avviamento.
- 4 - Questa la situazione giuridica, quando in Baviera - come negli altri Länder sotto occupazione americana - a cavallo tra il 1948 ed il 1949 sopraggiunsero le c.d. direttive in materia di libertà di esercizio delle arti e mestieri del Governo militare americano, che portarono alla completa liberalizzazione. Nella specie valeva quanto segue ( cfr. Risoluzione del Ministero Bavarese dell'Interno del 20 maggio 1949 - Gazzetta Ufficiale n.21 - ): ogni farmacista abilitato poteva istituire una nuova farmacia: era bensì ancora necessaria la licenza dell'Autorità, ma il richiedente aveva il diritto di ottenerla se era in possesso della qualificazione e se i locali e gli impianti erano conformi alle norme del Regolamento per l'esercizio della farmacia. All'Autorità amministrativa restava solo la verifica di detti presupposti, mentre ogni influenza sul numero o sulla distribuzione territoriale delle farmacie le venne sottratta. Un'ulteriore conseguenza fu la trasmissibilità delle farmacie a titolo particolare ed a titolo universale.
- 5- Contro la illimitata libertà di stabilimento il Governo Bavarese sollevò dei dubbi; anche il ceto dei titolari di farmacie già esistenti fece sentire le sue proteste. Il Governo tentò, attraverso trattative con l'Autorità Occupante, di far escludere le farmacie dalla liberalizzazione e, non essendovi riuscito, iniziò già dal 1949 a predisporre progetti per una legge bavarese sulle farmacie medesime. Peraltro questi progetti così come il "Progetto

di Francoforte" redatto dall'Associazione dei Farmacisti Tedeschi nel 1950, non proponeva un ritorno al sistema della concessione personale, ma partiva dal principio di una "libertà di stabilimento guidata" - una tendenza regressiva rispetto alla liberalizzazione assoluta, che accentuava di nuovo l'influenza statale e che voleva mantenere la "commercializzazione" solo per gli esercizi già esistenti: l'iniziativa per l'istituzione di una nuova farmacia partirà non dall'Autorità, la quale ne deve accertare il "bisogno", ma dai singoli farmacisti; La nuova istituzione è soggetta ad autorizzazione, che deve tuttavia essere data se è dimostrata la necessità ( in base al numero ed alla densità della popolazione) e se vi è la garanzia, che la farmacia può effettuare a lungo termine una fornitura di medicinali ineccepibile e in osservanza con le prescrizioni di legge. La licenza d'esercizio verrà concessa al farmacista personalmente, ma seguirà alla disponibilità dei locali e degli impianti: la farmacia sarà alienabile, trasmissibile per eredità e potrà essere data in affitto.

- 6 - La legge bavarese sulle farmacie del 16 giugno 1952 corrisponde nei suoi tratti fondamentali al " Progetto di Francoforte" e si propone, come ha specificato il rappresentante della Baviera nella discussione orale, di seguire "la linea mediana tra la liberalizzazione e il dirigismo statale". Si parte dal principio che la farmacia, come "impresa" ( art.1) economica, è trasmissibile per successione, alienabile e affittabile. Ciò, a dire il vero, non è espressamente previsto, come nel "Progetto di Francoforte", ma il libero sfruttamento del valore economico incorporato nell'impresa "farmacia" - inteso soprattutto come possibilità di trasmetterla per successione, acquistarla o venderla - viene visto dagli stessi farmacisti come un importante progresso della legge bavarese.

Per la disciplina bavarese è caratteristico:

a - per la gestione in proprio di una farmacia è sempre necessaria l'autorizzazione; si tratta di un'autorizzazione personale, ossia che si estingue con la morte del titolare, alla concessione della quale si ha in linea di principio diritto; essa viene, tuttavia, data soltanto per una determinata farmacia;

b - se il richiedente vuole assumere una farmacia già esistente, della quale egli si è già procurata la disponibilità, l'autorizzazione gli viene senz'altro data: non si controlla nè se continua a sussistere il "bisogno", nè se ne è garantita la base economica, nè se l'assuntore stesso sia finanziariamente solvente.

c - se il richiedente intende istituire una nuova farmacia, invece, devono sussistere ulteriori, obiettivi presupposti,

da accertarsi a cura dell'Autorità prima della concessione della autorizzazione; l'istituzione deve coincidere con il pubblico interesse e la gestione economica della nuova come delle vecchie farmacie viciniori deve essere prevedibilmente garantita; la realizzazione del diritto dipende, quindi, da una decisione dell'Autorità amministrativa, la quale può spingersi, in determinati casi, fino ad indagare se alcuno di più candidati dia maggior affidamento di una gestione ineccepibile della farmacia;

d - nel caso di farmacie di nuova istituzione l'Autorità può, attraverso decisioni negative ( di rifiuto dell'autorizzazione) indirettamente regolare la distribuzione territoriale delle stesse; ciò non può fare, peraltro, con provvedimenti positivi, e soprattutto non le è consentita - come nel sistema dei concorsi - l'iniziativa formale di istituire farmacie in determinate località; la legge consente soltanto di imporre, nell'autorizzazione l'istituzione di una nuova farmacia, una determinata posizione ( nell'ambito del territorio comunale); ma, per dubbi di natura giuridica, neppure questa norma viene utilizzata nella prassi.

Tale la situazione di diritto chiarita nella discussione orale; in particolare è risultato che l'ultima parte ( dopo la lettera g) del primo comma dell'art.2, con il richiamo all'art.3 primo comma, rende necessari i presupposti indicati in quest'ultima norma soltanto per le farmacie di nuova istituzione.

- 7 - Cardine della legge è l'art.3, che regola appunto i presupposti per l'istituzione di nuove farmacie. Secondo la formulazione originale della norma l'Autorità amministrativa poteva negare l'autorizzazione quando mancavano le condizioni locali per una gestione ineccepibile ed efficiente, sicchè appariva compromesso un ordinato approvvigionamento di medicinali e con esso la salute pubblica. Questa formulazione "morbida" (scelta evidentemente con riguardo all'allora ancora esistente diritto di veto del Governo di occupazione) è stata sostituita nel dicembre 1955 dalla formulazione ora all'esame di questa Corte, che limita la discrezionalità dell'Amministrazione con la tendenza ad una restrizione della libertà di stabilimento.

Formalmente, in base a detta modifica, esiste il divieto di istituire nuove farmacie, salvo autorizzazione. I presupposti per l'eccezionale concessione dell'autorizzazione sono indicati in modo tale che risulta necessario adempiere congiuntamente a due autonome condizioni: per la prima delle quali ( lett.a) una nuova farmacia può essere istituita soltanto quando l'istituzione coincida con il pubblico interesse all'assicurazione dell'approvvigionamento di medicinali della popolazione. Ciò potrebbe significare che l'istituzione è ammessa soltanto quando sia

indispensabile a garantire detto approvvigionamento, ed in altri termini, quando le già esistenti farmacie non siano in grado di rifornire adeguatamente la popolazione. Questa interpretazione è particolarmente evidente, se si tien conto della genesi della norma de qua. Già la dizione originale dell'art.3 era stata così motivata che un sano approvvigionamento di farmaci alla popolazione non consente un numero eccessivo di farmacie<sup>h</sup>. "L'istituzione di farmacie che siano superflue per l'approvvigionamento di medicine deve essere pertanto proibita" ( Relazione al progetto governativo della legge sulle farmacie, discussione della Dieta Bavarese, 2° legislatura, alleg.1837). La modifica dell'art.3 del 1955 si basava sulla constatazione che la vecchia formulazione non era bastata ad impedire che sorgessero farmacie "superflue". Nella proposta presentata dalla Dieta il 12 ottobre 1955, era detto: " Questa c.d. verifica del "bisogno" negativa..... non corrisponde alla reale situazione, poichè attraverso la regolamentazione negativa solo in relativamente pochi casi si può evitare l'istituzione di farmacie completamente superflue..... La speciale posizione delle farmacie nell'ambito della sanità pubblica vieta un numero eccessivo di esse. Questa meta può essere raggiunta soltanto con una verifica positiva della necessità dell'istituzione di nuove farmacie". Gli stessi punti di vista dominarono i dibattiti nella Dieta e nel Senato ( v. Discussione della Dieta Bavarese, 3° Legislatura, Alleg.883, Rapp.sten. pag. 1273; Discussione del Senato Bavarese, Vol.8, pag.722). Nella comparsa del Presidente dei Ministri Bavarese d.d. 10 agosto 1957 e nella discussione orale i rappresentanti Bavaresi hanno sostenuto, peraltro, un'altra interpretazione dell'art.3, alla quale si sarebbe anche costantemente uniformata la prassi amministrativa in Baviera. Secondo questa interpretazione la verifica verterebbe principalmente sui presupposti di cui alla lettera b: se la gestione economica della nuova e delle vecchie farmacie viciniori non appare compromessa deve ritenersi in linea di massima sussistente l'interesse pubblico alla nuova istituzione: Non vi sarebbe quindi bisogno di dimostrare un particolare, positivo, interesse della Pubblica Amministrazione per un'ulteriore farmacia; il pubblico interesse, in sostanza, verrebbe normalmente riconosciuto, tranne che nel caso di cui alla lett.b.

Il principio del divieto generale ex art.3 verrebbe attenuato, in base a detta interpretazione, attraverso la presunzione della sussistenza ( parziale) dei presupposti per un'eccezione al divieto stesso. I presupposti richiesti sub a e b in modo apparentemente separato e cumulativo verrebbero a riunirsi in una disciplina interdipenden-

te ed unitaria. In tal modo l'intento finalistico espresso soltanto sub a (" per assicurare alla popolazione l'approvvigionamento di medicinali") acquisterebbe importanza esclusivamente per quanto detto sub b. Pertanto, dovrebbe verificarsi se la base economica della nuova e delle vecchie farmacie viciniori sia assicurata al punto da garantire per tutta quell'ordinata gestione che è indispensabile per un adeguato approvvigionamento di farmaci. Solo quando ciò non risultasse, l'autorizzazione potrebbe ( e dovrebbe) essere negata.

Alcune espressioni nella motivazione dei provvedimenti della Prefettura della Bavaria Superiore impugnati fanno, peraltro, sorgere il dubbio che questa interpretazione dello art.3 venga effettivamente ed unanimamente posta a fondamento delle sue decisioni dalle Autorità amministrative bavaresi. Ma ciò resta da vedere.

#### IV

La questione se l'art.3 primo comma della Legge sulle farmacie sia compatibile con il primo comma dell'art.12 Cost. presuppone alcune approfondite riflessioni sul significato di questa norma costituzionale.

1 - Il primo comma dell'art.12 garantisce la libertà del cittadino in un settore particolarmente importante per la società moderna, caratterizzata dalla divisione dei compiti; esso assicura più specificamente al cittadino il diritto di intraprendere, come professione, ossia come base della propria esistenza, qualsiasi attività per la quale egli si senta adatto. Si tratta di un diritto fondamentale e non - come per es. nell'art.151 comma terzo della Costituzione di Weimar ( WV) - detta proclamazione della libertà di professione come di un principio obiettivo del sistema sociale ed economico. Ciò che viene garantito al singolo è più che la libertà di esercitare in modo autonomo una professione. Certamente detto diritto fondamentale mira alla tutela di ogni attività lavorativa economicamente sensata, ma questa vi è contemplata come "professione", ossia nella sua relazione con la personalità dell'uomo nella sua interezza, la quale solo in ciò si forma e si completa, che il singolo possa dedicarsi ad una attività che per lui è impegno e fondamento di vita ed attraverso la quale egli possa contestualmente portare il suo contributo alle prestazioni di tutta la società. Detto diritto acquista così significato per tutti i ceti sociali; il lavoro come "professione" ha per tutti pari valore e pari dignità.

2 - In base a questa visione del diritto stesso, il concetto di "professione" deve essere ampliato. Esso comprende non solo quelle attività che si raffigurano in determinate, tradizionali o addirittura giuridicamente fissate

"immagini professionali", ma anche tutte le attività atipiche (ed ovviamente permesse) che il singolo sceglie liberamente e delle quali sorgeranno forse "immagini professionali" nuove e fisse (in linea di massima così anche in BVerfGE 2, 89 (92); 4, 250 (254 segg)).

L'art.12 primo comma si riferisce anche ad occupazioni che hanno come contenuto attività, le quali, secondo la concezione attuale di una collettività organizzata, sono riservate principalmente allo Stato, quanto meno nel senso che esse possono essere scelte dal singolo liberamente come professione e che a nessuno detta scelta può essere imposta o proibita. Non vi è motivo di ritenere che il diritto costituzionale de quo, "secondo la sua essenza", non valga per occupazioni di tal genere, come sostiene il Tribunale Amministrativo Federale (BVerfGE 2, 85 (86); 4, 250 (254)). Certo, l'art.33 Cost. prevede e rende possibile tuttora, per tutte le professioni che rientrano nel concetto di "pubblici servizi", regole particolari. Esse derivano dalla natura stessa della materia: il numero dei posti disponibili viene stabilito esclusivamente dal potere organizzativo (nel più ampio significato) dell'Ente di diritto pubblico di volta in volta competente (dal che in qualche caso limite può derivare per il singolo la pratica impossibilità di scelta di quella determinata professione). Il massimo possibile di libertà di scelta in tale ambito è garantito dalla possibilità per tutti di accedere a tutti i pubblici uffici qualora ne abbiano l'attitudine (art. 33 secondo comma Cost.).

Professione "a carattere pubblico" sono realmente possibili in molteplici forme e ricadono anch'esse nella previsione dell'art.12 primo comma. La questione su quale sia la posizione da assegnare a tali professioni, tra quelle "libere" con determinati vincoli di diritto pubblico e quelle incluse completamente e direttamente nell'organizzazione statale, dipende dalla particolarità e dall'importanza dei compiti di natura pubblica da assolvere. Più la professione si avvicina, a causa dei vincoli di diritto pubblico, ad un "pubblico servizio", più possono normative speciali ex art.33 cit. restringere l'efficacia del diritto fondamentale di cui all'art.12. Le possibilità di intervento del Legislatore non hanno bisogno di essere qui esaminate in profondità, dato che la Regolamentazione bavarese - nonostante certi vincoli di diritto pubblico - ha attualmente natura di legge professionale, in armonia con la situazione generale in materia di farmacie esistenti in Germania (cfr. BVerfGE 5, 25).

Nell'art.12 primo comma non vi è distinzione tra professioni esercitate autonomamente e non; anche un lavoro dipendente può essere scelto come professione ed anzi, nella

società moderna, ciò avviene sempre più spesso. Quando un'attività può essere esercitata in proprio o alle dipendenze di altri ed entrambe queste forme d'esercizio hanno uguale peso sociale, pure la scelta dell'una o dell'altra forma ed il passaggio dall'una all'altra costituisce una scelta professionale ai sensi di detto articolo. Quanto testè affermato è vero anche per la professione di farmacista: il farmacista indipendente esercita un'impresa che è la base della sua vita economica, il farmacista dipendente è al servizio di una siffatta impresa; nell'ambito del ceto dei "farmacisti", per generale convinzione e secondo il giudizio degli stessi interessati, coesistono diverse "professioni"; l'appartenenza all'una non è soltanto una fase di preparazione e di passaggio per l'ingresso nell'altra. Deve, pertanto, convenirsi, almeno nelle conclusioni, con il Tribunale Amministrativo Federale ( BVerWGE 4,167 (170) ) che il passaggio dall'attività di impiegato a quella di farmacista in proprio è una vera e propria scelta professionale, che gode dell'usbergo "del più volte menzionato art.12.

3 - Dal sopra esposto generale significato di questa norma si ricavano le decisive conclusioni su contenuto e ampiezza della competenza regolamentare del legislatore secondario in ordine alla norma stessa.

a - Se nel primo comma dell'art.12 fosse costituzionalmente fissato solo il principio della libertà di professione, sarebbe stato ovvio realizzare il principio stesso nel mero ambito della generale riserva di legge e garantire detta libertà come nella Costituzione di Weimar - " a norma di legge". Il legislatore sarebbe anche così legato al principio, ma, nel quadro della sua politica economica generale, potrebbe prevedere le eccezioni che gli apparissero più idonee e desiderabili. In considerazione dei complicati rapporti economici moderni, poi, è probabile che si sarebbe, più decisamente imposta la tendenza, già da lungo tempo presente, a restringere il principio, affermatosi nell'epoca del primo liberalismo, della totale libertà di professione. E ciò non sarebbe censurabile sotto il profilo costituzionale.

Molto più limitato è, invece, il campo di discrezionalità del Legislatore se si muove dalla constatazione che ci si trova di fronte ad un autentico diritto fondamentale del cittadino, e ad un diritto fondamentale, per di più, che, secondo il suo ideale, è strettamente connesso con lo sviluppo della personalità dell'uomo e che appunto perciò è anche praticamente di enorme importanza per l'impostazione generale del modo di essere del singolo - a differenza di altri diritti fonda-

mentali, che costituiscono soltanto una difesa da occasionali ed isolate intromissioni del Potere pubblico. L'efficace difesa di questo diritto comporta necessariamente che vengano, in via di principio, posti limiti ristretti ad interventi legislativi.

Deve naturalmente ribadirsi che la discrezionalità legislativa può essere limitata soltanto per tutelare i diritti costituzionali. La Costituzione è, sotto l'aspetto politico-economico, neutrale in questo senso, che il legislatore può perseguire qualsiasi politica economica che gli appaia idonea, purchè ~~non~~ rispetti la Legge fondamentale ed, in particolare, i diritti costituzionali ( BVerfGE 4, 7 ( 17 segg.)). Una legge emanata sulla base dell'art.12 primo comma seconda parte, quindi, non può essere criticata sotto un profilo costituzionale per es. perchè si pone in contrasto con la restante politica economica, o perchè essa non si concilia con una determinata dottrina politico-economico posta a fondamento di detta politica generale; ed ancor meno, ovviamente, perchè la concezione politico-economico che da essa traspare non trova l'approvazione del Giudice.

Al Legislatore possono essere posti limiti soltanto là ove appaiano necessari in base al - retamente interpretato - diritto costituzionale. Le difficoltà pratiche consistono nell'armonizzare la discrezionalità politico-economico, politico-sociale e politico-professionale, che deve continuare ad essere assicurata al Legislatore, con la tutela della libertà, alla quale il singolo cittadino ha un diritto costituzionalmente garantito proprio nei confronti del Legislatore stesso.

- b - Giudicando la possibilità di intervento del Legislatore nel settore costituzionalmente garantito alla luce della norma costituzionale stessa, si potrebbe dire, secondo la lettera dell'art.12 primo comma, che interventi sarebbero ammissibili soltanto in relazione all'esercizio di una professione, mentre la scelta di questa sarebbe assolutamente sottratta ad ogni regolamentazione legislativa. Questo, peraltro, non può essere il senso della norma, dato che i concetti "scelta" ed "esercizio" di una professione non sono separabili nel senso che ciascuno di essi indichi esclusivamente una determinata fase temporale della vita professionale non coincidente con l'altra; in realtà, l'inizio di un'attività

professionale rappresenta e l'avvio dell'esercizio della professione e la scelta della stessa, che proprio e frequentemente mediante quello si esteriorizza; così, la volontà di proseguire la professione, che si estrinseca nella continuazione dell'esercizio della stessa, e poi il volontario abbandono dell'esercizio medesimo sono in sostanza anch'essi scelte professionali. I due concetti abbracciano da diversi punti di vista il complesso unitario "attività professionale" ( similmente Klein - v. Mangol , Nota IV 2 [ pag. 370 segg) all'art.12, nell'epilogo ad Uber, La libertà di professione, Amburgo 1952).

Una tale interpretazione, tendente a proibire in via assoluta al Legislatore ogni intervento nella libertà di scelta professionale, non può essere giusta; essa non corrisponderebbe alla realtà della vita e porterebbe, quindi, anche a soluzioni giuridiche non convincenti. Una normativa che si presenti principalmente come regolamento dello esercizio di una professione è, al contrario, in linea di massima ammissibile anche quando, mediamente, si ripercuote sulla libertà di scelta della professione stessa. Ciò avviene soprattutto quando vengono stabiliti dei presupposti per l'ammissione ad una professione, ossia per l'inizio dell'esercizio della medesima, o, in altri termini, quando per detto inizio venga richiesta un'abilitazione. E che la Costituzione non abbia voluto escludere in modo assoluto previsioni normative in materia di assunzione lo dimostra l'art.74 n.19, nel quale è prevista la competenza del Legislatore a regolamentare l'abilitazione a determinate professioni. Anche la genesi della Carta Costituzionale indica che, se da un canto si intendeva in via di principio evitare di autorizzare limitazioni all'ammissione ad una professione, dall'altro non si intendeva in generale dichiarare inammissibili le numerose limitazioni già esistenti ( dep. v. Mangoldt nella 5° e 23° seduta della Commissione per le questioni di principio il 29 settembre ed il 19 novembre 1948). Il Costituente, peraltro, non è giunto in questo caso ad un obiettivo e comprensibile chiarimento dei problemi; egli ha alla fin fine scelto una formulazione che si collega alla distinzione, corrente nella normativa sulle arti e mestieri, tra "scelta" ed "esercizio", e per il resto ha lasciato, in modo scientemente " ampio", ogni ulteriore regolamentazione alla Legge ordinaria ( cfr. Annuario di diritto pubblico n.F. Vol.1, pag.134, 136).

Che la competenza regolamentare ex art.12 citato si riferisca, nel senso sopra esposto, all'esercizio della professione ed alla scelta della stessa è ritenuto dalla prevalente Giurisprudenza e dalla communis opinio doctorum ( cfr. per es. Hamel DVBl 1958 pag.37 e i riferimenti ivi indicati; in particolare la Corte Suprema ed il Tribunale Amministrativo Federali sono del parere che il Legislatore possa far dipendere l'assunzione a determinate professioni da un'abilitazione e per questa a sua volta richiedere l'adempimento di determinate condizioni( v.per.es. BVerwGE 4, 167 (169); 4, 250 (255); BGHSt 4, 385 (391); 7,394 (397)).

L'art.12 primo comma prevede, pertanto, un diritto costituzionale unitario ( quello alla libertà di professione), quanto meno nel senso che la riserva di regolamentazione della seconda parte comprende, sostanzialmente, e la scelta e l'esercizio della professione. Il che non vuol dire, peraltro, che i poteri del Legislatore si estendano, relativamente a queste due "fasi" dell'attività professionale, in pari misura. Resta, infatti, la volontà del Costituente, chiaramente espressa nella lettera della norma citata, che la scelta della professione deve essere libera, mentre può essere regolato l'esercizio. A tale volontà rende giustizia solo quell'interpretazione la quale comporti che il potere di regolamentazione non investa le due "fasi" con pari obiettiva intensità, ed anzi che al Legislatore sono imposti tanto maggiori limiti quanto più egli si intrometta nella libertà di scelta della professione. Questa interpretazione è in armonia anche con le concezioni di fondo della Costituzione e con l'immagine dell'Uomo che essa presuppone ( BVerf.GE 2, 1 (12); 4,7 (15 segg); 6, 32 ( 40)). Detta scelta deve essere un atto di autodeterminazione, della libera decisione del singolo e deve restare nei limiti del possibile inviolata da intromissioni dei Pubblici Poteri. Attraverso l'esercizio della professione, invece, il singolo interviene direttamente nel contesto sociale e, quindi, nell'interesse degli altri e della collettività, gli possono essere imposte delle limitazioni.

Riassumendo, può dirsi: il potere regolamentare riguarda e la scelta e l'esercizio di una professione, ma venne attribuito solo in relazione al secondo, sicchè soltanto in questa visuale possono casomai ammettersi interventi anche relativamente alla prima. Quanto al contenuto, la regolamentazione è tanto più ampia quanto più si occupa del mero esercizio,

tanto più limitata quanto più tocchi anche la scelta.

c - Per ciò che riguarda il contenuto in particolare del potere di regolamentazione così determinato nella sua portata generale, va anzitutto specificato il carattere del verbo "regolamentare", con speciale riguardo alla libertà di scelta. Esso non può certo significare che il Legislatore abbia un ambito di discrezionalità più vasto che negli altri casi di riserva di legge, che egli cioè abbia facoltà di ordinare tutto il settore del diritto professionale in modo più completo e determinare costitutivamente il contenuto del diritto costituzionale de quo (così Schermer, Regolamento dell'artigianato e libertà di professione (Estratto dal "Giornale dell'artigianato tedesco") 1956, pag Ipsen, Istituzione di farmacie e art.12 Cost., 1957, pag.41 seg.). Un'interpretazione di tal fatta svaluterebbe il diritto stesso, rimettendone la determinazione del contenuto alla mera discrezionalità del Legislatore, il quale a sua volta è pur vincolato al rispetto della Costituzione (art.1 primo comma Cost.). Ciò non corrisponderebbe proprio al significato di questo diritto primario, non si intonerebbe con la particolare (pleonastica) accentuazione della "libera" scelta di cui all'art. 12 primo comma ed inoltre sarebbe in contrasto con la tendenza generale della Carta fondamentale, che, come questa Corte ha precisato nella decisione d.d. 16 gennaio 1957 (BVerfGE 6, 32 (40 seg.)), non conosce più diritti "a vuoto". Vale piuttosto anche qui il principio svolto nella decisione del 15 gennaio 1958 (BVerfGE 7, 198 (208 seg.)), secondo il quale Legislatore, quando si muove nell'ambito costituzionalmente protetto, deve prendere come punto di partenza il significato della Costituzione sull'Ordinamento sociale. Non egli determina liberamente il contenuto di un diritto costituzionale, ma, al contrario, dal valore intrinseco di quello può derivare un limite alla sua discrezionalità. Anche nel primo comma dell'art.12 vi è una tangibile scelta di valore della Costituz. in un concreto, importante e vitale settore; e perciò il Legislatore non è più così libero, come per es. nell'applicazione del generale principio di uguaglianza, che rappresenta un principio giuridico genericamente valido per i Pubblici Poteri, ma il cui contenuto concreto deve essere stabilito dal Legislatore in relazione a determinate condizioni di vita e con riguardo agli aspetti equitativi di volta in volta importanti.

D'altro canto "regolamentare" non significa neppure che il Legislatore non possa in alcun aspetto limitare il diritto costituzionale. Ogni regolamentazione comporta di per sé delle limitazioni. Ma il termine "regolamentare",

qui usato evidentemente a ragion veduta dal Costituente al posto di quelli "porre limiti" o "limitare" utilizzati per solito nelle altre norme costituzionali, indica che si pensava piuttosto ad una determinazione dei limiti dall'interno, derivanti cioè dalla natura stessa del diritto in questione, e non a limitazioni, attraverso le quali il Legislatore deciderebbe sul contenuto materiale di esso, restringendone così, i naturali limiti di validità derivanti da una razionale indagine sul suo significato.

- d - Il diritto costituzionale deve proteggere la libertà dell'Individuo, la riserva di regolamentazione deve assicurare sufficiente protezione agli interessi della comunità. L'esigenza di libertà del singolo è tanto più forte, come si è dimostrato, quanto più viene posto in forse il suo diritto alla libera scelta professionale; la difesa della collettività tanto più si fa urgente quanto maggiori diventano gli inconvenienti ed i pericoli che possono derivare alla collettività medesima dall'esercizio assolutamente libero della professione stessa. Se si vuol soddisfare nel modo più efficace possibile entrambe queste esigenze - in uno Stato di diritto ugualmente legittime - la soluzione può essere di volta in volta trovata soltanto nella semplice comparazione dell'importanza dei contrapposti e in qualche caso addirittura contrastanti interessi. Pertanto, dunque, dal principio che, secondo la concezione generale della Carta Costituzionale, la libera personalità dell'Uomo è il più alto valore e che, pertanto, le deve essere garantita, anche nella scelta della professione, la massima libertà, ~~una~~ deriva che questa può essere compressa solo di quel tanto che sia assolutamente necessario al bene comune.

Affinchè possa intervenire, quindi, il Legislatore deve rispettare un obbligo di differenziazione impostogli dalla ~~det-~~ta Costituzione ed i cui principi vengono, riassumendo, così esposti:

la libertà di esercizio di una professione può, mediante regolamentazione, essere limitata, quando ragionevoli considerazioni di pubblica utilità lo faccia apparire opportuno; alla libera scelta di una professione, invece, possono essere posti limiti soltanto quando sia assolutamente necessario per la difesa di beni comuni particolarmente importanti ("eminenti"), ossia quando sia posta in forse la difesa di beni ai quali, dopo scrupolosa ponderazione, <sup>si</sup> debba dare la precedenza rispetto al diritto di libertà del singolo e sempre che la difesa stessa non possa essere assicurata in altro modo, ossia con mezzi che <sup>non</sup> intacchino detta libertà o la intacchino in misura minore. Quando risulti inevitabile un'ingerenza sulla libertà di scelta della professione, Il Legislatore deve scegliere sempre quella forma che limiti il meno possibile quel diritto fondamentale.

Per l'estensione del potere regolamentare si delineano, per così dire, più "gradini".

La maggiore discrezionalità è attribuita al Legislatore quando egli regola il <sup>sulla scelta</sup>mero esercizio di una professione senza la minima ripercussione dello stesso, ossia quando stabilisce in qual modo i singoli professionisti debbano organizzare la propria attività; qui possono trovar posto in ampia misura considerazioni di opportunità, in base alle quali valutare quali obblighi devono essere imposti ai professionisti medesimi per evitare svantaggi e pericoli alla collettività. Anche lo scopo di promuovere una professione per ottenere dai suoi appartenenti un più alto contributo sociale può già giustificare norme che ne restringano la libertà di esercizio; la tutela costituzionale, a tal riguardo, è limitata ad evitare che vengano imposti obblighi anticostituzionali in quanto troppo gravosi e non ragionevoli; ma, tolte queste eccezioni, il pregiudizio della libertà professionale in questione colpisce il titolare del diritto fondamentale in maniera non troppo sensibile, dato che costui già esercita e la facoltà di esercizio non viene toccata.

Una normativa che, invece, faccia dipendere già l'ammissione ad un'attività professionale dall'adempimento di determinate condizioni toccando così la libertà di scelta della stessa, può giustificarsi soltanto quando si debba proteggere con essa un bene comune di eminente importanza, che prevale sulla libertà del singolo. Sussiste, inoltre, ed evidentemente, una notevole differenza - posta in risalto già da lungo tempo in dottrina e giurisprudenza ( cfr. Scheuner, cit. pag. 25 ed i richiami ivi) a seconda che si tratti di condizioni soggettive riguardanti sopra tutto l'istruzione e la preparazione, o di condizioni oggettive, che nulla hanno a che vedere con la personale qualificazione del candidato e sulle quali egli non può influire.

La regolamentazione dei requisiti soggettivi per l'ammissione è una parte della disciplina giuridica di una professione; essa rende possibile l'accesso alla professione solo ai candidati con una determinata - ed il più delle volte - formale qualificazione. Una tale limitazione è oggettivamente legittima: essa trova fondamento nel fatto che molte professioni richiedono determinate conoscenze e capacità ( lato sensu) tecniche che possono essere acquisite soltanto attraverso un'istruzione teorica e pratica, e che l'esercizio di queste professioni senza quelle conoscenze o non è possibile, o verrebbe svolto non adeguatamente, o addirittura comporterebbe pericoli o danni per la collettività. Il Legislatore non fa altro che concretizzare e "formalizzare" quest'esigenza, che risulta da esperienze ormai incontestabili; dal singolo si pretende soltanto, sotto forma di una prescritta formale preparazione, ciò che egli comunque ed in via di principio si dovrebbe accollare, se vuole esercitare in modo corretto la sua professione. Questa

limitazione della libertà si rivela così un mezzo adeguato per evitare possibili svantaggi e pericoli; essa non è ingiusta anche perchè è uguale per tutti i candidati ed è loro nota in anticipo, sicchè il singolo può, già prima di operare la scelta, valutare se gli sarà possibile soddisfare i prescritti requisiti. Vale qui il principio di proporzionalità, nel senso che i prescritti requisiti soggettivi non devono essere sproporzionati allo scopo perseguito di un ordinato assolvimento dell'attività professionale.

Diversamente stanno le cose nello stabilire per detta ammissione condizioni oggettive, e l'adempimento delle quali è completamente sottratto all'influenza del singolo. Esse contraddicono decisamente il senso del diritto fondamentale. Infatti, persino colui che adempiendo tutte le condizioni da lui pretese, abbia in pratica già compiuto, come aveva diritto di fare, una determinata scelta, può restare escluso dall'ammissione alla professione. Questa limitazione della libertà è tanto più grave, e viene perciò più duramente sentita, quanto più lunga e specializzata fu la preparazione, con la scelta della quale chiaramente fu scelta nello stesso tempo anche quella concreta professione. Se si considera, poi, che non appare subito comprensibile quali svantaggi per la collettività possa comportare l'esercizio di una professione da parte di un candidato tecnicamente e moralmente qualificato, spesso sarà difficile dimostrare in modo evidente il nesso causale tra detta limitazione e l'auspicato effetto. Il pericolo d'infiltrazione di motivazioni estranee alla materia è perciò particolarmente grande e sopra tutto sembra ovvio il sospetto che la limitazione debba servire a proteggere dalla concorrenza coloro che la professione già esercitano. - una motivazione che, secondo l'opinione generale, non potrebbe mai giustificare un'intromissione nel diritto della libera scelta professionale. Con l'adozione di questo rozzo e drastico mezzo di esclusione dalla professione di candidati ( che devono presumersi ) in modo completo idonei tecnicamente e moralmente, si può ledere in maniera particolarmente sensibile il diritto di libertà del singolo, a prescindere dal possibile conflitto con il principio di uguaglianza. Da ciò deriva che la prova della indispensabilità di detta limitazione deve essere eccezionalmente rigorosa; in generale potrà legittimare un simile intervento solo la necessità di impedire un grave, dimostrabile o molto probabile pericolo per un bene comune di eminente importanza; lo scopo di agevolare altri e diversi interessi collettivi, la preoccupazione di salvaguardare il prestigio sociale di una determinata professione ponendo limiti al numero degli appartenenti ad essa non bastano, anche se tali intenzioni potrebbero giustificare per il resto provvedimenti legislativi.

Il Legislatore deve, a norma dell'art.12 primo comma, di volta in volta adottare una regolamentazione a quel livello che comporti il minimo intervento nella libertà di scelta della professione e può salire al livello immediatamente superiore soltanto quando possa essere dimostrata la rilevante probabilità che i temuti pericoli non sono eliminabili con i mezzi (costituzionalmente legittimi) del livello precedente.

- 4 - Anche la Corte Suprema ed il Tribunale Amministrativo Federali intendono porre dei limiti al Legislatore in materia di statuizione di presupposti obiettivi per l'ammissione ad una professione, ricavandoli, peraltro, esclusivamente dall'art.19 secondo comma Cost., nella cui interpretazione, tuttavia, essi non concordano (cfr. Hamel DVBl 1958, pag.37 (38) e le decisioni ivi menzionate). Per quanto sopra detto, comunque, può lasciarsi impregiudicata la questione se a causa del divieto di violare il contenuto essenziale dei diritti fondamentali, possano configurarsi ulteriori limiti al potere regolamentare del Legislatore di cui all'art.12 primo comma parte seconda e come, in caso positivo, dovrebbero essere apposti. Ed invero, le pregresse argomentazioni hanno mostrato che già un'interpretazione che tenga conto del significato proprio del diritto costituzionale e della sua importanza nell'ambito della vita sociale porta ad un'adeguata limitazione di detto potere.
- 5 - Le limitazioni del potere di regolamentazione delineate in riguardo al diritto fondamentale sono precetti costituzionali, diretti in primo luogo al Legislatore e la loro osservanza deve essere controllata dal Giudice delle Leggi. Quando si controversi di una limitazione del diritto di libera scelta della professione all' "ultimo livello" (ossia dei presupposti oggettivi), la Corte Costituzionale deve perciò dapprima esaminare se sussiste un pericolo per un eminente bene comune e se la regolamentazione legislativa serve comunque ad evitare il pericolo stesso. Ma la Corte deve esaminare anche se proprio quell'intervento sia assolutamente necessario per la difesa di quel Bene; in altri termini, se il Legislatore non avrebbe potuto attuare detta difesa con una regolamentazione a livello inferiore.

Contro l'esame in quest'ultima direzione è stato eccepito che esso supera la competenza del Giudice, il quale non può valutare se sia necessario un determinato provvedimento legislativo, non potendo egli sapere se vi siano altri sistemi parimenti efficaci e se essi possano essere dal Legislatore realizzati: ciò può essere valutato soltanto se si conoscono tutta la materia da regolamentare e le possibilità politiche della legislazione. Questa opinione, che verrebbe, sopra tutto per considerazioni di natura pratica, porre dei limiti al potere di verifica della Corte Costituz., viene occasionalmente consolidata in via teorica, facendo notare che tale Giudice

con il ricorso a detto ampio potere si intrametterebbe nella sfera del Legislatore, violando così il principio della separazione dei poteri.

La Corte non può condividere tale opinione. Ad essa è affidata la difesa dei diritti fondamentali nei confronti del Legislatore e se dall'interpretazione di uno di quei diritti derivano limiti all'intervento del Legislatore stesso, la Corte deve essere in grado di controllarne l'osservanza, senza potersi sottrarre a tale compito se non vuole che i diritti medesimi vengano praticamente ed in buona parte svalutati e che venga vanificato il senso proprio della funzione affidatale dalla Costituzione.

L'esigenza, fatta spesso valere in questo contesto, che il Legislatore debba poter liberamente scegliere tra più sistemi ugualmente adeguati, non toccherebbe il particolare problema qui in discussione. Essa si riferisce al (normale) caso di diritto fondamentale, che non contiene in sé ambiti di protezione graduati (come per Es. BVerfGE 2, 226). Qui il Legislatore è effettivamente libero - in determinati limiti - di scegliere tra più provvedimenti legislativi ugualmente adeguati, poiché questi colpiscono il diritto stesso nel suo unitario, e non graduato, contenuto. Quando si tratta, invece, di un diritto fondamentale che contiene ambiti di minore o maggiore tutela, deve in ogni caso essere verificabile, sotto il profilo costituzionale, se le condizioni per una regolamentazione interessino un livello in cui la libertà è protetta al massimo; in altri termini, si deve poter verificare se provvedimenti legislativi a livello inferiore non sarebbero stati sufficienti e perciò l'effettivo intervento fosse "assolutamente necessario". Lasciando al Legislatore anche la libera scelta tra "sistemi di pari adeguatezza" che appartengono a diversi livelli, si potrebbe in pratica arrivare a ciò, che verrebbero più di frequente adottati, e dovrebbero essere subiti senza verifica alcuna, proprio i più forti interventi limitativi, che per la loro drastica efficacia sono i più indicati al conseguimento dello scopo desiderato. Ma in tal modo non sarebbe più garantita una valida tutela di quell'ambito di libertà che l'art.12 primo comma Cost. intende proteggere il più efficacemente possibile.

La Corte Suprema ed il Tribunale Amministrativo Federali seguono in linea di principio la stessa interpretazione. Anch'essi ritengono loro dovere, quindi, verificare se il più incisivo intervento sul diritto di cui all'art.12 primo comma, ossia l'introduzione di requisiti oggettivi per l'ammissione ad una professione, sia "assolutamente necessario".

Essi fanno, peraltro detta verifica sulla base di altre costruzioni giuridiche, alle quali questa Corte non ritiene di poter aderire. In particolare non è accettabile l'opinio-

ne del Tribunale Amministrativo Federale, che l'assoluta necessità di un provvedimento legislativo debba essere verificata sul contenuto essenziale del diritto fondamentale ( BVerwGE 2, 85 (87); 4, 167 (171 seg.)). Il contenuto essenziale di un tale diritto, infatti, per la chiara lettera dell'art.19 secondo comma Cost., non può essere toccato "in alcun caso" e, quindi, il chiedersi sotto quali condizioni un simile intervento sia eccezionalmente consentito è del tutto fuori luogo. Ma anche l'opinione della Corte Suprema Federale ( cfr. per es. BGHSt 4, 375 (377); DOV 1955, pag.729 (730) non può essere condivisa, potendo essa portare ad una relativizzazione del contenuto essenziale dei diritti fondamentali ( cfr. l'esposizione in Klein - v. Mangoldt, Nota V 4 d all'att.19 Cost., pag. 557 segg).

Comunque, per la questione che ne occupa, queste diverse opinioni non hanno importanza. Decisivo è soltanto che entrambi detti Giudici Federali rivendicano come cosa ovvia il potere di verificare se questa invasione, qualitativamente grandissima, nella sfera di libertà dell'individuo protetta dall'art.12 primo comma Cost. sia "assolutamente necessaria" o "assolutamente inevitabile".

Tale verifica è poi senz'altro attuabile. Naturalmente il Giudice non deve accontentarsi, nel farla, che mira e scopo della regolamentazione legislativa vengano indicati solo genericamente e con frasi fatte e che l'intervento restrittivo della libertà come mezzo per raggiungere detti obiettivi non appaia completamente inadeguato. Il contenuto della legge sottoposta a verifica e le argomentazioni che furono decisive per la sua formazione devono, al contrario, essere analizzate particolareggiatamente. Ciò presuppone, naturalmente, che il Giudice, se occorre, con l'aiuto di esperti - si faccia un'idea la più completa possibile delle situazioni che attraverso la legge si intendono regolare. Proprio mediante ciò emergerà, poi, che è possibile scomporre contesti più ampi, che finora, in un compendio concettualmente poco chiaro, venivano indicati come "oggetto" di una regolamentazione legislativa, in singole e più chiaramente (intelligibili fattispecie, e renderli così esaminabili anche dal Giudice senza il pericolo di valutazioni soggettive. La stima sulla maggiore o minore probabilità di ipotetici sviluppi causali, che sono alla base dell'attività normativa del Legislatore, è un compito che, per la natura, può essere assolto anche dal Giudice. Naturalmente in questa opera di stima saranno sempre di molto aiuto per la Corte le esperienze, le considerazioni e le valutazioni del Legislatore, le quali, ove non vengano invalidate, possono presumersi giuste. Per altro verso, tuttavia, il dovere di tutelare i diritti fondamentali impedisce alla Corte di accettare senz'altro le concezioni del Legislatore che legittimamente persegue anche scopi diversi da quelli della

tutela di tali diritti - e di accettare i suoi provvedimenti come inevitabili limitazioni dei diritti stessi.

Così come la Corte Suprema ed il Tribunale Amministrativo Federale, anche la Corte Costituzionale Bavarese si ritiene in diritto ed in grado, nell'ambito dell'art.98 della Cost. di detto Stato, di valutare se la limitazione di un diritto fondamentale introdotto con legge sia "assolutamente indispensabile" ( cfr. per es. VGH n.F 9 II 158 ( 177 segg.) e le decisioni ivi indicate).

Va, infine, fatto notare che già la Corte Suprema del Reich Tedesco, quando doveva decidere sulla validità delle Ordinanze d'emergenza esaminava in via di principio questioni di natura analoga, come, per es., quella su un Ordinanza fosse "urgente" e "necessaria", se " una così drastica limitazione dei diritti comunali fosse assolutamente indispensabile; se si versasse in un "eccezionale stato di necessità" (cfr. Lammers - Simons I, 267 (272 seg.); 276 (284 seg.), 398 (404), II, 51 ( 57 segg.), 69).

Dunque, se già finora i Tribunali ritennero giuridicamente indispensabile e effettivamente possibile valutare la "necessità", sotto determinate condizioni, delle leggi a tutela della libertà del cittadino, una tale verifica può ancor meno essere negata alla Corte Costituzionale Federale, alla quale, invero, soprattutto attraverso l'istituto del reclamo costituzionale - è affidata la difesa dei diritti fondamentali proprio nei confronti del Legislatore, e che, per la sua generale posizione di organo costituzionale e di Giudice delle questioni di diritto costituzionali, è meno esposta di altri Giudici al rimprovero di intromissione ingiustificata nella sfera della Legiferazione.

#### V.

Scopo dell'art.3 primo comma della Legge sulle Farmacie è, secondo le dichiarazioni del Ministero dell'Interno Bavarese "di evitare preventivamente, ponendo un limite, necessario per motivi di politica sanitaria, all'istituzione di nuove farmacie, l'illimitato moltiplicarsi delle stesse, che significherebbe, nei suoi effetti, un deterioramento dell'approvvigionamento dei medicinali". Queste considerazioni ricorrono nella motivazione di tutte le regolamentazioni che - con i più vari sistemi - intendono nella sostanza introdurre una limitazione del numero delle farmacie ( cfr. p.es. la Relazione al progetto di una Legge Federale in materia di farmacie, BT III, 1957, Stamp. 35, pag.10). Il rappresentante della Baviera ha esposto, nella dichiarazione orale, che l'art.3 - come il precedente regolamento - ha sempre avuto il preciso scopo " di garantire la prosperità del ceto dei

proprietari di farmacie e rendere con ciò contestualmente un servizio alla sanità pubblica. In particolare si fanno a tal fine le seguenti riflessioni:

Lo sblocco dell'istituzione di nuove farmacie comporterà nel complesso un forte aumento delle stesse; si verificherà, inoltre, una distribuzione irregolare di esse, poichè le nuove aziende si concentreranno nelle città più grandi e, nell'ambito di queste, nel centro; il forte aumento del loro numero in singole località comporterà una lotta concorrenziale più accanita, la quale ne ridurrà in molti casi sensibilmente le capacità economiche; queste farmacie non potranno di conseguenza più osservare gli impegni loro derivanti dalla legge per quanto riguarda le scorte di magazzino, le vendite soltanto dietro ricetta, il controllo della qualità, il rispetto dei prezzi imposti, l'impiego di personale qualificato, i turni di servizio permanenti etc., e comunque sussiste il pericolo che esse, nella preoccupazione di aumentare il giro d'affari, trascurino i suddetti impegni; il moltiplicarsi dei punti di vendita determinerà un'offerta eccessiva di farmaci attraverso la reclame presso la popolazione ed incrementerà la "farmacomania"; tutto ciò pregiudica l'ordinato approvvigionamento della popolazione e danneggia, perciò - con l'andar del tempo - la salute pubblica. Un mezzo efficace per evitare a priori questo pericoloso sviluppo è di limitare in qualche modo il numero delle farmacie e di garantire così la loro capacità economica e l'adempimento degli obblighi loro imposti dalla legge.

E' incontestabile che la salute pubblica sia un importante Bene collettivo, la cui tutela può giustificare limitazioni della libertà del singolo; incontestabile ed incontestato è, altresì, che un ordinato approvvigionamento di medicinali sia indispensabile per la difesa di detto Bene. Per "ordinato" deve qui intendersi un approvvigionamento tale da garantire non soltanto che i farmaci e medicinali necessari in situazioni normali ed in situazioni d'emergenza non del tutto imprevedibili siano disponibili per la popolazione in quantità sufficiente ed in perfetto stato, ma anche e contestualmente che sia evitato per quanto possibile un abuso degli stessi. Si può senz'altro ammettere che il Legislatore bavarese avesse presente - nella sua opera di regolamentazione - questo scopo, anche se nelle motivazioni non si può non notare il pensiero politico-professionale - che con quelle ha un nesso del tutto mediato - della protezione del ceto e dell'istituzione "farmacia" nel senso tradizionale.

La questione cruciale è, dunque, se il venir meno delle limitazioni postae dalla legge de qua porterebbe con sufficiente probabilità allo sviluppo sopra delineato e con ciò ad inconvenienti nell'ordinato approvvigionamento dei medicinali

tali da far temere una minaccia per la pubblica salute.

Questa Corte non è riuscita a convincersi che una simile minaccia incomba.

La Corte non poteva, anzitutto, sorvolare sulla circostanza che in altri Stati, paragonabili per civilizzazione alla Repubblica Federale di Germania, esiste piena libertà di stabilimento, senza che perciò si possa seriamente parlare di una minaccia alla salute pubblica a causa di inconvenienti nell'approvvigionamento di farmaci. In qualche caso, certamente, vi possono essere situazioni per un verso o per l'altro eterogenee. Ma - almeno in Europa - vi è ovunque il farmacista con preparazione scientifica come ceti particolari con rigorosi doveri professionali, la farmacia come "laboratorio" con dei prescritti impianti, prezzi imposti d'autorità per le medicine ( tariffa dei medicinali). Le abitudini di consumo della popolazione non presentano differenze degne di nota; ovunque la preparazione delle ricette cede sempre più il posto a favore dei prodotti già confezionati dell'industria farmaceutica, ovunque esiste una certa concorrenza delle drogherie e di altri negozi.

Istruttivo per la Corte è stato soprattutto l'esempio della Svizzera, sistema<sup>che</sup> almeno nelle zone alemanne - presenta molti elementi in comune con quello tedesco. Entrambi gli esperti svizzeri, nella loro approfondita esposizione, hanno richiamato l'attenzione su questo o quel difetto del sistema svizzero, connessi in parte alle caratteristiche topografiche di quello Stato. Se, tuttavia, si valutano le loro argomentazioni nel complesso, non può assolutamente dirsi che la libertà di stabilimento abbia provocato in Svizzera una situazione tale da comportare pericolosi danni per la popolazione o da farne temere per il futuro. La Corte ha tratto questa impressione particolarmente dall'esposizione del perito dr. Santer, il quale, per la sua carica ufficiale di Direttore dell'Ufficio d'igiene confederale, è specificamente competente a giudicare se la situazione comporti dei pericoli per la sanità pubblica in generale.

Se la nota della Federation International Pharmaceutique del 31 dicembre 1949, letta nel corso della discussione orale, pone a confronto gli Stati con libertà di stabilimento con quelli che tale libertà non hanno limitato e giunge alla conclusione che entrambi i sistemi sono di per sé possibili e nessuno dei due deve necessariamente essere preferito all'altro, se ne può quantomeno dedurre che, secondo il parere di quest'organo internazionale competente, all'uno dei due sistemi, ossia a quello della libertà di stabilimento, non sia immanente già ab origine la tendenza di provocare disturbi nell'ordinato approvvigionamento di medicine e, perciò, di porre in pericolo la salute pubblica.

Bisogna, dunque, verificare se particolari motivi lascino, invece, prevedere ~~che~~ in Germania, ed in specie in Baviera, uno sviluppo diverso.

Punto di partenza di tutte queste previsioni è la presunzione che, in regime di libertà di stabilimento, si verificherebbe un forte aumento del numero delle farmacie; spesso si parla addirittura di aumenti "senza fine", "sfrenati", "senza limiti". Sulla scorta delle risultanze probatorie la situazione si presenta per la Corte come segue.

1 - La liberalizzazione comporterà ovviamente un aumento delle farmacie; ciò tuttavia, non appare di per sé preoccupante. Gli stessi Uffici competenti bavaresi ritengono, infatti che, anche continuando ad aver vigore la Legge sulle farmacie - particolarmente con l'interpretazione dell'art.3 sostenuta dal Governo Bavarese -, si verificherebbe un aumento delle farmacie al di là del numero necessario al rifornimento della popolazione; In ogni nuova istituzione, anzi, essi vedono in linea di massima anzitutto un miglioramento del rifornimento medesimo e si richiamano alla generosa prassi autorizzativa anche per dimostrare che la limitazione della libertà di accesso alla professione contenuta nell'art.3 è del tutto insignificante, facendo notare, per es., che nei 13 mesi dal 30 maggio 1956 al 1. luglio 1957 furono date in Baviera 46 autorizzazioni per nuove istituzioni e soltanto 6 domande vennero rigettate.

Tutto dipende, quindi, da come debbano valutarsi le dimensioni di detto aumento. Gli indici numerici del breve periodo della liberalizzazione nella zona di occupazione americana sono, per giudizio concorde, non probanti. In primis è notorio che il venir meno di preesistenti limitazioni porta sempre con sé, all'inizio, un intenso afflusso nella professione liberalizzata; quando venne introdotta la libertà di stabilimento, inoltre, esisteva un eccezionale bisogno di recupero, dato che durante la guerra e subito dopo non erano state istituite nuove farmacie e per di più la popolazione dopo il 1945, anche e soprattutto per l'assorbimento dei profughi, era aumentata rapidamente ed in modo considerevole. Lo sviluppo economico generale, infine, incoraggiò l'istituzione di nuove farmacie, che risultò a posteriori giustificata anche finanziariamente. In Baviera vennero istituite, in detto periodo, 436 nuove farmacie - di fronte ad una consistenza anteriore di 768; di quelle, circa il 50% sono "farmacie di profughi"; la cui istituzione fu facilitata, e più volte resa addirittura possibile, dai mezzi del "Fondo di perequazione degli oneri". E sebbene anche dopo l'entrata in vigore della Legge da qua siano state istituite farmacie in numero non trascurabile, non risulta che ne sia derivato un sovraffollamento di esse. L'Amministrazione Bavarese ritiene accettabile una proporzione media di una farmacia per 7.000 - 8.000 abitanti ( art.3 del Regolamento d'esecuzione della Legge sulle farmacie del 15 luglio 1952,

Gazzetta Uff. n.30). In Baviera, al 31 dicembre 1955 (quindi, parecchio tempo dopo la fine del periodo di liberalizzazione) vi era una farmacia per ogni 7282 abitanti, ed ancora oggi sussiste in Baviera, persino secondo il contenuto parere dell'esperto Prof.dr.Schlemann, un "rapporto tollerabile" tra il numero delle farmacie e quello della popolazione da rifornire. A ciò corrisponde che, nonostante il loro rilevante numero, non furono praticamente accertati casi di farmacie di nuove istituzioni economicamente nate male. Fallimenti di farmacie non ve ne sono stati, situazioni prefallimentari solo in casi eccezionali.

Ora, può dirsi certo che anche perdurando la liberalizzazione l'aumento delle farmacie non avrebbe mantenuto lo stesso ritmo, come risulta dalla circostanza che già durante gli ultimi due anni di quel periodo il numero delle domande si era ridotto considerevolmente. Non vi è, dunque, alcun motivo per ritenere che cessando il potere dirigistico dell'Autorità Amministrativa si verificherebbe un aumento "sfrenato" di farmacie. Piuttosto saranno le argomentazioni di carattere economico a giocare un ruolo determinante nella decisioni degli appartenenti alla categoria. La responsabilità dell'istituzione di una nuova farmacia graverà naturalmente in maniera più incisiva sul farmacista quando detta Autorità non lo "proteggerà nel suo stesso interesse" dal fondare una farmacia non economicamente vitale (il che viene visto dall'impugnato provvedimento della Prefettura come compito dell'Amministrazione). Egli poteva finora contare sul fatto che, nel caso di istituzione al limite della potenzialità economica, sarebbe stato protetto a mezzo dell'Autorità Amministrativa almeno dal sorgere di nuove farmacie nella sua futura "zona di raccolta". In regime di liberalizzazione, invece, egli deve valutare da solo le prospettive economiche dell'azienda e tener presente anche la possibilità che altri farmacisti si stabiliscano nella stessa zona. Ciò esige calcoli accurati e "analisi di mercato". D'altra parte proprio il farmacista ha molteplici possibilità di servirsi del competente consiglio della sua Rappresentanza professionale (Legge dei farmacisti e Consiglio dell'Ordine dei farmacisti) e dell'Autorità. E', pertanto, improbabile che i farmacisti "dall'istituzione facile", cui hanno fatto insistentemente cenno alcuni esperti, passino sopra ad ogni cautela economica e razionale. Ciò presupponebbe una notevole "cecità economica", che ai farmacisti può essere attribuita in generale altrettanto poco quanto ad altri esercenti, i quali - pur in mancanza di preparazione teorico-economica - sono senz'altro ritenuti capaci di valutare la prospettiva di un'iniziativa commerciale. A dire il vero numerosi esperti hanno richiamato l'attenzione sulla (in media) scarsa capacità di giudizio in campo economico dei farmacisti, ma che da un giudizio così generalizzato non possa trarsi alcuna sicura conclusione traspare

dall'opinione, che prova chiaramente il contrario, del Ministero dell'Interno Bavarese, il quale ritiene che i dati da esso comunicati e relativi alle nuove istituzioni negli anni 1956/57 siano la dimostrazione "che le reali prospettive economiche di una nuova farmacia in generale vengano valutate dai candidati in modo esatto". Non si comprende, quindi, perchè questa giusta valutazione economica, che nell'attuale sistema è determinante per la richiesta della autorizzazione, non dovrebbe esserlo nel sistema della libertà di stabilimento per l'istituzione delle nuove farmacie.

Si aggiunga, poi, <sup>ché</sup> va prescindere dall'atteggiarsi delle singole concrete situazioni personali e locali - vi sono alcune circostanze generali che fanno apparire improbabile, anche in regime di liberalizzazione - una sfrenata moltiplicazione delle farmacie:

a - se si vede, nel consistente incremento del numero delle farmacie dal 1948, tra l'altro una conseguenza del rapido sviluppo generale dell'Economia, il numero delle nuove istituzioni si ridurrà, tenuto conto del modo di pensare economicamente razionale degli appartenenti alla categoria, non appena il frenetico ritmo iniziale dello sviluppo stesso decrescerà; la congiuntura generale favorevole, che si rispecchia nell'aumento - tuttora perdurante ( cfr. per es. PharmZtg 1958, 285, 308, 409) - del volume d'affari delle farmacie, poteva finora indurre ad un'ottimistica stima della prospettiva di una nuova istituzione. Non si può ritenere che verrebbero ignorati dai farmacisti i segni di un rallentamento dell'ondata congiunturale, tanto più che gli organi di stampa specializzati ne riferiscono continuamente;

b - L'istituzione di una farmacia richiede forti investimenti, che vengono stimati dagli esperti in DM 50.000 (secondo l'esperto Lauer, particolarmente competente in materia, addirittura in 72.000/75.000 marchi tedeschi). Le norme sulla ~~DOTAZIONE~~ della farmacia con arredi ed apparecchiature non possono essere eluse, poichè l'Autorità Amministrativa deve collaudarla prima che l'esercizio possa essere aperto ( art.12 secondo comma Legge Farm.); gli esperti hanno, inoltre, chiarito che una nuova farmacia può ritenersi "istituibile" solo ove sia prevedibile un giro d'affari da 150.000 a 200.000 marchi; una volta appagato il bisogno di recupero, tuttavia, un giro d'affari di tale entità potrà ritenersi assicurato soltanto in casi eccezionali; da ciò risulta quanto grande sia il rischio per chi istituisce una nuova farmacia e molti farmacisti rifletteranno se non sia preferibile al rischio stesso un impiego ben remunerato ;

c - La situazione delle nuove leve della professione pone limiti naturali al numero delle nuove istituzioni; in detta professione non vi sono "outsider" e, per altro verso, la preparazione qualifica solo per la gestione di una farmacia o per la collaborazione in una di queste o nella industria farmaceutica; perciò lo sviluppo numerico può essere controllato in modo relativamente valido; attualmente, secondo il parere concorde degli esperti, vi è penuria di nuove leve e soprattutto di farmacisti abilitati, sicchè appare difficile - anche con emolumenti ben al di là dei minimi contrattuali - trovare un numero sufficiente di collaboratori oppure, per es., garantire, in caso di morte improvvisa del titolare, la gestione provvisoria di una farmacia; si fa anche notare che l'aliquota delle studentesse è già prevalente e aumenta di continuo; ora, è dato di comune esperienza che il numero di quelle che giungono a possedere una propria farmacia è di molto inferiore a quelle dei maschi; i circa 1000 farmacisti abilitati che al momento entrano annualmente nella professione potrebbero bensì coprire il naturale fabbisogno di nuove leve, ma, poichè una parte di essi viene assorbita dall'industria e dalla Pubblica Amministrazione e, delle donne, una forte aliquota si ritira a causa del matrimonio, ci si aspetta in generale un peggioramento della situazione ( cfr. i dati di Drost alla Dieta dei Farmacisti Tedeschi in Bad Wiessee 1957, alleg. alla PharmZtg 1958, 33 seg.).

Stando così le cose, non è prevedibile per il prossimo futuro che una parte consistente delle nuove leve non possa essere assorbita e che da queste forze "eccedenti" possa prendere mosse una tendenza ad istituzioni economicamente irrazionali. A lungo andare, peraltro, per lo sviluppo del numero delle leve stesse saranno importanti e la disciplina giuridica in materia di diritto allo stabilimento e le prospettive professionali che da quella risulteranno. Nulla lascia ritenere che il numero delle medesime, con l'andar del tempo, non si adeguerà all'effettivo bisogno, come è successo in Svizzera.

2 - Si può dare per scontato che, subentrando il regime di liberalizzazione, sorgeranno più farmacie nelle città più grandi che non in zone rurali e nelle cittadine. Anche questo, tuttavia, è un aspetto naturale e per il momento non preoccupante ed ha ovvie ragioni. Nelle città maggiori esistono ancora numerose farmacie con un volume d'affari superiore alla media, sicchè la prospettiva per una nuova farmacia di far propria parte di detto volume è relativamente buona o tale quanto meno appare; la popolazione residente cresce in città in modo più rapido che in campagna ed a ciò deve aggiungersi la fluttuazione sempre in aumento a causa del traffico pendolare, quale conseguenza della

motorizzazione, e del traffico turistico. Queste circostanze hanno comportato che, anche dopo l'entrata in vigore della Legge Bavarese in questione, per le grandi città sono state concesse molte più licenze d'esercizio che per le zone rurali; secondo i dati forniti dall'esperto dr. Weiderbach, per es., di 40 licenze concesse in un determinato periodo nella Baviera superiore ben 25 toccarono a Monaco e delle rimanenti una parte ancora toccò a città con un forte incremento di popolazione. Ciò dimostra che il "trend verso la città" anche secondo il giudizio della Pubblica Amministrazione non è di per sé preoccupante, non ha comunque finora assunto proporzioni insopportabili e di sicuro non ha, in complesso, recato danni alla salute pubblica. Anzi, esso è senz'altro giustificato, ove segue una correlativa tendenza della popolazione; in questo senso la libertà di stabilimento rende possibile addirittura un più rapido adeguamento al mutamento della densità demografica rispetto ad un sistema che fa dipendere il trasferimento di una farmacia dalla discrezione dell'Autorità.

Nè si può presumere che anche dopo il raggiungimento di una certa saturazione nelle città si continuerà disordinatamente ad istituire nuove farmacie. Riflessioni di natura economica come quelle sopra esposte si opporranno acchè ciò avvenga ed indurranno gli interessati a rivolgersi a zone meno servite. In particolare,, difficilmente un farmacista rinuncerà ad un'esistenza in qualche modo garantita in zone rurali per trasferire il suo esercizio in città. Tra l'altro si è già osservato un rallentamento della spinta verso la città.

Anche in Svizzera si riscontra un concentramento di farmacie nei centri delle grandi città, ma, a parere di entrambi gli esperti, nei sobborghi ve ne sono pure a sufficienza, così come è assicurato l'approvvigionamento della popolazione di campagna, eccettuata forse quella delle isolate e scarsamente popolate valli di montagna, per le quali in Germania è difficile trovare paralleli.

Seri sintomi di inconvenienti nell'ordinato rifornimento di medicinali a causa della concentrazione delle farmacie nelle località maggiori la Corte non ne ha ravvisati, tanto più che la minor densità degli esercizi nelle zone rurali viene compensata ampiamente dal continuo miglioramento della viabilità. Chi volesse vedere già nella non totalmente equilibrata distribuzione delle farmacie sul territorio statale una minaccia al regolare approvvigionamento non potrebbe ritenere sufficiente neanche l'attuale regolamento e dovrebbe coerentemente esigere il ritorno al sistema della concessione personale, nel quale la Pubblica Amministrazione decide modu proprio dove siano da istituire nuove farmacie.

3 - Se il pericolo<sup>10</sup> di un aumento "sfrenato" delle farmacie - anche solo in singole località - almeno in un prossimo futuro non esiste, i timori collegati ad una situazione di quel genere perdono la loro importanza. Ci si potrebbe, semmai, chiedere, se un aumento maggiore delle farmacie, determinato dalla liberalizzazione, non ponga già in essere una situazione generale di pericolo, che non interverrebbe mantenendo l'attuale sistema, sebbene anche questo, secondo l'esperienza sinora fatta, ha portato e continuerà a portare ad una non irrilevante moltiplicazione delle stesse. Ritiene, comunque, la Corte che i presunti indicati pericoli vengano sopravvalutati.

a - Si afferma che l'efficienza di molte farmacie si ridurrebbe a tal punto, in caso di aumento "non regolato", che non potrebbero più essere osservate le prescrizioni di legge. Non sono, peraltro, emersi criteri obiettivi per determinare quando questo limite di pericolosità debba ritenersi raggiunto, e ciò a prescindere dal fatto che "le prescrizioni di legge" a cui sono soggetti i farmacisti non hanno contorni precisi e immutabili anche per il futuro, come si vede in altro contesto. Ed invero, e la minima densità demografica del "bacino di raccolta" e una "soglia di redditività" media - determinata in base ai principi di economia aziendale - si dimostrano a tal proposito inadeguate. La minima densità demografica è un criterio insicuro già per il fatto che la popolazione in molti casi, e specialmente nelle vicinanze di città di notevoli dimensioni e di centri industriali, fluttua fortemente, sicché non si può più propriamente parlare di uno stabile "bacino di raccolta" nel vecchio senso. L'esperto Consigliere di Farmacia dr. Weidenbach ha, infatti, reso noto che il numero indice di 7000/8000 abitanti preso come base in Baviera contiene un notevole margine di sicurezza, il che viene indirettamente confermato da ciò, che in altri Stati si tiene conto di una densità molto minore (in Francia per es. 2000/3000 abitanti, a seconda della grandezza del Comune).

Generici calcoli di redditività di carattere economico aziendale, come quelli che a questo proposito sono stati sottoposti alla Corte, poi, possono ovviamente portare solo a dati medi. La situazione di una farmacia, invero, dipende spesso da una serie di fattori che di per sé si sottraggono almeno in parte a valutazioni numeriche (qualità personali, particolari rapporti economici e familiari del farmacista, aliquota di affari con le Casse Mutue, possibilità di estensione del commercio a merci "analoghe" a quelle proprie di una farmacia etc.). Non si può, pertanto ritenere un determinato giro d'affari come limite di pericolo, nel senso che una farmacia che non lo raggiunga non sia più in condizioni di rispettare le prescrizioni di legge impostele; la

prassi dimostra che un considerevole numero di farmacie che restano al di sotto di tale limite ( e talvolta in misura notevole) continuano ad esistere ed osservano regolarmente i suoi doveri.

Certamente vi è per la singola farmacia un limite minimo, al di sotto del quale essa obiettivamente non sarebbe più in senso assoluto in condizione di rispettare le prescrizioni che ne garantiscono l'ordinato esercizio, ma non vi è in generale da aspettarsi che farmacie che non raggiungono detto limite vengano istituite ex novo o ulteriormente gestite. E comunque il Legislatore non può prendere spunto da singole, economicamente irrazionali iniziative di qualche farmacista per giustificare una limitazione generale della libertà di stabilimento. In linea di massima si deve ritenere che il farmacista terrà debito conto, nelle sue considerazioni economiche, delle situazioni del caso e che perciò generalmente si avranno nuove istituzioni solo ove il giro d'affari superi nettamente il "limite assoluto di pericolo" sopra indicato.

Nè si può dire, infine, che in genere il farmacista che lavora da solo nel suo esercizio non sia obiettivamente in grado di osservare scrupolosamente i suoi doveri, poichè ciò sarebbe in contrasto già con l'eccezionale numero di "aziende individuali" ( quasi il 50%, secondo i dati di Drost, cit., pag.34; in Baviera, secondo la stima dell'esperto Prof. dr. Schlemmer, almeno un terzo), delle quali la stragrande maggioranza non ha dato adito a rilievi di sorta.

Aziende individuali ce ne sono sempre state in gran numero, ed in particolare anche sotto il sistema della concessione personale ( nel 1936 in Baviera 373 su complessive 831 farmacie). Anche la legge in esame dovrebbe portare ad un loro aumento, se, come è prassi attualmente secondo il punto di vista del Ministero dell'Interno, venissero autorizzate sempre nuove istituzioni di farmacie fino a quando queste e le viciniori già esistenti fossero ancora in grado di effettuare un regolare rifornimento di medicinali. Nell'esistenza di aziende individuali, dunque, non si è mai visto finora un pericolo per la salute pubblica; anzi, si è elogiato come merito dei sistemi della concessione personale il fatto che questi rendono possibile, nell'interesse dell'approvvigionamento di medicinali, arrivare all'apertura di farmacie anche in zone rurali nelle quali, date le circostanze, potevano venire in considerazione solo aziende di quel tipo. Ciò è dimostrato proprio dall'applicazione/pratica della legge in esame nei confronti del ricorrente, al quale l'Autorità Amministrativa, "nell'interesse di un regolare approvvigionamento di medicinali alla popolazione", offrì di rilevare una farmacia rurale con un giro d'affari di ca. 55.000 marchi.

Del resto, finché in una località esistono più aziende individuali, i maggiori dubbi su questo tipo di farmacia vengono comunque a cadere. In tal caso, infatti, anche l'azienda individuale può godere dei turni concordati con le altre, che garantiscono al farmacista - il quale può chiudere temporaneamente o farsi rappresentare - l'indispensabile tempo libero e le necessarie ferie.

Pericoli del temuto eccessivo aumento di farmacie individuali potrebbero, dunque, delinearsi in due direzioni:

la libertà di *STÄNDEN*, potrebbe, anzitutto, indurre alla apertura di una farmacia di detto tipo anche in località dove già un'altra si dibatta in difficoltà economiche o riesce appena ad esistere; in tal caso, peraltro, varranno le considerazioni di natura economica già adombrate, poiché - come tutti gli esperti hanno concordemente fatto notare - la tendenza a fondare farmacie in campagna o in piccoli centri è di per sé scarsa e quindi lo sarebbe ancor tanto di più quanto più dubbe fossero le prospettive;

un secondo pericolo potrebbe delinearsi laddove nuove farmacie ridimensionassero quelle - maggiori - già esistenti ed aziende individuali; ma, come si è detto, uno sviluppo in tal senso non è escluso neppure dall'art. 3 Legge sulle Farmacie; interpretando la lettera b. di detta norma nel senso che la base economica di una farmacia viciniera può dirsi pregiudicata soltanto quando venga spinta sotto il normale standard di un'azienda individuale, infatti, si farebbe carico addirittura alla Legge di accertare l'eventualità che in futuro riescano ad esistere solo più aziende simili.

Così, tuttavia, la legge non può essere assolutamente interpretata. Ciò emerge già dalla considerazione che le Autorità concedenti si basano in larga misura su indici che - come sopra chiarito - contengono un notevole margine di sicurezza, sicché, se l'autorizzazione è concessa su quella base, a seconda della situazione locale e della personale abilità del singolo farmacista possono coesistere anche diverse grandi farmacie. Potrebbe anche dirsi che la base economica di una grande farmacia, ai sensi della lettera b. art. 3 primo comma, è già pregiudicata se - non sussistendo la possibilità di diminuire proporzionalmente le spese generali - il giro d'affari viene, a causa della nuova, ridotto in modo considerevole, senza tuttavia essere neppure lontanamente ridimensionato al livello di quello di un'azienda individuale.

Ma anche se l'art. 3 primo comma lett. b. Legge citata intendesse garantire l'esistenza delle farmacie già istituite non solo al livello di quelle individuali, sarebbe, tuttavia, possibile che ne venga consentita l'apertura di nuove là dove esse necessariamente farebbero concorrenza a quelle maggiori già esistenti, ragion per cui con l'andar del tempo verrebbero a formarsi, al posto di una o di poche farmacie maggiori, più aziende individuali.

In nessun caso, dunque, queste ultime possono, dal punto di vista della Legge Bavarese, essere riprovate.

Non si deve pretermettere, in proposito, che la moderna evoluzione ha facilitato al farmacista solitario l'adempimento dei suoi doveri. La diminuzione delle ricette da prepararsi a favore della vendita di prodotti farmaceutici industriali già confezionati (secondo le precisazioni degli esperti la preparazione delle ricette costituisce in media ancora il 10% circa del volume d'affari; qualcuno parla addirittura di una "quasi completa scomparsa della preparazione" stessa - così Kranzfelder al Congresso dei Farmacisti Industriali del 1957 a Bad Wiessee, cit., pag.37) significa per il farmacista un risparmio di tempo notevole. L'obbligo di controllare l'ineccepibile stato delle medicine da lui vendute, perciò, non gioca più nella pratica un ruolo importante, come hanno chiarito tutti gli esperti. La facile raggiungibilità di altre farmacie e dei punti di destinazione dei grossisti attraverso i moderni mezzi di locomozione, poi, rende possibile anche al titolare di azienda modesta un magazzino più semplice e razionale. Conseguentemente, secondo le disposizioni bavaresi non è più prescritta una "series medicaminum", dovendo il farmacista avere in deposito soltanto i medicinali indispensabili per assicurare un approvvigionamento ordinato.

b - La Corte non è convinta che la liberalizzazione pregiudicherà in generale l'etica professionale dei farmacisti, come dall'Amministrazione si teme. Una più aspra lotta concorrenziale può portare con sé una qualcerta tentazione di aggirare quelle prescrizioni che si ripercuotono negativamente sul giro d'affari: Lo Stato, peraltro, imponendo ad una professione, nel pubblico interesse, prescrizioni che comportano dei costi, non perciò diventa "debitore" di quel ceto professionale nel senso di dover garantire agli appartenenti allo stesso un reddito minimo. Prescrizioni di tal genere esistono per molte professioni e devono essere tenute presenti, nel complessivo calcolo economico delle sue prospettive, da colui che una di quelle professioni abbraccia.

Nella professione del farmacista, poi, contro la tentazione di trascurarne i doveri agiscono forze importanti ed anzitutto la tradizionalmente profonda etica professionale di tale ceto, coltivata mediante l'accurata preparazione e trasmessa alle nuove leve, e sulla quale si fonda il suo prestigio sociale. Essa viene mantenuta vitale ed efficacemente protetta dalla giurisdizione disciplinare intensa, che, dopo lunga interruzione, è stata nuovamente istituita anche in Baviera. Ma anche nel periodo in cui questa mancava, particolarmente nel periodo della libertà di stabilimento, non si sono udite lamentele su una in qualche modo pericolosa decadenza dell'etica stessa in

generale. Violazioni dei doveri professionali certamente ve ne sono state, ma ciò si verifica in tutte le professioni e non risulta assolutamente che esse siano state, fra i farmacisti, particolarmente frequenti o che addirittura abbiano raggiunto un livello tale da porre in pericolo la pubblica sanità. L'esperto Prof.dr. Schlemann ha, concludendo, espresso il parere che attualmente non sono ancora rilevabili particolari manchevolezze ed il suo collega Consigliere Ministeriale dr.Danner ha, inoltre, reso noto che perfino presso farmacie in stato di decozione non è stato osservato un aumento di infrazioni.

La stessa situazione esiste, del resto, anche in Svizzera, sebbene colà manchi una giurisdizione disciplinare intesa stricto sensu.

Dunque, finchè il Legislatore adduce timori in questa direzione per giustificare le limitazioni all'ammissione alla professione, non può convincere.

na - Il medesimo pericolo del decadimento dell'etica professionale sussisterebbe anche per altre professioni libere, eppure riguardo a queste non si ritengono necessarie limitazioni di sorta, soprattutto per i medici, sebbene gli appartenenti a questa categoria non convenzionati con alcuna Cassa Mutua di Malattia possono dedicarsi soltanto alla cura dell'aliquota di popolazione non assicurata, che è relativamente piccola. I tentativi di evidenziare una rilevante differenza tra medici e farmacisti su questo punto non convincono. Certo non è del tutto ingiustificata l'argomentazione che il farmacista, per salvaguardare i notevoli capitali investiti nella sua azienda, si deciderà più difficilmente a chiudere la stessa, divenuta non più redditizia, e piuttosto tenterà di continuare a gestirla con metodi disonesti, al contrario del medico, che lavora prevalentemente con l'impiego delle sue capacità personali ed è, perciò, economicamente più mobile; è altrettanto vero, però, che anche per il medico, specialmente se anziano, la chiusura dell'ambulatorio ed il ritorno ad un rapporto di dipendenza (sempre che questo sia, poi, possibile) non è decisione facile e per evitarla egli potrebbe essere indotto innanzi tutto ad aumentare le sue entrate anche con mezzi illeciti. D'altra parte, da un medico che violi i suoi doveri professionali possono, più che da un farmacista, derivare ben maggiori, e comunque immediate minacce alla salute pubblica. Ed infine, l'effetto intimidatorio ed educativo della giurisdizione disciplinare intensa e delle comuni norme penali e della responsabilità civile è per entrambe le professioni sostanzialmente lo stesso.

bb - Violazioni dei doveri professionali non sono affatto sempre la conseguenza della difficile situazione economica. Spesso esse vengono compiute da professionisti di sicura posizione, per bramosia di lucro. Casi di questo

genere devono essere puniti individualmente, se occorre con la radiazione dalla professione, ma non possono essere utilizzati come motivazione per impedire a candidati moralmente ineccepibili l'ingresso alla professione stessa.

cc - Se il Legislatore temesse veramente che il farmacista, riducendone il volume d'affari della sua azienda al di sotto di un certo limite stabilito in base all'esperienza, violi i suoi doveri professionali, dovrebbe coerentemente, controllare in modo continuo lo sviluppo economico delle farmacie esistenti ed in particolare, dovrebbe verificare, prima della concessione di una nuova licenza d'esercizio, o in caso di successione o di alienazione, se il preteso volume d'affari minimo sia ancora assicurato e se l'aspirante sia finanziariamente solvibile. Perciò il ricorrente potè a ragione trovare illogico che mentre gli si negava di istituire una farmacia nel luogo da lui scelto, l'Amministrazione gli proponeva di rilevare una farmacia già in esercizio che aveva un giro d'affari minore di quello che prevedibilmente avrebbe avuto quella che il ricorrente stesso intendeva avviare, e comunque un giro d'affari che era parecchio al di sotto del "limite di pericolo" ammesso dall'Amministrazione medesima.

4 - Il pericolo che la supposta moltiplicazione delle farmacie in caso di liberalizzazione potrebbe portare ad un'eccessiva offerta di medicinali e quindi ad un danno per la salute pubblica non è stato dimostrato con dati di fatto. Il consumo di farmaci è aumentato ovunque dopo la guerra e gli esperti attribuiscono ciò al mutamento delle comuni abitudini di vita, al miglioramento del tenore di vita di più larghi strati sociali, nonché ad un certo cambiamento della terapia medica in connessione con l'ampia offerta di medicine da parte dell'industria farmaceutica. E tuttavia, non vi è in Germania una "farmacomania" di proporzioni allarmanti. Per quanto riguarda la Svizzera, ove si crede di aver notato sintomi di un eccessivo consumo di medicinali, l'esperto dr. Santer ha chiarito che questo fenomeno non trova la sua origine nella libertà di stabilimento dei farmacisti. Quando egli presume, poi, che comunque il fenomeno stesso venga favorito dall'eccessivo numero di punti di vendita (farmacie, drogherie e determinati altri negozi), dovrebbe essere più logico limitarne quello dei secondi invece che delle prime, alle quali spetta il naturale monopolio del commercio di medicinali ( cfr. su tale punto la decisione della Corte Suprema Federale del 21 marzo 1958 - II StR 393/57 - PharmZtg 195; 509).

## VI

I pericoli paventati dal Legislatore in caso di libertà di stabilimento non sono risultati, come dimostrano le

sopra svolte argomentazioni, così probabili da potervi fondare su - mantenendo fermo per il resto la vigente disciplina normativa sui farmaci e sulle farmacie - la più drastica limitazione della libera scelta della professione, ossia l'esclusione dall'indipendente esercizio della professione stessa di candidati pienamente qualificati. Questa conclusione viene indirettamente confermata da ciò, che il Legislatore non combatte efficacemente contro i pericoli, che secondo il suo punto di vista rendono necessaria una limitazione della libertà di stabilimento dei farmacisti, colà ove essi sono effettivamente tangibili, pur potendo farlo con regolamentazioni che si manterrebbero sul livello del mero esercizio della professione e della determinazione dei presupposti soggettivi per l'ammissione alla stessa o ad altre operanti nel settore dell'approvvigionamento della popolazione con farmaci, senza invadere la sfera più intima del diritto fondamentale di cui all'art.12 primo comma Cost.

1 - I pericoli connessi con il commercio illegale o non regolamentare dei farmaci, con il loro abuso e con la vendita di medicine non idonee o dannose non vanno combattuti appena in farmacia, la quale non è, nelle attuali condizioni economiche, nè la vera e neppure la più importante fonte degli stessi.

a - Secondo lo sviluppo storico, il fulcro dell'attività del farmacista - come già notato sub III 1 - era la produzione di medicine, mentre il commercio delle stesse appariva come attività conseguenziale e secondaria.

L'evoluzione economica, che seguì a rivoluzionarie scoperte in quasi tutti i settori delle scienze naturali, consentì nel 19 secolo il sorgere - anche per l'apporto di farmacisti di grande livello scientifico - di importanti industrie farmaceutiche ( cfr.Kalthoff "Il farmacista nell'industria farmaceutica" ne "L'industria farmaceutica" 1953, n.2, pag.43 segg.). Nello stadio attuale ciò ha portato ad un cambiamento di struttura della farmacia: la produzione di medicinali - tranne che per un minimo residuo - si è trasferita da quella all'industria, e quindi anche i pericoli connessi con la produzione stessa, che fin ab antiquo avevano motivato la posizione particolare delle farmacie, si sono spostati e contestualmente si sono estesi. Eppure manca una disciplina legislativa che combatta in modo efficace i pericoli che da ciò incombono sulla salute pubblica. L'impresa farmaceutica non ha, nei confronti delle altre imprese, una posizione particolare; essa è "un'azienda operante secondo principi economici, soggetta alle regole generalmente valide di economia aziendale" e che tenta di soddisfare "alle esigenze finanziarie della produzione, della distribuzione e della particolarmente costosa ricerca" soltanto attraverso la garanzia della sua redditività economica ( Laar in "L'in-

dustria farmaceutica 1954, n.2 pag.37 segg. (39)).

Può essere esatto che un'industria farmaceutica "ad alto livello" non comporti per la salute pubblica alcun pericolo, o ne comporti di così scarsa entità che il Legislatore non se ne debba occupare (Laar, cit.). Ma ciò può dirsi anche di un "quotato" ceto farmaceutico. Ciò che importa, comunque, è proprio di prevenire i pericoli che potrebbero derivare dall'infiltrarsi di imprenditori personalmente infidi e obiettivamente inidonei, i quali, nello sforzo di assicurare a qualsiasi prezzo la redditività dell'impresa, considerino i medicinali esclusivamente come prodotto industriale e trascurino l'angolo visuale della pubblica salute. Il Ministro degli Interni Federale, nella risposta ad un'interpellanza in Parlamento il 30 gennaio 1951, ha richiamato l'attenzione su tali pericoli: l'industria farmaceutica tedesca, che produce l'80% di tutti i medicinali smerciati nelle farmacie (egli ha dichiarato) si trova senz'altro ad alto livello, ma, accanto alle imprese importanti, vi sono "in questo settore aziende piccole e piccolissime, i cui prodotti richiedono una vigilanza di carattere igienico e specialistico" (Atti Parl.I (1949, stamp.1868)). Per una vigilanza in tal senso manca, tuttavia, la disciplina legislativa. L'ammissione nell'industria farmaceutica non dipende nè da una valutazione della coscienza personale e della competenza dell'imprenditore o della direzione aziendale, nè dalla disponibilità di adeguati laboratori, presupposti che furono sempre ritenuti indispensabili, per ragioni di protezione della salute, per la produzione di medicinali, di entità proporzionalmente molto minore nelle farmacie.

Se già in ciò sta una potenziale minaccia per la salute pubblica, essa viene accresciuta ancora di più dall'attuale mancanza di efficaci possibilità di controlli dei farmaci posti in distribuzione. Il Decreto sulla produzione di medicinali pronti per l'uso - emanato per motivi di economia di guerra -, che vieta con effetto immediato la produzione di nuovi farmaci pronti per l'uso (specialità) e nel par.4 autorizza il Ministro degli Interni del Reich, di concerto con il Ministro dell'Economia del Reich, a consentire "eccezioni al divieto", è contestato nella sua validità giuridica e perciò non viene più seriamente applicato nella prassi, come hanno confermato gli esperti Cons. Min. dr. Danner e Prof. dr. Schlemmer. La "Relazione provvisoria" del Ministro degli Interni Federale al progetto di legge sui medicinali del 12 maggio 1956 si limita ad indicare (pag.3) che il Decreto non contiene alcuna disposizione sul punto "sotto quali condizioni sia da concedere o da negare una tale autorizzazione eccezionale".

Manca altresì l'obbligo del produttore di dichiarare la composizione dei suoi medicinali, e ciò l'esperto Prof. Schlemmer ha qualificato come una delle più gravi lacune della normativa sui farmaci ( cfr. anche Blanke , Congresso dei farmacisti tedeschi 1957 a Bad Wiessee, cit. pag.20; " L'industria farmaceutica" 1954, n.2 pag. 42, e Urdang - Dieckmann, cit., pag.93); pertanto è praticamente escluso il controllo di numerose medicine in farmacia. Ed infine, le prescrizioni della Farmacopea Tedesca, che dovrebbero garantire l'ineccepibile composizione e qualità delle sostanze ivi registrate, non sono vincolanti per i farmaci prodotti industrialmente, comprese le specialità ( " Relazione provvisoria" pag.93).

Si potrebbero, dunque, prendere misure legislative di salvaguardia nei confronti di questa nuova fonte di pericoli derivata dallo spostamento ( in direz. industriale) della produzione dei medicinali, senza pregiudicare la libertà di scelta delle professioni interessate.

b - Si è già spiegato che - anche secondo il giudizio degli esperti - le cause dell'incremento del consumo di farmaci vanno ricercate prevalentemente nelle mutate condizioni ed abitudini di vita, come per es. nei danni fisici e morali provocati dalla guerra, dalla denutrizione e dalla crisi degli alloggi, nel logorio fisico e psichico causato da più elevati ritmi di lavoro, in certi mutamenti della Medicina stessa ed infine anche nell'ampliamento della previdenza sociale attraverso la normativa mutualistica. Se si teme, però, che, accanto alle cause testè elencate, la "farmacomania" possa essere favorita anche dall'aumento dei punti di vendita dei medicinali, non si deve ignorare che la vendita di dette sostanze non è limitata alle sole farmacie. A prescindere dalle norme speciali della Legge sugli oppiati d.d. 10 dicembre 1929 - RGBl., I, pag.215 - e dalla disciplina del commercio di prodotti soggetti a ricetta ( Regolamento del 13 marzo 1941 - RGBl, I, pag.136 - ) o da vendersi solo in farmacia ( Regolamento del 22 ottobre 1901 - RGBl, I, pag. 360 - ) infatti, medicinali possono essere messi in vendita anche in altri negozi. Il che avviene, tra l'altro, in misura considerevole, come ha chiarito l'esperto Prof. dr. Schlemmer ( cfr. anche Kranzfelder, Congresso dei farmacisti tedeschi 1954 a Bad Wiessee, cit., pag. 37 seq.). Indagini della Dieta Tedesca dell'Industria e Commercio PharmStg 1958, 170) hanno dimostrato che è opinione comune nell'ambiente commerciale che la vendita di medicinali sia addirittura essenziale per il concetto di drogheria; secondo tale opinione, l'assortimento di una drogheria deve comprendere "oltre a droghe, erbe medicinali, farmaci a vendita

libera, materiali di medicazione, prodotti chimici....., anche articoli igienici" ed ancora ( in zone rurali), medicinali veterinari. Deve, altresì, farsi cenno, a questo proposito, ai c.d. scaffali delle droghe ( reparti - droghe) dei negozi di alimentari, il cui numero sembra essere notevolmente aumentato a seguito dell'entrata in vigore della disciplina sull'esercizio del commercio al minuto ( cfr. PharmZtg 1958, pag.214 e 384). Sulla base della Giurisprudenza della Corte Suprema Federale ( BGHZ 23, 184) i fabbricanti di medicinali  $\neq$  sono ultimamente passati a produrre, con sostanze alle quali vanno riconosciute spiccati poteri curativi, - purchè non vengano usati componenti che comportino l'obbligo della ricetta - "rimedi profilattici", che, come tali, vengono poi liberamente venduti in drogherie ed in altri negozi ( cfr. anche la mozione n.2 "Legge sui farmaci e commercio dei medicinali", loc. cit., pag.5, approvata dall'Assemblea generale del Gruppo di Lavoro della Rappresentanza professionale dei farmacisti tedeschi (A. B.D.A) alla Dieta dei farmacisti tedeschi 1957 in Bad Wiessee; inoltre, Blanke, *ibidem*, pag.22; v. pure PharmZtg 1958, pag. 234 seg.; sulla libera vendita di nuovi rimedi profilattici v. Marquetus N5W 1957, pag. 939).

La notevole incertezza sulla definizione di " prodotti da vendersi solo in farmacia" deriva soprattutto dai molti dubbi interpretativi del Regolamento sui medicinali del 1901. La Corte Suprema Federale ha fatto notare, nella decisione appena citata, che tali dubbi sussistono già da lungo tempo, ed ha aggiunto ( pag.189): l'oscura, incoerente ed in parte terminologicamente contraddittoria disciplina del Regolamento ( Arzneimittelverordnung - A.M.V.O.) rende impossibile, a parere di questo Collegio ricavare dalla struttura dello stesso principi interpretativi per decidere la questione che ne occupa in un senso o nell'altro. Il carattere, in parte rattoppato del Regolamento ....non consente di giungere, attraverso il metodo sistematico e la tecnica ( interpretativa), ad un qualche risultato.

A prescindere dagli effetti protettivi della Legge sugli oppiati e dalle - insufficienti - garanzie che derivano dall'obbligo di vendere determinati prodotti solo in farmacia, dunque, medicinali di quelli dei quali più frequentemente si fa abuso, possono essere veduti liberamente in negozi moltiplicabili ad libitum, senza che in uno qualsiasi degli stadi - alla produzione, ~~oxnekkxvamdixxakxixante~~ nella grande distribuzione o nella vendita al minuto- sia legislativamente garantita una preventiva protezione della salute. In particolare viene a mancare in tal caso anche la garanzia che deriverebbe da una limitazione della cessione di medicinali nelle sole farmacie già per il fatto che il

farmacista, prima di poter aprire una farmacia, deve sottoporsi ad un approfondito e lungo addestramento pratico e scientifico. La libera vendita di farmaci in punti di vendita oltre alle farmacie - moltiplicabili ad libitum può tanto più persistentemente influenzare il consumo, in quanto normalmente in tal caso la pubblicità è consentita illimitatamente. Il regolamento di polizia sulla pubblicità relativamente ai medicinali del 29 settembre 1941 ( RGBI I S 587) è contestata nella sua validità giuridica ( BGHSt 5, 12; 8, 360 e BVerwG in VerwRSpr 7, 349); l'insicurezza giuridica da ciò scaturita ha indotto il Presidio dell'Associazione Federale dell'Industria Farmaceutica ad emettere motu proprio, il 4 marzo 1953, norme di pubblicità per le aziende ad essa annesse poichè, "a prescindere da dubbi sulla sua validità " il Regolamento di polizia non sarebbe idoneo ad evitare ~~xxxxxi~~ il sorgere ed il propagarsi di errori e false mosse". ( " Die Pharmazeutische Industrie 1953 N° 2 S 47 bis 49). Ma anche presupponendo la validità del Regolamento, la pubblicità rimane ammessa in vasta misura, poichè, a prescindere da propaganda ingannevole e da determinate forme di pubblicità illecita, la limitazione vale solo per farmaci da vendersi dietro ricetta medica e per farmaci specificatamente indicati. I pericoli per la salute pubblica collegati con le possibilità di pubblicità da parte dell'industria farmaceutica emergono da un articolo della rivista "Die Pharmazeutische Industrie" 1954 Nr.2 S 41:

" Per ciò che riguarda il tambureggiamento di elogi oppure la sensibilizzazione della popolazione, la propaganda svolta dall'industria farmaceutica si rivolge prevalentemente non al pubblico. Ma quando la pubblicità viene indirizzata agli incompetenti, cosa che in primo luogo cozza contro la resistenza del medico, essa riguarda ~~inxxxkx~~ gran parte farmaci per i quali comunque di una prescrizione medica non se ne parla neppure e perciò non gravano sulle Casse di Malattia. Che qui parecchie cose non siano in ordine e sotto ingannevoli indicazioni si tenda a sfruttare l'ignoranza, dal che possono derivare danni alla salute, non può essere contestato".

Per evitare abusi, in base al § 56 cpv. 2 N° 9 della Reichsgewerbeverordnung, è proibita la vendita ambulante di farmaci. Continua ad essere permessa, invece, la raccolta di ordinazione di farmaci di cui è consentita la libera vendita. Anche ciò - come osserva la "relazione provvisoria" della legge sui farmaci ( S 31) - ha portato a notevoli inconvenienti.

- 2 - Pure nell'ambito delle farmacie stesse si potrebbe evitare o diminuire notevolmente pericoli per la salute pubblica derivanti eventualmente dalla produzione e dalla vendita di medicinali, tramite regolamentazione dell'esercizio della professione secondo l'art. 12 cpv.1 per. 2 GG, senza colpire la stretta sfera del diritto fondamentale della libertà profes<sup>PROV.</sup>

sionale.

a) In primo luogo si deve pensare qui alla giurisdizione disciplinare, che in Baviera è stata nuovamente introdotta con la legge del 15 luglio 1957 (GVBl S 162). Il ceto unitario dei farmacisti, del quale fanno parte anche i collaboratori farmaceutici ed i farmacisti industriali (cosa che diversi regolamenti per l'elezione dei Collegi degli Ordini dei Farmacisti espressamente rilevano: cfr. per es. § 16 della terza ordinanza regionale per l'attuazione della legge regionale sull'Ordine dei medici, medici dentisti, dentisti, farmacisti e veterinari per la Renania - Palatinato del 29 gennaio 1954 - GVBl pag. 15 -; § 4 cpv. 1 ultimo per. dell'ordinamento elett. per l'ordine dei farmacisti bavarese, pubblicato nel calendario dei farmacisti 1954 pag. 318), può proteggersi, con il suo aiuto, contro individui su cui non si può fare affidamento, intervenendo, in caso di comportamento dannoso ed in particolare compromettente per la salute, nell'espletamento della loro professione ed eventualmente dichiarandoli indegni di svolgere la loro attività. Ciò colpirebbe - diversamente dalla limitazione della libertà di stabilimento - l'effettiva fonte di pericolo, indifferentemente dalla circostanza che il pericolo derivi da un farmacista autonomo o da uno dipendente.

Una giurisdizione disciplinare efficace potrebbe anche combattere comportamenti contrari alla deontologia professionale nell'acquisto di una già esistente o nell'apertura di una nuova farmacia, come nel caso che il farmacista, per procurarsi i mezzi finanziari, contragga obblighi incompatibili con una ineccepibile attività di produzione o di vendita di medicinali.

b) Il Legislatore potrebbe impedire, attraverso la regolamentazione dell'esercizio della professione, non solo la direzione, ma anche l'acquisto ed il possesso di più farmacie da parte di uno stesso farmacista, se è necessario per la protezione della salute della popolazione che costui diriga personalmente la sua farmacia e questa non venga oberata di costi aggiuntivi per l'amministrazione o per i canoni di locazione.

Se per ragioni di protezione della salute si intende frenare una troppo estesa moltiplicazione dei punti di vendita di medicinali, si potrebbe inoltre - attraverso una disciplina legislativa conforme all'art. 12 comma 1 parte seconda della Costituzione - riservare la vendita esclusivamente alle farmacie (cfr. su ciò BGHZ 22, 167 (174-178, 180; qui già l'approfondita preparazione, la sostanziale limitazione alla vendita di prodotti specifici e il divieto di gestire più aziende contrasterebbero una moltiplicazione illimitata delle aziende stesse. Non è logico che da una parte, per il mantenimento dell'affidabilità professionale dei farmacisti, debba essere contenuto il numero delle farmacie e dall'altra

possano essere venduti fuori di quelle medicinali per l'uomo e per gli animali in tale quantità che l'esistenza di numerose farmacie, in particolare nelle zone rurali, viene posta in pericolo (Kranzfelder al Congresso dei Farmacisti tedeschi in Bad Wiessee 1957, cit., pag. 38); ed invero, proprio dalla messa in pericolo dell'esistenza di (alcune) farmacie deriverebbe, secondo l'opinione del Legislatore, una minaccia per l'ordinato approvvigionamento di medicinali e quindi della salute pubblica.

c) Il Legislatore potrebbe, poi, ridurre i particolari oneri economici che rendono necessaria la protezione dell'esistenza delle farmacie. Tuttavia bisogna in linea di massima pretendere, con il Tribunale Federale Amministrativo (BverwGE 4, 167 (174 seg.I)) che chi acquista una farmacia o ne istituisce una nuova debba preventivamente tener conto di tali necessità economiche. Ma, a prescindere da ciò, l'odierna situazione dei trasporti consente l'approvvigionamento di quasi tutti i farmaci, compresi quelli più rari, attraverso la grande distribuzione senza particolari difficoltà e senza una rilevante perdita di tempo, sicché la disponibilità di magazzino possono essere strutturate in maniera più elastica. Su tale constatazione e senza violare la Costituzione, si potrebbe basare la previsione di un obbligo per i grossisti di stare a disposizione anche nei fine settimana e nei giorni festivi per particolari esigenze delle farmacie.

d) L'obbligo degli esami per il farmacista potrebbe, in relazione all'attuale sviluppo della farmaceutica, essere ridimensionato senza pericolo per la popolazione. Già oggi, infatti, l'obbligo, formalmente sussistente, in pratica viene adempiuto soltanto in misura modesta. Halthoff nota a tal proposito nella Deutsche Apothekenzeitung 1954, n.23, pag. 488:

" si tratta di uno sviluppo in armonia con la nostra epoca tecnologica, che non si ferma neppure dinanzi alla farmacia. Ciò, già per l'urgente necessità di coprire, attraverso la produzione industriale, l'aumentato bisogno di medicinali della popolazione, che ormai da decenni è in continua crescita. Ogni farmacista sa che la lavorazione farmaceutica e il controllo analitico di molte efficacissime sostanze medicinali prodotte con complicati procedimenti chimici e scoperte nel contesto della moderna ricerca farmaceutica comportano presupposti tecnici che nei laboratori di una pubblica farmacia non esistono e, già per puri motivi economici, non possono essere colà realizzati. Ma ogni farmacista dovrà anche, con valutazione obiettiva, ammettere che questo sviluppo non ha avuto alcun effetto negativo sulla struttura economica".

Già in base al § 30 a del vecchio Regolamento per l'esercizio delle farmacie prussiano, prodotti farmaceutici finiti (specialità medicinali) che avessero sull'involucro esterno la dicitura " confezione d'istituto (Anstaltspackung) potevano

essere venduti soltanto in confezione chiusa. Il Regolamento bavarese ha rinunciato ad una norma di tal genere, ma, a norma del § 18, il farmacista può limitarsi, quando si tratta di prodotti finiti, a sincerarsi solo per sondaggio dello stato delle scorte ed in particolare che non si sia verificata "una decomposizione, decolorazione, evaporazione o altra modificazione". Anche un tale controllo per sondaggio, tuttavia, non è seriamente esigibile e comunque non è idoneo a stroncare efficacemente (eventuali) pericoli per la salute della popolazione. Qui potrebbe servire soltanto un controllo più frequente nella fase della produzione dei medicinali e in quella della grande distribuzione, di modo che sul farmacista gravasse solo un obbligo di controllo dei prodotti già da lui immagazzinati. Un controllo totale attraverso il farmacista senza un qualsiasi obbligo di denuncia deve essere ritenuto inesigibile.

3 - La diminuzione degli oneri economici e personali che derivano, per tutti i farmacisti, dalle attuali disposizioni sulle scorte di magazzino e dall'obbligo di controllo si ripercuoterebbe favorevolmente sulle difficoltà, sempre di nuovo denunciate, delle farmacie gestite dal solo titolare nelle zone rurali o nelle piccole città. Che farmacie di questo tipo diventeranno sempre più numerose, in particolare anche se continuasse a vigere il § 3 della Legge sulle farmacie, è già stato rilevato sopra (V,3), e pure che, per tale motivo, ed anche per le odierne condizioni dei trasporti, non vi è da temere una seria carenza nell'approvvigionamento della popolazione. Il Legislatore potrebbe, peraltro, procurare a questi farmacisti ulteriori agevolazioni, specialmente sotto il profilo personale. Si può lasciare aperta la questione se si possa pretendere dai laureati in farmacia, a scopo di perfezionamento della loro preparazione con particolare riguardo all'aspetto economico e prima del conferimento dell'abilitazione, un servizio temporaneo in una farmacia a conduzione singola. Ma si potrebbe di certo ampliare le possibilità di sostituzione, per assicurare ai farmacisti che lavorano da soli i riposi adeguati alle loro condizioni economiche ed indispensabili nell'interesse della tutela della salute. Così non pare che sorgerebbero preoccupazioni se, almeno nelle zone rurali, temporaneamente e previo avviso ai medici competenti, si ammettesse alla sostituzione, in caso di reale bisogno ed anche per non brevi periodi di tempo, personale ausiliario non ancora abilitato.

4 - Le testè formulate indicazioni su possibili misure legislative non significano che la Corte Costituzionale Federale voglia dare al Legislatore consigli legislativi generali: questo non rientra nei suoi compiti. Ma per soddisfare al suo obbligo di proteggere nel modo più efficace possibile i diritti fondamentali, la Corte doveva chiarire che una restrizione del diritto costituzionale alla libera scelta della professione nella sua parte più meritevole di tutela può essere presa in considerazione soltanto se i pericoli che in tal modo si

vogliono prevenire non possano essere evitati o ridotti attraverso altre misure legislative più ragionevoli e non, o almeno non in ugual modo, limitative del diritto stesso. Tale chiarimento è sembrato alla Corte ancor più necessario per il fatto che è nella tradizione tedesca (cfr. su ciò Urdang - Dieckmann, cit., pag.63 seg.) usare nel campo della disciplina sulle farmacie il mezzo radicale della limitazione delle licenze, mentre ora, come già mostrato, sorge dall'art.12 primo comma Cost. la necessità di sfruttare prima le altre possibilità legislative.

Ovviamente spetta al Legislatore (decidere) se far proprie le misure indicate, quali tra esse scegliere e in quale ordine realizzarle. La Corte si è limitata ad indicare le misure stesse, delle quali già si discute pubblicamente (almeno negli ambienti competenti), e la cui attuazione addirittura è già in parte avviata o comunque, in considerazione della situazione generale, appare possibile.

Nè certamente il Legislatore bavarese potrebbe sostenere, basandosi sul fatto che in questa materia la competenza legislativa spetta in parte alle Regioni (Länder) ed in parte è concorrente fra queste e la Federazione, che le indicazioni già formulate sarebbero idonee a garantire un efficace rimedio solo ove la Federazione facesse uso della propria competenza, ma che in assenza di una iniziativa federale in proposito il Legislatore regionale è costretto ad incidere più profondamente sull'area del diritto primario. Un rinvio in tal genere non sarebbe ammissibile nei confronti del diritto costituzionale alla libertà di professione. L'art. 12 primo comma Cost., in relazione alla disciplina legislativa dell'esercizio di una professione, non fa distinzione fra norme federali e norme regionali. Il diritto costituzionale unitariamente valido è protetto nella stessa misura nei confronti della legislazione federale e di quella regionale. Alla Federazione ed alle Regioni non sono consentiti interventi incisivi sul diritto fondamentale con la scusa della mancanza di competenza riguardo all'uno o all'altro provvedimento. Al contrario, quando si tratta della difesa di un diritto costituzionale del cittadino, che è soggetto tanto alla normativa federale quanto a quella regionale, il Legislatore della Federazione o delle Regioni va riguardato come unico.

## VII

La Corte Costituzionale Federale, in questo procedimento, non doveva decidere quale sistema aziendale sia da preferire, sotto il profilo della politica normativa, ma soltanto sul punto se il sistema effettivamente scelto dal Legislatore Bavarese sia conforme alla Costituzione. La Corte ha dovuto dare una risposta negativa; a suo giudizio attualmente solo la libertà di stabilimento, intesa come mancanza di obiettive limitazioni alla (concessione) licenza, corrisponde alla situazione costituzionale, come ritiene sostanzialmente anche il Tribunale Federale Amministrativo (BVerwGE 4, 167). Che anche in futuro per

l'esercizio di una farmacia sia necessaria una licenza e che questa, tra l'altro, possa essere fatta dipendere dall'adempimento di determinati presupposti soggettivi (come, per es., in base all'art.2 primo comma della Legge sulle farmacie) è ovvio e si ricava dalla precedente esposizione.

Alla Corte è noto che i farmacisti, in maggioranza, sono contrari alla libertà di stabilimento. Per quanto su questa posizione influiscano considerazioni di politica professionale, che valgono a proteggere il ceto e a mantenerne il tradizionale livello, esse devono passare in secondo piano quando venga compromessa la "zona di difesa più intima" del diritto fondamentale di cui all'art.12 primo comma Cost., e ciò a prescindere dal fatto che lo sbarramento alla professione nei confronti delle nuove leve provenienti dalle proprie file è una misura dubbia anche sotto il profilo della politica professionale e dell'etica sociale. A queste considerazioni non si vuole con ciò in generale negare validità; che esse possano giustificare una regolamentazione normativa della tutela del diritto in questione su altri "piani" consegue a quanto già detto sopra ( sub IV 3 e VI).

E' stato più volte, anche dall'esperto Prof.Dr. Schlemmer, affermato che la normativa sulle farmacie è in indissolubile rapporto con la normativa sui medicinali e su quella dei prezzi dei medicinali stessi e che perciò non si può disciplinare la prima senza regolare ex novo anche la seconda. Ciò è senz'altro giusto sotto il profilo oggettivo e di politica legislativa. Ma questa Corte non può certo ammettere un inammissibile intervento sui diritti fondamentali, in via provvisoria e fino a quando il Legislatore faccia uso delle altre possibilità che rientrano nella sua discrezione.

L'art.3 primo comma della Legge sulle farmacie è, come detto, incostituzionale. I provvedimenti della Prefettura della Baviera superiore che si basano su queste norme ledono, pertanto, il diritto fondamentale del ricorrente di cui all'art. 12 primo comma Cost. e devono essere annullati. Contestualmente nella sentenza deve essere dichiarata la nullità dello art.3 primo comma Legge sulle farmacie.- compresa la seconda parte, che con la prima è in indissolubile relazione ( § 95 commi secondo e terzo, parte seconda BVerf.GG).

( Sentenza dell'11 giugno 1958 - 1 BVR 596/56).

WE PROP.