

Rossana Virginia Bacchi

**“FORME DI GESTIONE DELLE FARMACIE
COMUNALI E
EFFETTI APPLICATIVI DELL’ART. 15 DELLA LEGGE
N.
166/2009”**

Materiale per il Convegno
organizzato da FARMA.CO.M. s.p.a.
con il patrocinio di
ASSOFARM
Comune di Monza
Provincia Monza Brianza

Monza (Villa Reale) – 23 gennaio 2010

Premessa

L'articolo 23 *bis* della legge 6 agosto 2008, n. 133 ha definito una nuova disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Il principio di fondo della riforma, ribadito nella nuova formulazione dell'art.23 bis, a seguito delle modificazioni introdotte dall'art.15 della legge 166 del 2009, è quello, delineato al comma 1, di *“favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale ... con modalità tali ... da garantire il diritto di universalità ed accessibilità dei servizi per tutti gli utenti nonché il livello essenziale delle prestazioni ai sensi dell'Art.117 comma 2 lettera e) ed m) della Costituzione”*.

Armonizzazione della disciplina generale con le discipline di settore

L'art. 23-*bis*, comma 1, stabilisce che le disposizioni da esso introdotte si applicano a tutti i servizi pubblici locali, prevalendo sulle relative discipline di settore [soltanto se] con esse incompatibili e prevede altresì che alcune tipologie di servizi siano espressamente escluse dal proprio ambito di applicazione. Tra le disposizioni fatte salve dal novellato art.23 bis è compresa la legge n.475 del 1968, disciplinante il servizio farmaceutico che, all'art.9 (come modificato dall'art.10 della legge n.362 del 1991) individua le forme di gestione delle farmacie comunali:

in economia;

a mezzo di azienda speciale;

a mezzo di consorzi tra comuni per la gestione di farmacie di cui sono unici titolari ;

a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il Comune abbia la titolarità.

La previsione esplicita della non applicabilità del novellato art.23 bis al settore delle farmacie comunali avrebbe dovuto fare definitiva chiarezza sul punto e non, nuovamente stimolare un acceso dibattito dottrinale relativamente alla specifica natura del servizio e alle future possibili opzioni gestionali del servizio.

Una parte della dottrina, afferma che la scelta operata dal legislatore di fare salva la normativa di cui alla legge n. 475 del 1968, (con ciò escludendo il settore delle farmacie dalla disciplina dell'art. 23 bis), vada ricercata nella natura del servizio che può essere qualificato sì come servizio pubblico, ma non come servizio pubblico locale in ragione del fatto che sarebbero titolari del servizio farmaceutico le Regioni (per il tramite delle ASL/ AUSL) e non già i Comuni, essendo demandata dalla legge alle unità sanitarie locali l'erogazione dell'assistenza farmaceutica per il tramite delle farmacie private e pubbliche (art.28 della legge 23.12. 1978, n.833), e un'altra parte della dottrina, sul tema dei modelli gestionali, sostiene che oltre alle forme di gestione elencate all'art.9 della legge 475 del 1968, come modificato dall'art.10 della legge n.362 del 1991, si possa far ricorso, per la gestione delle farmacie pubbliche, (anche) alle forme di gestione già previste in via generale per i servizi pubblici dalla legge n.142 del 1990.

Esclusione del settore farmaceutico dalla sfera di applicazione dell'art.23 bis

In realtà, anche a prescindere dalle considerazioni sulla natura (locale o meno) del servizio pubblico gestito dalle farmacie comunali, la scelta operata dal legislatore di sottrarre il servizio farmaceutico dalla sfera di applicazione dell'art. 23 bis, si dimostra (già) perfettamente coerente sia con la necessità di adeguamento della normativa nazionale al diritto comunitario, richiamata dallo stesso art. 23 bis, sia con la necessità di salvaguardare la peculiarità e la specificità della gestione del servizio farmaceutico e trova il suo fondamento in vari fattori, non ultimo la considerazione che il diritto comunitario riserva agli stati membri la competenza a disciplinare il settore farmacie e a determinare il grado di tutela della sanità pubblica.

Si deve considerare in primo luogo che la normativa italiana relativa al settore farmaceutico ha già realizzato, seppur con limiti ben definiti, in considerazione della natura particolare del servizio svolto (riservando ai soli farmacisti la gestione del servizio), un sistema di per sé garante dell'apertura al mercato e della concorrenza, - circa 17.000 farmacie private e circa 1.600 farmacie comunali, (queste ultime già aperte alla partecipazione dei soggetti privati), con ciò assolvendo la necessità di armonizzazione tra la disciplina generale (comunitaria) e la disciplina settoriale (specifica per il settore farmaceutico), per meglio dire: si debbono considerare rispettate le norme comunitarie e in particolare, le disposizioni sulla libertà di circolazione, comprese le libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali o, più semplicemente, pro concorrenziali, richiamate dal primo comma dell'art. 23 bis.

Inoltre, la normativa italiana, riservando la gestione della farmacia privata ai soli farmacisti, risulta coerente con le normative comunitarie in quanto idonea a salvaguardare (principalmente) la tutela della salute (garantendo l'indipendenza della professione di farmacista, il livello di sicurezza e di qualità nella dispensazione dei medicinali alla popolazione) e altresì idonea a garantire, nel caso delle farmacie comunali, l'interesse pubblico, realizzando politiche

commerciali che ottimizzano il perseguimento della tutela della sanità pubblica, e la trasparenza, prevedendo l'assunzione a concorso per titoli ed esami, sia per il farmacista direttore sia per il farmacista collaboratore.

La complessità della regolamentazione dell'attività, non di mera rivendita, bensì di dispensazione dei prodotti medicinali, è giustificata dalla necessità di assicurare e controllare la corretta fruizione dei medicinali da parte dei cittadini e per conseguenza, a garantire in via primaria la tutela del diritto alla salute e solo in subordine il risultato economico connesso all'attività.

Un'altra ragione di fondo della differenza tra il servizio delle farmacie comunali e ogni (altro) servizio pubblico locale, riguarda la natura stessa del diritto di esercizio del servizio: infatti la gestione dei servizi pubblici locali viene direttamente assunta da parte del Comune (art. 1 TU 2578 del 1925) mentre l'esercizio della farmacia, (sia pubblica sia privata), è subordinato al rilascio di un titolo autorizzativo (art.1, legge n.475 del 1968) che si configura come vera e propria concessione di servizio pubblico.

Alla luce di tali considerazioni il servizio erogato dalle farmacie comunali non può pertanto essere considerato come una qualunque attività suscettibile di essere ricondotta (semplicemente) al libero mercato, ma deve essere considerato un servizio in cui l'interesse pubblico prevale sull'interesse economico-imprenditoriale e, per conseguenza, giustamente sottratto alla disciplina propria dei servizi pubblici locali.

Modelli gestionali per le Farmacie Comunali

La considerazione che il novellato art.23 bis faccia salve le disposizioni della legge n.475 del 1968 comporta che i comuni, per la gestione del servizio farmaceutico, possano far ricorso ai modelli gestionali individuati all'art.9 della legge in parola

Le ragioni che hanno sempre distinto l'esercizio delle farmacie comunali da quello di ogni altro servizio pubblico hanno imposto al legislatore, sin dagli anni novanta, la ricerca di un equilibrio tra le leggi poste a disciplina dei servizi pubblici locali (legge n. 142 del 1990 ora TU n.267 del 2000) e le norme a disciplina del settore farmaceutico (legge n.475 del 1968 come modificata dalla legge n.362 del 1991)

Tali considerazioni hanno determinato per il settore delle farmacie comunali una interpretazione riduttiva dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali già individuati dall'art. 22 della legge n.142 del 1990, prevedendo oltre alla gestione in economia o mediante azienda speciale o a mezzo di consorzi, anche la gestione attraverso società di capitali costituite con i farmacisti dipendenti, pur mantenendo sempre fermo il principio secondo cui, qualunque sia il modello gestionale prescelto, la titolarità del diritto di esercizio delle farmacie comunali resta sempre e comunque ascritta al Comune

La **gestione in economia delle farmacie comunali** attraverso gli uffici del Comune può giustificarsi oltre che con le modeste dimensioni del servizio anche con la necessità di assolvere alla gestione della farmacia assunta in Comuni sprovvisti di Azienda Speciale.

La **gestione a mezzo di Azienda Speciale** quale ente strumentale del Comune , dotato di personalità giuridica e di autonomia imprenditoriale, viene attivata per la gestione di un servizio farmaceutico, già consolidato in Azienda Municipalizzata, che presenti, a livello dimensionale, buone caratteristiche economiche e imprenditoriali.

Questa forma gestionale realizza la dissociazione tra titolarità del diritto di esercizio -che rimane ascritta al Comune nella sua qualità di concessionario- e gestione operativa dello stesso che viene demandata al Farmacista direttore cui compete la responsabilità tecnico professionale della conduzione.

L'Azienda speciale deve uniformare la propria attività ai criteri di efficienza, efficacia e economicità e ha l'obbligo del pareggio del bilancio, da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi (art.23,comma 5, legge 142 del 1990 ora art.114, comma 4, TU 267 del 2000) pur rimanendo soggetta alla vigilanza del Comune che ne determina le finalità e gli indirizzi e ne verifica i risultati provvedendo alla copertura degli eventuali costi sociali (art.23,comma 6, legge 142 del 1990 ora art.114, comma 6, TU 267 del 2000).

La **gestione a mezzo di Consorzio** costituisce una tipica forma di gestione associata del servizio a livello intercomunale in cui ciascun Comune conserva la titolarità del diritto di esercizio della (propria) Farmacia e in cui rimane ascritta a ciascun direttore di farmacia comunale la responsabilità tecnico-professionale correlata alla conduzione del servizio.

Al Consorzio si applicano, in quanto compatibili, le norme previste per le Aziende Speciali.

L'attività del Consorzio è regolata dallo statuto che ne determina e disciplina organizzazione, finalità ed obiettivi e da una Convenzione a disciplina dei rapporti tra Comuni consorziati.

La gestione a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il Comune abbia la titolarità.

La legge di riordino del settore farmaceutico n. 362 del 1992 con la quale è stato modificato l'art.9 della legge 475 del 1968, disciplinante le forme gestionali delle farmacie comunali, ha limitato la possibilità di costituire società di capitali per la gestione del servizio farmaceutico alla sola ipotesi di costituzione con i farmacisti (comunali) in servizio al momento della costituzione della società.

Il limite di operare la scelta del contraente solo tra i farmacisti dipendenti ha sempre sollevato problemi interpretativi in rapporto alla disciplina dei servizi pubblici locali tracciata dalla legge n.142 del 1990, come pure ha costituito oggetto di dibattito l'assenza di indicazioni, nella normativa speciale, circa il limite di partecipazione da riservarsi al Comune in tale tipologia societaria.

Il problema della partecipazione comunale nelle società di gestione del servizio farmaceutico e della scelta dei potenziali partner venne risolto dalle leggi n. 498 del 1992 e n. 95 del 1995 con cui si assentiva la costituzione di società di capitali *“senza il vincolo della proprietà maggioritariaper l'esercizio di servizi pubblici tra cui quello farmaceutico”* e ciò *“anche in deroga a quanto è previsto nell'art. 9 comma 1, lett.d) della legge n.475 del 1968 come sostituito dall'art.10 della legge n.362 del 1991”*, (art. 12, comma 1, legge n.498 del 1992 ora art.113, lett. f, e art.116, TU n. 267 del 2000 come integrato dall'art. 2 ter della legge n.26 del 2001) con ciò facendo venir meno il privilegio in favore dei farmacisti dipendenti.

Peraltro il riferimento alla legge 142 contenuto nel comma 1 dell'art. 9 della legge 475 del 1968 secondo cui *“le farmacie di cui sono titolari i comuni possono essere gestite, ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142...”* rischia di creare (ancora oggi) problemi interpretativi di grande portata.

Se si accoglie la tesi secondo la quale la specifica natura del servizio farmaceutico comunale è totalmente differente da quella dei servizi pubblici locali, si dovrà convenire che il riferimento alla legge 142 contenuto nel primo comma dell'art. 9 può valere ai soli fini di ricondurre le forme gestionali del settore delle farmacie comunali nel più ampio e generale contesto dei servizi pubblici, stabilendo (stante la peculiarità della materia) una interpretazione riduttiva dei modelli di gestione dei servizi pubblici previsti dall'art. 22 della

legge n.142 del 1990, in quanto considerati dal legislatore gli unici coerenti con il sistema farmacia.

Se al contrario si ritiene che l'art. 9 abbia espressamente rinviato alla legge n.142, si dovrebbero considerare (ancora) applicabili al settore delle farmacie comunali le norme di cui alla legge 142 del 1990, con la conseguenza che oltre ai modelli gestionali elencati all' art. 9 citato, potrebbero essere realizzati gli ulteriori modelli gestionali indicati all' art. 22 della legge 142 del 1990 anche con le condizioni e/o le prerogative assentite dalla normativa successiva in tema di gestione dei servizi pubblici locali.

Resterebbe in questo caso aperto il problema: se il servizio pubblico in parola non è ascrivibile tra i servizi pubblici locali, come si giustifica un rinvio a norme che regolamentano servizi di tale natura?

Norma transitoria

Per completezza si aggiunga che nel vasto scenario della normativa di settore non risulta abrogato l'art.100, comma 1 bis, del dlgs n. 219 del 2006 come introdotto dall' art. 2 del dlgs n.274 del 2007 secondo il quale “ *le società che svolgono attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali possono svolgere attività di vendita al pubblico di medicinali attraverso la gestione di farmacie comunali*”.

In verità l'art. 20 della legge 166 del 2009 fa salvi gli effetti degli affidamenti della gestione delle farmacie comunali a società che svolgono attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali stabilendo che: all'articolo 100, del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219, dopo il comma 4, venga inserito il seguente comma:

“4-bis. Sono fatti salvi gli effetti degli affidamenti della gestione delle farmacie comunali a società che svolgono attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali, nonché dell'acquisizione da parte di tali società di partecipazioni in società affidatarie della gestione di farmacie comunali, effettuati prima della data di entrata in vigore del presente decreto legislativo”.

L'articolo 20, modificando l'articolo 100 del decreto legislativo 24 aprile 2006, n.219, introduce una norma transitoria in relazione alla disciplina della compatibilità tra le attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali e quella di gestione di farmacie.

La compatibilità tra le due attività, infatti, è stata sancita dall'art. 5 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, che ha abrogato ogni norma incompatibile.

La specifica disciplina nell'ambito richiamato è stata poi definita dall'art. 2, comma 16, del D.Lgs. 29 dicembre 2007, n. 274, che ha modificato il citato articolo 100 del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219.

L'articolo 100, al comma *1-bis*, prevede che i farmacisti e le società di farmacisti, titolari di farmacia ai sensi dell'articolo 7 della legge 8 novembre 1991, n. 362, nonché le società che gestiscono farmacie comunali possono svolgere attività di distribuzione all'ingrosso dei medicinali, nel rispetto delle disposizioni stabilite dal decreto legislativo, e che le società che svolgono attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali possono svolgere attività di vendita al pubblico di medicinali attraverso la gestione di farmacie comunali.

Viene introdotto il divieto, per il produttore e per il distributore all'ingrosso di praticare, senza giustificazione, nei confronti dei dettaglianti condizioni diverse da quelle preventivamente indicate nelle condizioni generali di contratto.

L'articolo in esame, introducendo il nuovo comma *4-bis*, al citato articolo 100, sancisce l'efficacia retroattiva del nuovo regime, specificando che sono fatti salvi -benché le fattispecie fossero sorte durante la previgente disciplina di divieto- gli effetti:

- degli affidamenti della gestione delle farmacie comunali a società che svolgano attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali;
- dell'acquisizione, da parte di tali società, di partecipazioni in società affidatarie della gestione di farmacie comunali.

Al riguardo preme far notare come, con la modifica introdotta dall'art. 20, non venga presa in considerazione la pronuncia della Suprema Corte di Giustizia Europea -Grande Sezione- del 19.5.2009.

In tale pronuncia la Corte oltre a dichiarare la compatibilità della normativa italiana in tema di titolarità delle farmacie (sia private sia pubbliche) alle norme europee, in quanto tesa a garantire la tutela della salute pubblica e pertanto giustificata da motivi imperativi di interesse pubblico che possono “*giustificare restrizioni alle libertà di circolazione garantite dal Trattato quali la libertà di stabilimento... e la libera circolazione dei capitali*”, entra nel merito del divieto, (allora previsto dalla normativa italiana) per le imprese di distribuzione di prodotti farmaceutici di acquisire partecipazioni nelle società pubbliche per la gestione delle farmacie comunali rilevando come tale divieto sia giustificato dalla necessità di impedire alle imprese di distribuzione di

promuovere, tramite le farmacie comunali, i medicinali da esse commercializzati, in quanto a giudizio della Corte altre misure meno vincolanti non raggiungerebbero questo obiettivo di interesse pubblico con la stessa efficacia ma consentirebbero di privilegiare l'interesse nella realizzazione degli utili (punti 62- 64- 97- 102 della Sentenza).