

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4011 del 2013, proposto da:
Anna Maria Notaro, titolare Farmacia Notaro Dott.Ssa Anna Maria, rappresentata
e difesa dall'avv. Pietro Nicolardi, con domicilio eletto presso Marco Gardin in
Roma, via Laura Mantegazza, 24;

contro

Regione Puglia, rappresentata e difesa dall'avv. Mariangela Rosato, con domicilio
eletto presso Anna Lagonegro in Roma, via Boezio, 92; Comune di Corsano, Asl
Lecce, Ordine Farmacisti della Provincia di Lecce;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE, Sez. II n.
00675/2013, resa tra le parti, concernente identificazione zona territorio per
insediamento nuova farmacia deliberata da Comune di Corsano (LE)con delibera
CC 20.4.2012 n.7 nonché istituzione nuova sede farmaceutica a Corsano disposta
con DGR n1261/2012 .

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Puglia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2014 il Cons. Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per le parti gli avvocati Nicolardi e Vaiano su delega di Rosato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con delibera CC 20.4.2012 n.7 il Comune di Corsano (LE), in esito alla richiesta formulata dalla Regione Puglia con nota del 30 marzo 2012 (sulla base dei dati ISTAT sulla popolazione al 31.12.2010), individuava la zona di territorio nella quale, in applicazione dell'art. 11 del DL n. 1/2012 convertito nella legge n.27/2012, si sarebbe insediata una nuova farmacia, dando atto di aver chiesto i prescritti pareri ad ASL Lecce ed all'Ordine dei Farmacisti della Provincia di Lecce.

Successivamente con DGR 19.6.2012 n.1261 la Regione Puglia approvava l'istituzione di 188 nuove sedi farmaceutiche (con identificazione della relativa zona di ubicazione) delle quali 41 in provincia di Lecce, prevedendo, in particolare, la seconda sede farmaceutica nel territorio del Comune di Corsano.

1.1. Ritenendo che non sussistessero i presupposti per la istituzione di una seconda sede farmaceutica a Corsano, la dott.ssa Notaro, titolare della sede farmaceutica ubicata a Piazza Santa Teresa 20 (fino ad allora unica sede farmaceutica in esercizio), con ricorso al T.A.R. Puglia, Lecce, ha chiesto l'annullamento in parte qua, previa sospensione, della DGR n.261/2012, nonché della delibera CC n.27/2012 e dei due pareri favorevoli endoprocedimentali acquisiti da ASL Lecce ed Ordine Farmacisti Provincia Lecce, deducendone l'illegittimità sotto svariati profili.

La ricorrente prospettava, in punto di fatto, che il Comune di Corsano, alla data di riferimento indicata dal decreto legge, aveva 5.693 abitanti (come si desume dalla DGR impugnata) e che questa popolazione, quindi, applicando il parametro

demografico di 1 sede farmaceutica su ogni 3300 abitanti, consentirebbe l'esercizio di una sola farmacia. Invece la Regione aveva previsto l'istituzione della seconda farmacia utilizzando la disposizione del comma 2 dell'art.11 citato che la consente, quando, computati i primi 3.300 abitanti, risulti una eccedenza di popolazione pari a 1651 abitanti (un "resto" superiore alla metà più 1 del parametro 3.300).

Questa previsione normativa (ad avviso della ricorrente) non attribuirebbe all'Autorità competente il potere di automatica istituzione di una nuova sede, ma, in realtà, consentirebbe una valutazione discrezionale, che, pertanto, nel caso all'esame, avrebbe dovuto essere sorretta da una motivazione che ne dimostrasse in concreto l'utilità per l'interesse pubblico (utilità contestata puntualmente dalla ricorrente).

1.2.Partendo da questa premessa, la ricorrente contestava, primariamente, la stessa istituzione della seconda farmacia e, in subordine, le scelte discrezionali relative alla ubicazione assegnatale per vizi sia sostanziali (difetto di motivazione e difetto dei presupposti) sia procedurali (omessa comunicazione dell'avvio del procedimento alla farmacia ricorrente e tardività dei pareri).

Veniva, infine, sollevata eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 11, comma 1, del decreto legge n.1/2012 con riferimento agli artt.3 e 32 Cost nella parte in cui individua il nuovo quoziente farmacia/popolazione nella misura di 1 per ogni 3.300 abitanti.

Con sentenza n.675/2013 il TAR Puglia, Sezione di Lecce ha respinto il ricorso, dichiarando manifestamente infondata la questione di costituzionalità.

1.3.Avverso la sentenza TAR la farmacia ha proposto appello, chiedendone la riforma, previa sospensione, con la riproposizione delle argomentazioni già dedotte innanzi al TAR..

Si è costituita la Regione Puglia, che ha chiesto il rigetto dell'appello e con successiva memoria ha meglio esposto le proprie argomentazioni.

Con memorie del settembre e dell'ottobre 2013 le appellanti, replicando alle controdeduzioni della Regione Puglia, hanno insistito per la riforma della sentenza di primo grado.

Il Comune di Corsano, la A.S.L. Lecce e l'Ordine dei Farmacisti Provincia di Lecce, pur ritualmente intimati, non si sono costituiti .

Alla pubblica udienza del 13.2.2014, uditi i difensori presenti per le parti, la causa è passata in decisione.

2.Premesso quanto sopra in fatto, in diritto la presente controversia concerne la contestata legittimità dei provvedimenti che, in applicazione dell'art. 11 del decreto legge n. 1/2012, convertito in legge n. 27/2012, hanno disposto –tra l'altro- l'istituzione di una nuova (seconda) sede farmaceutica nel Comune di Corsano (Lecce).

Com'è noto, il suddetto articolo (modificando la disciplina della istituzione e localizzazione degli esercizi farmaceutici già contenuta nella legge n. 475/1968) ha reso possibile l'istituzione di nuove farmacie, introducendo nuovi criteri di localizzazione degli esercizi sul territorio.

Con unico motivo, articolato in più punti, l'appellante contesta le statuizioni della sentenza, riproponendo, altresì, ai sensi dell'art.101, comma 2, cpa alcune argomentazioni già esposte nel ricorso di primo grado e che, a suo dire, non sarebbero state esaminate dal TAR .

La sentenza TAR merita conferma con motivazione integrata in parte qua.

2.1.La questione principale (come si è detto sopra) è quella del carattere asseritamente facoltativo, ossia discrezionale, della istituzione di una nuova farmacia mediante la utilizzazione del “resto” maggiore della metà del parametro dei 3.300 abitanti.

Si tratta dell'applicazione dell'art. 1, commi 2 e 3, della legge n. 475/1968, come modificati dall'art. 11 del decreto legge n. 1/2012 “Il numero delle autorizzazioni è

stabilito in modo che vi sia una farmacia ogni 3.300 abitanti. - La popolazione eccedente, rispetto al parametro di cui al secondo comma, consente l'apertura di una ulteriore farmacia, qualora sia superiore al 50 per cento del parametro stesso”.

La ricorrente ha dedotto che nel comma 3 l'uso della espressione “consente” alluda in modo non equivoco ad una scelta facoltativa e che, quindi, essendo discrezionale, dovrebbe essere sorretta da una puntuale motivazione (che nella fattispecie non risulterebbe).

2.2. Il T.A.R. ha ammesso che la utilizzazione del “resto” sia facoltativa, e non obbligatoria, ma ha aggiunto che la premessa testuale dell'intervento normativo del 2012 è la seguente: “Al fine di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge, nonché di favorire le procedure per l'apertura di nuove sedi farmaceutiche garantendo al contempo una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico, alla legge 2 aprile 1968, n. 475, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:(...)”.

Pertanto, ad avviso del TAR, l'intenzione dichiarata dal legislatore manifesta un evidente favor per l'incremento del numero totale degli esercizi farmaceutici; per tale motivo, anche ammettendo che l'autorità sanitaria non sia obbligata ad utilizzare il “resto”, ma ne abbia solo la facoltà, la scelta di utilizzarlo non richiede alcun'altra giustificazione o motivazione rispetto a quella già enunciata dalla norma; occorrerebbe, semmai, una motivazione esplicita qualora si volesse fare la scelta contraria.

2.3. Tale statuizione della sentenza TAR va condivisa dal Collegio che richiama la precedente pronuncia di questa Sezione Terza n.4667/2013, in cui ha affermato che, in tema di istituzione di una nuova sede mediante l'utilizzazione del resto dei 3.300 abitanti, la formulazione della norma fa intendere che non vi è alcuna restrizione al riguardo; non si richiede cioè l'accertamento di particolari condizioni o esigenze, anzi visti il contesto e la ratio della riforma, è chiaro che il favore del legislatore è

orientato alla massima espansione degli esercizi farmaceutici e, quindi, non si può ritenere necessaria alcuna specifica motivazione del Comune per giustificare tale scelta.

2.4. Né, in senso contrario, giova all'appellante richiamare la circostanza che, nel caso del Comune di Corsano, il "resto" risulti pari a 2393 e, dunque, superi solo di 743 unità la metà del parametro di 3.300 abitanti..

Infatti, la norma, sul punto, non è equivoca ed è inesatto affermare che la seconda farmacia sia stata istituita "a beneficio di 743 abitanti", giacché semmai sono 2393. Peraltro ogni singola farmacia è posta al servizio della generalità dei cittadini, giacché ciascuno di essi è libero di rivolgersi all'esercizio che preferisce e la norma ha solo lo scopo di mantenere una certa proporzione (approssimata) fra il numero degli abitanti e quello delle farmacie, non quello di assegnare a ciascun esercizio una certa quota di utenti.

2.5. In questo contesto normativo la circostanza che la popolazione del Comune tenda a diminuire (come asseriscono i ricorrenti) è pur essa priva di rilevanza, giacché la norma non dà spazio a valutazioni prognostiche di questo tipo.

Al contrario l'art. 2, comma 2, della legge n. 475/1968, come modificato dal decreto legge n. 1/2012, dispone che il numero delle farmacie spettanti al Comune venga ricalcolato annualmente "entro il mese di dicembre di ogni anno pari, in base alle rilevazioni della popolazione residente nel comune, pubblicate dall'Istituto nazionale di statistica".

3. L'appellante, poi, insiste nel riproporre l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art.11 del DL n.1 /2012 con riferimento agli artt.3 e 32 Cost nella parte in cui la norma individua il rapporto popolazione/farmacie nella misura di 1/3.300 abitanti. La prospettazione della questione di costituzionalità, per quanto molto diffusa, in realtà si appoggia ad uno stereotipato richiamo degli artt. 3 e 32 della Costituzione.

Ad avviso del Collegio, invece, tenuto conto dell'evoluzione normativa in materia, l'ulteriore riduzione del parametro a 3.300 abitanti non appare in evidente contrasto con gli invocati parametri contenuti negli artt.3 e 32 Cost.

In effetti, a quanto pare, l'appellante erroneamente non tiene conto del fatto che il rapporto numerico tra le farmacie e la popolazione è fissato discrezionalmente dal legislatore ed è stato ripetutamente modificato nel tempo (sempre nel senso dell'abbassamento del quorum e quindi dell'incremento del numero delle farmacie).

3.1. In origine l'art. 104 del testo unico delle leggi sanitarie del 1934 prevedeva una farmacia ogni 5.000 abitanti; nulla era disposto riguardo ai "resti" ma la giurisprudenza era consolidata nel senso che – mancando un divieto espresso - l'autorità sanitaria potesse utilizzarli qualora le circostanze lo richiedessero. La legge n. 475/1968 ha modificato in parte la disciplina mantenendo il quorum di 5.000 nei Comuni fino a 25.000, e abbassandolo a 4.000 negli altri Comuni; quanto ai "resti" ha continuato a consentirne l'utilizzazione, eccettuandone solo i Comuni fino a 25.000 abitanti nei quali l'utilizzazione era consentita solo se il "resto" era maggiore del 50% (questa l'interpretazione di Cons. Stato, IV sez., n. 591/1975). La legge n. 362/1991 ha stabilito il quorum di 5.000 per i Comuni fino a 12.500 abitanti, e quello di 4.000 per tutti gli altri; ha reso generale per tutti i Comuni la regola per cui del "resto" si tiene conto solo se maggiore del 50% del parametro.

3.2. In argomento è utile considerare che i vecchi parametri risalgono, sostanzialmente, alla legislazione anteriore alla riforma sanitaria del 1978; l'istituzione del servizio sanitario nazionale, con la provvista dei farmaci in regime gratuito o semigratuito per la generalità della popolazione, ha provocato un rilevante incremento della domanda pro capite dei farmaci; un ulteriore fattore di moltiplicazione della domanda è stato rappresentato dai progressi della medicina per effetto dei quali il volume dei farmaci prescritti è aumentato in misura considerevole

4. Si passa ora all'esame dei motivi di appello, che censurano le scelte operate dal Comune di Corsano in ordine alla localizzazione della nuova farmacia.

Viene riproposta (ai sensi dell'art.101, comma 2, cpa) dall'appellante la censura (che il TAR non avrebbe esaminato) che deduce la non compatibilità delle scelte comunali e regionali con la particolari condizioni del territorio del Comune di Corsano, considerato che il medesimo risulta congiunto- senza soluzione di continuità- con il territorio di Tiggiano, comune di 2.927 abitanti, nel quale opera una altra farmacia, e con il quale il Comune di Corsano ha in atto apposite convenzioni per la gestione in forma associata di alcuni servizi.

La censura (a prescindere dai profili di merito che non vengono presi in considerazione dal Collegio), valutata sotto i più circoscritti limiti dei pretesi vizi di legittimità, appare infondata : infatti il criterio del rapporto numero abitanti/farmacia è fissato dal legislatore con unico riferimento alla popolazione di ogni singolo Comune.

4.1.Quanto, poi, alla dedotta inosservanza del criterio della equa distribuzione delle sedi farmaceutiche sul territorio, il rilievo viene smentito dalla planimetria agli atti da cui si desume che il medesimo Comune ha collocato la nuova sede farmaceutica in un'area in cui il servizio farmaceutico non è, comunque, presente.

In proposito va osservato che l'art. 2, comma 1, della legge n. 475/1968, come modificato dal d.l. n. 1/2012, dispone come segue: “Al fine di assicurare una maggiore accessibilità al servizio farmaceutico, il comune [o in via sostitutiva la Regione], 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”.

Pertanto appare evidente che la nuova disciplina apprezza l'equa distribuzione delle farmacie sul territorio viene valutata con riferimento, non al bacino di utenza, ma alla più ampia copertura possibile del territorio comunale.

Pertanto, ove si consideri che il Comune di Corsano ha una modesta estensione territoriale (appena 9 kmq) e che la sua popolazione si addensa per intero nel capoluogo, il fatto che entrambe le farmacie (la preesistente e quella di nuova istituzionale) si collochino nello stesso abitato non costituisce motivo di illegittimità della scelta medesima.

4.2. Viene, altresì, riproposta ai sensi dell'art.101, comma 2, cpa, la questione che nella DGR impugnata (19 giugno 2012) la delimitazione della zona assegnata alla nuova farmacia sarebbe diversa da quella indicata – anche con apposita planimetria - nella delibera del consiglio comunale di Corsano del 20 aprile 2012; vi sarebbe dunque una ingiustificata diversità di deliberazioni.

I rilievi sono infondati sotto vari aspetti.

In primo luogo la dedotta discrepanza tra i due provvedimenti non si ravvisa, mentre, in secondo luogo, correttamente la nuova sede è stata individuata dal Comune di Corsano, mentre la DGR n.1261/2012 si è limitata a dare atto della istituzione della medesima a soli fini ricognitivi.

4.3. Una ulteriore censura riguarda la mancata comunicazione dell'avviso del procedimento all'attuale appellante in contrasto con l'art.7 legge n.241/1990.

La censura è infondata .

Infatti è innegabile che la distribuzione delle farmacie sul territorio comunale è un atto generale di pianificazione, finalizzato ad assicurare in modo adeguato la distribuzione sul territorio delle farmacie, e che, come tale, è sottratto alla disciplina generale della partecipazione al procedimento, di cui all'art.7 legge n. 241/1990, mentre la disciplina specifica del procedimento di istituzione prevede, invece, il

parere, obbligatorio ma non vincolante, dell'Ordine provinciale dei Farmacisti a tutela degli interessi della categoria rappresentata.

4.4.Né giova all'appellante rilevare che il Comune di Corsano, incorrendo in vizio procedimentale, aveva adottato la delibera consiliare n.27/2012 fin dal 20 aprile, cioè prima di acquisire i pareri richiesti ad ASL Lecce ed all'Ordine dei farmacisti della Provincia di Lecce (espressi solo alcuni giorni dopo).

Infatti al riguardo è sufficiente rilevare che, quando il 19.6.2012 è stata adottata la DGR n.1261/2012, i due pareri favorevoli erano ormai acquisiti con completo effetto sanante.

3.5.Inoltre va osservato che, in effetti, in Puglia la DGR n. 1261/2012 ha data un'applicazione particolare all'art.11 del DL n. 1/2012 .

Infatti, mentre l'art. 11 del d.l. n. 1/2012 ha attribuito ai Comuni il potere-dovere di avviare il procedimento di istituzione delle nuove farmacie e di definirlo entro una certa data, assegnando alla Regione il potere-dovere di provvedere in via sostitutiva nel caso di inadempienza, in Puglia è accaduto che la Regione, con DGR 19 giugno 2012, n. 1261, ha approvato l'istituzione di tutte le nuove 188 sedi farmaceutiche individuate nel territorio di tutti i Comuni della Puglia, e non solo l'istituzione delle nuove sedi nei Comuni che erano risultati inadempienti.

In sostanza, dunque, la Giunta Regionale ha deliberato, non solo, per sopperire in via sussidiaria alle mancate deliberazioni di un certo numero di Comuni, ma, al di fuori di tale situazione, anche per approvare, recependole, le determinazioni dei Comuni che avevano tempestivamente adempiuto (implicitamente ratificandone il contenuto, ove necessario).

Per questo motivo la ricorrente ha chiesto l'annullamento, non solo della delibera del consiliare del Comune di Corsano, ma anche, in parte qua, della DGR n. 1261/2012 nella misura in cui rappresenta il provvedimento conclusivo del procedimento di istituzione della nuova sede farmaceutica a Corsano.

Pertanto la censura procedimentale risulta infondata .

5. In conclusione, quindi, l'appello va respinto e, per l'effetto, la sentenza TAR va confermata con motivazione integrata in parte qua..

Le spese seguono la soccombenza e, liquidate in euro 3.000,00, oltre gli accessori di legge, sono poste a carico dell'appellante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) respinge l'appello in epigrafe e, per l'effetto, conferma la sentenza TAR con motivazione integrata in parte qua.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, liquidate in euro 3.000,00 oltre gli accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/02/2015

IL SEGRETARIO

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