

## **Ίδρυση Φαρμακείου-συνταγματικότητα πληθυσμιακών κριτηρίων (ΣτΕ 2531/2011 (Δ' τμ.)**

### **Παρατηρήσεις: Βασιλική Κόκοτα**

**ΣτΕ 2531/2011 (Δ' τμ.) Φαρμακοποιός Φωκίδας**

**Σωτ.Ρίζος, Πρόεδρος, Εισηγήτρια Ε. Σάρπ**

### **Απόφαση**

Με την αίτηση ο αιτών επιδιώκει να ακυρωθεί η σιωπηρή απόρριψη από τη Νομαρχιακή Αυτοδιοίκηση Φωκίδας της από 3.9.2008 αιτήσεώς του για χορήγηση σε αυτόν άδειας ιδρύσεως φαρμακείου στο Δήμο Λιδωρικίου... και κάθε άλλη σχετική πράξη ή παράλειψη της Διοικήσεως.

Η εκδίκαση άρχισε με την ανάγνωση της εκθέσεως της Εισηγήτριας, Συμβούλου Ε. Σαρπ.

2. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, ο αιτών φαρμακοποιός έχει λάβει άδεια ιδρύσεως και λειτουργίας φαρμακείου σε δημοτικό διαμέρισμα του Δήμου του Νομού Φωκίδας. Με την από 3.9.2008 αίτησή του δε ζήτησε να του χορηγηθεί άδεια ιδρύσεως φαρμακείου σε άλλο Δήμο (και, ειδικότερα, στην έδρα του Δήμου (...), η οποία ευρίσκεται στο, κατά τις διατάξεις του ν. 2539/1997, Δημοτικό Διαμέρισμα ....). Με την κρινόμενη αίτηση ζητείται η ακύρωση της σιωπηρής απορρίψεως της ανωτέρω αιτήσεως με την πάροδο τριμήνου από την υποβολή της.

3. Επειδή, με το άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος κατοχυρώνεται η προσωπική και οικονομική ελευθερία ως ατομικό δικαίωμα. Ειδικότερη εκδήλωση αυτής της ελευθερίας αποτελεί η επαγγελματική ελευθερία, δηλαδή η ελευθερία επιλογής και ασκήσεως ορισμένου επαγγέλματος, ως αναγκαίου στοιχείου της προσωπικότητας του ατόμου. Στην ελευθερία αυτή μπορεί ο νόμος να επιβάλει περιορισμούς για λόγους δημοσίου ή κοινωνικού συμφέροντος, οι οποίοι, σε κάθε περίπτωση, πρέπει να ορίζονται γενικώς κατά τρόπο αντικειμενικό και να τελούν σε συνάφεια προς το αντικείμενο και τον χαρακτήρα της ρυθμιζομένης επαγγελματικής δραστηριότητας. Η νομοθετική ρύθμιση που περιορίζει την ελευθερία αυτή δεν μπορεί να έχει ως μοναδικό σκοπό την προστασία του οικονομικού συμφέροντος των ήδη ασκούντων συγκεκριμένη επαγγελματική δραστηριότητα προς βλάβη εκείνων που ενδιαφέρονται να ασκήσουν το επάγγελμα αυτό. Εξ άλλου, σύμφωνα με την συνταγματική αρχή της αναλογικότητας (βλ. ήδη άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ' του Συντάγματος, όπως ισχύει μετά την αναθεώρηση του έτους 2001), οι επιβαλλόμενοι από τον νόμο περιορισμοί πρέπει να είναι πρόσφοροι και αναγκαίοι για την επίτευξη του επιδιωκόμενου από τον νομοθέτη σκοπού δημοσίου ή κοινωνικού συμφέροντος και να μην είναι δυσανάλογοι, εν σχέσει προς αυτόν (βλ. Σ.τ.Ε. Ολομ. 1991, 3665/2005, 2204 - 2224/2010). Ειδικότερα, όταν ο θεσπιζόμενος περιορισμός αφορά όχι απλώς την άσκηση, αλλά την πρόσβαση στο επάγγελμα προσώπων που συγκεντρώνουν τα νόμιμα προσόντα, η αρχή της αναλογικότητας επιβάλλει να είναι εμφανής και σαφώς διαγνώσιμη η αναγκαιότητα επιβολής ενός τέτοιου εξαιρετικού περιορισμού για την επίτευξη του επιδιωκόμενου από τον νόμο σκοπού (βλ. Σ.τ.Ε. Ολομ. 3665/2005).

7. Επειδή, ο ν. 5607/1932 «περί κωδικοποιήσεως και συμπληρώσεως της φαρμακευτικής νομοθεσίας» (ΦΕΚ Α' 300) όριζε ότι η άδεια ιδρύσεως φαρμακείου χορηγείται σε φαρμακοποιούς που έχουν τα νόμιμα προσόντα (άρθρο 1), περαιτέρω

δε καθόριζε τον αριθμό των ιδρυομένων φαρμακείων σε κάθε περιοχή της χώρας βάσει πληθυσμιακών κριτηρίων, δηλαδή αναλογίας τούτων προς τον πληθυσμό (άρθρο 3), και επιπλέον απαιτούσε την τήρηση ελαχίστων αποστάσεων μεταξύ των ιδρυομένων φαρμακείων και μεταξύ αυτών και των ήδη λειτουργούντων φαρμακείων (άρθρο 20). Ακολούθησε ο αν.ν. 751/1937 (ΦΕΚ Α΄ 239), με το άρθρο 2 του οποίου επήλθαν τροποποιήσεις στις πληθυσμιακές αναλογίες που λαμβάνονταν υπ' όψη για την ίδρυση φαρμακείων. Με τον αν.ν. 517/1968 (ΦΕΚ Α΄ 188) κατηργήθησαν όλοι οι έως τότε περιορισμοί για την χορήγηση αδείας ιδρύσεως φαρμακείων, με την επιφύλαξη μόνον της συνδρομής προϋποθέσεων που αφορούσαν στο πρόσωπο του ζητούντος την χορήγηση της αδείας αυτής (άρθρα 1 και 2). Επηκολούθησε ο ν. 328/1976 (ΦΕΚ Α΄ 128), ο οποίος δεν έθεσε για την ίδρυση φαρμακείου πληθυσμιακά κριτήρια, αλλά καθόρισε (άρθρο 7) για τα ιδρυόμενα φαρμακεία ελάχιστες αποστάσεις μεταξύ αυτών και των ήδη λειτουργούντων φαρμακείων. Στην συνέχεια με τον ν. 1963/1991 (ΦΕΚ Α΄ 138) τροποποιήθηκαν και συμπληρώθηκαν διατάξεις της φαρμακευτικής νομοθεσίας. Ειδικότερα, με το άρθρο 1 του εν λόγω ν. 1963/1991 αφ' ενός μεν ορίσθηκε ότι «Άδεια ιδρύσεως φαρμακείου για δήμο ή κοινότητα της Χώρας χορηγείται μετά γνώμη του οικείου φαρμακευτικού συλλόγου με απόφαση του αρμόδιου νομάρχη» (παρ. 1) και αφ' ετέρου καθορίσθηκαν οι προϋποθέσεις, που πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπο του αιτουμένου την χορήγηση αδείας ιδρύσεως φαρμακείου (παρ. 2 και 3). Με το άρθρο 2 του ίδιου νόμου θεσπίσθηκαν και πάλι πληθυσμιακά κριτήρια για την χορήγηση αδείας ιδρύσεως φαρμακείου. Ειδικότερα, στο άρθρο αυτό ορίζοντο τα εξής : «1. Για τον αριθμό των χορηγούμενων για κάθε δήμο ή κοινότητα της Χώρας αδειών ιδρύσεως φαρμακείων από 1.1.1997 τίθενται τα εξής πληθυσμιακά όρια : α) Για δήμους ή κοινότητες με πληθυσμό μέχρι 3.000 κατοίκους, εφ' όσον δεν λειτουργεί φαρμακείο, επιτρέπεται η χορήγηση μιας μόνο άδειας ιδρύσεως φαρμακείου. β) Για δήμους ή κοινότητες με πληθυσμό από 3.001 μέχρι 10.000 κατοίκους απαιτείται αναλογία 3.000 κατοίκων για κάθε φαρμακείο. γ) Για δήμους με πληθυσμό από 10.001 μέχρι 100.000 κατοίκους απαιτείται αναλογία 2.500 κατοίκων για κάθε φαρμακείο. δ) Για δήμους με πληθυσμό άνω των 100.001 κατοίκων απαιτείται αναλογία 2.000 κατοίκων για κάθε φαρμακείο. 2. Τα πληθυσμιακά όρια της προηγούμενης παραγράφου δεν ισχύουν για τους φαρμακοποιούς που κατέχουν ή πρόκειται να αποκτήσουν άδεια ασκήσεως επαγγέλματος στην Ελλάδα μέχρι 31.12.1996. 3. Ο πληθυσμός υπολογίζεται με βάση τα αποτελέσματα της τελευταίας επίσημης απογραφής του Κράτους». Η θέσπιση των πληθυσμιακών αυτών κριτηρίων απέβλεπε, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του ανωτέρω νόμου, στην εξασφάλιση λειτουργικής και οικονομικής βιωσιμότητας των φαρμακείων και κατ' επέκταση στην αποτροπή κινδύνων της δημοσίας υγείας. Εξ άλλου, με το άρθρο 6 του ανωτέρω ν. 1963/1991 αντικαταστάθηκε μεν το άρθρο 7 του ν. 328/1976, όπως είχε εν τω μεταξύ τροποποιηθεί, αλλά διατηρήθηκε σε ισχύ η επαναθεσπισθείσα με αυτό προϋπόθεση της τήρησης ελάχιστης αποστάσεως μεταξύ ήδη λειτουργούντος και μέλλοντος να λειτουργήσει φαρμακείου. Εν όψει των τροποποιήσεων, που επήλθαν στην πρωτοβάθμια τοπική αυτοδιοίκηση με τον ν. 2539/1997 (ΦΕΚ Α΄ 244), με την παρ. 1 του άρθρου 24 του ν. 2716/1999 (ΦΕΚ Α΄ 96) αντικαταστάθηκε η παρατεθείσα ανωτέρω παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 1963/1991 ως εξής : «Άδεια ιδρύσεως φαρμακείου χορηγείται μετά γνώμη του οικείου φαρμακευτικού συλλόγου με απόφαση του αρμόδιου νομάρχη : α) Για δήμο ή κοινότητα της χώρας στον οποίο δεν επήλθε μεταβολή με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 2539/1997 ... και β) για συγκεκριμένο δημοτικό ή κοινοτικό διαμέρισμα δήμου ή κοινότητας που συνεστήθη με τις διατάξεις του ίδιου ως άνω άρθρου. Οι διατάξεις του άρθρου 2 του ν. 1963/1991 ... εφαρμόζονται ανάλογα και στις περιπτώσεις των

καταργηθέντων δήμων και κοινοτήτων, όπου δε σε αυτές αναφέρεται ο όρος δήμος ή κοινότητα, νοείται το οικείο δημοτικό ή κοινοτικό διαμέρισμα στο οποίο αντιστοιχεί ο καταργηθείς με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 2539/1997 ... Ο.Τ.Α. ...». Με την υπ' αριθ. 3133/2003 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας κρίθηκε ότι ο θεσπισθείς με το προαναφερθέν άρθρο 7 του ν. 328/1976, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 6 του ν. 1963/1991, περιορισμός της τηρήσεως αποστάσεως μεταξύ των φαρμακείων δεν προσκρούει στην κατοχυρωμένη από το άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος επαγγελματική ελευθερία, εν όψει των σκοπών, που επεδίωκε ο νομοθέτης με την θέσπισή του, μεταξύ των οποίων περιλαμβανόταν και η ορθολογικότερη διασπορά των φαρμακείων σε μια πόλη, χάριν της καλύτερης εξυπηρητήσεως του κοινού. Αντιθέτως, με την υπ' αριθ. 3665/2005 απόφαση της Ολομελείας του Δικαστηρίου, οι διατάξεις του άρθρου 2 του ν. 1963/1991, με τις οποίες θεσπίστηκαν πληθυσμιακά κριτήρια για την ίδρυση φαρμακείου, κρίθηκαν ανίσχυρες ως αντίθετες με το προαναφερθέν άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος, εν όψει του, κατά τα αναφερόμενα στην εισηγητική έκθεση του νόμου, επιδιωκόμενου με τις διατάξεις αυτές σκοπού της εξασφάλισης της οικονομικής βιωσιμότητας των φαρμακείων και κατ' επέκταση της προστασίας της δημοσίας υγείας. Το ανωτέρω άρθρο 2 του ν. 1963/1991 αντικαταστάθηκε με το άρθρο 13 παρ. 1 του ν. 3457/2006 (ΦΕΚ Α' 93). Με το άρθρο αυτό του νεωτέρου νόμου, το οποίο άρχισε να ισχύει από την δημοσίευσή του εν λόγω νόμου (βλ. άρθρο 17 αυτού) στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, δηλαδή από 8.5.2006, διατηρήθηκαν τα πληθυσμιακά κριτήρια για την ίδρυση φαρμακείων και απλώς μειώθηκε ο αριθμός των κατοίκων που απαιτείται για την ίδρυση φαρμακείου εν σχέσει με εκείνον που προέβλεπε το άρθρο 2 παρ. 1 του ν. 1963/1991, όπως είχε πριν από την αντικατάστασή του, ενώ επιπλέον δεν επαναλήφθηκε και η προβλεπόμενη στην παρ. 2 του εν λόγω (αρχικού) άρθρου 2 εξαίρεση από το πληθυσμιακό κριτήριο των φαρμακοποιών, που κατείχαν ή επρόκειτο να αποκτήσουν άδεια ασκήσεως επαγγέλματος έως τις 31.12.1996. Ειδικότερα, το άρθρο 2 του ν. 1963/1991, όπως ίσχυε κατά τον χρόνο που συμπληρώθηκε τρίμηνο από την υποβολή της αιτήσεως του αιτούντος περί χορηγήσεως σε αυτόν αδείας ίδρύσεως φαρμακείου στον Δήμο Γαλαξιδίου, δηλαδή μετά την αντικατάστασή του με την παρ. 1 του άρθρου 13 του ν. 3457/2006, όριζε τα εξής : «1. Για την προστασία της Δημόσιας Υγείας και την ορθολογική κατανομή των φαρμακείων στην επικράτεια, καθορίζονται τα ακόλουθα όρια στους δήμους και τα δημοτικά ή κοινοτικά διαμερίσματα, όπως αυτά αναφέρονται στο άρθρο 1 του ν. 2539/1997 (ΦΕΚ 244 Α'). Στους δήμους και τα δημοτικά ή κοινοτικά διαμερίσματα με πληθυσμό μέχρι χίλιους πεντακόσιους (1.500) κατοίκους επιτρέπεται η χορήγηση μίας μόνον άδειας φαρμακείου, β) στους δήμους και τα δημοτικά ή κοινοτικά διαμερίσματα με πληθυσμό χίλιους πεντακόσιους έναν (1.501) και άνω κατοίκους απαιτείται αναλογία χιλίων πεντακοσίων (1.500) κατοίκων για κάθε φαρμακείο. 2. Ο πληθυσμός υπολογίζεται με βάση το αποτέλεσμα της τελευταίας απογραφής». Εξ άλλου, με την παρ. 2 του ανωτέρω άρθρου 13 του ν. 3457/2006 διατηρήθηκε σε ισχύ η προϋπόθεση της τηρήσεως αποστάσεων μεταξύ φαρμακείων και απλώς τροποποιήθηκαν οι θεσπίζουσες την προϋπόθεση αυτή διατάξεις του προαναφερθέντος άρθρου 7 του ν. 328/1976, όπως είχε αντικατασταθεί. Με την παρ. δε 1 του άρθρου 14 του ανωτέρω ν. 3457/2006 αντικαταστάθηκε η παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 1963/1991, όπως ίσχυε μετά την αντικατάστασή της με την παρ. 1 του άρθρου 24 του ν. 2716/1999, ως εξής : «Άδεια ίδρυσης φαρμακείου χορηγείται, μετά από γνώμη του οικείου Φαρμακευτικού Συλλόγου, με απόφαση του αρμόδιου Νομάρχη για δήμο ή κοινότητα της χώρας στον οποίο δεν επήλθε μεταβολή με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 2539/1997 ..., καθώς και για δήμο ή κοινότητα που

αποτελεί, αντίστοιχα, δημοτικό ή κοινοτικό διαμέρισμα του συνιστώμενου με τον ως άνω νόμο νέου δήμου. Οι διατάξεις των άρθρων 2 και 3 του ν. 1963/1991 ... εφαρμόζονται ανάλογα και στις περιπτώσεις των καταργηθέντων δήμων και κοινοτήτων, όπου δε σε αυτές αναφέρεται ο όρος δήμος ή κοινότητα νοείται το οικείο δημοτικό ή κοινοτικό διαμέρισμα, στο οποίο αντιστοιχεί ο Ο.Τ.Α. που καταργήθηκε με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 2539/1997». Στην αιτιολογική έκθεση του νεωτέρου ν. 3457/2006 αναφέρεται η σημασία του επαγγέλματος του φαρμακοποιού και του έργου που επιτελεί, τονίζεται η ανάγκη εξασφάλισης, μεταξύ άλλων, της άμεσης προσβάσεως του πολίτη σε όλα τα απαιτούμενα φάρμακα και της οικονομικής βιωσιμότητας του ασφαλιστικού συστήματος και επισημαίνεται ότι «Η ενδεχόμενη ύπαρξη μη ισόρροπης χωροταξικής κατανομής των φαρμακείων έχει ως συνέπεια την ανάπτυξη αθέμιτου ανταγωνισμού μεταξύ αυτών και ειδικότερα : α) Παρατηρούνται φαινόμενα αθέμιτων συναλλαγών με προκλητή ζήτηση υγείας. β) Αναπτύσσεται η κατευθυνόμενη συνταγογραφία, σε βάρος των συμφερόντων του Δημοσίου και των Ασφαλιστικών Οργανισμών. γ) Αυξάνονται τα ιατρογενή νοσήματα. δ) Παρατηρείται μεγάλη αύξηση του αριθμού των φαρμακείων στα μεγάλα αστικά κέντρα, σε βάρος της περιφέρειας και ιδιαίτερα των ακριτικών περιοχών της χώρας. ε) Δημιουργείται θέμα άνισης μεταχείρισης των ημεδαπών φαρμακοποιών, σε σχέση με τους φαρμακοποιούς των χωρών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στις οποίες ισχύουν αυστηρότατες πληθυσμιακές και χωροταξικές ρυθμίσεις. Η πιο σύγχρονη λύση είναι η θεσμοθέτηση εθνικού και περιφερειακού χωροταξικού σχεδιασμού για την ίδρυση φαρμακείων. Ο σχεδιασμός πρέπει να λαμβάνει υπόψιν τις ιδιαιτερότητες που χαρακτηρίζουν τις επί μέρους περιφέρειες της χώρας, όπως οι νησιωτικές και οι ορεινές περιοχές, και να θεμελιώνεται στις αρχές της βιωσιμότητας των φαρμακείων, της διασφάλισης της εύρυθμης λειτουργίας της αγοράς φαρμάκου και ιδίως της προστασίας της δημόσιας υγείας και της ευχερούς πρόσβασης των πολιτών στην αγορά φαρμάκου. ... Σήμερα στη χώρα μας υπάρχουν περίπου 10.000 φαρμακεία, σε πολλές περιπτώσεις κακώς κατανομημένα. Οι προτεινόμενες διατάξεις αποτελούν έναν ελάχιστο τρόπο εξορθολογισμού του συστήματος Φαρμακευτικής Περίθαλψης, στο πλαίσιο ενός συνολικού Εθνικού Χωροταξικού προγραμματισμού». Περαιτέρω, επισημαίνεται στην ανωτέρω αιτιολογική έκθεση ότι και το μέτρο της τήρησης αποστάσεων μεταξύ των λειτουργούντων σε συγκεκριμένη περιοχή φαρμακείων αποβλέπει στην εξασφάλιση της χωροταξικής ισόρροπης αναπτύξεως της λειτουργίας των φαρμακείων. Εξάλλου, προς αντιμετώπιση του προβλήματος της απροθυμίας των φαρμακοποιών να ιδρύσουν φαρμακεία σε απομονωμένες περιοχές, λόγω του δυσχερούς της διασφάλισης της οικονομικής βιωσιμότητας αυτών ως εκ του μικρού πληθυσμού, με το άρθρο 32 του ν. 3402/2005 (ΦΕΚ Α' 258) θεσπίστηκε ρύθμιση, με την οποία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση των παγίων διατάξεων περί χορηγήσεως αδείας ιδρύσεως και λειτουργίας φαρμακείου, η χορήγηση στα σωματεία των διανεμητικών λογαριασμών των Φαρμακευτικών Συλλόγων Δωδεκανήσου και Χίου ή σε φαρμακοποιό που έχει φαρμακείο σε γειτονικό δημοτικό ή κοινοτικό διαμέρισμα των Νομαρχιακών Αυτοδιοικήσεων Δωδεκανήσου και Χίου αδείας για την ίδρυση και λειτουργία παραρτημάτων φαρμακείων αντιστοίχως στα νησιά Τήλο, Αστυπάλαια, Καστελλόριζο, Χάλκη και Λειψούς της Νομαρχιακής Αυτοδιοικήσεως Δωδεκανήσου και στα νησιά Ψαρά και Οινούσες της Νομαρχιακής Αυτοδιοικήσεως Χίου, εφ' όσον στα νησιά αυτά δεν λειτουργούν φαρμακεία. Με την παράγραφο δε 5 του ανωτέρω άρθρου 32 του ν. 3402/2005 παρέχεται εξουσιοδότηση για την, με κοινή υπουργική απόφαση, επέκταση της δυνατότητας λειτουργίας παραρτημάτων φαρμακείων και σε

άλλα δημοτικά διαμερίσματα ή κοινότητες της ηπειρωτικής Ελλάδος, εφ' όσον δεν λειτουργεί φαρμακείο στις περιοχές αυτές.

5. Επειδή, από τα εκτεθέντα ανωτέρω προκύπτει ότι με την νεώτερη διάταξη του άρθρου 13 παρ. 1 του ν. 3457/2006 θεσπίστηκαν και πάλι πληθυσμιακά κριτήρια για την χορήγηση αδείας ιδρύσεως φαρμακείου, τα οποία, περιορίζοντα τις περιοχές, στις οποίες είναι δυνατή η ίδρυση νέων φαρμακείων, συνεπάγονται περιορισμό όχι απλώς στην άσκηση, αλλά στην πρόσβαση στο ελεύθερο επάγγελμα του φαρμακοποιού, το οποίο αποτελεί διαφορετικό επάγγελμα από άλλες επαγγελματικές δραστηριότητες, κυρίως μισθωτές, που, κατά την ισχύουσα νομοθεσία, μπορεί επίσης να ασκήσει ο κάτοχος αδείας ασκήσεως του επαγγέλματος του φαρμακοποιού. Σε τέτοιες περιπτώσεις αναφέρονται α) τα άρθρα 89 του ν. 2072/1992 (ΦΕΚ Α' 123) και 40 του ν. 2519/1997 (ΦΕΚ Α' 165) περί συστάσεως, αντιστοίχως, κλάδου νοσοκομειακών φαρμακοποιών και κλάδου νοσοκομειακών φαρμακοποιών του Ε.Σ.Υ., β) το παράρτημα Δ' τμήμα Ε' («ειδικό προσωπικό») περ. 6 του π.δ. 517/1991 (ΦΕΚ Α' 202), με το οποίο προβλέπεται ότι, σε περίπτωση που ιδιωτική κλινική υποχρεούται να διαθέτει φαρμακείο, πρέπει να έχει έναν τουλάχιστον φαρμακοποιό με άδεια ασκήσεως του επαγγέλματος του φαρμακοποιού, γ) το άρθρο 29 του ν. 5607/1932, το οποίο ορίζει ότι εργοστάσια ή εργαστήρια φαρμακευτικών προϊόντων πρέπει να διευθύνονται από χημικό ή επιστήμονα φαρμακοποιό, δ) το άρθρο 5 παρ. 2 του αν.ν. 517/1968, το οποίο προβλέπει την διατήρηση σε λειτουργία κληρονομικού φαρμακείου με υπεύθυνο επιστήμονα φαρμακοποιό, ε) το άρθρο 2 του ν.δ. 363/1941 (ΦΕΚ Α' 268), το οποίο ορίζει ότι άδεια ιδρύσεως φαρμακαποθήκης χορηγείται σε φαρμακοποιούς. Ο ανωτέρω, όμως, περιορισμός, ο οποίος ορίζεται γενικώς και κατά τρόπο αντικειμενικό και αφορά ένα επάγγελμα, η άσκηση του οποίου συνδέεται αμέσως με την δημοσία υγεία, αποσκοπεί, κατά τα εκτιθέμενα και στην αιτιολογική έκθεση του ν. 3457/2006, στην καταπολέμηση του πληθωρισμού των φαρμακείων με τις εντεύθεν γεννώμενες παρενέργειες, όπως είναι τα φαινόμενα υπερσυνταγογραφήσεως και κατευθυνομένης συνταγογραφήσεως, τα οποία προκάλεσε, και στο παρελθόν, κατά την εκτίμηση του νομοθέτη, η υπέρμετρη, εν όψει του μεγέθους του πληθυσμού και των αναγκών του σε φάρμακα, αύξηση του αριθμού των φαρμακείων, ιδιαιτέρως στα μεγάλα αστικά κέντρα, και η συνεπεία τούτου ανάπτυξη αθεμίτου ανταγωνισμού μεταξύ των φαρμακοποιών, στην προσπάθειά τους να εξασφαλίσουν την οικονομική βιωσιμότητα των επιχειρήσεών τους. Τα φαινόμενα αυτά, εκτός των επιπτώσεων που μπορεί να έχουν για την δημοσία υγεία - εν όψει, προφανώς, του ότι, σε περίπτωση που τα φάρμακα λαμβάνονται χωρίς λόγο, ενδέχεται να προκαλέσουν σοβαρή βλάβη της υγείας - έχουν ως συνέπεια και την οικονομική επιβάρυνση του Δημοσίου και των ασφαλιστικών οργανισμών, των οποίων απειλείται η οικονομική βιωσιμότητα. Περαιτέρω, η θέσπιση της ανωτέρω ρυθμίσεως αποβλέπει, όπως προκύπτει από την εισηγητική έκθεση του ν. 3457/2006, και στην εξασφάλιση της ορθολογικής κατανομής των φαρμακείων στις διάφορες περιοχές της χώρας και, δια του τρόπου αυτού, στην εξασφάλιση της ευχερούς προσβάσεως όλων των κατοίκων στην αγορά φαρμάκου, υπό την έννοια, προφανώς, ότι, εφ' όσον οι φαρμακοποιοί δεν θα μπορούν, λόγω των πληθυσμιακών κριτηρίων, να ιδρύσουν φαρμακείο σε περιοχές, στις οποίες υπάρχει ήδη επαρκής αριθμός φαρμακείων, θα υποχρεωθούν εκ των πραγμάτων να επιδιώξουν την ίδρυση φαρμακείου σε περιοχές, στις οποίες υπάρχει έλλειψη φαρμακείων. Από τα ανωτέρω εκτεθέντα προκύπτει ότι ο **επίμαχος περιορισμός επιβλήθηκε προς εξυπηρέτηση σκοπών, οι οποίοι συνιστούν σκοπούς δημοσίου συμφέροντος. Ειδικότερα δε, ο εν λόγω περιορισμός επιβλήθηκε, στα πλαίσια της, κατά τα άρθρα 21 παρ. 3 και 22 παρ. 5 του Συντάγματος, μέριμνας του Κράτους για την υγεία των πολιτών - για την οποία**

οφείλει να μεριμνά και προληπτικώς - και την κοινωνική ασφάλιση των εργαζομένων, αφ' ενός μεν για λόγους προστασίας της δημοσίας υγείας με την αποτροπή του κινδύνου της καταναλώσεως φαρμάκων χωρίς να συντρέχει σχετικός λόγος και την εξασφάλιση της ευχερούς προσβάσεως όσο το δυνατόν μεγαλύτερου αριθμού κατοίκων σε φαρμακευτική περίθαλψη και αφ' ετέρου για λόγους προστασίας των διαθεσίμων για την υγειονομική περίθαλψη από το Δημόσιο και τους οργανισμούς κοινωνικής ασφάλισης οικονομικών πόρων. Εξ άλλου, ο περιορισμός της επαγγελματικής ελευθερίας με την θέσπιση των προβλεπομένων στο άρθρο 13 παρ. 1 του ν. 3457/2006 πληθυσμιακών κριτηρίων για την χορήγηση αδειάς ιδρύσεως φαρμακείου **δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι είναι προδήλως απρόσφορος για την επίτευξη των επιδιωκόμενων κατά τα ανωτέρω με τις διατάξεις αυτές σκοπών. Περαιτέρω, ο περιορισμός αυτός δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι υπερβαίνει το αναγκαίο για την επίτευξη των εν λόγω σκοπών μέτρο ή τα επιβαλλόμενα από την αρχή της αναλογικότητας όρια**, εν όψει και του μειωμένου αριθμού κατοίκων, με τον οποίο συνδέεται το επίμαχο κριτήριο (αναλογία ενός φαρμακείου ανά 1.500 κατοίκους) - ο περαιτέρω έλεγχος του οποίου εκφεύγει των ορίων του ακυρωτικού ελέγχου - και λαμβανομένου υπ' όψη και του ότι ο νομοθέτης, για την διευκόλυνση της προσβάσεως στο ελεύθερο επάγγελμα του φαρμακοποιού, νεωτέρων φαρμακοποιών, έχει θεσπίσει όριο ηλικίας για την υποχρεωτική αποχώρηση από το επάγγελμα αυτό (70ό έτος) με την παρ. Θ.3 του άρθρου 11 του ν. 2955/2001 (ΦΕΚ Α' 256). Η διάταξη αυτή κρίθηκε, με τις υπ' αριθ. 2204 - 2224/2010 αποφάσεις της Ολομελείας του Δικαστηρίου, ότι δεν αντίκειται στο άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος. Αλλωστε, δεν προκύπτει ότι άλλο μέτρο, ολιγώτερο περιοριστικό της ελευθερίας ασκήσεως του ελευθέρου επαγγέλματος του φαρμακοποιού, θα απέτρεπε εξ ίσου αποτελεσματικά τους κινδύνους, οι οποίοι, κατά την εκτίμηση του νομοθέτη, απορρέουν από την ύπαρξη δυσαναλόγου εν σχέσει με τις ανάγκες του κοινωνικού συνόλου αριθμού φαρμακείων και την συγκέντρωσή τους σε μεγάλα αστικά κέντρα. Εξ άλλου, η καταλληλότητα του επιμάχου περιορισμού για την επίτευξη των ανωτέρω σκοπών δημοσίου συμφέροντος δεν αναιρείται από το γεγονός ότι, για να προσδιορισθεί ο αριθμός των δυναμένων να ιδρυθούν σε οργανισμό τοπικής αυτοδιοικήσεως (δήμο ή κοινότητα) ή δημοτικό ή κοινοτικό διαμέρισμα φαρμακείων, λαμβάνεται υπόψη μόνον ο πληθυσμός αυτών, και μάλιστα ο πληθυσμός που προκύπτει με βάση την τελευταία απογραφή, όχι δε και οι ιδιαιτερότητες του συγκεκριμένου οργανισμού τοπικής αυτοδιοικήσεως ή δημοτικού ή κοινοτικού διαμερίσματος (π.χ. αν είναι ορεινός ή νησιωτικός, αν αποτελείται από περισσότερους οικισμούς απομακρυσμένους ο ένας από τον άλλον με δυσχέρεια επικοινωνίας μεταξύ τους). Και τούτο διότι αφ' ενός μεν με τον επίμαχο περιορισμό ο νομοθέτης επιδιώκει όχι μόνον την καλύτερη δυνατή διασπορά των φαρμακείων στο σύνολο της χώρας, αλλά και την προστασία της δημοσίας υγείας, καθώς και των διαθεσίμων για την υγειονομική περίθαλψη από το Δημόσιο και τους οργανισμούς κοινωνικής ασφάλισης οικονομικών πόρων, κατά τα ήδη εκτεθέντα. Αλλωστε, από τα εκτεθέντα στην τέταρτη σκέψη προκύπτει ότι ο νομοθέτης επιδιώκει να **εξασφαλίσει την ορθολογική διασπορά των φαρμακείων σε όλη την χώρα και την ευχερή πρόσβαση όσο το δυνατόν μεγαλύτερου αριθμού κατοίκων σε φαρμακευτική περίθαλψη όχι μόνον με το επίμαχο μέτρο**, αλλά και με άλλα μέτρα, όπως η τήρηση αποστάσεων μεταξύ φαρμακείων και η πρόβλεψη της, κατ' εξαίρεση των παγίων διατάξεων, ιδρύσεως φαρμακείων σε γεωγραφικώς απομακρυσμένες περιοχές. Στο πλαίσιο δε της επιδιώξεως των αναφερθέντων σκοπών ο νομοθέτης κατήγγειλε, με το άρθρο 13 παρ. 1 του ν. 3457/2006, την εξαίρεση της παρ. 2 του άρθρου 2 του ν. 1963/1991, όπως είχε αρχικώς, από την τήρηση του κριτηρίου των πληθυσμιακών

ορίων των φαρμακοποιών εκείνων, οι οποίοι απέκτησαν άδεια ασκήσεως επαγγέλματος στην Ελλάδα έως τις 31.12.1996. Και τούτο διότι τυχόν διατήρηση της ισχύος της εν λόγω εξαιρέσεως θα μπορούσε να οδηγήσει σε υπονόμηση της προσπάθειας να αντιμετωπισθούν τα προβλήματα, που, κατά την εκτίμηση του νομοθέτη, ανέκυψαν για την δημοσία υγεία και την βιωσιμότητα του κοινωνικοασφαλιστικού συστήματος από την λειτουργία δυσαναλόγως μεγάλου αριθμού φαρμακείων εν σχέσει με τον πληθυσμό και την συγκέντρωσή τους στα μεγάλα αστικά κέντρα, εφ' όσον θα μπορούσε, επί χρονικό διάστημα μη δυνάμενο εκ των προτέρων να προσδιορισθεί επακριβώς, να συνεχισθεί η ίδρυση φαρμακείων, σε αριθμό επίσης μη δυνάμενο να προσδιορισθεί, χωρίς την τήρηση των πληθυσμιακών κριτηρίων, με συνέπεια να διαιωνίζονται τα ανωτέρω προβλήματα. **Η καταλληλότητα, τέλος, του επίμαχου πληθυσμιακού κριτηρίου για την εξυπηρέτηση των επιδιωκόμενων από τον νομοθέτη σκοπών δεν αναιρείται από την θεωρητική δυνατότητα καθιερώσεως άλλου συστήματος ιδρύσεως φαρμακείων στους οικισμούς της Χώρας και δη συστήματος που θα λαμβάνει υπ' όψιν κριτήρια «χωροταξικά».** Τα προτεινόμενα αυτά κριτήρια, τα οποία θα ελάμβαναν υπ' όψιν τις συγκεκριμένες συνθήκες κάθε περιοχής και οικισμού, είναι μεν θεωρητικώς δυνατόν να καθιερωθούν, αλλά είναι συνδεδεμένα με πρακτικές δυσχέρειες, ούτως ώστε η επιβολή τέτοιου συστήματος ανάγεται κατ' ανάγκην στην ελεύθερη εκτίμηση του νομοθέτη και της διοικήσεως, με συνέπεια η γενόμενη επιλογή αυτή να μην είναι δυνατόν να ελεγχθεί από τον δικαστή.

6. Επειδή, υπό τα εκτεθέντα ανωτέρω δεδομένα, η θέσπιση με το άρθρο 13 παρ. 1 του ν. 3457/2006, με το οποίο αντικαταστάθηκε το άρθρο 2 του ν. 1963/1991, πληθυσμιακών κριτηρίων για την χορήγηση αδείας ιδρύσεως φαρμακείου, που συνιστά περιορισμό της ελευθερίας των εχόντων άδεια ασκήσεως του επαγγέλματος του φαρμακοποιού να ασκήσουν το ελεύθερο επάγγελμα του φαρμακοποιού, δεν αντίκειται στο άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος, ούτε στην αρχή της αναλογικότητας (άρθρο 25 παρ. 1 εδ. δ' του Συντάγματος) και, συνεπώς, τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα με την κρινόμενη αίτηση θα έπρεπε να απορριφθούν ως αβάσιμα. Υπέρ της απόψεως αυτής, άλλωστε, συνηγορεί και η απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 1ης Ιουνίου 2010, Joze Manuel Blanco Perez, Maria del Pilar Chao Gomez κατά Consejeria de Salud y Servicios Sanitarios, Principado de Asturias (C-570/2007 και C-571/2007, σκέψεις 61, 63, 64, 66, 70-78, 84, 94, 103, 107 και 112). Με την απόφαση αυτή κρίθηκε ότι δεν αντίκειται στο άρθρο 49 (ελευθερία εγκατάστασης) της Συνθήκης για την Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Σ.Λ.Ε.Ε.) [πρώην άρθρο 43 της Συνθήκης περί Ιδρύσεως της Ευρωπαϊκής Κοινότητας] ρύθμιση της ισπανικής νομοθεσίας, που θεσπίζει πληθυσμιακά κριτήρια για την χορήγηση αδειών ιδρύσεως νέων φαρμακείων και ελάχιστη απόσταση μεταξύ των φαρμακείων, ενόψει των επιδιωκόμενων με την συγκεκριμένη αυτή ρύθμιση σκοπών. Η ανωτέρω απόφαση αναφέρει, περαιτέρω, ότι τα κράτη μέλη διαθέτουν περιθώρια εκτιμήσεως ως προς το επίπεδο προστασίας της δημοσίας υγείας που επιθυμούν να εξασφαλίσουν, καθώς και τον τρόπο κατά τον οποίο θα επιτευχθεί το επίπεδο αυτό (σκέψη 44), ότι κανόνες προσβάσεως στις δραστηριότητες του τομέα της φαρμακευτικής δεν διατυπώνει ούτε η οδηγία 2005/36/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου (ΕΕ L 255 της 30.9.2005) ούτε κανένα άλλο νομοθέτημα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, που κατοχυρώνει τις θεμελιώδεις ελευθερίες, (σκέψη 45) και ότι στην εικοστή έκτη αιτιολογική σκέψη της ανωτέρω οδηγίας προβλέπεται ότι η γεωγραφική κατανομή των φαρμακείων εξακολουθεί να εμπίπτει στην αρμοδιότητα των κρατών μελών (σκέψη 50). Τέλος, η ανωτέρω απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης επισημαίνει ότι τα κράτη μέλη προβλέπουν

αποκλίνοντες κανόνες στον τομέα της προστασίας της δημοσίας υγείας και ορισμένα εξ αυτών δεν περιορίζουν τον αριθμό των φαρμακείων, που μπορούν να ιδρυθούν στο έδαφός τους, ενώ άλλα περιορίζουν τον αριθμό τους, προβλέποντας κανόνες γεωγραφικού προγραμματισμού (σκέψη 69). [Επίσης πρβλ. αποφάσεις του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων α) της 19ης Μαΐου 2009, Apothekerkammer des Saarlandes, κ.λπ. κατά Saarland και Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales, C-171/07 και C-172/07, σκέψεις 27, 28, 30-34, β) της 19ης Μαΐου 2009, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Ιταλικής Δημοκρατίας, C-531/06, σκέψεις 51-57 και 90, και γ) της 10ης Μαρτίου 2009, Hartlauer Handelsgesellschaft mbH κατά Wiener Landesregierung, Obersteirische Landesregierung, C-169/07, σκέψεις 46-49].

7. Επειδή, το Τμήμα κρίνει ότι πρέπει, σύμφωνα με το άρθρο 14 παρ. 5 του π.δ/τος 18/1989 (ΦΕΚ Α' 8), να παραπέμψει στην Ολομέλεια του Δικαστηρίου προς επίλυση το ανακύπτον εν προκειμένω, εν όψει του ισχύοντος κατά την συμπλήρωση τριμήνου από την υποβολή της αιτήσεως του αιτούντος περί χορηγήσεως σε αυτόν αδείας ιδρύσεως φαρμακείου στον Δήμο Γαλαξιδίου νομοθετικού καθεστώτος, ζήτημα της συμφωνίας ή μη προς το άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος των διατάξεων του άρθρου 2 του ν. 1963/1991, όπως ίσχυαν μετά την αντικατάστασή τους με την παρ. 1 του άρθρου 13 του ν. 3457/2006, εν όψει της μείζονος σπουδαιότητας του ζητήματος αυτού και του γεγονότος ότι με την υπ' αριθ. 3665/2005 απόφαση της Ολομελείας είχαν κριθεί ως αντίθετες στην ανωτέρω συνταγματική διάταξη οι διατάξεις του άρθρου 2 παρ. 1 του ν. 1963/1991, όπως ίσχυαν πριν αντικατασταθούν με το άρθρο 13 παρ. 1 του ν. 3457/2006, με τις οποίες, πάντως, θεσπιζόταν μεν και πάλι πληθυσμιακό κριτήριο για την χορήγηση αδείας ιδρύσεως φαρμακείου, προς επίτευξη, όμως, σκοπού διαφορετικού από εκείνους, στους οποίους αποβλέπει ο νεώτερος ν. 3457/2006.

#### Δ ι ά τ α ύ τ α

Παραπέμπει στην Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας την επίλυση του αναφερομένου στο αιτιολογικό ζητήματος.