

Αντισυνταγματικά τα πληθυσμιακά κριτήρια ίδρυσης Φαρμακείου.

## ΣτΕ 3665/2005 (Ολομ.) Φαρμακοποιός Αθηνών

Χρ. Γεραράς, Πρόεδρος, Εισηγήτρια Ε. Δανδουλάκη

### Η Απόφαση

Με την αίτηση αυτή η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η 9290/11.5.1998 πράξη του Διευθυντή της Διεύθυνσης Υγείας και Δημοσίας Υγιεινής της Νομαρχίας Αθηνών, καθώς και κάθε άλλη σχετική πράξη ή παράλειψη της Διοικήσεως.

1. Επειδή για την κρινόμενη αίτηση, η οποία εισάγεται στην Ολομέλεια κατόπιν της 2110/03 αποφάσεως του Δ' Τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας...

2. Επειδή η αιτούσα φαρμακοποιός, που έλαβε πανεπιστημιακό πτυχίο φαρμακοποιού τον Ιούλιο του 1997, με την από 9-4-98 αίτησή της προς τη ..... ζήτησε να της χορηγηθεί άδεια ιδρύσεως φαρμακείου στα όρια του Νομαρχιακού Διαμερίσματος της Αθήνας. Το αίτημα αυτό της αιτούσας απερρίφθη με την 9290/11-5-98 πράξη του Διευθυντή της πιο πάνω υπηρεσίας, για το λόγο ότι δεν πληρούται η κατά το άρθρο 2 παρ. 1 του ν. 1963/1991 πληθυσμιακή προϋπόθεση, δεδομένου ότι χορήγηση της ζητηθείσας αδειάς συνεπάγεται υπέρβαση της καθορισμένης αναλογίας μεταξύ πληθυσμού και αριθμού φαρμακείων στην πόλη της Αθήνας. Της πράξεως αυτής ζητείται η ακύρωση με την κρινόμενη αίτηση.

4. Επειδή ο ν. 5607/32 «Περί κωδικοποιήσεως και συμπληρώσεως της φαρμακευτικής νομοθεσίας (ΦΕΚ Α' 300) όριζε ότι η άδεια ιδρύσεως φαρμακείου χορηγείται σε φαρμακοποιούς που έχουν τα νόμιμα προσόντα, περαιτέρω δε καθόριζε τον αριθμό των ιδρυομένων φαρμακείων σε κάθε περιοχή της χώρας, βάσει πληθυσμιακών κριτηρίων, δηλαδή αναλογίας τούτων προς τον πληθυσμό και επιπλέον απαιτούσε την τήρηση ελαχίστων αποστάσεων μεταξύ των ιδρυομένων φαρμακείων και μεταξύ αυτών και των ήδη λειτουργούντων φαρμακείων. Ακολούθησε ο αν.ν. 751/37 (ΦΕΚ Α' 239), ο οποίος επέφερε τροποποιήσεις στις πληθυσμιακές αναλογίες που λαμβάνονται υπόψη για την ίδρυση φαρμακείων. Μεταγενεστέρως ο αν.ν. 517/1968 (ΦΕΚ Α' 188) προέβη στην «απελευθέρωση» του επαγγέλματος του φαρμακοποιού, με την κατάργηση όλων των περιορισμών για τη χορήγηση άδειας ιδρύσεως φαρμακείων και με την επιφύλαξη μόνο της συνδρομής προϋποθέσεων που αφορούσαν στο πρόσωπο του ζητούντος τη χορήγηση της αδειάς αυτής.

Επακολούθησε ο νόμος 328/76 (ΦΕΚ Α' 128), ο οποίος δεν έθεσε για την ίδρυση φαρμακείου πληθυσμιακά κριτήρια, αλλά καθόρισε για τα ιδρυόμενα φαρμακεία ελάχιστες αποστάσεις μεταξύ αυτών και των ήδη λειτουργούντων φαρμακείων. Οι αποστάσεις αυτές τροποποιήθηκαν στη συνέχεια με τον ν. 928/79. Τέλος στο άρθρο 1 του ν. 1963/91 (ΦΕΚ Α' 138), όπως ίσχυε κατά το χρόνο εκδόσεως της προσβαλλομένης, πριν την τροποποίησή του με το ν. 2716/1999 (ΦΕΚ Α' 96) ορίζεται ότι : «1. Άδεια ιδρύσεως φαρμακείου για δήμο ή κοινότητα της Χώρας χορηγείται μετά γνώμη του οικείου φαρμακευτικού συλλόγου με απόφαση του Νομάρχη. 2. Για την απόκτηση της άδειας ιδρύσεως φαρμακείου απαιτείται ο αιτών να έχει τα κατωτέρω προσόντα, που αποδεικνύονται με τα υποβαλλόμενα αντίστοιχα πιστοποιητικά των αρμόδιων αρχών: α) Την ελληνική ιθαγένεια ή την υπηκοότητα ενός των Κρατών Μελών της Ε.Ο.Κ. β) Πτυχίο φαρμακευτικής σχολής και άδεια ασκήσεως της φαρμακευτικής στην Ελλάδα. γ) ...». Περαιτέρω, στο άρθρο 2 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι : «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». Στη μακροσκελή εισηγητική έκθεση του νόμου παρατίθενται στατιστικά στοιχεία για τον αριθμό των λειτουργούντων φαρμακείων και την αναλογία προς τους κατοίκους της Χώρας, η οποία κατά το έτος 1960 ήταν ένα φαρμακείο ανά 6.105 κατοίκους και για το έτος 1990 ανήλθε σε ένα φαρμακείο ανά 1.388 κατοίκους, επισημαίνεται η ιδιοτυπία του φαρμακείου που συνδυάζει εμπορική, επιστημονική και κοινωνική δραστηριότητα και διαπιστώνεται η ανάγκη να θεσπισθούν πληθυσμιακά κριτήρια για την εξασφάλιση λειτουργικής και οικονομικής βιωσιμότητας του φαρμακείου και κατ' επέκταση για την αποτροπή κινδύνων της δημόσιας υγείας.

4. 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 επιβάλλει περιορισμούς, αναφερόμενους στην άσκηση ή και την επιλογή ορισμένου επαγγέλματος. Οι τασσόμενοι όμως από το νόμο όροι και προϋποθέσεις επιλογής και ασκήσεως του επαγγέλματος είναι συνταγματικώς επιτρεπτοί, εφόσον ορίζονται γενικώς κατά τρόπο αντικειμενικό και δικαιολογούνται από αποχρώντες λόγους δημοσίου ή κοινωνικού συμφέροντος, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση πρέπει να τελούν σε συνάφεια προς το αντικείμενο και τον χαρακτήρα της ρυθμιζόμενης 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 επιλέξουν ορισμένο επάγγελμα. Εξάλλου, σύμφωνα με τη συνταγματική αρχή της αναλογικότητας, οι επιβαλλόμενοι από το 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 σε σχέση προς αυτόν.

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 το νόμο σκοπού. Ενόψει των ανωτέρω, η θέσπιση με τον νόμο 1963/1991 πληθυσμιακών κριτηρίων για τη χορήγηση άδειας φαρμακείου, δηλαδή για την πρόσβαση στο επάγγελμα του φαρμακοποιού, που αποσκοπεί, κατά την εισηγητική έκθεση του νόμου, στην εξασφάλιση της οικονομικής βιωσιμότητας των ήδη λειτουργούντων φαρμακείων και περαιτέρω στην προστασία της δημόσιας υγείας, δεν είναι σύμφωνη με το Σύνταγμα. Καθόσον αφορά την ειδικότερη θεμελίωση της αντισυνταγματικότητας οι Σύμβουλοι Αθ. Ράντος, Π. Κοτσώνης, Γ. Παπαγεωργίου, Μ. Καραμανώφ, Αικ. Σακελλαροπούλου, Κ. Βιολάρης, Μ.-Ε. Κωνσταντινίδου, Α.-Γ. Βώρος, προς τους οποίους συντάχθηκαν και οι δύο Πάρεδροι, δέχθηκαν τα εξής : Η ίδρυση και λειτουργία φαρμακείων είναι δραστηριότητα διφυούς χαρακτήρα, διότι αφενός μεν συνιστά ειδικότερη εκδήλωση του δικαιώματος της επαγγελματικής ελευθερίας και αφετέρου συνδέεται άμεσα προς την προστασία της δημόσιας υγείας. Ως εκ τούτου, οι τιθέμενοι από τον νομοθέτη για την άσκηση της δραστηριότητας αυτής όροι και περιορισμοί διακρίνονται και αυτοί σε δύο αντίστοιχες κατηγορίες, ανάλογα με τον σκοπό τον οποίο εξυπηρετούν και πρέπει να τελούν σε πρόδηλη λογική συνάφεια προς τον σκοπό αυτό, σύμφωνα και με την αρχή της αναλογικότητας, άλλως είναι συνταγματικώς ανεπίτρεπτοι, διότι οδηγούν σε περιορισμό ατομικών δικαιωμάτων, για λόγους μη συνδεόμενους προς την ορθολογική άσκηση αυτών. Ο επίμαχος περιορισμός του πληθυσμιακού κριτηρίου, που αποβλέπει στη διασφάλιση της οικονομικής βιωσιμότητας των ήδη λειτουργούντων φαρμακείων, περιορίζει ανεπίτρεπτα την επαγγελματική ελευθερία, εφόσον επιβάλλεται τελικώς για λόγους προστασίας της δημόσιας υγείας, προς τους οποίους όμως προδήλως δεν σχετίζεται, δεδομένου ότι η δημόσια υγεία προστατεύεται με τη θέσπιση των κατάλληλων εγγυήσεων για την ορθή άσκηση των συναφών με την υγεία

επαγγελματικών δραστηριοτήτων και όχι με περιορισμούς που οδηγούν στην απαγόρευση πρόσβασης στο επάγγελμα. Συναφώς οι Σύμβουλοι Ε. Γαλανού, Φ. Αρναούτογλου, Χρ. Ράμμος, Στ. Χαραλάμπους και Ελ. Αναγνωστοπούλου υποστήριξαν ότι ναι μεν, κατά το άρθρο 5 του Συντάγματος, μπορούν να τεθούν στην οικονομική ελευθερία περιορισμοί για λόγους δημοσίου συμφέροντος, όπως είναι η προάσπιση της δημοσίας υγείας, όμως η θέσπιση πληθυσμιακού κριτηρίου για τη χορήγηση αδείας φαρμακείου, που στοχεύει, κατά την εισηγητική έκθεση του νόμου, στην εξασφάλιση της οικονομικής βιωσιμότητας των φαρμακείων, αντιβαίνει στην ως άνω συνταγματική διάταξη. Και τούτο, γιατί η βιωσιμότητα της οικονομικής επιχειρήσεως του φαρμακείου, όπως, άλλωστε, η βιωσιμότητα πληθώρας ελευθέρων επαγγελματιών (ιατρών κ.λπ.) και λοιπών συναφών με την υγεία επιχειρήσεων (κλινικών, καταστημάτων υγειονομικού ενδιαφέροντος κ.λπ.), θα δικαιολογούσε ενδεχομένως την θέσπιση μέτρων προκειμένου να διασφαλισθεί η υγεία των πολιτών, κατά το άρθρο 21 παρ. 3 του Συντάγματος, όχι όμως την θέσπιση περιορισμών στην οικονομική ελευθερία του άρθρου 5 του Συντάγματος, εφόσον οι περιορισμοί δεν συνδέονται ευθέως και αμέσως με τη δημόσια υγεία.

Τέλος, ο Πρόεδρος του Δικαστηρίου και οι Σύμβουλοι Ν. Ρόζος, Ελ. Δανδουλάκη και Α. Καραμιχαλέλης έχουν την γνώμη ότι το κριτήριο της πληθυσμιακής αναλογίας φαρμακείων προς εξυπηρετούμενους κατοίκους της Χώρας δεν είναι καθεαυτό απρόσφορο για την προστασία της δημόσιας υγείας, κατά τη χορήγηση αδειών ιδρύσεως φαρμακείων. Ωστόσο η επίμαχη νομοθετική ρύθμιση είναι αντισυνταγματική διότι μόνη η αύξηση του αριθμού των φαρμακείων και η συνακόλουθη αύξηση της αναλογίας τούτων προς τον πληθυσμό, όπως εκτίθεται στην εισηγητική έκθεση του νόμου, έχει καταρχήν ως αποτέλεσμα για τα φαρμακεία την, έστω και αξιόλογη, μείωση των προσόδων και συνεπώς και των αποκομιζομένων κερδών, αλλά δεν επιφέρει ως αναγκαίο επακόλουθο τη διακινδύνευση της βιωσιμότητάς τους. Με τα δεδομένα αυτά, δεν τεκμηριώνεται η παραδοχή ότι μόνη η ρύθμιση του ν. 328/1976 (υποχρέωση τηρήσεως ελάχιστης αποστάσεως από ιδρυόμενα ή λειτουργούντα φαρμακεία ως προϋπόθεση για την ίδρυση νέου φαρμακείου) έπαυσε πλέον να επαρκεί και ως εκ τούτου κατέστη επιγενομένως απρόσφορη για την επίτευξη του σκοπού της διασφαλίσεως της βιωσιμότητας των φαρμακείων. Κατά συνέπεια, δεν είναι εμφανής, κατά τον εν προκειμένω ασκούμενο έλεγχο συνταγματικότητας του άρθρου 2 του ν. 1963/1991, η αναγκαιότητά της, χάριν του εν λόγω σκοπού, επιβολής του εκτεθέντος εξαιρετικής εντάσεως περιορισμού στην ελευθερία ιδρύσεως φαρμακείου, όταν ο περιορισμός αυτός ισοδυναμεί με την καθιέρωση κλειστού αριθμού φαρμακείων και άγει πράγματι κατ' αποτέλεσμα σε αποκλεισμό της δυνατότητας ιδρύσεως φαρμακείου από νεοεισερχόμενους στο επάγγελμα φαρμακοποιούς. Συνεπώς, κατά την κρατήσασα γνώμη, η επίμαχη διάταξη του άρθρου 2 του ν. 1963/1991 αντιβαίνει στο Σύνταγμα και δεν μπορεί να εφαρμοστεί. Μειοψηφήσαν δέκα μέλη του Δικαστηρίου (Σύμβουλοι Ι. Μαρή, Σ. Καραλής, Γ. Παπαμεντζελόπουλος, Ν. Σκλίας, Δ. Πετρούλιας, Δ. Μαρινάκης, Ι. Μαντζουράνης, Δ. Αλεξανδρής, Γ. Σγουρόγλου και Κ. Ευστρατίου), τα οποία υποστήριξαν την ακόλουθη άποψη : Λόγω της ζωτικής σπουδαιότητας για το κοινωνικό σύνολο των διατιθεμένων στα φαρμακεία αγαθών, η βιωσιμότητά τους συνιστά εξαιρετικής σημασίας σκοπό δημοσίου συμφέροντος. Μόνη δε η σημαντική αύξηση του αριθμού των ιδρυθέντων, υπό την ισχύ του νόμου 326/1976 φαρμακείων, και η συνακόλουθη αύξηση της αναλογίας τους προς τον πληθυσμό καθιστά πολύ πιθανή, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας, την διακινδύνευση της βιωσιμότητας των λειτουργούντων και εφεξής ιδρυομένων φαρμακείων. Η εκτίμηση του νομοθέτη ότι απειλείται η οικονομική βιωσιμότητα των φαρμακείων που, κατά την κρίση του, θα έχει κατ' επέκταση δυσμενείς συνέπειες στη δημόσια υγεία, καθιστά αναγκαία τη θέσπιση της επίμαχης ρύθμισης, η οποία δεν παρίσταται προφανώς αδικαιολόγητη. Η νομοθετική αυτή εκτίμηση εκφεύγει, ως προς την ουσιαστική ορθότητά της, των ορίων του δικαστικού ελέγχου κατά την εξέταση της συνταγματικότητας της διατάξεως του άρθρου 2 του ν. 1963/1991. Επομένως, κατά την μειοψηφήσασα αυτή γνώμη, η ως άνω διάταξη δεν παρίσταται αντισυνταγματική. Ειδικότερα, ο εκ των μειοψηφούντων Σύμβουλος ..... , υποστήριξε ακόμη ότι η διάταξη του άρθρου 2 του ν. 1963/1991 δεν είναι αντισυνταγματική και για το λόγο ότι, η θέσπιση πληθυσμιακών κριτηρίων για την χορήγηση των αδειών ιδρύσεως φαρμακείων, εξυπηρετεί την ορθολογικότερη διασπορά των

φαρμακείων σε ολόκληρη τη Χώρα, με σκοπό την φαρμακευτική κάλυψη του συνόλου του πληθυσμού, στο πλαίσιο της, κατά το άρθρο 21 παρ. 3 του Συντάγματος, μέριμνας του Κράτους για την υγεία όλων των πολιτών.

5. Επειδή, ενόψει της γνώμης που επεκράτησε, η διάταξη του άρθρου 2 του ν. 1963/91 κρίνεται ανίσχυρη ως αντισυνταγματική.

Η διάσκεψη έγινε στην Αθήνα στις 17 Δεκεμβρίου 2004