

N. 00713/2013 REG.PROV.COLL.

N. 01133/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1133 del 2012, proposto da:

Paolo Marini, rappresentato e difeso dagli avv. Bruno Riccardo Nicoloso, Sergio Dal Pra', con domicilio legale preso a segreteria di questo Tribunale;

contro

Comune di Treviso, in persona del sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giampaolo De Piazzi, con domicilio legale presso l'Avvocatura Civica di Venezia in Venezia San marco 4091; Regione Veneto, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della deliberazione della Giunta Comunale di Treviso n. 134 del 18 aprile 2012 recante "individuazione nuove sedi farmaceutiche disponibili sul territorio comunale";

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Treviso;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2013 il dott. Marco Morgantini e uditi per le parti i difensori S. dal Prà e B. R. Nicoloso per la parte ricorrente e G. De Piazzi per il comune resistente;

FATTO

Con il provvedimento impugnato la giunta comunale di Treviso ha individuato due nuove sedi farmaceutiche, denominate rispettivamente “Sede n° 25 – zona ospedale regionale di Cà Foncello” e “sede n° 26 – zona Selvana”.

La motivazione della delibera impugnata fa tra l'altro riferimento alle seguenti circostanze:

- in attuazione dell'art. 11 del D.L. n° 1 del 2012 si deve tenere conto del nuovo rapporto numerico tra farmacie e abitanti in ragione di una sede farmaceutica ogni 3.300 abitanti, considerando l'attuale collocazione delle farmacie, assicurando un'equa distribuzione sul territorio, garantendo l'accessibilità del servizio farmaceutico anche ai cittadini residenti in aree scarsamente abitate e tenendo presente che l'apertura delle nuove farmacie deve rispettare la distanza minima di 200 metri dalle altre farmacie;
- la popolazione residente al 31 Dicembre 2010 era pari a 82.807 abitanti (dati ISTAT) e pertanto in base al sopra richiamato rapporto numerico tra farmacie ed abitanti devono essere individuate ulteriori 2 sedi farmaceutiche, passando da 23 a 25 sedi farmaceutiche;
- nella zona che comprende l'ospedale regionale di Cà Foncello e nella zona che comprende il quartiere di Selvana si è riscontrata la necessità di individuare le nuove sedi farmaceutiche al fine di assicurare un'equa distribuzione sul territorio

delle farmacie, migliorando l'accessibilità del servizio farmaceutico anche ai cittadini residenti in aree scarsamente abitate, tenendo in considerazione l'attuale collocazione delle 23 sedi farmaceutiche e verificando il rispetto della distanza minima di 200 metri dalle altre farmacie.

Parte ricorrente lamenta che la localizzazione operata dal comune di Treviso ha privilegiato la località di Selvana, quando invece la popolazione ivi residente può vedere soddisfatte le proprie esigenze di assistenza farmaceutica presso la farmacia del ricorrente, situata nel medesimo bacino d'utenza.

Ritiene che la localizzazione impugnata, lungi dal garantire un servizio in una località che ne è sprovvista, sia posta a tutela del bacino d'utenza delle farmacie comunali, per nulla toccato da detta localizzazione.

Fa riferimento alla circostanza che il comune di Treviso è titolare di più farmacie e di un dispensario farmaceutico, che vengono gestiti attraverso la società partecipata Farmacia Trevigiana spa.

Il comune resistente precisa che il comune di Treviso è socio di minoranza di Farmacie Trevigiane s.p.a., che gestisce otto sedi farmaceutiche.

Parte ricorrente pone quindi il problema del rapporto tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione di un servizio pubblico e sociale, come quello svolto dalle farmacie comunali, da parte dello stesso soggetto ossia il comune di Treviso. Fa in particolare riferimento al libro verde sui servizi di interesse economico generale approvato dalla commissione delle comunità europee in data 21 Maggio 2003, secondo cui la soluzione di affidare le funzioni di regolazione ad organi od enti di governo ponga in forse l'indipendenza ove gli stessi enti o organi abbiano anche la proprietà o il controllo delle imprese operanti nel settore.

Si verificherebbe dunque una situazione d'incompatibilità tale da incidere sul riparto delle competenze, nel senso che la titolarità di sedi farmaceutiche da parte

del comune dovrebbe spostare la competenza regolatoria all'ente di livello superiore, ossia la regione, in attuazione del principio di sussidiarietà verticale.

Il provvedimento impugnato sarebbe pertanto affetto dal vizio di eccesso di potere per esercizio di una posizione dominante.

Parte ricorrente pone conseguentemente la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 comma 1 lettera c) e comma 2 del D.L. n° 1 del 2012 convertito dalla legge n° 27 del 2012 per contrasto con il principio di sussidiarietà verticale di cui all'art. 118 comma 2 della costituzione, oltre che dell'art. 97 della Costituzione.

Parte ricorrente ritiene che la norma sopra citata, se interpretata nel senso che attribuisce al comune (e non più alla regione) il potere di istituire le sedi farmaceutiche, sia costituzionalmente illegittima per contrasto con il principio di sussidiarietà verticale, nel senso di attribuire illegittimamente al comune la competenza riguardo l'istituzione delle sedi farmaceutiche.

A sostegno della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale prospettata parte ricorrente invoca altresì i principi comunitari di tutela della concorrenza, di repressione dell'abuso di posizione dominante, di sussidiarietà e di proporzionalità.

Parte ricorrente, oltre a chiedere di sollevare la questione di legittimità costituzionale sopra prospettata, lamenta ulteriori autonomi vizi di mancata applicazione di fatto dell'art. 11 del D.L. n° 1 del 2012, perché non sarebbero state adeguatamente considerate le effettive esigenze farmaceutiche dei cittadini e di difetto d'istruttoria e di carenza di congrua motivazione.

DIRITTO

Il collegio ritiene che non sia manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 (secondo periodo del primo comma) della legge n° 475 del 1968, nel testo introdotto dalla lettera c) del comma 1 dell'art. 11 del D.L. n° 1 del 2012. come convertito dalla legge n° 27 del 2012 e la questione di legittimità

costituzionale del secondo comma dell'art. 11 del D.L. n° 1 del 2012. come convertito dalla legge n° 27 del 2012.

Tali articoli hanno introdotto il nuovo potere del comune di identificare le zone nelle quali collocare le nuove farmacie, in modo che sia assicurato il rapporto, stabilito dal secondo comma dell'art. 1 della legge n° 475 del 1968 (nel testo introdotto dall'art. 11 del D.L. n° 1 del 2012 convertito dalla legge n° 27 del 2012) di una farmacia ogni 3.300 abitanti.

Tale potere comunale, introdotto dall'art. 11 del D.L. n° 1 del 2012, ha abrogato le disposizioni che prevedevano la formazione e la revisione periodica delle piante organiche comunali delle farmacie ad opera di un'autorità sovracomunale (così Consiglio di Stato III n° 1858 del 2013).

In particolare nella regione Veneto è stato abrogato, per effetto dell'art. 11 del D.L. n° 1 del 2012, l'art. 14 della legge regionale n° 78 del 1980 nella parte in cui attribuisce alla giunta regionale le funzioni amministrative concernenti la formazione e la revisione della pianta organica delle farmacie.

L'art. 11 del D.L. n° 1 del 2012 ha attribuito ai comuni un potere di regolazione del settore farmaceutico in ambito comunale.

Tale potere regolatorio è caratterizzato da un ampio margine di discrezionalità.

Sotto tale profilo non appare idoneo a delimitare la discrezionalità il parametro numerico (contenuto nel secondo comma dell'art. 1 della legge n° 475 del 1968) di una farmacia ogni 3.300 abitanti, perché tale parametro numerico non è riferito alla popolazione di ciascuna zona nella quale deve essere collocata una farmacia, ma al rapporto tra il numero totale delle farmacie da collocare nel territorio comunale ed il numero totale degli abitanti del comune. Tale profilo è reso infatti evidente dal primo periodo del primo comma dell'art. 2 della legge n° 475 del 1968, secondo cui non ogni singola zona, ma ogni comune, nel suo complesso, deve avere un

numero di farmacie in rapporto a quanto disposto dall'art. 1 (ossia una farmacia ogni 3.300 abitanti).

L'art. 2 della legge n° 475 del 1968 stabilisce che il potere di zonizzazione attribuito al comune è vincolato ai seguenti scopi:

- assicurare un'equa distribuzione sul territorio;
- garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate.

Tali obiettivi, pur vincolanti, tuttavia non sono idonei ad assicurare un'imparziale zonizzazione delle farmacie, perché il comune ha comunque la facoltà di identificare zone, ciascuna con popolazione diversa (pur nel rispetto del parametro medio di una farmacia ogni 3.300 abitanti), in modo che restino favoriti i titolari delle farmacie per le cui zone è stato previsto un maggior numero di abitanti e dunque un più ampio bacino d'utenza.

Si deve al riguardo inoltre ed a maggior ragione considerare che la titolarità delle farmacie può essere stata assunta dal comune, così come effettivamente è avvenuto nel comune di Treviso.

La circostanza che il comune abbia assunto la titolarità di farmacie può indurre il comune stesso a disegnare la zonizzazione comunale delle farmacie in modo tale da favorire le farmacie comunali, assicurando alle stesse un bacino d'utenza maggiore rispetto alle farmacie non comunali. In tal caso non si ha solo una disciplina inidonea ad assicurare un esercizio imparziale del potere regolatorio di zonizzazione, ma un vero e proprio conflitto d'interessi precedente all'esercizio del potere regolatorio.

I limiti posti dal legislatore all'esercizio della discrezionalità, anche considerando i pareri non vincolanti che devono essere richiesti nel procedimento, non sono sotto tale profilo idonei ad assicurare il perseguimento del carattere di imparzialità del potere regolatorio.

Il conflitto d'interessi sussiste anche quando, come nel caso di specie, il comune sia socio minoritario di una società di gestione del servizio farmaceutico. Infatti anche in tal caso il minore o maggiore fatturato della farmacia determina un minore o maggiore beneficio economico a favore del comune, essendo anche il socio comune beneficiario degli utili d'impresa e dell'eventuale aumento di valore che l'azienda presentasse nel corso dell'esercizio.

Il collegio evidenzia che tale inidoneità della disciplina del potere ad assicurarne l'esercizio imparziale non può essere eliminata attraverso un'interpretazione adeguatrice.

Infatti:

- non sarebbe possibile sostenere che il potere regolatorio non spetti al comune, ma ad altro ente (in particolare la regione), perché la norma (l'art. 1-bis della legge n° 475 del 1968) prevede che la regione può istituire una farmacia nei soli casi seguenti:

- a) nelle stazioni ferroviarie, negli aeroporti civili a traffico internazionale, nelle stazioni marittime e nelle aree di servizio autostradali ad alta intensità di traffico, dotate di servizi alberghieri o di ristorazione;
- b) nei centri commerciali e nelle grandi strutture con superficie di vendita superiore a 10.000 metri quadrati.

Inoltre l'eventuale interpretazione adeguatrice dovrebbe essere ancorata a parametri idonei a circoscrivere la discrezionalità nell'esercizio da parte del comune del potere regolatorio al fine di assicurare l'esercizio di un potere imparziale. Tali parametri però difettano.

Il collegio ritiene dunque che non siano manifestamente infondate la questione di costituzionalità dell'art. 2 (secondo periodo del primo comma) della legge n° 475 del 1968, nel testo introdotto dalla lettera c) del comma 1 dell'art. 11 del D.L. n° 1 del 2012. come convertito dalla legge n° 27 del 2012 e la questione di legittimità

costituzionale del secondo comma dell'art. 11 del D.L. n° 1 del 2012. come convertito dalla legge n° 27 del 2012 per contrasto con l'art. 97 della Costituzione, che impone l'imparzialità dell'amministrazione.

Il collegio ritiene altresì non manifestamente infondate la questione di costituzionalità dell'art. 2 (secondo periodo del primo comma) della legge n° 475 del 1968, nel testo introdotto dalla lettera c) del comma 1 dell'art. 11 del D.L. n° 1 del 2012. come convertito dalla legge n° 27 del 2012 e la questione di legittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 11 del D.L. n° 1 del 2012. come convertito dalla legge n° 27 del 2012 per contrasto con l'art. 118 primo comma della Costituzione (principio di sussidiarietà verticale), perché la possibilità che il comune gestisca farmacie all'atto dell'esercizio del potere regolatorio (in una delle modalità consentite ed a prescindere dall'entità del capitale) evidenzia che il livello comunale non è il livello di competenza adeguato all'esercizio del potere di zonizzazione delle farmacie.

Infatti pur essendo il comune il livello amministrativo più vicino ai cittadini, il comune stesso può trovarsi (come nel caso di specie) in una situazione di possibile conflitto d'interessi, la cui presenza impone lo spostamento della competenza al livello superiore.

Tale necessità di spostamento della competenza al livello superiore è infatti imposto dalla definizione del principio di sussidiarietà, che impone di valutare l'adeguatezza dell'allocazione della competenza e dunque di valutare i fattori ostativi all'allocazione della competenza presso un determinato livello di governo.

Non varrebbe, per argomentare il contrario, sostenere che il comune persegue necessariamente i fini di interesse generale della popolazione locale, come risulterebbe dalle competenze attribuite dalla legislazione ai comuni in materia di pianificazione urbanistica e di rilascio dei permessi di costruire.

Al riguardo si deve invece considerare quanto segue:

a) il settore farmaceutico è un settore caratterizzato da elevati profili di specializzazione;

b) la legislazione prevede molteplici casi in cui, pur presentando la materia interessi territoriali di carattere generale, la competenza è allocata al livello superiore perché l'allocazione della competenza al livello comunale recherebbe pregiudizio ad un efficace perseguimento degli interessi pubblici. Così ad esempio, trattandosi di discariche e di cave, la competenza per la pianificazione, l'individuazione dei siti e l'autorizzazione agli impianti è ripartita tra le regioni e le province perché l'eventuale competenza comunale rischierebbe di pregiudicare gli interessi dell'economia per effetto della volontà dei rappresentanti del comune di auspicare la localizzazione di tali impianti nel territorio dei comuni altrui, ma non nei propri.

Il collegio ritiene altresì d'ufficio non manifestamente infondate la questione di costituzionalità dell'art. 2 (secondo periodo del primo comma) della legge n° 475 del 1968, nel testo introdotto dalla lettera c) del comma 1 dell'art. 11 del D.L. n° 1 del 2012. come convertito dalla legge n° 27 del 2012 e la questione di legittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 11 del D.L. n° 1 del 2012. come convertito dalla legge n° 27 del 2012 per contrasto con l'art. 41 della Costituzione.

Infatti l'attribuzione al comune del potere regolatorio in materia di farmacie lede la libertà d'iniziativa economica, perché il comune quale possibile soggetto che esercita l'attività economica farmaceutica (anche attraverso la partecipazione in società partecipate) non è posto sullo stesso piano della farmacia privata, ma gli viene attribuito il privilegio, attraverso l'esercizio del potere regolatorio, di assegnare a sé medesimo dei benefici a scapito della farmacia privata, come effettivamente è lamentato da parte ricorrente nel caso di specie.

Il collegio evidenzia altresì che la rilevanza della questione di costituzionalità proposta permane anche nel caso in cui fossero fondati gli ulteriori vizi di mancata

applicazione dell'art. 11 del D.L. n° 1 del 2012 e di difetto d'istruttoria e di carenza di congrua motivazione, prospettati con distinto motivo di ricorso.

Infatti l'eventuale annullamento del provvedimento impugnato determinerebbe l'obbligo del comune di Treviso di riesaminare la questione, esercitando nuovamente il potere amministrativo, con il rischio di reiterazione del pregiudizio nei confronti di parte ricorrente, per effetto dell'inidoneità della disciplina dell'esercizio del potere ad assicurarne un esercizio imparziale e della non adeguatezza della competenza comunale all'esercizio del potere regolatorio in materia di farmacie.

In particolare al comune di Treviso non è inibito, sulla base della legislazione vigente, configurare, nell'ambito dell'eventuale riesercizio del potere, le zone di pertinenza delle farmacie in modo da rendere più ampio il bacino d'utenza delle farmacie comunali rispetto alle farmacie private, pur con un provvedimento adottato con motivazione congrua e sulla base di idonea motivazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), interlocutoriamente pronunciandosi sul ricorso in epigrafe, dichiara rilevanti e non manifestamente infondate, in relazione agli articoli 41, 97 e 118 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 (secondo periodo del primo comma) della legge n° 475 del 1968, nel testo introdotto dalla lettera c) del comma 1 dell'art. 11 del D.L. n° 1 del 2012. come convertito dalla legge n° 27 del 2012 e la questione di legittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 11 del D.L. n° 1 del 2012. come convertito dalla legge n° 27 del 2012

Sospende il giudizio in corso e dispone, a cura della segreteria della Sezione, che gli atti dello stesso siano trasmessi alla Corte Costituzionale per la risoluzione della prospettata questione, nonché la notifica della presente ordinanza alle parti in

causa ed al Presidente del Consiglio dei Ministri e la comunicazione della medesima ai Presidenti dei due rami del Parlamento.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Di Nunzio, Presidente

Riccardo Savoia, Consigliere

Marco Morgantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/05/2013

IL SEGRETARIO

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