

N. 08949/2009 REG.DEC.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

Sul ricorso numero di registro generale 2044 del 2009, proposto da:

Fioretti Francesco, rappresentato e difeso dagli avv. Bruno Malattia, Fabrizio Paoletti, con domicilio eletto presso l'avv. Fabrizio Paoletti in Roma, via G. Bazzoni 3;

***contro***

Azienda per i Servizi Sanitari N. 6 "Friuli Occidentale", rappresentata e difesa dall'avv. Vittorina Colo', con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, 5; Comune di Maniago, rappresentato e difeso dall'avv. Marco Marpillero, con domicilio eletto presso l'avv. Beniamino Caravita Di Toritto in Roma, via di Porta Pinciana, 6;

***nei confronti di***

Ordine dei Farmacisti della Provincia di Pordenone;

***per la riforma***

della sentenza del TAR FRIULI VENEZIA GIULIA - TRIESTE n. 00657/2008, resa tra le parti, concernente ISTITUZIONE TERZA SEDE FARMACEUTICA.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio ;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2009 il cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Malattia, Manzi, per delega dell'avv. Colo' e Marpillero;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

**FATTO**

Il dott. Ferretti, titolare di una delle due farmacie operanti in Maniago (PN) , ricorre in appello per la riforma della sentenza del TAR Friuli Venezia Giulia n. 657/2008 di rigetto del suo ricorso per l'annullamento della deliberazione del Direttore Generale dell'ASS Azienda per i servizi sanitari n. 6 Friuli occidentale n. 292 del 20.7.2005, con cui è stata istituita, in base al criterio derogatorio di

cui all'art 104, comma 1 TULS n.1265 del 1934, una terza sede farmaceutica nel Comune di Maniago, nell'area delle frazioni di Campagna e Dandolo nonchè degli atti presupposti, compresa la deliberazione del Consiglio Comunale di Maniago 19.1.2005 con la quale è stata proposta l'istituzione della farmacia.

L'Azienda ha giustificato l'applicazione del criterio derogatorio della distanza di almeno 3.000 metri dalla farmacia esistente sul rilievo che la popolazione delle due frazioni rurali di Campagna e Dandolo ammonta a 1.390 abitanti e che vi sono oggettive difficoltà per il raggiungimento del capoluogo, in quanto le corse del servizio di trasporto pubblico richiedono tempi di almeno quattro ore fra andata e ritorno.

In primo grado, il ricorrente aveva sostenuto l'illegittimità del provvedimento per assenza dei presupposti.

Il TAR aveva rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 104 in relazione alla supposta violazione dell'art. 32 Cost., non permettendo la sola considerazione delle condizioni topografiche e di viabilità di valutare le particolari condizioni di disagio della popolazione.

La Corte Costituzionale, con sentenza n.76/2008, ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

Si sono costituiti in giudizio l'Azienda Servizi Sanitari n. 6 ed il Comune di Maniago per resistere al gravame.

In prossimità dell'udienza, le parti hanno depositato memorie ad ulteriore illustrazione delle proprie tesi difensive.

All'udienza del 23 ottobre 2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

## **DIRITTO**

L'appello è affidato ai seguenti motivi:

- avrebbe errato il TAR nell'interpretazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 76/08. Invero la Corte Costituzionale, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art 104 TULS nella parte in cui subordina l'istituzione di una sede farmaceutica con il criterio derogatorio alla configurabilità di particolari condizioni topografiche e di viabilità sollevata dal medesimo giudice, avrebbe confermato la fondatezza del proprio ricorso, improntato appunto sull'assenza di dette condizioni, attesa la presenza di strade ampie e dritte percorse anche da autobus del servizio pubblico. Per converso, il TAR avrebbe tratto dalla motivazione della sentenza l'opposto ed erroneo convincimento circa la legittimità di porre alla base della deroga ragioni non strettamente connesse alle condizioni oggettive topografiche e di viabilità, ma inerenti ad una valutazione di opportunità da parte dell'amministrazione;

- avrebbe inoltre errato il TAR nel respingere il motivo di ricorso con cui veniva dedotta l'assenza dei presupposti per l'applicazione del criterio derogatorio, essendo la motivazione fondata non su valutazioni che riguardassero direttamente le frazioni di Campagna e Dandolo bensì la situazione viaria generale penalizzante soprattutto nei collegamenti con la viabilità medio-grande. Anche il riferimento alla popolazione anziana sarebbe frutto di un errore, dato che l'Azienda si era limitata a ripetere che il distretto e non già le due frazioni aveva la popolazione anziana più numerosa dell'intera provincia., né sarebbe da ammettere una motivazione postuma del provvedimento.

I motivi, data la loro connessione, possono essere esaminati congiuntamente. Essi sono infondati.

L'art. 104 del R.D. 27.7.1934 n. 1265, in materia di istituzione di farmacie, prevede che le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono stabilire, in deroga al generale criterio demografico, per i comuni con una popolazione fino a 12.500 abitanti quando particolari esigenze dell'assistenza farmaceutica in rapporto alle condizioni topografiche e di viabilità lo richiedono, sentiti l'unità sanitaria locale e l'ordine provinciale dei farmacisti, un limite di distanza per il quale la farmacia di nuova istituzione disti almeno 3.000 metri dalle farmacie esistenti anche se ubicate in comuni diversi.

Con deliberazione del Direttore generale della ASS n. 6 Friuli Occidentale n. 292 del 20.7.1995, nel quadro della revisione della pianta organica delle farmacie della Provincia di Pordenone, in applicazione di detta disposizione, sono state istituite diverse nuove farmacie, tra cui quella dell'area delle frazioni di Campagna e Dandolo, oggetto del presente ricorso.

La motivazione del provvedimento richiama il contenuto della proposta del Comune, che evidenzia una situazione di forte crescita della popolazione di Maniago, in cui è presente la popolazione anziana più numerosa della regione, la presenza di un numero elevato di persone occupate negli insediamenti industriali ed una situazione viaria penalizzante soprattutto nei collegamenti con la viabilità medio-grande. Al punto 5 della delibera si legge, in riferimento alla popolazione delle due frazioni di Campagna e Dandolo, che vi sono oggettive difficoltà di raggiungimento del capoluogo in quanto le corse richiedono tempi di almeno quattro ore fra andata e ritorno.

La Corte Costituzionale, cui il TAR ha sottoposto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 104 sotto il profilo della violazione dell'art. 32 della costituzione, prospettando l'eccessiva ristrettezza ai fini della salvaguardia del diritto alla salute del criterio derogatorio basato esclusivamente sulle condizioni topografiche e di viabilità, con sentenza n. 76 del 28.3.2008 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale.

Nel richiamare propri precedenti in cui è sottolineato come il contingentamento delle farmacie sia volto ad assicurare ai cittadini la continuità territoriale e temporale del servizio ed agli esercenti un determinato bacino di utenza, la Corte ha affermato che il legislatore, nell'introdurre la possibilità di istituzione di nuove sedi farmaceutiche in deroga al criterio demografico nei comuni con minore popolazione ove sia constatata l'insufficienza delle farmacie già istituite, tramite un apprezzamento concreto delle esigenze di assistenza farmaceutica della popolazione in relazione allo stato dei luoghi, ha operato la scelta non irragionevole di subordinare l'apertura di farmacie "all'accertamento di alcune condizioni topografiche e di viabilità che, nonostante le trasformazioni della viabilità e dei mezzi di trasporto, rendano difficili o limitino l'accesso delle popolazioni interessate alle sedi farmaceutiche già operanti." Secondo il Giudice delle leggi, la disposizione "permette di considerare le esigenze sanitarie dei gruppi sociali residenti nelle località periferiche del comune interessato" richiedendo di "valutare le particolari esigenze dell'assistenza farmaceutica della popolazione "in rapporto" alle condizioni topografiche e di viabilità".

Alla luce di tale pronuncia, correttamente il TAR ha considerato la motivazione del provvedimento impugnato coerente con la necessità – evidenziata dalla stessa Corte Costituzionale – di accertamento delle obiettive difficoltà di accesso al servizio farmaceutico degli abitanti di Campagna e Dandolo in rapporto alle condizioni topografiche e di viabilità. Se è infatti vero che la motivazione del provvedimento muove dalla constatazione generale della situazione dell'intero distretto di Maniago, essa tende tuttavia a dimostrare che tale situazione critica si riflette in disagi particolarmente per la popolazione delle due frazioni, costrette – in assenza di un mezzo di trasporto proprio – ad impiegare almeno quattro ore per procurarsi i medicinali e fare ritorno a casa.

Alla stregua di tale considerazioni, la motivazione del provvedimento appare esente dai vizi di incongruità o illogicità denunciati e sorretta da quei presupposti di fatto, inerenti alle difficoltà di accesso della popolazione al servizio farmaceutico in rapporto alle condizioni topografiche e di viabilità indicate dalla Corte Costituzionale come giustificative della deroga, nonché in linea con la

giurisprudenza amministrativa in materia (CdS Sez.V, 16.2.2009, n. 846; 13.12.2006, n. 7362; Sez. IV, 7.10.1998, n.1294; 9.11.1989, n. 772;11.4.1983, n. 216).

Nè può parlarsi di motivazione postuma in riferimento agli argomenti portati dalle parti appellate attraverso le proprie difese, dal momento che gli elementi su descritti, come emergenti dalla motivazione del provvedimento, sono di per sé sufficienti ad evidenziare le difficoltà di accesso al servizio farmaceutico delle popolazioni interessate in rapporto alle condizioni topografiche e di viabilità senza necessità di ulteriori integrazioni.

L'appello va pertanto respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, respinge l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado.

Pone a carico dell'appellante le spese del doppio grado di giudizio , che liquida in complessivi euro 4.000,00 da suddividersi in misura eguale tra le parti appellate costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2009 con l'intervento dei Signori:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente FF

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 29/12/2009