

N. 00333/2012 REG.PROV.COLL.

N. 00133/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 133 del 2011, proposto da:

Tiziana Minoliti, rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Spadaro, Giorgio Vizzari, Giovanni Fabio Licata, con domicilio eletto presso lo Studio dell'avv. Giorgio Vizzari in Reggio Calabria, via Rausei, 38;

contro

Asp - Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita;
Ministero della Salute, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata per legge in Reggio Calabria, via del Plebiscito, 15;

nei confronti di

Farmacia al Castello, non costituita;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Federfarma-Federazione Nazionale Unitaria dei Titolari di Farmacia Italiani, rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Luciani, Massimo Togna, Luigi Occhiuto, con domicilio eletto presso lo Studio dell'avv. Luigi Occhiuto in Reggio Calabria, via Possidonea N.38;

per l'annullamento

del provvedimento dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria del 16.12.2010 (prot. n. 88826), con il quale non è stata accolta l'autorizzazione richiesta dalla dott.ssa Tiziana Minoliti, ai fini della vendita di medicinali con l'obbligo di prescrizione medica non soggetti a rimborso da parte del servizio sanitario nazionale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Salute;

Visto l'atto di intervento spiegato dalla Federfarma-Federazione Nazionale Unitaria dei Titolari di Farmacia Italiani;

Viste le memorie difensive;

Visto l'art. 79, co. 1, cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 marzo 2012 la dott.ssa Valentina Mameli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1) La ricorrente, abilitata all'esercizio della professione di farmacista ed iscritta all'Ordine dei farmacisti di Prato, è titolare di un esercizio avviato ai sensi dell'articolo 5, commi 1 e 2, decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248, ubicato in Reggio Calabria, in via Spanò, n. 32.

In qualità di titolare di detto esercizio (c.d. parafarmacia), la dottoressa Minoliti con nota del 26 ottobre 2010 ha richiesto al Ministero della Salute ed all'Azienda sanitaria provinciale di Reggio Calabria di essere autorizzata alla vendita (anche) dei medicinali non soggetti a rimborso da parte del servizio sanitario, di cui all'articolo 8, comma 10, lettera c), legge 24 dicembre 1993, n. 537 e successive modificazioni.

Con nota del 16 dicembre 2010, pervenuta alla ricorrente il 22 dicembre 2010, l'Azienda sanitaria provinciale di Reggio Calabria rigettava la richiesta, rispondendo che, ai sensi dell'art. 5 L. 248/2006, gli esercizi commerciali di cui all'art. 4 comma 1 lettere d), e), f) del D.lgs. 114/1998 possono effettuare attività di vendita al pubblico dei farmaci da banco o di automedicazione di cui all'art. 9-bis della L. 405/2001 e di tutti i farmaci e prodotti non soggetti a prescrizione medica; pertanto non poteva essere accolta la richiesta di vendita dei medicinali con l'obbligo di prescrizione medica non soggetti a rimborso da parte del Servizio Sanitario nazionale.

Contro tale determinazione la dott.ssa Minoliti ha proposto ricorso, chiedendo l'annullamento del provvedimento impugnato previa rimessione degli atti alla Corte di Giustizia e/o alla Corte Costituzionale.

Si è costituita l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Reggio Calabria, che resiste al ricorso di cui chiede la reiezione.

Ha spiegato intervento “ad opponendum” la Federazione Nazionale Unitaria dei Titolari di Farmacia italiani – Federfarma la quale, oltre a contestare nel merito il predetto ricorso, ha eccepito l’incompetenza per territorio di questo Tribunale sulla base del rilievo che il provvedimento impugnato sarebbe destinato ad avere effetti non limitati territorialmente alla circoscrizione del Tribunale adito.

All’udienza pubblica del 7 marzo 2012, previo scambio di memorie tra le parti e dopo ampia discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

2) In via preliminare deve essere esaminata l’eccezione di incompetenza per territorio sollevata da Federfarma.

L’eccezione è infondata.

Oggetto del presente ricorso è la nota con cui è stata negata alla farmacista ricorrente, titolare di una parafarmacia ubicata a Reggio Calabria, l’autorizzazione alla vendita di medicinali non soggetti a rimborso da parte del servizio sanitario, di cui all’articolo 8, comma 10, lettera c), legge 24 dicembre 1993, n 537 (c.d. farmaci di fascia C).

Ai sensi dell’art. 13 cod. proc. amm. il Tribunale amministrativo regionale è inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti i cui effetti diretti sono limitati all’ambito territoriale della regione in cui il tribunale ha sede. La giurisprudenza maggioritaria ritiene tale criterio prevalente rispetto a quello della sede della pubblica amministrazione. Peraltro, nel caso di specie, i due criteri non presentano antinomie.

Il D.lgs. 104/2010 ha innovativamente qualificato come inderogabile (anche) la competenza territoriale. Ne consegue che l’interpretazione delle relative disposizioni deve essere condotta in modo stretto, per non violare il precetto costituzionale del giudice naturale precostituito per legge.

Nel caso di specie l’effetto diretto del provvedimento impugnato, a destinatario unico e precisamente individuato, riguarda la sola ricorrente.

La tesi dell’interveniente, secondo la quale se fosse concessa l’autorizzazione alla vendita di farmaci di fascia C risulterebbe alterata la disciplina della dispensazione dei farmaci con effetti sull’intero mercato nazionale, non è idonea a sostenere la devoluzione del ricorso al Tar del Lazio. Gli effetti cui Federfarma fa riferimento sono infatti, a tutto concedere, effetti indiretti (e comunque eventuali, in considerazione della limitata porzione di mercato in cui si esplica l’attività della parafarmacia della ricorrente). Il criterio su cui invece si basa la disposizione del codice sopra richiamata tiene conto esclusivamente degli effetti diretti del provvedimento impugnato che, nel caso in esame, sono limitati all’ambito della circoscrizione del Tribunale adito. Ne discende la competenza territoriale di questo Tribunale.

3) Venendo al merito della questione, la ricorrente, come esposto al precedente punto 1), si è vista negare l’autorizzazione alla vendita dei medicinali non soggetti a rimborso da parte del Servizio Sanitario, di cui all’articolo 8, comma 10, lettera c), legge 24 dicembre 1993, n 537 (c.d. farmaci di fascia C), in quanto, ai sensi dell’art. 5 del D.L. 4 luglio 2006 n. 223, convertito con modificazioni nella L. 4 agosto 2006 n. 248, alle c.d. parafarmacie è consentita la vendita al pubblico dei farmaci da banco o di automedicazione di cui all’art. 9 bis D.L. 18 settembre 2001, n. 347, convertito nella L. 16 novembre 2001, n. 405, e di tutti i farmaci o prodotti non soggetti a prescrizione medica. Da ciò consegue, secondo l’Azienda sanitaria, l’impossibilità per le parafarmacie di vendere i

medicinali non soggetti a rimborso da parte del Servizio Sanitario Nazionale con l'obbligo di prescrizione medica di cui all'art. 8 comma 10 lett. c) della L. 537/1993.

La ricorrente, con il primo motivo di ricorso, deduce l'illegittimità del provvedimento impugnato in quanto la norma di cui al citato art. 5 L. 248/2006 non conterrebbe un espresso divieto alla vendita di medicinali soggetti a prescrizione medica ma non oggetto di rimborso da parte del Servizio Sanitario Nazionale. La norma, inserita nel corpus legislativo rubricato "Misure urgenti per lo sviluppo, la crescita e la promozione della concorrenza e della competitività, per la tutela dei consumatori e per la liberalizzazione di settori produttivi" avrebbe dovuto essere interpretata ed applicata, sempre a dire della ricorrente, secondo un canone ermeneutico estensivo che tenesse conto delle intenzioni del legislatore il quale, con la disposizione in questione, *minus dixit quam voluit*.

In via gradata la ricorrente propone un'interpretazione della norma coerente con i principi comunitari di concorrenza e di libertà di stabilimento: facendo riferimento a diverse pronunce della Corte di Giustizia assunte in relazione ai limiti numerici e di distanza all'apertura di farmacie e al sistema della pianta organica (CGE 19 maggio 2009 in C-531/06; 1° giugno 2010 in C-570/07 e C-571/07; 17 dicembre 2010 in C-217/09), arriva a concludere che in tanto può essere giustificato il mantenimento di un regime di esclusiva a favore dei soli titolari di farmacia per la commercializzazione di determinate specialità medicinali, in quanto la dispensazione di tali specialità possa essere fatta rientrare nell'ambito del concetto di servizio universale, cui, invece, non sarebbe riconducibile la vendita di farmaci non ammessi a rimborso dal Servizio Sanitario Nazionale.

Infine la ricorrente deduce la violazione della Costituzione in relazione a diverse norme (artt. 3, 41 e 117 Cost.) e chiede venga accertata l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 L. 248/2006 nella parte in cui non prevede per le parafarmacie la possibilità di vendere anche i farmaci con l'obbligo di prescrizione medica ma non soggetti a rimborso da parte del Servizio Sanitario Nazionale.

4) Il Collegio ritiene che vi siano i presupposti per la rimessione della questione alla Corte Costituzionale.

Non può infatti essere accolto il primo motivo di ricorso, che prospetta un'interpretazione estensiva della disposizione di cui all'art. 5 L. 254/2006. La norma, assolutamente chiara nella sua portata letterale, non si presta a tale tipo di interpretazione e di conseguente applicazione. E ciò anche in relazione alla normativa recentemente intervenuta, ovvero l'art. 32 d.l. 6-12-2011 n. 201 (convertito, con modificazioni, nella l. 22 dicembre 2011 n. 214), su cui si tornerà infra, che conferma il medesimo impianto: le parafarmacie, allo stato della legislazione attuale, non sono abilitate alla vendita di farmaci c.d. di fascia C, la cui nozione verrà meglio chiarita in seguito.

Il Collegio ritiene poi di non aderire alla richiesta di parte ricorrente di rimessione della questione alla Corte di Giustizia, avanzata unitamente alla questione di legittimità costituzionale della disposizione, ritenendo tale ultima via maggiormente soddisfattiva delle ragioni dell'interessata, alla luce del disposto di cui all'art. 168 TFUE che demanda alla responsabilità degli Stati membri la definizione della politica sanitaria e l'organizzazione dei servizi sanitari e di assistenza medica, incluse la relativa gestione e l'assegnazione delle risorse loro destinate. In ogni caso deve darsi atto che la questione già pende davanti alla Corte europea, in seguito all'ordinanza adottata dal Tar Lombardia su identica questione (cfr. Tar Lombardia, Milano sez. III 22 marzo 2012, n. 896).

4.1) Sulla rilevanza della questione di costituzionalità.

Nel nostro sistema la vendita dei farmaci di qualunque tipo è stata, fino alla L. 248/2006, riservata alle farmacie, sottoposte ad un regime di contingentamento che risale alla L. 22 maggio 1913 n. 468. Tale normativa ha scelto una pianificazione degli esercizi farmaceutici attraverso il sistema della pianta organica, che individua il numero delle farmacie ritenute idonee a rispondere alla domanda degli assistiti e attribuisce a ciascuna farmacia una sede geograficamente delimitata, in modo da garantire la copertura del fabbisogno sull'intero territorio nazionale.

Le successive leggi in materia (legge 2 aprile 1968 n. 475 e legge 8 novembre 1991 n. 362) hanno sostanzialmente confermato l'originario impianto pianificatorio.

L'art. 14 L. 23 dicembre 1978 n. 833 ha disposto che l'assistenza farmaceutica è erogata attraverso le farmacie (oggi dalle Aziende sanitarie tramite le farmacie) di cui sono titolari enti pubblici e le farmacie di cui sono titolari i privati, tutte convenzionate con il servizio sanitario nazionale.

L'articolo 8, comma 10, della legge n. 537/1993 ha proceduto alla riclassificazione delle specialità medicinali e dei preparati galenici, distinguendoli nelle seguenti classi:

a) farmaci essenziali e farmaci per malattie croniche;

b) farmaci, diversi da quelli di cui alla lettera a), di rilevante interesse terapeutico (tale categoria è stata soppressa, a decorrere dal 1° luglio 2001, dall'art. 85 comma 1 L. 23 dicembre 2000, n. 388);

c) altri farmaci privi delle caratteristiche indicate alle lettere a) e b) ad eccezione dei farmaci non soggetti a ricetta con accesso alla pubblicità al pubblico;

c-bis) farmaci non soggetti a ricetta medica con accesso alla pubblicità al pubblico (OTC).

Il comma 14 del medesimo articolo specifica che i farmaci collocati nella classe di cui al comma 10, lettera a), sono a totale carico del Servizio sanitario nazionale; mentre, i farmaci collocati nella classe di cui al comma 10, lettere c) e c-bis), sono a totale carico dell'assistito.

Il d.l. 4 luglio 2006 n. 223 (decreto Bersani), convertito con modificazioni nella L. 4 agosto 2006 n. 248, all'art. 5, ha previsto che gli esercizi commerciali di cui all'articolo 4, comma 1, lettere d), e) e f), del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114 (c.d. parafarmacie) possono effettuare attività di vendita al pubblico dei farmaci da banco o di automedicazione, di cui all'articolo 9-bis del decreto-legge 18 settembre 2001, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 novembre 2001, n. 405, e di tutti i farmaci o prodotti non soggetti a prescrizione medica, previa comunicazione al Ministero della Salute e alla regione in cui ha sede l'esercizio e secondo le modalità previste dal suddetto articolo 5.

Si ricorda che i farmaci, oltre alla classe di appartenenza in ragione del rimborso da parte del servizio sanitario nazionale, si distinguono anche a seconda se siano soggetti o meno a ricetta medica. Sotto tale profilo, da ultimo, l'art. 87 del D.lgs. 24 aprile 2006, n. 219 classifica i medicinali in una delle seguenti macro-categorie:

- medicinali soggetti a prescrizione medica (lettera a);

- medicinali soggetti a prescrizione medica da rinnovare volta per volta (lettera b);

- medicinali a prescrizione medica speciale (lettera c);

- medicinali a prescrizione medica limitativa (lettera d);
- medicinali non soggetti a prescrizione medica (lettera e), comprendenti i medicinali da banco o di automedicazione e i restanti medicinali non soggetti, appunto, a prescrizione medica.

A tale ultima macro-categoria di farmaci fa riferimento l'art. 9-bis D.L. 18 settembre 2001, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 novembre 2001, n. 405, cui rinvia la disposizione di cui al comma 1 art. 5 D.L. 223/2006.

Il successivo comma 2 dell'art. 5 D.L. 223/2006 prevede poi che nelle c.d. parafarmacie la vendita dei farmaci di cui al precedente comma 1 è consentita durante l'orario di apertura dell'esercizio commerciale e deve essere effettuata nell'ambito di un apposito reparto, alla presenza e con l'assistenza personale e diretta al cliente di uno o più farmacisti abilitati all'esercizio della professione ed iscritti al relativo ordine.

Il recente art. 32 d.l. 6 dicembre 2011 n. 201 (convertito, con modificazioni, nella l. 22 dicembre 2011 n. 214) ha previsto che nei citati esercizi commerciali possono essere venduti senza ricetta medica anche i medicinali di cui all'articolo 8, comma 10, lettera c), della legge 24 dicembre 1993, n. 537 (ad eccezione dei medicinali di cui all'articolo 45 del d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, e di cui all'articolo 89 d.lgs. 24 aprile 2006 n. 219, nonché dei farmaci del sistema endocrino e di quelli somministrabili per via parenterale). Tuttavia, il comma 1 bis, rimette al Ministero della Salute il compito di individuare, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, un elenco, periodicamente aggiornabile, dei medesimi farmaci di fascia C, per i quali permane l'obbligo di ricetta medica e dei quali non è consentita la vendita negli appositi locali degli esercizi commerciali (parafarmacie).

La norma sopravvenuta, dunque, non ha rimosso l'ostacolo normativo lamentato dalla ricorrente.

Tale ultimo dato normativo rafforza il convincimento del Collegio circa la rilevanza della questione di costituzionalità.

Come dedotto dalla ricorrente nella memoria depositata in data 14 febbraio 2012, al fine di sostenere il permanere del proprio interesse ad agire nonostante la sopravvenuta normativa, l'art. 32 D.L. 201/2011 si limita a prevedere che un successivo decreto ministeriale individui, tra i farmaci attualmente classificati in fascia C, quelli per i quali permane l'obbligo della ricetta medica e dei quali non è consentita la vendita nelle parafarmacie. E' evidente che, pur prevedendosi un ampliamento dei farmaci che potranno essere venduti in tali esercizi commerciali, comunque continuerà ad essere inibita alle c.d. parafarmacie la vendita di quei farmaci di fascia C per i quali permarrà l'obbligo della prescrizione medica.

Il principio e la disciplina di cui all'art. 5 L. 248/2006 rimangono dunque immutati. Anzi, l'art. 32 D.L. 201/2011 conferma la portata della disposizione, laddove esclude che le c.d. parafarmacie possano vendere i farmaci soggetti a prescrizione medica.

Come sopra detto, l'art. 5 L. 248/2006 è stato applicato dall'Azienda sanitaria per negare alla ricorrente l'autorizzazione richiesta. Il riferimento a tale disposizione – la cui portata, come appena argomentato, non è mutata a seguito della normativa sopravvenuta – rappresenta l'unico presupposto normativo su cui si fonda il provvedimento impugnato.

Se il Collegio non dubitasse della compatibilità costituzionale della disposizione in esame, la pretesa della ricorrente sarebbe infondata, in quanto l'Azienda sanitaria si è limitata a fare

applicazione della norma in vigore che, come sopra precisato, non si presta ad un'interpretazione estensiva.

Pertanto si rende necessario sollevare la questione di legittimità costituzionale il cui accoglimento soltanto consentirebbe al Collegio di annullare il provvedimento impugnato.

4.2) Sulla non manifesta infondatezza della questione.

Il Collegio ritiene di sottoporre al vaglio della Corte Costituzionale il comma 1 dell'art. 5 D.L. 223/2006, convertito nella L. 248/2006, per violazione degli artt. 3 e 41 Cost., nella parte in cui non consente alle c.d. parafarmacie la vendita di medicinali di fascia C, soggetti a prescrizione medica, il cui costo è totalmente sopportato dal privato.

L'analisi, ad avviso di questo Tribunale, deve essere condotta muovendo dai due elementi che caratterizzarono i farmaci della cui vendita si discute: il loro costo a totale carico del cittadino-acquirente, e la necessità della prescrizione medica per il relativo acquisto.

Si tratta di verificare se l'esclusione delle c.d. parafarmacie dalla vendita di tale categoria di farmaci sia giustificata alla luce dei precetti di cui agli artt. 3 e 41 Cost.

Come sopra ricordato nella sintetica ricostruzione del panorama normativo di riferimento, fino all'entrata in vigore della disposizione del c.d. decreto Bersani la vendita dei farmaci (rectius di tutti i farmaci) è stata riservata alle farmacie.

L'attività di farmacista costituisce un'attività di impresa rispetto alla quale, tuttavia, la complessa regolamentazione pubblicistica è preordinata ad assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del diritto alla salute (cfr. Corte Cost. 10 marzo 2006, n. 87).

Sotto altro profilo l'esclusiva nella vendita dei farmaci attribuita alle farmacie (almeno fino, appunto al decreto Bersani) si giustifica in relazione alla prestazione dell'assistenza farmaceutica, che fa capo al servizio sanitario nazionale. Essa consiste nel dispensare all'assistito, su presentazione della ricetta medica, specialità medicinali nei limiti fissati dai livelli essenziali di assistenza e dunque con onere (totale o parziale) a carico del servizio sanitario.

La prestazione dell'assistenza farmaceutica, nel senso appena precisato, in virtù dell'art. 14 L. 833/1978 è erogata dalle aziende sanitarie per il tramite delle farmacie, su cui le aziende stesse esercitano la vigilanza. La previsione dell'esclusività a favore delle farmacie nella vendita dei farmaci che sono a carico, totale o parziale (in tale ultimo caso con la compartecipazione del cittadino), del servizio sanitario nazionale si giustifica quindi in relazione al controllo della spesa pubblica destinata appunto all'assistenza farmaceutica.

Ora, l'art. 5 del D.L. 223/2006 ha aperto il mercato della vendita di farmaci anche a strutture (le c.d. parafarmacie) non rientranti nella disciplina autorizzatoria delle farmacie, trattandosi di locali appositamente adibiti presso esercizi commerciali, alla presenza e con l'assistenza personale e diretta al cliente di uno o più farmacisti abilitati all'esercizio della professione ed iscritti al relativo Ordine.

Tuttavia la vendita è stata limitata ai farmaci da banco o di automedicazione e a tutti i farmaci o prodotti non soggetti a prescrizione medica. Risultano pertanto esclusi dalla possibilità di vendita da parte delle c.d. parafarmacie, oltre ai farmaci il cui costo è a carico del servizio sanitario nazionale,

tutti quei farmaci per i quali sia necessaria la prescrizione medica ma il cui costo è a totale carico del cliente.

Tale limitazione all'esercizio dell'attività imprenditoriale delle c.d. parafarmacie non appare giustificata in relazione ai parametri di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost., in particolare in relazione al fine sociale.

La disposizione della nostra Carta fondamentale, da ultimo citata, dopo aver affermato al comma 1 il principio della libertà di iniziativa economica privata, stabilisce, al comma 2, che la stessa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da arrecare danno alla libertà, sicurezza e dignità umana; il comma 3 demanda alla legge la determinazione dei programmi e dei controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale (cfr. da ultimo Corte Cost. 22 luglio 2010 n. 270), nell'interpretare le clausole generali di "utilità sociale" e "fini sociali" (di cui rispettivamente al comma 2 e al comma 3 dell'art. 41 Cost.), ha precisato che le esigenze di utilità sociale devono essere bilanciate con la concorrenza, la loro individuazione non deve apparire arbitraria, devono essere ragionevoli e non realizzare un'ingiustificata disparità di trattamento. La Corte mette quindi in luce la chiara correlazione tra gli artt. 3 e 41 Cost.

Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata giustificate dall'utilità sociale consentono una regolazione finalizzata a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale, ma, in quanto derogatorie del principio generale stabilito al comma 1 dell'art. 41 Cost., è necessario che tali limitazioni rappresentino la sola misura in grado di garantire la tutela di quegli interessi "diversi" (cfr. Corte Cost. citata). E ciò è tanto più necessario se si considera che corollario ed espressione della libertà di iniziativa economica è la concorrenza e che, sotto tale profilo, il nostro ordinamento deve esplicitarsi in modo coerente con quello europeo, che, a sua volta, coniuga i principi del mercato e della concorrenza con l'obiettivo dello sviluppo economico-sociale, basato tanto su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva quanto su una crescita economica equilibrata (cfr. art. 3 TUE).

In sintesi l'iniziativa economica privata e l'intervento pubblico nell'economia come delineato nella Costituzione – letta anche alla luce dei principi dell'Unione europea - possono coesistere, ma è necessario che siano resi complementari e armonizzati per il raggiungimento di fini sociali e di benessere collettivo.

Ne consegue che l'esercizio della libertà economica privata può essere limitato, ma solo per ragioni di utilità sociale, sicché il rispetto della norma costituzionale postula che l'imposizione di limiti deve rispondere ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità.

In particolare, i limiti posti alla libertà di iniziativa economica privata, per essere legittimi, devono essere diretti a tutelare, con carattere di adeguatezza e proporzionalità, altri valori di rilevanza costituzionale.

La Corte Costituzionale ha avuto modo di affermare che la complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci mira ad assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute (cfr. Corte Cost. 14 dicembre 2007, n. 430).

Tuttavia nel caso di specie la compressione dell'esercizio dell'attività economica delle c.d. parafarmacie ed un regime differente rispetto a quello delle farmacie c.d. tradizionali non si giustificano sotto il profilo della tutela della salute.

Se infatti, da un lato, è innegabile il carattere particolare dei medicinali, che si distinguono dalle altre merci per gli effetti terapeutici cui sono preordinati, altrettanto innegabile è che la disciplina positiva in materia di parafarmacie risulta idonea a garantire il contemperamento tra la vendita di farmaci, quale espressione di esercizio di un'attività economica, e la tutela della salute.

Va evidenziato a tal proposito che nel sistema vigente i farmaci di cui all'art. 87, comma 1 lett. a) e b) del d.lgs. n. 219/2006 possono essere venduti nelle farmacie tradizionali solo a fronte della presentazione di una ricetta medica. Sussiste dunque un controllo a monte in ordine all'idoneità del farmaco allo scopo terapeutico di cui si fa carico il medico. Il farmacista "tradizionale" si limita a consegnare il farmaco al paziente-cliente che presenta la ricetta medica, previa verifica della corrispondenza tra il farmaco prescritto e il farmaco consegnato.

Come più volte evidenziato, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del D.L. 223/2006 nelle c.d. parafarmacie la vendita dei medicinali ammessi alla libera distribuzione deve essere effettuata necessariamente da parte di farmacisti abilitati all'esercizio della professione ed iscritti al relativo Ordine. Orbene, anche in questo caso si tratta di soggetti che, a parità di titolo di studio e di requisiti professionali rispetto ai farmacisti "tradizionali", sono chiamati a vendere dei beni che hanno attinenza con la salute umana, e quindi sono titolati ad effettuare valutazioni analoghe rispetto a quelle demandate ai farmacisti "tradizionali", addirittura con un maggior grado di autonomia e conseguente responsabilità, dal momento che manca il "controllo a monte", demandato al medico che rilascia la ricetta.

Indubbiamente i farmaci somministrabili senza ricetta medica comportano dei rischi per la salute umana inferiori rispetto a quelli dei farmaci per i quali è prescritta la ricetta. Ciò non toglie che si tratta pur sempre di farmaci, il cui abuso od uso improprio potrebbe produrre dei seri danni alla salute dell'utente.

Ma se il legislatore ha ritenuto che i farmacisti delle c.d. parafarmacie possono, in piena autonomia, vendere i farmaci che non necessitano di ricetta medica, ritenendo che tali soggetti siano muniti di conoscenze scientifiche e di professionalità adeguate ad esercitare tale incombenza, non si vedono le ragioni per cui gli stessi soggetti non possano vendere i farmaci di c.d. fascia C, la cui utilizzabilità da parte di uno specifico cliente dipende non da un'esclusiva valutazione del farmacista (come per i farmaci da banco e per i farmaci per i quali non è richiesta la ricetta medica), ma da un controllo "a monte", affidato al medico che ha effettuato la prescrizione.

In sostanza, con l'imposizione della ricetta, il sistema affida il controllo del rischio derivante dall'utilizzo di particolari farmaci al medico, mentre è del tutto indifferente che la vendita sia effettuata presso una farmacia "tradizionale" ovvero una c.d. parafarmacia, perché il concreto dispensatore del prodotto, sia nell'uno come nell'altro caso, è sempre un farmacista abilitato all'esercizio della professione e regolarmente iscritto all'Albo.

Ed allora la discriminazione in danno delle c.d. parafarmacie, escluse dalla vendita dei farmaci di fascia C, risulta del tutto irrazionale ed ingiustificabile.

Ancora, in base alla normativa vigente in materia, la parafarmacia (analogamente alla farmacia): garantisce la tracciabilità del farmaco venduto grazie al codice unico attribuitogli dal Ministero della Salute; si avvale dei medesimi canali di rifornimento delle farmacie con tutte le garanzie di

qualità e sicurezza che ciò comporta; utilizza per la gestione della propria attività gli stessi sistemi informatici delle farmacie ed è quindi costantemente aggiornata su tutte le problematiche inerenti i farmaci.

Tali elementi complessivamente considerati inducono il Collegio a ritenere irragionevole, illogica ed ingiustificata l'esclusione dalla vendita da parte delle c.d. parafarmacie dei farmaci di fascia C distribuibili solo dietro presentazione di prescrizione medica.

La compressione dell'esercizio dell'attività economica non si giustifica neppure sotto il profilo del controllo della spesa pubblica. I farmaci di cui si discute (c.d. fascia C) sono infatti a totale carico del cliente, non gravando dunque sulle finanze pubbliche. Si è al di fuori del concetto di assistenza farmaceutica, pertanto non si ravvisano elementi che possano giustificare un'esclusiva riservata alle farmacie nella vendita di tali medicinali.

Di contro l'inserimento nel mercato di ulteriori operatori economici consentirebbe, per tali tipi di farmaci, una dinamica dei prezzi che andrebbe a beneficio dei consumatori, gli unici, si ripete, chiamati a sostenerne il costo.

Orbene, la compressione dell'iniziativa economica privata di cui sono titolari gli esercizi commerciali noti come parafarmacie non si giustifica sotto un profilo di utilità sociale rispetto alla tutela di interessi diversi di pari rango costituzionale.

Per completezza va evidenziato che l'irrazionalità del vigente sistema è stata avvertita dallo stesso legislatore che, nella versione originaria dell'art. 32 comma 1 del D.L. 6 dicembre 2011 n. 201 aveva previsto che "In materia di vendita dei farmaci, negli esercizi commerciali di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, che ricadono nel territorio di Comuni aventi popolazione superiore a quindicimila abitanti e, comunque, al di fuori delle aree rurali come individuate dai Piani Sanitari Regionali, in possesso dei requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi fissati con decreto del Ministro della salute, previa intesa con la conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regione e le Province autonome di Trento e di Bolzano, adottato entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, possono essere venduti anche i medicinali di cui all'articolo 8, comma 10, lettera c) della legge 24 dicembre 1993, n. 537, e successive modificazioni, ad eccezione dei medicinali di cui all'articolo 45 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni e di cui all'articolo 89 del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219. Con il medesimo decreto, sentita l'Agenzia Italiana del Farmaco, sono definiti gli ambiti di attività sui quali sono assicurate le funzioni di farmacovigilanza da parte del Servizio sanitario nazionale".

Dunque, seppure soltanto per gli esercizi commerciali ricadenti nel territorio di Comuni con popolazione superiore a quindicimila abitanti, il legislatore aveva espressamente previsto la possibilità per le c.d. parafarmacie di vendere anche i c.d. farmaci di fascia C.

Tuttavia, con la legge di conversione 22 dicembre 2011 n. 214 il legislatore ha radicalmente mutato la disposizione sopra richiamata. Infatti, per i Comuni superiori a 12.500 abitanti e comunque al di fuori delle aree rurali (da determinare con una particolare procedura), al comma 1 dell'art. 32 ha ammesso la libera vendita dei farmaci di fascia C) nelle c.d. parafarmacie, sia pure con talune esclusioni (riguardanti i medicinali di cui all' articolo 45 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, e di cui all' articolo 89 del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219, nonché dei farmaci del sistema endocrino e di quelli somministrabili per via parenterale), salvo poi, al comma 1 bis, demandare ad un apposito decreto - da adottarsi dal Ministero della salute, sentita l'Agenzia italiana del farmaco, entro

centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione - l'individuazione di un elenco, periodicamente aggiornabile, dei farmaci di cui all' articolo 8, comma 10, lettera c), della legge 24 dicembre 1993, n. 537, e successive modificazioni, per i quali permane l'obbligo di ricetta medica e dei quali non è consentita la vendita nelle c.d. parafarmacie.

In tal modo, con la previsione di un elenco apposito, è stato di fatto svuotato il principio della libera vendita dei farmaci di fascia C), che pure si era tentato di introdurre.

In conclusione, in base alle considerazioni che precedono il sospetto di incostituzionalità della limitazione prevista dall'art. 5 comma 1 D.L. Bersani, di fatto confermata dall'art. 32 del D.L. 201/2011, appare non manifestamente infondato e rilevante ai fini della decisione.

Circa la rilevanza della questione prospettata, va ribadito infatti che la sorte del ricorso è indissolubilmente legata all'esito del giudizio di costituzionalità della norma citata, dal momento che la domanda della ricorrente può essere accolta solo in quanto risulti fondata la prospettata questione di legittimità costituzionale.

Con l'occasione, si rappresenta l'opportunità che, ai sensi dell'art. 27 della L. 11 marzo 1953, n. 87, ove sia accolta la sollevata questione di costituzionalità, la Corte dichiari altresì l'illegittimità costituzionale dell'art. 32, comma 1 bis, del D.L. 6 dicembre 2011 n. 201 (convertito, con modificazioni, nella L. 22 dicembre 2011 n. 214).

5) Tanto premesso, ai sensi dell'art. 23, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, ritenendola rilevante e non manifestamente infondata, questo Tribunale solleva questione di legittimità costituzionale dell'art.5 comma 1 del decreto legge 4 luglio 2006 n. 223, convertito con modificazioni nella L. 4 agosto 2006 n. 248, per contrasto con gli artt. 3 e 41 della Costituzione, secondo i profili e per le ragioni sopra indicate, con sospensione del giudizio fino alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana della decisione della Corte Costituzionale sulle questioni indicate, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 79 ed 80 del cod. proc. amm. ed art. 295 c.p.c.

Riserva al definitivo ogni ulteriore decisione, nel merito e sulle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria

visto l'art. 23 della l. 11.3.1953, n. 87, ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 comma 1 del decreto legge 4 luglio 2006 n. 223, convertito con modificazioni nella L. 4 agosto 2006 n. 248, in relazione agli artt. 3, e 41 della Costituzione, nella parte in cui non consente agli esercizi commerciali ivi previsti (c.d. parafarmacie) la vendita di medicinali di fascia C soggetti a prescrizione medica,

dispone la sospensione del giudizio e trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

Rinvia ogni definitiva statuizione nel merito e sulle spese di lite all'esito del promosso giudizio incidentale, ai sensi dell'art. 79 ed 80 del cpa.

Ordina che, a cura della Segreteria, la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa, al Presidente del Consiglio dei Ministri e sia comunicata ai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati.

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2012 e del giorno 18 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Ettore Leotta, Presidente

Giuseppe Caruso, Consigliere

Valentina Santina Mameli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/05/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)