



Guerino Fares*

Il c.d. diritto delle farmacie è presidio dell'art. 32 Cost.: nuove e significative conferme dalla Consulta**

SOMMARIO: 1. Il *revirement* della Regione Marche circa l'esecuzione dei tamponi nelle parafarmacie. – 2. Le argomentazioni del giudice *a quo*. – 3. Il responso della Corte costituzionale. – 4. La valorizzazione del ruolo delle farmacie nell'evoluzione ordinamentale e la non-concorrenza con le parafarmacie. – 5. Conclusioni: un percorso fra principio di uguaglianza, libertà di iniziativa economica privata e ragioni del servizio pubblico

1. Il *revirement* della Regione Marche circa l'esecuzione dei tamponi nelle parafarmacie

L'art. 1, comma 418, L. 30 dicembre 2020 n. 178, intervenuto dopo circa un anno dalla dichiarazione da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri dello stato di emergenza per il rischio sanitario connesso ad agenti virali trasmissibili, ha previsto la possibilità di eseguire anche presso le farmacie aperte al pubblico – dotate di spazi idonei sotto il profilo igienico-sanitario e atti a garantire la tutela della riservatezza – test intesi a riscontrare la presenza di anticorpi IgG e IgM e tamponi rapidi per la rilevazione di antigeni derivanti dal virus SARS-CoV-2.

In virtù del successivo comma 419, la definizione delle modalità organizzative e dei profili economici è stata demandata alle convenzioni in essere con il SSN, conformemente all'accordo collettivo nazionale ed ai correlati accordi regionali, tenuto conto anche delle specificità e dell'importanza del ruolo svolto in tale ambito dalle farmacie rurali¹.

In tale cornice, la Regione Marche adottava, in un primo tempo, la deliberazione di Giunta 15 febbraio 2021 n. 145², con la quale veniva approvato l'accordo da sottoscrivere con le

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico - Università degli Studi «Roma Tre».

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ Sulle peculiarità strutturali e funzionali della rete farmaceutica territoriale, cfr. B.R. NICOLOSO - L. GIORDANI - M. JOMMI, *La pianificazione territoriale del sistema farmacia*, Milano, Edra, 2022, 106 ss.

² Deliberazione della Giunta Regione Marche del 15 febbraio 2021 n. 145, *Schema di accordo tra la Regione Marche e la Federfarma Marche e la Confservizi Assofarm Marche per effettuare tamponi antigenici rapidi in farmacia*, pubblicata nel BUR del 26 febbraio 2021 n. 16.

organizzazioni sindacali delle farmacie pubbliche e private convenzionate, avente ad oggetto l'effettuazione del tampone rapido antigenico, in modalità di auto-somministrazione da parte dell'assistito sotto la sorveglianza del farmacista o del personale qualificato, con costi a carico del paziente.

In seguito, con la deliberazione della stessa Giunta 19 aprile 2021 n. 465³, si consentiva anche alle parafarmacie presenti sul territorio regionale di effettuare tamponi antigenici e test sierologici rapidi, allo scopo dichiarato di (a) facilitare l'accesso dei cittadini alle prestazioni sanitarie e (b) aumentare l'efficienza delle attività di prevenzione, nel cui ambito gli esercizi parafarmaceutici si sarebbero dovuti limitare a proporre al cittadino l'erogazione di servizi di assistenza sanitaria, potendo contare sulla presenza del farmacista nella struttura.

Di fatto, la prospettiva che pareva aver ispirato il disegno dell'amministratore regionale risultava duplice: l'esigenza di fronteggiare l'emergenza pandemica, da un lato, e la correlata opportunità di utilizzare le figure professionali operanti nelle parafarmacie⁴, senza oneri per il SSN, dall'altro.

In altre parole, valorizzare il profilo soggettivo – *id est*, la professionalità del farmacista – può considerarsi lo strumento cui la Regione aveva inteso ricorrere per incrementare le misure di contrasto all'infezione da coronavirus: in ciò confortata, in qualche misura, anche da autorevoli posizioni affermatesi in sede giurisdizionale, alla cui stregua «il test da cui derivino effetti giuridici o sanitari di qualsiasi natura non può che essere effettuato direttamente da personale abilitato, nel quale - ritenuto prevalente l'interesse ad un più ampio *screening* anti-covid della popolazione - va ricompreso il farmacista»⁵.

In tal modo l'utente, nell'ambito della rete di operatori resa disponibile dalla suddetta Regione, poteva decidere se eseguire il tampone o il test sierologico rapido in auto-somministrazione, sotto la sorveglianza del farmacista nelle farmacie o nelle parafarmacie, ovvero con l'intervento di un professionista sanitario, nei laboratori, nelle strutture e negli studi dei professionisti privati, accreditati e inseriti nel sistema informativo regionale di riferimento⁶.

Si trattava, in sostanza, di una scelta tesa a gestire l'emergenza sanitaria, accrescendo, attraverso il coinvolgimento delle parafarmacie, le *chances* di prevenzione e contenimento della propagazione del virus, senza per il resto sconfinare nell'area delle attività di servizio espressamente riservate dal legislatore nazionale alle farmacie (c.d. farmacia dei servizi)⁷.

La possibilità di effettuare tamponi anche in parafarmacia avrebbe, in tal modo, dovuto potenziare lo *screening* di massa, senza incidere sul principale bacino di utenza delle farmacie.

³ Deliberazione della Giunta Regione Marche del 19 aprile 2021 n. 465, *Schema di accordo tra la Regione Marche ed esercizi commerciali ex art. 5, D.L. n. 223/2006, convertito con modificazioni dalla L. n. 248/2006 (c.d. Parafarmacie) per effettuare test rapidi per la ricerca dell'antigene e i test diagnostici rapidi per la ricerca di anticorpi anti SARS-CoV-2*, pubblicata nel BUR del 23 aprile 2021 n. 32.

⁴ Il riferimento è agli esercizi commerciali richiamati nell'art. 5, comma 1, D.L. 4 luglio 2006 n. 223, convertito con modificazioni dalla L. 4 agosto 2006 n. 248.

⁵ In questi termini, Cons. St., sez. III, 29 marzo 2021 n. 1634, ord.

⁶ Cfr., sul punto, la circolare del Ministero della Salute 8 gennaio 2021 n.705, recante *Aggiornamento della definizione di caso COVID-19 e strategie di testing*.

⁷ Il riferimento è al D. Lgs.vo 3 ottobre 2009, n. 153, rubricato «*Individuazione di nuovi servizi erogati dalle farmacie nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, nonché disposizioni in materia di indennità di residenza per i titolari di farmacie rurali, a norma dell'articolo 11 della legge 18 giugno 2009, n. 69*».

Il provvedimento di cui trattasi viene, tuttavia, contestato dalla federazione rappresentativa delle farmacie territoriali, sull'assunto che esso: (i) disattenderebbe la disposizione (art. 1, comma 418, L. 30 dicembre 2020 n. 178) che riserva alle sole farmacie l'effettuazione di test mirati al monitoraggio del virus; (ii) colliderebbe con le statuizioni di cui alla sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 2017 n. 66, recante la preclusione per le parafarmacie di rendere le prestazioni comprese nell'alveo della farmacia dei servizi; (iii) violerebbe i principi fondamentali della materia "tutela della salute" ex art. 117, comma 3, Cost., posti dal legislatore statale in tema di organizzazione del servizio farmaceutico.

Conformandosi al parere espresso dall'Avvocatura regionale su richiesta dell'Azienda regionale sanitaria, la Regione si induceva quindi ad annullare in autotutela la deliberazione giunta n. 465/2021, cit., sostituendola con la successiva deliberazione 24 maggio 2021 n. 663, a sua volta impugnata davanti al competente Tribunale Amministrativo Regionale, dando vita ad un contenzioso dal cui alveo è scaturita la questione di legittimità costituzionale che ci occupa.

Nel ricorso al giudice amministrativo, gli esercenti delle parafarmacie lamentavano l'illegittimità dell'operato regionale, "reo" di aver dato rilievo esclusivo al luogo dedicato alla esecuzione dei test anziché – e, quindi, non più – alla figura professionale del farmacista: figura che, tanto nelle farmacie quanto nelle parafarmacie, era equiparabile e "obbligata ad assistere gli utenti nell'esecuzione del (o anche a effettuare in prima persona il) test"⁸.

In definitiva, svilendo il ruolo giocato dall'elemento soggettivo/professionale, la Regione era tornata sui suoi passi rinnegando la prima determinazione originariamente assunta.

2. *Le argomentazioni del giudice a quo*

Chiamato a pronunciarsi sulla dedotta violazione degli artt. 3 e 41 Cost., il tribunale rimette alla Corte costituzionale la decisione in ordine alla legittimità di una normativa tacciata di aver limitato, senza un giustificato motivo, la libertà di iniziativa economica delle parafarmacie, precludendo ad esse l'esercizio di un'attività viceversa consentita alle farmacie, pur operanti nel medesimo mercato di riferimento.

Il giudice amministrativo ricorda, in proposito, come un farmacista abilitato sia «idoneo ad eseguire tutte le prestazioni connesse all'arte farmaceutica a prescindere dal luogo in cui egli si trovi ad operare (farmacia, parafarmacia, laboratorio di una casa farmaceutica, etc.) ed a prescindere dal formale inquadramento del suo rapporto di lavoro (farmacista titolare, farmacista

⁸ Per completezza va segnalato che i ricorrenti agivano anche per la condanna al risarcimento del danno derivante dagli investimenti *medio tempore* effettuati per adeguare i locali ai protocolli, in termini di acquisto dei tamponi, dei dispositivi di protezione individuale, degli strumenti atti alla disinfezione degli oggetti e degli ambienti adibiti all'esecuzione dei test, nonché di gazebo per eseguire i test nelle zone adiacenti all'entrata degli esercizi, laddove non era possibile separare l'utenza che ha normale accesso ai locali di vendita da coloro che accedono all'esercizio per sottoporsi al monitoraggio. Infine, gli stessi denunciavano la violazione tanto dell'art. 49 TFUE, a causa della discriminazione tra i servizi erogati dalle farmacie da quelli erogati dalle parafarmacie ad opera dell'art. 1, commi 418 e 419, L. 178/2020, cit., quanto degli artt. 101 e segg. TFUE recanti i principi di parità di trattamento, trasparenza e libera concorrenza.

collaboratore, etc.)», non influenzando sullo *status* di farmacista la diversa posizione ricoperta dalle farmacie e dalle parafarmacie, soprattutto, nel corso dell'emergenza pandemica.

Si profilerebbe, di conseguenza, una discriminazione non soltanto riguardo al luogo di somministrazione del servizio, ma relativa anche alle prerogative del professionista, se è vero che il quadro normativo si è ulteriormente evoluto autorizzando l'effettuazione dei test antigenici rapidi in farmacia “direttamente da parte dei farmacisti ovvero da parte di personale sanitario abilitato (infermiere, biologo) all'uopo individuato dal titolare o direttore tecnico della farmacia”⁹.

Il giudice remittente tendeva, dunque, ad escludere che nella fattispecie fossero implicate le maggiori garanzie che la struttura più “istituzionale” delle farmacie fornisce, come evidenziato dalla stessa Corte costituzionale¹⁰, con riguardo all'erogazione di quelle che sono qualificabili come vere e proprie prestazioni sanitarie.

Evocare un simile argomento, osserva il TAR, potrebbe sì giustificare l'esclusione delle parafarmacie dal novero delle strutture abilitate ad effettuare i tamponi, ma richiederebbe pur sempre la prova di una differenza oggettiva tra la prestazione erogata nella farmacia e quella erogata nella parafarmacia, prova che nel caso di specie manca o comunque non è stata fornita.

Da questo angolo visuale, potrebbe configurarsi una ingiustificata compressione della libertà di iniziativa economica in danno della parafarmacia, soggetto giuridico che il legislatore ha voluto riconoscere affiancandolo a quello, la farmacia, tradizionalmente detentore del monopolio nel mercato di riferimento: di qui, la possibile violazione degli artt. 3 e 41 Cost.

Le norme nazionali, ad avviso del tribunale amministrativo, penalizzerebbero un soggetto concorrente a vantaggio dell'altro rispetto all'espletamento di una attività per la quale è richiesta una identica qualificazione professionale.

La scelta operata dal legislatore non parrebbe trovare giustificazione nel presunto maggior tasso di riservatezza garantito dalle farmacie, né nel collegamento che le stesse sono in grado di assicurare con la banca dati regionale né, ancora, nella legittimazione al trattamento dei dati personali sensibili di cui le farmacie godono in quanto parti integranti del SSN: trattandosi, in tutti i casi, di capacità e poteri estensibili anche alle parafarmacie.

In definitiva, ad avviso del TAR Marche la normativa nazionale si porrebbe in evidente conflitto logico con la *ratio* sottesa alla normativa emergenziale, ossia quella di incrementare il numero di tamponi, senza che in proposito possano essere evocate le statuizioni della Corte di giustizia UE¹¹, irrilevanti nella circostanza in quanto la decisione dei cittadini di eseguire i tamponi

⁹ Così il protocollo sottoscritto il 5 agosto 2021 e consultabile sul sito istituzionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri al seguente link <https://www.governo.it/it/dipartimenti/commissario-straordinario-lemergenza-covid-19/17590>, che è stato adottato ai sensi dell'art. 5, comma 1, D.L. 23 luglio 2021 n. 15, convertito con modificazioni dalla L. 16 settembre 2021 n. 126. D'altra parte, il comma 418, L. n. 178/2020, cit., pur disponendo che «i test mirati a rilevare la presenza di anticorpi IgG e IgM e i tamponi antigenici rapidi per la rilevazione di antigene SARS-CoV-2 possono essere eseguiti anche presso le farmacie aperte al pubblico dotate di spazi idonei sotto il profilo igienico-sanitario e atti a garantire la tutela della riservatezza», senza fare riferimento esplicito alla figura del farmacista, è stato comunemente interpretato come riconoscimento di una prerogativa conferita al farmacista in quanto professionista sanitario.

¹⁰ Corte cost., 7 aprile 2017 n. 66, in *Consulta OnLine*, 2017, con nota di P.I. D'ANDREA, *La Farmacia dei servizi arriva alla Corte costituzionale*.

¹¹ Ci si riferisce, in particolare, a C. giust. UE, sez. IV, 5 dicembre 2013, cause riunite da C-159/12 a C-161/12, *Venturini e altri*, ove è stato ritenuto come l'art. 49 TFUE debba essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che non consente a un farmacista, abilitato e iscritto all'ordine professionale, ma non titolare di una farmacia compresa nella

in questione non discende necessariamente dall'insorgenza di sintomi della malattia, ma anche dal principio di precauzione.

Aderendo alla prospettazione del remittente¹², verrebbe da chiedersi se non sarebbe stato forse il caso di tenere distinta l'attività di somministrazione diretta da parte del professionista, da un lato, e l'attività di mera sorveglianza sulla auto-somministrazione da parte del paziente, dall'altro.

Nondimeno, consentire al solo farmacista, vietandola al parafarmacista, la somministrazione diretta di test e tamponi, in linea con altre sue attribuzioni professionali, come ad es. l'effettuazione di test diagnostici che prevedono il prelievo di sangue capillare¹³, finisce con il produrre l'effetto contrario a quello auspicato dal TAR in quanto si viene ad avallare una disparità di trattamento proprio rispetto allo *status* professionale, legata al *locus* di svolgimento del servizio.

3. Il responso della Corte costituzionale

La Corte giudica infondate le censure prospettate nell'ordinanza di rimessione, evidenziando *in primis* come non ci troviamo di fronte a «una identità di situazioni giuridiche, rispetto alle quali la disciplina impugnata determini una disparità di trattamento normativo rilevante agli effetti dell'art. 3 della Costituzione»: invero, la pur rilevabile esistenza di elementi comuni a farmacie e parafarmacie e, in particolare, la presenza di farmacisti abilitati presso entrambe, non è tale da mettere in dubbio che «fra i due esercizi permangano una serie di significative differenze, tali da rendere la scelta del legislatore non censurabile in termini di ragionevolezza»¹⁴, sicché è da escludersi la violazione del principio di uguaglianza.

Come la stessa Corte costituzionale ricorda, infatti, le parafarmacie sono esercizi commerciali, deputati all'attività di vendita al pubblico dei farmaci da banco o di automedicazione e di tutti i farmaci o prodotti non soggetti a prescrizione medica, 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.

Diversamente, le farmacie erogano l'assistenza farmaceutica, oggi ricompresa tra i livelli essenziali di assistenza sanitaria, e svolgono, pertanto, un servizio di pubblico interesse,

pianta organica, di distribuire al dettaglio, nella parafarmacia di cui è titolare, anche quei farmaci soggetti a prescrizione medica che non sono a carico del Servizio sanitario nazionale, bensì vengono pagati interamente dall'acquirente.

¹² Secondo cui non sarebbe agevole comprendere perché il paziente, privo di qualsivoglia formazione ed esperienza nel campo sanitario, possa acquistare test e tamponi per auto-somministrarsi in qualsiasi luogo e, allo stesso tempo, si neghi la possibilità al farmacista di assisterlo nell'esecuzione presso la parafarmacia, adeguatamente allestita, ed eventualmente correggerlo nell'esecuzione. I citati commi 418 e 419, invero, abilitano l'esecuzione, da parte di un farmacista, presso le farmacie aperte al pubblico, dei test e dei tamponi, ossia di una attività ben diversa da quella oggetto della deliberazione regionale 465/2021 nella quale si prevedeva l'auto-somministrazione da parte dell'assistito sotto la sorveglianza del farmacista, coerentemente con la funzione di assistenza diretta alla clientela attribuita al farmacista operante presso le parafarmacie: l'art. 5, comma 2, D.L. 4 luglio 2006 n. 223, conv. con modificazioni dalla L. 4 agosto 2006 n. 248, prevede, in proposito, che la vendita dei medicinali presso le parafarmacie avvenga «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».

¹³ Cfr. art. 1, comma 2, lett. *e-ter*), D.Lgs.vo 153/2009, cit., come modificato dall'art. 1, comma 420, L. 178/2020, cit.

¹⁴ In tal senso, già Corte cost., 18 luglio 2014 n. 216, in *Giur. cost.*, 2014, 3440 ss., con nota di L. CASSETTI, *La distribuzione del farmaco tra tutela della salute e (contrastate) aperture alla concorrenza*.

preordinato a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando solo marginale, sotto questo profilo, sia il carattere professionale sia l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista.

In quanto componenti del SSN, le farmacie sono localizzate sul territorio secondo un sistema di stretta pianificazione¹⁵, rispondente alla razionalizzazione di una rete organizzata a garanzia della tutela della salute *ex art. 32 Cost.* e, in ragione della natura dell'attività svolta, sono assoggettate a prescrizioni e controlli rigorosi da parte dell'amministrazione sanitaria¹⁶.

Ne discende, ancora, che i farmacisti titolari di farmacia si configurano, sotto il profilo funzionale, quali concessionari di un pubblico servizio, tanto che alla farmacia sono addossati obblighi di servizio pubblico *ex lege*, viceversa sconosciuti alle parafarmacie, fra i quali si annoverano la garanzia di un'attività regolare e continua¹⁷, l'osservanza di turni per il servizio notturno, la provvista delle sostanze medicinali prescritte come obbligatorie dalla farmacopea ufficiale, l'assoggettamento alle ispezioni periodiche da parte dell'autorità sanitaria, ecc...

In pratica, come è stato rilevato¹⁸, il servizio farmaceutico italiano è «garantito dallo Stato sociale alla collettività attraverso la pianificazione del sistema farmacia, inteso come sistema culturale di servizi a tutela della qualità e dignità della vita, assicurata attraverso la cura della salute e la terapia del dolore, in un *unicum* di professione-struttura-servizio, e viene svolto in forma unitaria, ma diversificata nei presidi ospedalieri e sul territorio».

Facendo leva sulla conformazione progressiva del quadro normativo, evolutosi in guisa tale da far escludere la sussistenza di una identità di natura e di situazioni giuridiche tra farmacie e parafarmacie, la Corte ha giustificato la scelta discrezionale compiuta dal legislatore di «arruolare» soltanto le farmacie nell'azione di contrasto alla diffusione del Covid-19, ritenendola non censurabile in termini di ragionevolezza: una giustificazione condizionata espressamente da un

¹⁵ Sulle finalità della pianificazione territoriale, Corte cost., 13 novembre 2009 n. 295, 31 ottobre 2013 n. 255 e n. 216/2014, cit. Come evidenziato dalla sentenza 4 febbraio 2013 n. 27 della Corte costituzionale, in linea con gli indirizzi del giudice amministrativo (cfr., *ex multis*, TAR Lazio - Roma, sez. III-*quater*, 13 febbraio 2020 n. 1973), la rete farmaceutica deve coprire capillarmente l'intero territorio nazionale, assicurando l'assistenza farmaceutica ovunque, ma lasciando agli utenti la libertà di scegliere l'esercizio che preferiscono, secondo un sistema strutturato in modo da evitare una eccessiva concentrazione di farmacie nelle zone più redditizie e viceversa.

¹⁶ Risale alla sentenza 26 gennaio 1957 n. 29 della Corte costituzionale la presa d'atto che «l'organizzazione del servizio farmaceutico, se da un lato ha creato al farmacista concessionario di una farmacia una posizione di privilegio con l'eliminare la concorrenza entro determinati limiti demografici e territoriali; dall'altro, trattandosi di un servizio di pubblica necessità, ha imposto allo stesso farmacista l'obbligo di svolgere la sua attività con l'adempimento delle prescrizioni dalle leggi stabilite per questa particolare professione».

¹⁷ Per un approfondimento sui vincoli della distribuzione territoriale e della continuità del servizio, nell'interpretazione giurisprudenziale, cfr. F. LAUS, *Il servizio farmaceutico tra autonomia privata e vincoli propri del servizio pubblico*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2020, 1037 ss.

¹⁸ B.R. NICOLOSO - L. GIORDANI - M. JOMMI, *La pianificazione*, cit., 14. Nel senso che la programmazione territoriale del servizio farmaceutico, pur potendo costituire una misura di effetto equivalente a una illegittima restrizione quantitativa del libero mercato (art. 30 TFUE), appare giustificata come una forma adeguata di tutela della salute pubblica quale interesse generale prevalente (art. 36 TFUE), *ex plurimis*, C. giust. UE, Grande sez., 19 maggio 2009, C-531/06, *Commissione c. Italia*; Id., Grande sez., 1° giugno 2010, cause riunite C-507/07 e 571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*; Id., sez. IV, 13 febbraio 2014, C-367/12, *Sokoll-Seebacher*. A ciò aggiungasi che l'assegnazione delle sedi per concorso pubblico risponde all'esigenza di garantire in modo stabile ed efficace il servizio farmaceutico sull'intero territorio nazionale, costituendo la regola del concorso costituisce lo strumento più idoneo ad assicurare che gli aspiranti titolari di farmacia siano selezionati secondo criteri oggettivi di professionalità ed esperienza: cfr. Corte cost., 16 luglio 1991 n. 352; Id., 28 dicembre 2006 n. 448.

regime giuridico al cui attuale assetto hanno contribuito tanto lo stesso legislatore quanto le autorità giurisdizionali (v. § 4).

Il permanere di sensibili differenze fra le due entità dà conto di una soluzione che ha privilegiato, nel contesto di una inedita emergenza sanitaria, le “collaudate” strutture stabilmente inserite nell’organizzazione del SSN, capaci, in quanto tali, sia di assicurare un elevato e uniforme livello di qualità dei servizi in tutto il territorio nazionale¹⁹, sia di gestire in modo razionale ed oculato l’approvvigionamento sul mercato dei test sierologici e dei tamponi antigenici rapidi, sia di garantire e semplificare il sistema di raccolta dei dati personali che avrebbe presumibilmente appesantito il governo del sistema laddove fosse stata legittimata una più ampia e indistinta cerchia di soggetti, per di più non adusi ad interfacciarsi in via ordinaria con il SSN in quanto esclusi dal relativo perimetro e piuttosto appartenenti all’ambito della distribuzione commerciale.

Inequivoca è stata, in sintesi, la risposta della Consulta al quesito se sotto il profilo della tutela della salute in tempo di pandemia debba assumere rilevanza preponderante la figura del farmacista o, piuttosto, la caratterizzazione ontologica e funzionale della struttura presso cui lo stesso si trovi ad operare.

4. La valorizzazione del ruolo delle farmacie nell’evoluzione ordinamentale e la non-concorrenza con le parafarmacie

Da quanto sopra esposto, prende forma il ruolo centrale che il c.d. diritto delle farmacie svolge in un’ottica di piena realizzazione della tutela della salute consacrata dall’art. 32 Cost.

Gli apporti della Corte costituzionale (si pensi alle sentenze n. 216/2014 e n. 66/2017) e della Corte di giustizia UE (a partire dalla nota sentenza Venturini), associati alle tendenze valorizzatrici del nostro legislatore (rivelate, fra l’altro, dalla sempre crescente implementazione della farmacia dei servizi)²⁰ ci restituiscono un quadro ben definito in cui il ruolo istituzionale delle farmacie ha carattere infungibile e reca con sé, grazie alla sua forza attrattiva, una serie di rilevanti conseguenze, effetti e vincoli circa ciò che si può o non si può fare azionando la leva della regolazione.

In un contesto ordinamentale nel quale convivono, in un delicato e mutevole equilibrio, farmacie e parafarmacie, le coordinate di fondo restano nondimeno salde e intangibili, come conferma il *decisum* della Consulta nel caso qui esaminato.

L’elemento determinante è la struttura affiliata al sistema pubblico di tutela della salute e, perciò, integrata nel Servizio sanitario nazionale come non accade per gli esercizi commerciali veri e propri; l’elemento viceversa meno rilevante è, ai fini in oggetto, la comune qualificazione professionale di farmacisti e parafarmacisti che non è affatto in discussione ma che, al tempo

¹⁹ Le ragioni dell’uniformità vietano ai legislatori regionali di attribuire al farmacista l’esercizio di attività ulteriori, diverse e più ampie rispetto a quelle previste dalla disciplina statale, così violando l’art. 117, terzo comma, Cost., in riferimento ai principi fondamentali della legislazione statale in materia di professioni: cfr. Corte cost., 18 gennaio 2022 n. 6.

²⁰ Si consideri, al riguardo, anche il D.M. Salute 23 maggio 2022 n. 77, che, nel definire gli *standard* e i modelli di sviluppo dell’assistenza territoriale nell’ambito del SSN, ha qualificato le farmacie convenzionate “presidi sanitari di prossimità” ai quali è da riconoscersi un ruolo fondamentale e di integrazione del SSN, stanti le prestazioni di servizi sanitari a presidio della salute dei cittadini che le stesse erogano quotidianamente.

stesso, non toglie che solo i farmacisti che esercitano presso le farmacie, stante il carattere esclusivo delle funzioni rimesse a queste ultime, assumano, per i compiti svolti, il ruolo di operatori sanitari.

Del resto, non va dimenticato che le parafarmacie nascono per mano del D.L. 4 luglio 2006 n. 223 al deliberato scopo di eliminare taluni vincoli nella distribuzione dei farmaci – nonostante (ma comunque nel rispetto de) lo stretto legame fra i medicinali e la tutela della salute degli individui – e, così, di accrescere il livello di concorrenza nel relativo mercato: si sono ispirate a tale obiettivo le misure che, via via, hanno consentito a tali esercizi commerciali, comunemente noti come parafarmacie o *corner* nei supermercati, di effettuare attività di vendita al pubblico dei farmaci da banco o di automedicazione, di tutti i medicinali o prodotti non soggetti a prescrizione medica e dei farmaci di minore interesse terapeutico, rientranti nella c.d. fascia C, dispensabili attraverso il canale commerciale ove non sottoposti ad obbligo prescrittivo da parte del medico e anche se il relativo costo è interamente a carico dell'assistito²¹. E, in questo disegno, la presenza del farmacista ha rappresentato l'elemento di garanzia nella dispensazione controllata del prodotto, piuttosto che la spinta giustificatrice di politiche liberalizzatrici del mercato.

Sul versante opposto delle farmacie pubbliche e private incardinate nel SSN a tutela del bene-salute, il citato D.Lgs.vo n. 153/2009 ha previsto che ad esse, in aggiunta all'assistenza farmaceutica, fossero attribuiti nuovi servizi a forte valenza socio-sanitaria.

Non senza ragione, la più recente giurisprudenza amministrativa²² si è fatta carico di porre in risalto come, per effetto del quadro normativo sopra ricostruito, si sia realizzata una «profonda transizione del ruolo della farmacia da una (più tradizionale) attività di mera distribuzione di prodotti (*lato sensu*) farmaceutici, verso un ruolo di erogazione di prestazioni e servizi, comunque, teleologicamente preordinati ad assicurare la somministrazione di interventi connessi con la tutela della salute (ma rispetto alla precedente conformazione, “delocalizzati” ed insediati anche in ambiente farmaceutico)»: il che ha portato, conseguentemente, al superamento della definizione della farmacia quale mero esercizio commerciale per abbracciare quella di «presidio sociosanitario polivalente, [che] assolve appieno alla necessità della popolazione aumentando la fruibilità dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA)» ovvero «centro sociosanitario polifunzionale a servizio delle comunità» ovvero «punto di raccordo tra Ospedale e territorio e front office del Servizio Sanitario Nazionale»²³.

E non senza ragione la Corte costituzionale oggi plaude all'iniziativa del Parlamento che, nella sua discrezionalità, «ha valutato maggiormente rispondente alla tutela della salute, da un lato, che tali test siano effettuati sì in un numero inferiore di luoghi, ma distribuiti sul territorio nazionale secondo logiche non meramente commerciali, bensì di adeguatezza rispetto alla popolazione, cui

²¹ Si tenga presente che la stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha salutato la liberalizzazione della vendita dei farmaci di fascia C senza prescrizione medica come una misura tesa a consentire l'incremento delle dinamiche concorrenziali nel mercato di tali prodotti, con connessi benefici per i consumatori legati all'ampliamento dei canali di distribuzione: cfr. <https://www.agcm.it/dotcmsDOC/audizioni-parlamentari/Audizione-20151028.pdf>

²² Cons. St., sez. III, 4 gennaio 2021 n. 111. Nel senso, poi, che l'evoluzione normativa ha segnato «il definitivo passaggio da una impostazione professionale-tecnica della titolarità e gestione delle farmacie ad una impostazione economico-commerciale», Corte cost., 5 febbraio 2020 n. 11.

²³ Nel senso che i titolari di farmacia, indipendentemente dalla qualificazione del regime, concessorio o autorizzativo, cui sono sottoposte i rispettivi esercizi, svolgono indubbiamente un servizio di pubblico interesse, già Corte cost., 30 settembre 1983 n. 312.

assicurare con continuità l'accesso a tali prestazioni sanitarie; dall'altro, che la trasmissione dei dati relativi ai test sia effettuata da un numero limitato di soggetti, rendendo così più agevole la loro ricezione e gestione da parte delle autorità sanitarie, anche sotto il già richiamato profilo dell'adozione dei provvedimenti a tutela della salute pubblica», limitativi delle libertà costituzionali.

Detto diversamente, è stata attentamente ed ulteriormente valorizzata la vocazione complementare della rete farmaceutica territoriale di fornire servizi capaci di consolidare il vincolo finalistico della professione al perseguimento di un primario e prevalente interesse pubblico, quale la tutela del fondamentale diritto alla salute dell'individuo e della collettività²⁴.

Il legislatore, in conclusione, ha preferito mantenere all'interno della rete territoriale, ossia di un circuito presidiato dalle suddette garanzie, le attività volte all'efficace e controllato monitoraggio della circolazione del virus SARS-CoV-2.

Come chiarito dalla stessa Consulta, a orientare la decisione legislativa non è stata la figura professionale del farmacista, né la cosiddetta riserva di farmacia, che ne protegge il bacino di utenza ma che attiene più propriamente alla distribuzione dei farmaci e non all'erogazione di prestazioni e servizi sanitari.

Se così è, la *ratio* delle disposizioni scrutinate non pare essere quella di individuare presso gli esercizi commerciali ulteriori spazi, più o meno idonei come quelli delle farmacie, in cui poter effettuare il più alto numero possibile di test e tamponi: l'obiettivo non era la moltiplicazione dei centri di monitoraggio quanto, piuttosto, la garanzia che le attività di rilevazione e controllo dell'infezione fossero svolte in modo garantito negli ambienti propri del Servizio sanitario nazionale, preservandone la tenuta e la capacità di accogliere tutte le richieste degli utenti sì da realizzare un efficace *screening* della popolazione su larga scala a tutela della salute collettiva, effettuando un numero di tamponi idoneo a individuare tempestivamente i soggetti contagiati²⁵.

²⁴ Sul punto, sia consentito un rimando a G. FARES, *Problemi attuali dell'ordinamento sanitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 260.

²⁵ Di contrario avviso, F. GARDINI, *Parafarmacie: la presenza del farmacista non legittima l'esecuzione di test e tamponi*, in *www.iusetsalus.it*, 29 agosto 2022, 16, secondo cui «incrementare gli erogatori si sarebbe tradotto in un aumento del numero dei tamponi erogabili giornalmente, a garanzia esclusivamente della tutela della salute collettiva, con conseguente innalzamento dell'efficienza del servizio percepita dagli utenti che ben avrebbero potuto evitare gravose liste di attesa. Non si sarebbe trattato, del resto, di coinvolgere nell'erogazione della prestazione un qualsiasi esercizio commerciale ma un'attività operante nello stesso mercato di riferimento delle farmacie e con la necessaria presenza del farmacista, e riconosciuta nel contesto emergenziale come essenziale, tanto da essere stata chiamata a rimanere al servizio della popolazione - al pari delle farmacie - per tutta l'emergenza pandemica: infatti, il DPCM 6 marzo 2020, all'art. 1, comma 1, punto 1), allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 ha adottato, sull'intero territorio nazionale, tra l'altro, le seguenti misure: «sono sospese le attività commerciali al dettaglio, fatta eccezione per le attività di vendita di generi alimentari e di prima necessità individuate nell'allegato 1, sia nell'ambito degli esercizi commerciali di vicinato, sia nell'ambito della media e grande distribuzione, anche ricompresi nei centri commerciali, purché sia consentito l'accesso alle sole predette attività. Sono chiusi, indipendentemente dalla tipologia di attività svolta, i mercati, salvo le attività dirette alla vendita di soli generi alimentari. Restano aperte le edicole, i tabaccai, le farmacie, le parafarmacie. Deve essere in ogni caso garantita la distanza di sicurezza interpersonale di un metro» (misura reiterata nel DPCM 10 aprile 2020, art. 1, comma 1, lett. z). Il successivo DPCM 22 marzo 2022 riconosce esplicitamente come «sempre consentita l'attività di produzione, trasporto, commercializzazione e consegna di farmaci, tecnologia sanitaria e dispositivi medico-chirurgici nonché di prodotti agricoli e alimentari. Resta altresì consentita ogni attività comunque funzionale a fronteggiare l'emergenza».

5. Conclusioni: un percorso fra principio di uguaglianza, libertà di iniziativa economica privata e ragioni del servizio pubblico

La Corte costituzionale non ha, dunque, trovato nella normativa impugnata conferma alcuna del contrasto fra la stessa e le disposizioni costituzionali in tema di parità di trattamento o di libera concorrenza.

In realtà, salvo qualche rara eccezione²⁶, in materia di attività economica svolta nell'ambito del sistema sanitario e farmaceutico le doglianze aventi come parametro di costituzionalità l'art. 41 Cost. hanno tradizionalmente incontrato scarsa fortuna²⁷.

Le ragioni dell'impresa sovente recedono di fronte all'esigenza di tutela della salute al più alto livello possibile.

La posizione della Corte costituzionale in tema di restrizioni della libertà di iniziativa economica privata, del resto, ne individua costantemente il limite generale insuperabile nell'arbitrarietà e nell'incongruenza – e quindi nell'irragionevolezza – delle misure restrittive adottate per assicurare l'utilità sociale²⁸.

Da tali premesse discende che l'intervento legislativo si rivela insostenibile solo se sia tale da condizionare le scelte imprenditoriali in grado così elevato da indurre sostanzialmente la funzionalizzazione dell'attività economica, sacrificandone le opzioni di fondo o restringendone in rigidi confini lo spazio e l'oggetto delle stesse scelte organizzative²⁹.

Con riguardo al settore che ci occupa, va segnalata la peculiare fattispecie dello sconto imposto *ex lege* ai produttori di farmaci, rispetto alla quale la Corte ha ritenuto che una determinazione decurtata dei prezzi non sia costituzionalmente illegittima per lesione dell'art. 41 Cost., qualora si riveli preordinata, in maniera né sproporzionata, né inidonea, a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti, tra i quali va annoverato anche l'obiettivo di contenere la spesa sanitaria³⁰.

Le coordinate di fondo fissate dalla Consulta ci forniscono lo strumentario per leggere correttamente il contesto, soggettivo e oggettivo, esaminato dalla decisione qui in commento.

Come ci ricorda la Corte³¹, la tutela costituzionale della sfera dell'autonomia privata non è assoluta: un tale assunto pare ben attagliarsi allo *status* giuridico delle parafarmacie.

Alle farmacie si addicono, invece, quelle affermazioni per cui al regime di ogni servizio pubblico è connaturale l'imposizione di controlli e programmi per l'indirizzo dell'attività

²⁶ Ad es., del divieto di brevettazione dei medicinali è stata riconosciuta l'incongruità rispetto all'interesse generale alla tutela della salute, attesa la sproporzione tra il mezzo prescelto e la possibilità di soddisfare lo stesso con mezzi più rispettosi del principio di eguaglianza, risultandone la violazione del combinato disposto degli artt. 3 e 41 Cost., di fronte a uno svantaggio patito dagli imprenditori del settore produttivo farmaceutico rispetto agli imprenditori di altri comparti: cfr. Corte cost., 20 marzo 1978 n. 20.

²⁷ Lo stesso dicasi per quanto attiene al contenzioso amministrativo: per un riscontro, Cons. St., sez. III, 16 maggio 2013 n. 2668, resa in tema di tariffazione dell'ossigeno terapeutico.

²⁸ Fra le tante cfr., più di recente, Corte cost., 23 novembre 2021 n. 218; Id., 7 maggio 2020 n. 85. Sulla protezione di valori primari attinenti alla persona umana, *sub specie* tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili e della dignità umana, quale temperamento al diritto d'impresa, Id., 7 giugno 2019 n. 141.

²⁹ Così Corte cost., 19 dicembre 1990 n. 548.

³⁰ Corte cost., 7 luglio 2006 n. 279.

³¹ Corte cost., 21 luglio 2016 n. 203.

economica a fini sociali³²; o per cui lo svolgimento della professione del farmacista inerisce in primo luogo ad un servizio di pubblica necessità □ le cui finalità non possono essere condizionate o snaturate con il richiamo all'aspetto privato o imprenditoriale dell'esercizio farmaceutico³³.

La sentenza che ci occupa afferma coerentemente che «la rilevata differenziazione di sistema, sotto i profili del regime e della posizione rivestita, rispettivamente nell'ambito del SSN e sul mercato, da farmacie e cosiddette parafarmacie, consente già di escludere che le disposizioni censurate trattino diversamente situazioni eguali».

Servizio sanitario nazionale *vs.* mercato dei farmaci: la risposta ai problemi affrontati in questa sede si gioca sul filo di questa distinzione.

Area del mercato e area del servizio pubblico, anima commerciale e anima istituzionale vincolata nel fine: da un lato, la distribuzione a fini commerciali dei farmaci di libera vendita (ambito aperto alle parafarmacie); dall'altro, la somministrazione di farmaci dietro prescrizione medica unitamente all'erogazione di nuovi servizi preordinati alla tutela del bene-salute (ambito riservato alle farmacie)³⁴.

Fallace si è rivelato, allora, l'angolo visuale assunto dal giudice remittente.

Innanzitutto, perché – censurando la preclusione per le parafarmacie di esercitare «un'attività viceversa consentita alle farmacie, pur operanti nel medesimo mercato di riferimento» – non ha considerato che si tratta di attività di natura diversa: economica nel primo caso, di servizio nel secondo.

In secondo luogo, perché ha ritenuto inconsistente un fattore che invece è decisivo, quale l'influenza sullo *status* di farmacista della diversa posizione ricoperta dalle farmacie e dalle parafarmacie, nel corso dell'emergenza pandemica.

Ancora, perché ha ritenuto che il dovuto coinvolgimento delle parafarmacie, accanto alle farmacie, nella gestione della pandemia avrebbe garantito un ampliamento territoriale e temporale del servizio pubblico, quando invece le parafarmacie sono esercizi puramente commerciali e non strutture del SSN gravate di obblighi di servizio.

Infine, perché non era stata dimostrata l'esistenza di quelle eventuali insufficienze o inadeguatezze da parte delle farmacie territoriali a cui si sarebbe potuto sopperire aprendo l'erogazione delle prestazioni di cui trattasi anche alle parafarmacie.

A venire in gioco – è bene ripeterlo – non sono né la professionalità del farmacista né l'insussistenza di una differenza oggettiva fra la prestazione erogata nella farmacia e quella erogata nella parafarmacia e nemmeno l'astratta idoneità igienico-sanitaria del luogo di erogazione³⁵.

³² Corte cost., 31 marzo 2015 n. 56.

³³ Corte cost., 14 aprile 1988 n. 446.

³⁴ A proposito dei servizi contemplati dal D.Lgs. n. 153/2009 e s.m.i., che le farmacie sono abilitate a prestare quali cellule del SSN, la citata sent. n. 66/2017 della Corte costituzionale ha posto l'accento sulla necessità di ricondurli alla competenza legislativa statale, di modo che «sia mantenuto un livello elevato e uniforme livello di qualità dei servizi in tutto il territorio, a tutela di un bene, quale la salute della persona, che per sua natura non si presterebbe a essere protetto diversamente alla stregua di valutazioni differenziate, rimesse alla discrezionalità dei legislatori regionali».

³⁵ Lo dimostra, ad es., il *piano strategico nazionale dei vaccini per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2*, adottato dal Ministero della salute, nell'ambito del quale sono stati ritenuti come luoghi idonei alla inoculazione dei vaccini anche i luoghi di lavoro e i centri commerciali, dotati all'uopo di spazi idonei: cfr. Decreto del Ministero della salute del 2 gennaio 2021, n. 1, pubblicato il 27 gennaio 2021 sul sito istituzionale del Ministero e reperibile al seguente link: <https://www.trovanorme.salute.gov.it/>

La farmacia dislocata secondo il criterio della pianta organica difficilmente potrà rinunciare alla sua naturale conformazione di servizio pubblico esercitato in forma imprenditoriale da un professionista che cura e gestisce in proprio l'organizzazione assumendosene i rischi e rendendo conto all'utente della efficacia nella erogazione del servizio.

Ponendosi nell'ottica dei rapporti fra servizio universale e attività farmaceutica – un'ottica fondamentale per la tenuta del sistema – va compreso come la linea di discriminazione atta a delimitare l'area di quel nucleo intangibile che è esclusivamente e doverosamente garantito dalle farmacie, non si esaurisce con le prestazioni poste a carico della finanza pubblica, lasciando al mercato le prestazioni a carico degli utenti, non ponendosi una pura e semplice questione di costi né essendo possibile assimilare le parafarmacie alle strutture sanitarie autorizzate ipotizzando facili parallelismi.

L'incondizionata liberalizzazione dei farmaci di fascia C – ci ha detto la Corte cost. nella sentenza 216/2014, ma il discorso può essere esteso ad altre categorie di prodotti – inciderebbe, con effetti che non sono tutti prevedibili, sulla distribuzione territoriale delle parafarmacie le quali, non essendo inserite nel sistema di pianificazione sopra richiamato, potrebbero alterare il sistema stesso, che è posto, prima di tutto, a garanzia della salute dei cittadini.

Un servizio oggettivamente pubblico a presidio del bene salute: è questo l'in sé del nostro servizio farmaceutico che ancora fronteggia le pulsioni mercatistiche e che, verosimilmente, la Corte costituzionale ha voluto proteggere, ancora una volta, da possibili snaturamenti.

Cosa succederebbe – rispetto alla tenuta della rete territoriale e al contenimento della spesa pubblica – se, pezzetto dopo pezzetto, gli esercizi commerciali riuscissero a conseguire un accreditamento / convenzione ecc. che li autorizzi ad operare in nome e per conto del SSN?

ABSTRACT:

L'autore esamina la recente sentenza della Corte costituzionale n. 171 del 2022 che ha giudicato legittima la riserva in favore delle farmacie dell'attività di somministrazione di tamponi rapidi antigenici e test sierologici per la rilevazione del coronavirus, con conseguente preclusione per le parafarmacie fondata sulla differenza ontologica fra le due tipologie di esercizi e sul quadro normativo e giurisprudenziale che è venuto valorizzando sempre più la rete farmaceutica territoriale quale parte integrante del Servizio Sanitario Nazionale.

The author analyzes the recent judgement of the Constitutional Court no. 171 of 2022 which deemed the pharmacies' monopoly on administration of swabs and tests for the detection of coronavirus as legitimate, consequently excluding parapharmacies due to the ontological difference between the two bodies in addition to the legal and jurisprudential framework that enhanced more and more the territorial pharmaceutical network as a fundamental part of the National Health Service.

PAROLE CHIAVE: Sanità pubblica - Test virologici – Parafarmacie

KEYWORDS: Public Health – Virological Tests - Parapharmacies