
	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 10 - 11 aprile 2014 Giovanni Giardino, Gianguido D'Alberto – Regione Abruzzo Giurisprudenza di merito di interesse regionale
---	---	--

GIURISPRUDENZA DI MERITO DI INTERESSE REGIONALE

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 10 - 11 aprile 2014 Giovanni Giardino, Gianguido D'Alberto – Regione Abruzzo Giurisprudenza di merito di interesse regionale
---	---	--

SPUNTI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI SEDI FARMACEUTICHE DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DELL'ART. 11 DEL D.L. 1/2012, CONV. CON MODIFICAZIONI, DALLA L. 27/2012


1.Premessa.

La presente relazione¹, prendendo le mosse dalla sentenza 25 febbraio 2014, n. 915 con cui il Consiglio di Stato si è pronunciato in materia di istituzione di nuove sedi farmaceutiche a seguito dell'entrata in vigore del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, rappresenta un'occasione per esaminare le pronunce con cui il predetto organo di giustizia amministrativa, nel corso del corrente anno, ha risolto diversi profili critici insorti con l'attuazione del citato decreto legge che ha consentito, grazie alla diminuzione del quorum del rapporto con la popolazione di cui all'art. 1 della legge 475/1968, l'istituzione di nuove sedi farmaceutiche.

Al fine di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge e di garantire al contempo una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico, l'articolo 11 del decreto legge 1/2012 ha significativamente innovato l'ordinamento normativo regolatore del medesimo servizio attualmente disciplinato dalla legge 475/1968, modificando, come già anticipato, il quorum del rapporto con la popolazione ai fini della determinazione del numero delle sedi farmaceutiche ed integrandone le disposizioni con particolare riferimento alle modalità di individuazione e di copertura delle nuove sedi. In questo contesto assumono particolare importanza le disposizioni funzionali all'attribuzione della competenza di determinazione dell'incremento delle sedi e di individuazione delle aree di pertinenza delle nuove farmacie e di previsione di poteri sostitutivi tesi ad impedire l'attuazione delle norme e, quindi, il mancato incremento delle farmacie. In particolare, attraverso la sostituzione dell'articolo 2 della legge 475/1968, si prevede che *“ogni comune deve avere un numero di farmacie in rapporto a quanto disposto dall'articolo 1. Al fine di assicurare una maggiore accessibilità al servizio farmaceutico, il comune, sentiti l'azienda sanitaria e l'Ordine provinciale dei farmacisti competente per territorio, identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie, al fine di assicurare un'equa distribuzione sul territorio, tenendo altresì conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate”* ed, in forza del comma 9, *“Qualora il comune non provveda a comunicare alla regione o alla provincia autonoma di Trento e di Bolzano l'individuazione delle nuove sedi disponibili entro il termine di cui al comma 2 del presente articolo, la regione provvede con proprio atto a tale individuazione entro i successivi sessanta giorni. Nel caso in cui le regioni o le province autonome di Trento e di Bolzano non provvedano nel senso indicato ovvero non provvedano a bandire il concorso straordinario e a concluderlo entro i termini di cui al comma 3, il Consiglio dei Ministri esercita i poteri sostitutivi di cui all'articolo 120 della Costituzione con la nomina di un apposito commissario che provvede in sostituzione dell'amministrazione inadempiente anche espletando le procedure concorsuali ai sensi del presente articolo”*.

Le pronunce sino ad oggi adottate si rilevano particolarmente interessanti non solo per la novità dell'ambito oggettivo affrontato ma anche per i singoli aspetti trattati quali, solo a

¹ La presente relazione è stata redatta con il contributo della Dott.ssa Marialaura Simeoni.

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 10 - 11 aprile 2014 Giovanni Giardino, Gianguido D'Alberto – Regione Abruzzo Giurisprudenza di merito di interesse regionale
---	---	--

titolo esemplificativo, la natura dei provvedimenti di modifica della pianta organica delle farmacie, la ripartizione delle competenze tra i vari livelli di governo, la natura e l'efficacia dei pareri resi dall'ordine provinciale dei farmacisti.

2. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 25 febbraio 2014, n. 915.

La sentenza in esame, adottata dal Consiglio di Stato, sez. III, n. 915 del 25.02.2014, assume un rilievo significativo sotto due aspetti – corrispondenti ai vizi sollevati dall'appellante - nella misura in cui chiarisce sia la portata della natura giuridica del provvedimento con cui il Comune dispone in ordine alla dislocazione delle nuove sedi farmaceutiche sia il valore da attribuire al parere obbligatorio reso dall'Ordine provinciale dei farmacisti competente per territorio.

Il contenzioso trae origine dall'impugnazione da parte di un titolare di farmacia dei provvedimenti con cui il Comune di Andria ha dato attuazione al d.l. 1/2012 prevedendo l'istituzione di nuove sedi farmaceutiche ritenendosi il ricorrente leso, in particolare, dalla configurazione della zona assegnata ad una nuova sede confinante, almeno in parte, con il territorio appartenente alla sua farmacia.

Più precisamente, i punti in contestazione sono due. Primo, la scelta della ubicazione: il ricorrente sostiene che la nuova farmacia si sarebbe dovuta collocare in un'area più periferica e meno servita. Secondo, la perimetrazione della zona: il ricorrente deduce che quella definitivamente adottata non coincide con quella elaborata nella fase preparatoria e che la modifica intervenuta in corso di procedimento è viziata perché non è stato acquisito in proposito il parere obbligatorio dell'Ordine provinciale dei farmacisti.


Sulla prima contestazione il Collegio, non condividendo le argomentazioni formulate dall'appellante, ha osservato che *“la dislocazione delle sedi farmaceutiche sul territorio comunale è frutto di ampia discrezionalità e le scelte effettuate a questo riguardo dall'autorità competente – benché opinabili per definizione - non sono sindacabili se non per manifesta irrazionalità e analoghi vizi... Non è manifestamente irrazionale che la nuova farmacia venga collocata in un'area già servita dalle farmacie preesistenti, se l'entità della popolazione interessata lo giustifica”*.

Al riguardo, sostiene il Collegio che anche se *“E' vero che l'aumento del numero delle farmacia risponde anche allo scopo di estendere il servizio farmaceutico alle zone meno servite, ma tale indicazione non è tassativa né esclusiva”*.

Con riguardo alla seconda contestazione, avente ad oggetto un vizio consistente nel fatto che la modifica apportata nella fase terminale del procedimento – lesiva dell'interesse del ricorrente in quanto il nuovo confine sacrifica maggiormente la zona della sua titolarità - non è stata preceduta dall'acquisizione del parere dell'Ordine provinciale dei farmacisti, il Collegio ha chiarito che l'autorità procedente, dopo aver acquisito il parere dell'Ordine provinciale dei farmacisti, ai sensi del nuovo articolo 2 della legge 475/1968², su un

² L'articolo 2 della legge 12-4-1968 n. 475 (Norme concernenti il servizio farmaceutico) dispone che:

1. Ogni comune deve avere un numero di farmacie in rapporto a quanto disposto dall'articolo 1. Al fine di assicurare una maggiore accessibilità al servizio farmaceutico, il comune, sentiti l'azienda sanitaria e l'Ordine provinciale dei farmacisti competente per territorio, identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie, al fine di assicurare un'equa distribuzione sul territorio, tenendo altresì conto dell'esigenza di

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 10 - 11 aprile 2014 Giovanni Giardino, Gianguido D'Alberto – Regione Abruzzo Giurisprudenza di merito di interesse regionale
---	---	--

determinato progetto di pianta organica non è vincolata ad approvare il progetto esattamente con quella medesima configurazione, potendo apportare una variazione (ancorchè minima) senza chiedere nuovamente il parere. Ciò soprattutto quando, ad avviso del Collegio, l'Ordine competente si è espresso in ordine al progetto nel suo complesso, senza specifici riferimenti a dettagli determinati a cui, quindi, non è stato attribuito particolare interesse. In tale situazione l'autorità procedente l'autorità procedente *“poteva legittimamente ritenere che eventuali piccole variazioni di dettaglio, tali da non alterare il quadro complessivo, fossero compatibili con il parere già acquisito; e poteva quindi apportarle senza chiederne un secondo”*.

3. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 30 maggio 2014, n. 2800.

Come già anticipato nei paragrafi precedenti, oggetto di analisi sono, altresì, gli interessanti contributi resi dal Consiglio di Stato, a partire dalla sentenza adottata nel mese di febbraio, all'indomani della riforma che ha in parte investito il sistema farmaceutico attraverso l'introduzione di norme volte a favorire l'apertura di nuove sedi farmaceutiche.

Particolarmente interessante appare la sentenza in esame dal momento che ricostruisce il rapporto tra Comuni e Regioni, come disciplinato dal comma 9 dell'articolo 11 d.l. 1/2012, restituendo una esatta interpretazione attuativa della competenza sostitutiva attribuita in tale contesto alla Regione.


Il contenzioso nasce dalla seguente circostanza: Il Comune di Pulsano il 30 marzo 2012 formula la proposta o progetto di individuazione della zona da assegnare alla nuova farmacia, in attuazione di quanto previsto dal d.l. 1/2012. La proposta è stata trasmessa all'A.S.L. ed all'Ordine dei Farmacisti per l'acquisizione dei rispettivi pareri (obbligatori per legge) ed alla Regione per conoscenza.

Il Comune ha poi approvato definitivamente la nuova pianta delle farmacie con delibera del 29 maggio 2012, n. 85. Tuttavia la Regione, rilevando che il Comune aveva definito il procedimento di sua competenza oltre la data fissata dal legislatore, ha ritenuto di avere il potere-dovere di provvedere in via sostitutiva e ciò ha fatto con la delibera di Giunta regionale n. 1261 del 19 giugno 2012. La delibera regionale conferma l'istituzione della terza farmacia in Comune di Pulsano, ma le assegna un'ubicazione diversa da quella prevista dall'amministrazione comunale. E' evidente che la Regione interviene quando già era scaduto il termine di cui all'art. 11, comma 9 del decreto legge 1/2012 ma dopo che il Comune aveva definito il procedimento.

L'appellante, in qualità di titolare di una delle due preesistenti farmacie del Comune, si oppone alle determinazioni assunte dalla Regione riguardo alla sua ubicazione, siccome lesive del proprio interesse di esercente. In sostanza, il ricorrente – inevitabilmente inciso nei suoi interessi dall'ingresso nel mercato di un nuovo concorrente – mostra di ritenere preferibile la diversa soluzione che aveva adottato il Comune. Quanto alla legittimità, il

garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate.

2. Il numero di farmacie spettanti a ciascun comune è sottoposto a revisione entro il mese di dicembre di ogni anno pari, in base alle rilevazioni della popolazione residente nel comune, pubblicate dall'Istituto nazionale di statistica.

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 10 - 11 aprile 2014 Giovanni Giardino, Gianguido D'Alberto – Regione Abruzzo Giurisprudenza di merito di interesse regionale
---	---	--


ricorrente sostiene che la Regione non aveva motivo né titolo per intervenire sovrapponendo le proprie determinazioni a quelle già formalmente perfezionate da parte del Comune.

L'aspetto interessante della sentenza risiede nel fatto che il Collegio è chiamato a risolvere il problema se l'insorgere della competenza sostitutiva della Regione abbia comportato – istantaneamente e prima ancora che fosse esercitata – l'estinzione del potere del Comune; o se, al contrario, tale estinzione si sarebbe verificata solo al momento dell'esercizio della competenza sostitutiva e per effetto di questa, sempreché a quel momento perdurasse ancora l'inadempienza del Comune.

Si sostiene, al riguardo, che l'insorgere della competenza sostitutiva non comporta di per sé la spoliazione della competenza del Comune; ciò in quanto la competenza sostitutiva non si configura quale sanzione bensì come rimedio per l'eventualità che il Comune resti inadempiente. In quest'ottica la scadenza del termine produce un effetto certo ed immediato, nel senso che a partire da quel momento la Regione è investita della competenza sostitutiva che può e deve esercitare senza attendere ulteriormente. *“Ma se il Comune giunge a definire il procedimento quando il termine è decorso, ma la Regione non ha ancora esercitato la competenza sostitutiva, l'interesse alla celerità è soddisfatto e l'obiettivo perseguito dal legislatore è raggiunto”*. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, *“Negare la validità, o l'utilità, dell'atto compiuto dal Comune si risolverebbe nella necessità di una nuova attesa, in contrasto con l'interesse perseguito dal legislatore”*.

Appare, quindi, evidente che attraverso lo strumento del potere sostitutivo, il legislatore abbia voluto garantire la rapida definizione dei procedimenti preliminari, in modo da giungere nel più breve tempo possibile all'indizione del concorso ed all'assegnazione delle nuove sedi farmaceutiche ma senza ledere la competenza del Comune che rimane laddove si attivi prima dell'esercizio del potere sostitutivo dalla parte della Regione.

Per completezza, si segnala, con riguardo ai limiti di esercizio del potere sostitutivo regionale, la recentissima pronuncia del Tar Lombardia – Milano, sez. III, 17 ottobre 2014, n. 2504 con cui, in conformità con quanto già chiarito dal Consiglio di Stato in merito alla ripartizione delle competenze tra Comuni e Regione nell'ambito del procedimento di istituzione di nuove sedi farmaceutiche, ha precisato che *“il potere di surroga della Regione, invadendo la sfera di competenza assegnata dalla legge ai Comuni, possa essere esercitato soltanto quando l'ente locale abbia abdicato volontariamente ad esercitare il proprio potere nella materia di cui si discute”*. Secondo il TAR Lombardia – Milano, infatti, il potere sostitutivo della Regione può essere esercitato soltanto in caso di mancato esercizio del proprio potere da parte dell'ente locale; ciò in quanto il legislatore statale ha scelto di attribuire ai Comuni il compito di individuare le zone in cui collocare le farmacie trattandosi di livello di governo più vicino ai cittadini e, per tale motivo, maggiormente in grado di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche ai cittadini residenti in aree scarsamente abitate. La sentenza appare interessante anche nella parte in cui fornisce un quadro illustrativo circa la diversità e l'autonomia dei procedimenti amministrativi in materia di farmacie. In particolare si osserva che l'art. 11 del d.l. 1/2012, devolvendo ai comuni la competenza ad individuare le sedi farmaceutiche da istituire, lasciando alla Regione solo la possibilità di intervenire in via sostitutiva in caso di inerzia dell'ente locale, ha delineato due procedimenti distinti, seppure logicamente e giuridicamente connessi: l'uno di competenza del Comune volto all'istituzione delle

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 10 - 11 aprile 2014 Giovanni Giardino, Gianguido D'Alberto – Regione Abruzzo Giurisprudenza di merito di interesse regionale
---	---	--

nuove sedi farmaceutiche; l'altro di competenza della Regione volta alla copertura delle sedi attraverso una procedura concorsuale, concludendosi con provvedimenti definitivi e autosufficienti rispetto alla funzione cui sono preordinati.

4. Altre pronunce in materia.


Degna di nota appare anche la sentenza del Consiglio di Stato 15 aprile 2014, n. 1828 nella parte in cui conferma le argomentazioni sostenute dal Giudice di prima istanza per rilevare la manifesta infondatezza dell'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 11 del citato decreto legge 1/2012, riproposta dai ricorrenti in sede di appello. Appare, altresì, interessante il richiamo al suo precedente orientamento al fine di individuare nella Giunta l'organo comunale deputato all'adozione del provvedimento di modifica della pianta organica delle farmacie, rigettando così la ricostruzione operata dal Tar Lazio che, nella sentenza appellata, aveva ritenuto il Consiglio comunale competente all'adozione del provvedimento *de quo* accogliendo in parte il ricorso.

In ordine al primo aspetto il Collegio, condivedendo pienamente le argomentazione del Tar Lazio, esclude, sostanzialmente, profili di criticità che possano sostenere la denunciata illegittimità costituzionale alla luce dell'affermata sussistenza di un conflitto di interessi determinato dalla possibilità per i Comuni, normativamente riconosciuta, di avere la titolarità di sedi farmaceutiche.

Ciò in quanto, secondo la ricostruzione resa dal Tar Lazio, l'articolo 11 del decreto legge n. 1 del 2012 ha radicalmente modificato la disciplina inerente il servizio farmaceutico, attribuendo ai Comuni il potere di individuare le sedi farmaceutiche da istituire e lasciando alla Regione solo la possibilità di intervenire in via sostitutiva in caso di inerzia dell'Ente locale, con ciò innovando la previgente disciplina, in base alla quale la revisione della pianta organica delle farmacie spettava esclusivamente alla autorità regionale, mentre l'Amministrazione comunale interveniva nel procedimento fornendo un apporto meramente consultivo.

Secondo l'organo giudicante tale attribuzione di competenze appare conforme e coerente con l'assetto costituzionale impresso all'ordinamento, organizzato sulla base di un sistema di carattere multilivello ispirato, quanto al riparto delle funzioni, al criterio ordinatore del principio di sussidiarietà, che privilegia, nell'allocazione delle funzioni, la loro attribuzione agli enti territoriali di dimensioni minori in quanto maggiormente idonei a conoscere e gestire gli interessi di livello locale stante la loro maggiore vicinanza ai cittadini, secondo il principio di sussidiarietà verticale, il quale subisce una deroga solo in caso in cui gli interessi coinvolti assumano dimensioni maggiori rispetto agli enti minori o necessitino di misure uniformi.

Il presidio normativo di una siffatta ripartizione delle funzioni risiede nell'art. 118 della Costituzione che attribuisce proprio ai comuni le funzioni amministrative primarie, i quali *"sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze"*, fatto salvo il caso *"che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza"*. Nel caso in questione la medesima attribuzione è stata conferita ai comuni appunto dalla legge statale *"di principio"* di cui all'art. 11 del decreto legge n. 1 del 2012, intervenuto in materia caratterizzata da legislazione regionale concorrente.

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 10 - 11 aprile 2014 Giovanni Giardino, Gianguido D'Alberto – Regione Abruzzo Giurisprudenza di merito di interesse regionale
---	---	--


Tra l'altro, ad avviso del Tar, questa impostazione che affida ai Comuni il compito di procedere alla istituzione di nuove farmacie ed alla individuazione delle relative zone oltre che coerente con il principio di sussidiarietà, *“risponde anche a logiche di efficienza ed adeguatezza dell'azione amministrativa, essendo i Comuni, in quanto enti esponenziali degli interessi della collettività insediata nel relativo territorio, in grado di conoscere le dinamiche demografiche e le specifiche necessità del proprio territorio, sulla cui base meglio modulare l'organizzazione del servizio farmaceutico in relazione alle specifiche esigenze e caratteristiche, al fine di dare compiuta attuazione alle finalità cui l'organizzazione del servizio farmaceutico deve rispondere, come individuate, dalla nuova disciplina introdotta dall'art. 11 del decreto legge n. 1 del 2012”*.

Per quanto attiene il secondo aspetto della questione, richiamando un proprio prevalente orientamento espresso nel corso degli anni (cfr. 4257/2013, 5952/2012, 6850/2000) - sebbene in molti casi riferito ad una attività meramente consultiva del Comune, chiamato ad esprimere un parere sul provvedimento di revisione delle piante organiche di competenza ante riforma della regione - il Collegio, in contrasto con la decisione adottata dal Giudice di prima istanza, sostiene la competenza della Giunta comunale all'adozione del provvedimento di revisione della pianta organica della farmacia osservando che la giunta ha competenza residuale per gli atti di amministrazione non riservati al consiglio e che non rientrano nelle competenze, previste dalle leggi o dallo statuto, del sindaco, del segretario o dei funzionari dirigenti. Tale competenza della giunta ha carattere generale e si estende anche alle ipotesi in cui norme anteriori prevedevano, in modo espresso, la competenza consiliare (come appunto il citato art. 2 co. 2 L.475/1968), essendo esse mera espressione dell'opposto principio, allora vigente, della generalità e residualità della competenza consiliare e della specialità e tipicità di quella giuntale.

Né la competenza del consiglio potrebbe trovare fondamento nel principio che il consiglio è l'organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo, in quanto tra i programmi sono da ricomprendere solo gli atti fondamentali relativi alla programmazione della vita politico-amministrativa dell'ente locale ed, al riguardo, l'attività comunale, è finalizzata a definire il numero e la distribuzione delle farmacie per un periodo definito con immediata efficacia e finalità di soddisfacimento dell'interesse alla garanzia di un servizio pubblico riconducibile alla tutela della salute, senza avere i caratteri della programmazione politico-amministrativa.

L'aspetto interessante si sostanzia proprio nella circostanza che il Collegio mutua un proprio orientamento, formatosi prima della riforma del 2012, quando l'attività del Comune era sostanzialmente accessoria a quella della Regione, configurandosi quale attività consultiva nell'ambito di un procedimento articolato il cui atto conclusivo di pianificazione del servizio di distribuzione e vendita dei farmaci rientrava era ascritta alla competenza regionale. In altri termini, nel riparto di competenze tra Giunta e Consiglio comunale, l'acquisizione della competenza dell'intero procedimento di programmazione del servizio farmaceutico non avrebbe alterato la distribuzione delle competenze tra i due organi.

Tuttavia, a tale proposito, si segnala una recentissima sentenza del Consiglio di Stato 16 settembre 2014, n. 4705 in cui il Collegio sembra aprire ad un orientamento diverso, osservando che *“ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. n. 267 del 2000 spetta, invero, di massima al Consiglio comunale, quale organo politico esponenziale della comunità locale,*

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 10 - 11 aprile 2014 Giovanni Giardino, Gianguido D'Alberto – Regione Abruzzo Giurisprudenza di merito di interesse regionale
---	---	--

l'adozione di atti che assumono valenza di pianificazione del territorio dei diversi interessi collettivi di rilievo generale che ad esso di riconducono e che, nella specie, coinvolgono la tutela del diritto alla salute l'accessibilità al servizio di vendita di prodotti farmaceutici".