

Η συνταγματικότητα των πληθυσμιακών κριτηρίων για την Ίδρυση Φαρμακείων, της Βασιλικής Κόκοτα

(Σχόλιο στην ΣτΕ 2531/2011 (Α' τμ.), Φαρμακοποιός Φωκίδας

Η σχολιαζόμενη απόφαση του Δ' Τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας, παραπεμπτική στην Ολομέλεια, συνιστά σημαντική νομολογιακή εξέλιξη, στο μέτρο που διαφοροποιείται από προηγούμενη απόφαση της Ολομέλειας, με την οποία το δικαστήριο αποφάνθηκε διαφορετικά ως προς το ζήτημα της συνταγματικότητας του μέτρου της επιβολής πληθυσμιακών κριτηρίων κατά την ίδρυση φαρμακείου. Η «μεταστροφή» αυτή οφείλεται, κατά τη γνώμη μας, σε δύο παράγοντες: αφενός στη μεταβολή της εθνικής νομοθεσίας, από την οποία προκύπτει πλέον ευχερώς ο επιδιωκόμενος με την υιοθέτηση του μέτρου σκοπός δημοσίου συμφέροντος: αφετέρου στην επίδραση της νομολογίας του Δικαστηρίου της Ένωσης, που αναγνωρίζει ευρύ «περιθώριο εκτίμησης» στα κράτη μέλη αναφορικά με την υιοθέτηση τέτοιου είδους εθνικών ρυθμίσεων.

Αναλυτικά, η επιβολή πληθυσμιακών κριτηρίων κατά την ίδρυση φαρμακείου, συνδυαζόμενη κατά κανόνα με κριτήρια γεωγραφικά, που ανάγονται στην τήρηση ελάχιστης απόστασης μεταξύ των ήδη λειτουργούντων και των προς ίδρυση φαρμακείων, προβλέπεται παραδοσιακά στο σύνολο σχεδόν των νομοθετημάτων που κλήθηκαν κατά καιρούς να ρυθμίσουν την άσκηση του επαγγέλματος του φαρμακοποιού¹.

Το ζήτημα της συνταγματικότητας των πληθυσμιακών κριτηρίων είχε απασχολήσει και στο παρελθόν το Συμβούλιο της Επικρατείας, που με την υπ' αριθ. 3665/2005 απόφαση της Ολομέλειας είχε αποφανθεί κατά πλειοψηφία ότι η συγκεκριμένη ρύθμιση, προβλεπόμενη στις διατάξεις του τότε ισχύοντος Ν. 1963/1991, αντέβαινε στην επαγγελματική ελευθερία των φαρμακοποιών, υπό το πρίσμα της εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας². Χαρακτηριστική στην απόφαση της Ολομέλειας ήταν η «διάσπαση» της πλειοψηφήσασας γνώμης, που υποστήριξε τρεις διαφορετικές «εκδοχές» ως προς τη θεμελίωση της αντισυνταγματικότητας του μέτρου. Ειδικότερα, το επίμαχο νομοθετικό μέτρο κρίθηκε ότι δεν συνάπτεται με την προστασία της δημόσιας υγείας, εάν αυτός ήταν ο σκοπός δημοσίου συμφέροντος που καλούνταν να εξυπηρετήσει (κατά την ειδικότερη θεμελίωση οκτώ Συμβούλων και δύο Παρέδρων), ούτε όμως με την εξασφάλιση της οικονομικής βιωσιμότητας των φαρμακείων, σκοπός που προέκυπτε τελικά από την αιτιολογική έκθεση του νόμου

(κατά την ειδικότερη θεμελίωση πέντε Συμβούλων), ενώ η υιοθέτηση ενός τέτοιου μέτρου, δεδομένου ότι εισήγε *αντικειμενικό* περιορισμό στην *πρόσβαση* στο επάγγελμα του φαρμακοποιού, ισοδυναμούσε με καθιέρωση «κλειστού» αριθμού φαρμακείων, άγοντας, κατ' αποτέλεσμα, σε αποκλεισμό της δυνατότητας ίδρυσης φαρμακείου από νεοεισερχόμενους στο επάγγελμα φαρμακοποιούς (κατά την ειδικότερη θεμελίωση του Προέδρου και τριών Συμβούλων). Στη γνώμη της πλειοψηφίας είχε αντιταχθεί ισχυρή μειοψηφία, κατά την οποία το μέτρο παρίστατο συνταγματικό, καθώς τυχόν διακινδύνευση της οικονομικής βιωσιμότητας των φαρμακείων συνεπαγόταν, κατά τη γνώμη της μειοψηφίας, δυσμενείς συνέπειες για την ίδια τη δημόσια υγεία³.

Οι επίμαχες ρυθμίσεις του Ν. 1963/1991 αντικαταστάθηκαν στο μεταξύ με τις ρυθμίσεις του Ν. 3457/2006, δυνάμει του οποίου διατηρήθηκαν σε ισχύ τα πληθυσμιακά και γεωγραφικά κριτήρια κατά την ίδρυση φαρμακείου, μεταβλήθηκε, ωστόσο, η απαιτούμενη πληθυσμιακή αναλογία⁴. Επί της συνταγματικότητας των ρυθμίσεων της νέας νομοθεσίας κλήθηκε να αποφανθεί το Δ' Τμήμα του Συμβουλίου της Επικρατείας, με αφορμή ακυρωτική υπόθεση που ήχθη ενώπιόν του: με τη σχολιαζόμενη απόφαση το δικαστήριο έκρινε *-μόφωνα και χωρίς τον σχηματισμό αντίθετης μειοψηφίας-* *ότι η επιβολή πληθυσμιακών κριτηρίων κατά την ίδρυση φαρμακείου δεν αντίκειται στην επαγγελματική ελευθερία των φαρμακοποιών, καθώς οι σκοποί που καλείται να εξυπηρετήσει το μέτρο είναι άξιοι συνταγματικής προστασίας, ευρισκόμενοι σε σχέση λογικής αντιστοιχίας με το υιοθετηθέν μέτρο, υπό το πρίσμα της εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας. Υιοθετώντας, στην προκειμένη περίπτωση, το δικαστήριο τη νομολογιακή κατασκευή των «τριών βαθμίδων»⁵, διακρίνει τους περιορισμούς που επιβάλλονται στην επαγγελματική ελευθερία σε εκείνους που αφορούν στην επιλογή (πρόσβαση) και σε εκείνους που αφορούν στην άσκηση του επαγγέλματος, αποφαινόμενο ότι οι επίμαχες ρυθμίσεις (πληθυσμιακά κριτήρια) θεσπίζουν αντικειμενικούς περιορισμούς στην πρόσβαση στο επάγγελμα του φαρμακοποιού⁶. Στη συνέχεια, επιχειρώντας το δικαστήριο να συσχετίσει το επίδικο μέτρο με τον σκοπό (ή τους σκοπούς) δημοσίου συμφέροντος που εξυπηρετούνται από την υιοθέτησή του εν όψει της εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας, διεξάγει έναν εντατικό έλεγχο ως προς τη συνδρομή του σκοπού δημοσίου συμφέροντος και έναν, λιγότερο εντατικό, έλεγχο αναλογικότητας του περιοριστικού μέτρου.*

Σε ό,τι αφορά στην κατάφαση της συνδρομής του σκοπού, το δικαστήριο, καταφεύγοντας στην αιτιολογική έκθεση του νέου νόμου, αποφάινεται ότι ο διττός σκοπός που επικαλείται αυτή τη φορά ο νομοθέτης (αφενός η *προστασία της δημόσιας υγείας*, υπό την έννοια της εξασφάλισης της άμεσης πρόσβασης του πολίτη στα απαιτούμενα φάρμακα και της αποτροπής του κινδύνου υπερβολικής κατανάλωσης φαρμάκων, αφετέρου η *διασφάλιση της οικονομικής βιωσιμότητας του ασφαλιστικού συστήματος*, υπό την έννοια της προστασίας των διαθέσιμων για την υγειονομική περίθαλψη από το Δημόσιο και τους οργανισμούς κοινωνικής ασφάλισης οικονομικών πόρων, που κινδυνεύουν από τα φαινόμενα υπερσυνταγογράφησης και κατευθυνόμενης συνταγογράφησης), δύναται καταρχήν να εξυπηρετηθεί από το υιοθετηθέν μέτρο. Κατά την κρίση, δηλαδή, που υιοθέτησε το δικαστήριο στη σχολιαζόμενη απόφαση του Δ΄ Τμήματος, οι σκοποί που (επικαλείται ο νομοθέτης ότι) εξυπηρετούνται από την επιβολή του συγκεκριμένου μέτρου είναι άξιοι συνταγματικής προστασίας, συνέχονται μεταξύ τους χωρίς να είναι αλληλοαντικρουόμενοι, προκύπτουν με σαφήνεια από την αιτιολογική έκθεση του νέου νόμου και δεν είναι προσχηματικοί, τελούν σε συνάφεια με το υιοθετηθέν μέτρο και, το κυριότερο, είναι διαφορετικοί από εκείνους που προέβλεπε η προγενέστερη νομοθεσία, οι ρυθμίσεις της οποίας κρίθηκαν από την Ολομέλεια αντισυνταγματικές. Η τελευταία αυτή παρατήρηση αιτιολογεί, κατά την κρίση του δικαστηρίου, τη διαφορετική σε σχέση με την προηγούμενη απόφαση της Ολομέλειας, νομολογιακή μεταχείριση των σκοπών δημοσίου συμφέροντος που επικαλείται ο νομοθέτης: η εξασφάλιση της οικονομικής βιωσιμότητας των φαρμακείων, σκοπός που προέκυπτε τελικά από την αιτιολογική έκθεση του νόμου ότι εξυπηρετούσαν τα πληθυσμιακά κριτήρια κατά την προγενέστερη νομοθεσία (Ν. 1963/1991), δεν επανέρχεται στη νέα νομοθεσία (Ν. 3457/2006), από την οποία προκύπτει ότι ο σκοπός της ρύθμισης συνίσταται πλέον στην προστασία της δημόσιας υγείας και τη, συνδεδεόμενη με αυτή, διασφάλιση της οικονομικής βιωσιμότητας του δημοσίου ασφαλιστικού συστήματος. Στη συνέχεια, σε ό,τι αφορά στην αναλογικότητα της επίμαχης ρύθμισης καθαυτή, το μέτρο παρίσταται, κατά την κρίση του δικαστηρίου, πρόσφορο («δεν είναι προδήλως απρόσφορο για την επίτευξη των επιδιωκόμενων ... σκοπών») και αναγκαίο για την εξυπηρέτηση του διττού σκοπού («...δεν προκύπτει ότι άλλο μέτρο, ολιγότερο περιοριστικό της ελευθερίας ασκήσεως του ελεύθερου 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 τη συγκέντρωσή τους σε μεγάλα αστικά κέντρα»). Το μέτρο παρίσταται, επομένως, κατάλληλο, κατά την κρίση του δικαστηρίου, να εξυπηρετήσει τον εξαγγελόμενο από τον νομοθέτη διττό σκοπό δημοσίου συμφέροντος (προστασία της δημόσιας υγείας, διασφάλιση της οικονομικής βιωσιμότητας του ασφαλιστικού συστήματος), καθώς με την υιοθέτησή του επιτυγχάνεται καταρχήν η «καλύτερη δυνατή διασπορά των φαρμακείων στο σύνολο της χώρας». Περαιτέρω, το μέτρο παρίσταται και αναγκαίο, δεδομένης της, κατά την κρίση του δικαστηρίου, καθιερούμενης με αυτό διαφορετικής πληθυσμιακής αναλογίας (ένα φαρμακείο ανά 1.500 κατοίκους), συγκριτικά με τις αυστηρότερες ρυθμίσεις της προγενέστερης νομοθεσίας (αναλογία ενός φαρμακείου ανά 3.000 κατοίκους), οι οποίες και κρίθηκαν αντισυνταγματικές από την Ολομέλεια. Τυχόν «εναλλακτική» λύση, όπως θα ήταν, για παράδειγμα, η καθιέρωση συστήματος ίδρυσης φαρμακείου βάσει κριτηρίων χωροταξικών, που θα ανάγονταν στις πραγματικές ανάγκες μιας περιοχής (και όχι αμιγώς πληθυσμιακών ή/και γεωγραφικών), κείται, κατά την ομόφωνη γνώμη του δικαστηρίου, εκτός των ορίων του επιτρεπτού ελέγχου νομιμότητας. Η τελευταία αυτή κρίση εγείρει κάποιες επιφυλάξεις, καθώς η εξέταση από το δικαστήριο των περισσότερων εναλλακτικών επιλογών που είχε στη διάθεσή του ο νομοθέτης, προκειμένου ακριβώς να καταφαιεί η αναγκαιότητα του μέτρου κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, κείται εντός των ορίων του επιτρεπτού ελέγχου νομιμότητας που ενεργεί ο δικαστής και δεν ολισθαίνει σε (ανεπίτρεπτο) έλεγχο σκοπιμότητας.

Εν αναμονή της κρίσης της Ολομέλειας, στην οποία παραπέμφθηκε το ζήτημα «λόγω μείζονος σπουδαιότητας», η απόφαση αυτή του Δ' Τμήματος αποφαινεται, σε αντίθεση με την προηγούμενη απόφαση της Ολομέλειας (ΣτΕ Ολ. 3665/2005), ότι το ίδιο νομοθετικό μέτρο (πληθυσμιακά κριτήρια κατά την ίδρυση φαρμακείου, με μια σημαντική, ωστόσο, διαφοροποίηση ως προς την απαιτούμενη πληθυσμιακή αναλογία) δεν είναι αντισυνταγματικό, υπό την έννοια ότι οι σκοποί που καλείται να εξυπηρετήσει εντοπίζονται ευχερώς στην αιτιολογική έκθεση του νέου νόμου, είναι άξιοι συνταγματικής προστασίας, ενώ δύνανται να συσχετισθούν με το επιλεγέν μέτρο, υπό το πρίσμα, ωστόσο, μιας «χαλαρότερης», κατά τη γνώμη μας, εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας.

Η «μεταστροφή» αυτή αποδίδεται εν μέρει και στην πρόσφατη νομολογία του Δικαστηρίου της Ένωσης⁷, στην οποία και ρητά παραπέμπει η σχολιαζόμενη απόφαση του Δ' Τμήματος, δεδομένου ότι το Δικαστήριο είχε την ευκαιρία να

αποφανθεί επί του ζητήματος με αφορμή υπόθεση που αφορούσε έλεγχο συμβατότητας (παρόμοιας με την ελληνική) ρύθμισης της ισπανικής νομοθεσίας, που επέβαλλε, σωρευτικά, πληθυσμιακά και γεωγραφικά κριτήρια κατά την ίδρυση φαρμακείου⁸: το Δικαστήριο της Ένωσης έκρινε τη ρύθμιση πρόσφορη να εξυπηρετήσει τον σκοπό της προστασίας της δημόσιας υγείας που επικαλέστηκε το κράτος μέλος⁹, και αναγκαία, καθώς η ρύθμιση δεν έβαινε, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του ως άνω σκοπού¹⁰. Το Δικαστήριο της Ένωσης προέβη, στην προκειμένη περίπτωση, σε έναν ηπιότερο έλεγχο αναλογικότητας της ισπανικής ρύθμισης που δυσχέραινε την ελευθερία εγκατάστασης των φαρμακοποιών, επιβεβαιώνοντας ότι από τον αυστηρό του έλεγχο εκφεύγει η περίπτωση των επαγγελματιών της υγείας, με την προϋπόθεση, ωστόσο, ότι η εθνική ρύθμιση συνάπτεται πράγματι με την προστασία της δημόσιας υγείας¹¹. Η θέση αυτή του Δικαστηρίου επαναλαμβάνεται και σε άλλες υποθέσεις που αφορούν στο επάγγελμα του φαρμακοποιού¹², στοιχείο που αποδεικνύει ότι το Δικαστήριο της Ένωσης προσλαμβάνει τη «δημόσια υγεία» ως λόγο θεμελιωτικό εξαίρεσης στους κανόνες του πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου που επιτάσσουν την ελεύθερη κυκλοφορία (εγκατάσταση και παροχή υπηρεσιών)¹³, αναγνωρίζοντας, αποκλειστικά για τις ανάγκες της εξυπηρέτησης του συγκεκριμένου σκοπού, ευρύ «περιθώριο εκτίμησης» στα κράτη μέλη¹⁴.

Εξάλλου, πέραν της νομολογίας του Δικαστηρίου της Ένωσης, και η ίδια η ενωσιακή νομοθεσία εξαιρεί από το πεδίο εφαρμογής της τη δραστηριότητα των φαρμακοποιών, καθώς, κατά τη ρητή πρόβλεψη της γενικής «Οδηγίας αναγνώρισης» 2005/36/EK, η γεωγραφική κατανομή των φαρμακείων εξακολουθεί να εμπίπτει στην αρμοδιότητα των κρατών μελών¹⁵.

Ανεξαρτήτως της θέσης που θα λάβει η Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας επί του ζητήματος, η τελική της κρίση θα ενέχει μια «σχετικότητα», στο μέτρο που οι επίμαχες ρυθμίσεις του υπό κρίση νόμου (Ν. 3457/2006) έχουν ήδη αντικατασταθεί με αυτές του πρόσφατου Ν. 3918/2011¹⁶. Οι ρυθμίσεις της νέας νομοθεσίας διατηρούν και πάλι σε ισχύ τα πληθυσμιακά κριτήρια κατά την ίδρυση φαρμακείου, αμβλύνουν, ωστόσο, τις σχετικές προϋποθέσεις, στον βαθμό που καθιερώνουν πληθυσμιακή αναλογία ενός φαρμακείου ανά 1.000 κατοίκους.

Εν κατακλείδι, η σχολιαζόμενη απόφαση του Δ' Τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας, συγκλίνοντας με την αντίστοιχη νομολογία του Δικαστηρίου της Ένωσης, δεν αίρει τους επιβαλλόμενους από τον νομοθέτη περιορισμούς στην

πρόσβαση στο επάγγελμα του φαρμακοποιού. Αντίθετα, η απόφαση αυτή εντάσσεται σε ένα ευρύτερο νομολογιακό κλίμα, εντός του οποίου η επίκληση της προστασίας της δημόσιας υγείας από τον εθνικό νομοθέτη δικαιολογεί, καθώς φαίνεται, έναν μειωμένης έντασης δικαστικό έλεγχο του περιοριστικού μέτρου από τον εθνικό και ενωσιακό δικαστή, ο οποίος καταλήγει να δικαιολογεί την επιβολή φραγμών στην περίφημη «απελευθέρωση» του επαγγέλματος του φαρμακοποιού.

¹ Ο Ν. 5607/1932 «περί κωδικοποίησης και συμπλήρωσης της φαρμακευτικής νομοθεσίας» (ΦΕΚ Α' 300) καθόριζε τον αριθμό των ιδρυόμενων φαρμακείων βάσει πληθυσμιακών κριτηρίων (άρθρο 3), απαιτώντας επιπλέον την τήρηση ελάχιστης απόστασεων μεταξύ των ιδρυόμενων φαρμακείων και μεταξύ αυτών και των ήδη λειτουργούντων (άρθρο 20). Ακολούθησε ο Α.Ν. 751/1937 (ΦΕΚ Α' 239), το άρθρο 2 του οποίου τροποποίησε την πληθυσμιακή αναλογία για την ίδρυση φαρμακείων. Στη συνέχεια, με τον Α.Ν. 517/1968 (ΦΕΚ Α' 188) καταργήθηκαν τα πληθυσμιακά κριτήρια καθώς και η τήρηση της ελάχιστης απόστασης. Ακολούθησε ο Ν. 328/1976 (ΦΕΚ Α' 128), ο οποίος δεν έθετε πληθυσμιακά κριτήρια, καθόριζε, ωστόσο, ελάχιστη απόσταση μεταξύ των ιδρυόμενων και των ήδη λειτουργούντων φαρμακείων (άρθρο 7). Με το άρθρο 2 του Ν. 1963/1991 (ΦΕΚ Α' 138) θεσπίστηκαν και πάλι πληθυσμιακά κριτήρια για τη χορήγηση άδειας ίδρυσης φαρμακείου, ενώ με το άρθρο 6 του ίδιου νόμου διατηρήθηκε σε ισχύ η προϋπόθεση της τήρησης ελάχιστης απόστασης μεταξύ ήδη λειτουργούντος και μέλλοντος να λειτουργήσει φαρμακείου.

² ΕΔΚΑ 2006, σ. 59 = Αρμ 2006, σ. 805 = ΔιΔικ 2006, σ. 391 = ΝοΒ 2006, σ. 925 με παρατηρήσεις Κ. Σαμαρτζή. Η υπόθεση είχε παραπεμφθεί στην Ολομέλεια με την υπ' αριθ. 2110/2003 απόφαση του Δ' τμ., ΕΔΔΔΔ 2004, σ. 89 με παρατηρήσεις Α. Παπακωνσταντίνου, με την οποία το μέτρο είχε κριθεί κατά πλειοψηφία δυσανάλογο σε σχέση με τον εξυπηρετούμενο σκοπό.

³ Επρόκειτο για μειοψηφία δέκα μελών του δικαστηρίου που υποστήριξε τη γνώμη ότι «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 ... φαρμακείων, και η συνακόλουθη αύξηση της αναλογίας τους προς τον πληθυσμό καθιστά πολύ πιθανή, σύμφωνα με τα διδάγματα της κοινής πείρας, τη διακινδύνευση της βιωσιμότητας των λειτουργούντων και εφεξής ιδρυόμενων 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 τη μειοψηφία αυτή γνώμη, η ως άνω διάταξη δεν παρίσταται αντισυνταγματική». Ειδικότερα, ένας εκ των μειοψηφούντων Συμβούλων, υποστήριξε την ειδικότερη άποψη 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», ΣτΕ Ολ. 3665/2005, ό.π.π.

⁴ Το άρθρο 2 του Ν. 1963/1991 αντικαταστάθηκε στη συνέχεια με το άρθρο 13 του Ν. 3457/2006 για τη «μεταρρύθμιση του συστήματος φαρμακευτικής περίθαλψης» (ΦΕΚ Α' 93). Ο μεταγενέστερος αυτός νόμος διατήρησε τόσο τα πληθυσμιακά κριτήρια όσο και την τήρηση της ελάχιστης απόστασης μεταξύ των λειτουργούντων και των προς ίδρυση φαρμακείων, καθόριζε, ωστόσο, διαφορετική πληθυσμιακή αναλογία (ένα φαρμακείο ανά 1.500 κατοίκους) σε σχέση με την προγενέστερη νομοθεσία (ένα φαρμακείο ανά 3.000 κατοίκους).

⁵ Η θεωρία των «τριών βαθμίδων» (*Dreistufentheorie*) συνιστά νομολογιακή κατασκευή του γερμανικού Ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου, η οποία καθιερώθηκε με την περίφημη απόφαση για τα φαρμακεία (BVerfGE 7, 377 ff, *Apothekenurteil*). Σύμφωνα με τη νομολογιακή κατασκευή των «τριών βαθμίδων», η ένταση του δικαστικού ελέγχου των περιορισμών της

επαγγελματικής ελευθερίας κλιμακώνεται κατά τη μετάβαση από τη χαμηλότερη βαθμίδα, όπου τοποθετούνται οι περιορισμοί που αφορούν στην άσκηση του επαγγέλματος, στη δεύτερη βαθμίδα, όπου τοποθετούνται οι υποκειμενικοί περιορισμοί που αφορούν στην πρόσβαση στο επάγγελμα, και, τέλος, στην τρίτη βαθμίδα, όπου τοποθετούνται οι αντικειμενικοί περιορισμοί που αφορούν στην πρόσβαση στο επάγγελμα. Για τον σχολιασμό της νομολογιακής κατασκευής των «τριών βαθμίδων» με αφορμή την ανωτέρω απόφαση βλ. ενδεικτικά από τη γερμανική θεωρία Ο. BACHOF, 'Zum Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts', JZ 1958, σ. 468, J. SCHWABE, 'Die Stufentheorie des Bundesverfassungsgerichts zur Berufsfreiheit', DöV 1969, σ. 734, K. H. FRIAUF, 'Freiheit des Berufs nach Art. 12 Abs. 1 GG', JA 1984, σ. 537 (σ. 543 επ.), B. PIEROTH / B. SCHLINK, *Grundrechte, Staatsrecht II* (20 Aufl.), Heidelberg: C.F. Müller, 2004, σ. 214 επ., A. BORRMANN, *Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht (Eine rechtsvergleichende Studie)*, Berlin: Duncker & Humblot, 2002, σ. 83 επ.

⁶ «...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», ΣτΕ 2531/2011 [η έμφαση δική μας].

⁷ ΔΕΕ 1.6.2010, συνεκδ. υποθ. 570/07 και 571/07, *José Manuel Blanco Pérez, María Del Pilar Chao Gómez κατά Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, Principado de Asturias*, Συλλ.Νομολ 2010, σ. I-4629 = ΕφημΔΔ 2010, σ. 380 = ΝοΒ 2010, σ. 1301 με παρατηρήσεις Ι. Κουφάκη. Για έναν εκτεταμένο σχολιασμό της απόφασης με αφορμή τις αντίστοιχες ρυθμίσεις της ελληνικής νομοθεσίας βλ. Α. ΤΣΙΦΤΣΟΓΛΟΥ, 'Φαρμακοποιοί και απελευθέρωση: Η ευρωπαϊκή απάντηση', ΕφημΔΔ 2010, σ. 835 και Γ. ΠΑΝΟΠΟΥΛΟΥ, 'Εμπορία φαρμάκων και άσκηση της δραστηριότητας του φαρμακοποιού υπό το φως των κοινοτικών ελευθεριών της κυκλοφορίας των εμπορευμάτων και της εγκατάστασης', ΔΕΕ 2010, σ. 650.

⁸ Η ισπανική νομοθεσία για τη ρύθμιση της ίδρυσης και λειτουργίας φαρμακείου «εξουσιοδοτούσε» τις Αυτόνομες Κοινότητες να καθιερώσουν ειδικά κριτήρια προγραμματισμού για τη χορήγηση άδειας ίδρυσης φαρμακείου, με βάση στοιχεία πληθυσμιακά και γεωγραφικά. Κατ' εφαρμογή της νομοθεσίας αυτής, το Πριγκιπάτο των Αστουριών εξέδωσε το διάταγμα 72/2001, που καθόριζε την ίδρυση ενός φαρμακείου ανά 2.800 κατοίκους, απαιτώντας, σωρευτικά, να υφίσταται ελάχιστη απόσταση 250 μ. μεταξύ των ήδη λειτουργούντων και των προς ίδρυση φαρμακείων.

⁹ ΔΕΕ 1.6.2010, συνεκδ. υποθ. 570/07 και 571/07, *José Manuel Blanco Pérez...*, όπ.π.: «...ο όρος αυτός είναι ικανός να οδηγήσει σε ισόρροπη κατανομή των φαρμακείων στο εθνικό έδαφος, να εξασφαλίσει κατ' αυτόν τον τρόπο στο σύνολο του πληθυσμού τη δέουσα πρόσβαση στη φαρμακευτική υπηρεσία και, κατά συνέπεια, να αυξήσει την ασφάλεια και την ποιότητα του εφοδιασμού σε φάρμακα» (σκ. 78), ενώ, περαιτέρω, ο τρόπος με τον οποίο η ρύθμιση αυτή επιδιώκει τον συγκεκριμένο σκοπό παρουσιάζει, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, «συνοχή και συστηματικότητα» (σκ. 94 επ.).

¹⁰ Συγκριτικά με το σύστημα *a minima*, το οποίο είχαν προτείνει εναλλακτικά οι προσφεύγοντες, να είναι, δηλαδή, η ίδρυση νέων φαρμακείων ελεύθερη, από τη στιγμή που κάθε «φαρμακευτική ζώνη» διαθέτει ήδη τον απαιτούμενο ελάχιστο αριθμό φαρμακείων. Το Δικαστήριο της Ένωσης έκρινε, ωστόσο, ότι τα κράτη μέλη, λαμβανομένου υπόψη του «περιθωρίου εκτίμησης» που διαθέτουν στον τομέα της προστασίας της υγείας, ενδέχεται να θεωρήσουν ότι το ως άνω σύστημα δεν επιτρέπει την επίτευξη με την ίδια αποτελεσματικότητα του ασφαλούς και ποιοτικού εφοδιασμού του κοινού με φάρμακα, σε ζώνες μη ελκυστικές (ΔΕΕ 1.6.2010, συνεκδ. υποθ. 570/07 και 571/07, *José Manuel Blanco Pérez...*, όπ.π., σκ. 106 επ.).

¹¹ Το τελευταίο στοιχείο δεν συνέτρεχε, κατά την κρίση του Δικαστηρίου της Ένωσης, στην περίπτωση της ελληνικού ενδιαφέροντος υπόθεσης για τα καταστήματα οπτικών ειδών, γεγονός που οδήγησε στη διαφορετική έκβαση του ελέγχου, καθώς η εθνική ρύθμιση κρίθηκε από το Δικαστήριο ότι έβαινε πέραν του αναγκαίου μέτρου, συνιστώντας δυσανάλογο περιορισμό της ελευθερίας εγκατάστασης των οπτικών, βλ. ΔΕΚ 21.4.2005, υπόθ. 140/03, *Επιτροπή κατά Ελληνικής Δημοκρατίας [Καταστήματα οπτικών ειδών]*, Συλλ.Νομολ 2005, σ. I-3177 = Αρμ 2005, σ. 1483 με παρατηρήσεις Γ. Τσερκέζη = ΕΕΕυρΔ 2005, σ. 611 = ΤοΣ 2006, σ. 186 με παρατηρήσεις Α. Καϊδατζή. Για έναν αναλυτικό

σχολιασμό της απόφασης βλ. Χ. ΣΥΝΟΔΙΝΟΥ, 'Ελληνική νομοθεσία περί οπτικών και κοινοτικό δίκαιο (Παράδειγμα αλληλεπίδρασης κοινοτικής και εθνικής νομολογίας)', ΕΕΕυρΔ 2005, σ. 561.

¹² ΔΕΚ 19.5.2009, συνεκδ. υποθ. 171/07 και 172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes κλπ. και Helga Neumann-Seiwert / Saarland et Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, Συλλ. Νομολ. 2009, σ. I-4171 = Εφημ. ΔΔ 2009, σ. 356 με παρατηρήσεις Στ. Θάνου = ΕΕΕυρΔ 2009, σ. 371 με παρατηρήσεις Ι. Τσούκα. Όμοια η ΔΕΚ 19.5.2009, υπόθ. 531/06, *Επιτροπή κατά Ιταλικής Δημοκρατίας*, Συλλ. Νομολ. 2009, σ. I-4103. Αμφότερες οι αποφάσεις αφορούσαν στη συμβατότητα με το ενωσιακό δίκαιο και συγκεκριμένα την ελευθερία εγκατάστασης πανομοιότυπων ρυθμίσεων της γερμανικής και ιταλικής νομοθεσίας, αντίστοιχα, σύμφωνα με τις οποίες μονάχα πρόσωπα που έχουν την ιδιότητα του φαρμακοποιού μπορούν να ιδρύουν και να εκμεταλλεύονται φαρμακείο.

¹³ Η έννοια της «δημόσια υγείας» εμπίπτει τόσο στην περίπτωση των εξαιρέσεων της ελεύθερης κυκλοφορίας που ρητά προβλέπει η Συνθήκη (άρθρο 52 παρ. 1 ΣΛΕΕ) όσο και στην περίπτωση του «επιτακτικών λόγων γενικού/δημοσίου συμφέροντος», οι οποίοι καθιερώθηκαν ως εξαίρεση μέσα από τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ένωσης. Για τη διάκριση αυτή βλ. αντί άλλων Ρ.-Ε. ΠΑΠΑΔΟΠΟΥΛΟΥ, 'Για μια οριζόντια θεώρηση των επιτακτικών αναγκών στην ελεύθερη κυκλοφορία εμπορευμάτων, προσώπων και υπηρεσιών', ΚριτΕ 1999, σ. 91 (σ. 128-129).

¹⁴ Τα κράτη μέλη διαθέτουν «περιθώριο εκτίμησης» (*marge d'appréciation*) ως προς το επίπεδο προστασίας της δημοσίας υγείας που επιθυμούν να εξασφαλίσουν, καθώς και τον τρόπο κατά τον οποίο θα επιτευχθεί το επίπεδο αυτό. Βλ. χαρακτηριστικά τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ένωσης ΔΕΕ 1.6.2010, συνεκδ. υποθ. 570/07 και 571/07, *José Manuel Blanco Pérez...*, όπ.π. (σκ. 44 και σκ. 106 επ.) και ΔΕΚ 19.5.2009, συνεκδ. υποθ. 171/07 και 172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes κλπ...*, όπ.π. (σκ. 19 και σκ. 39-40).

¹⁵ Το άρθρο 26 του προοιμίου της Οδηγίας 2005/36/ΕΚ, η οποία μεταφέρθηκε στην εσωτερική νομοθεσία δυνάμει του ΠΔ/τος 38/2010 (ΦΕΚ Α' 78), ορίζει ρητά ότι: «Η παρούσα Οδηγία δεν διασφαλίζει τον συντονισμό όλων των όρων ανάληψης των δραστηριοτήτων του φαρμακευτικού τομέα και την άσκησή τους. Ιδίως, η γεωγραφική κατανομή των φαρμακείων και το μονοπώλιο διανομής φαρμάκων θα πρέπει να εξακολουθήσουν να εμπίπτουν στην αρμοδιότητα των κρατών μελών. Η παρούσα Οδηγία διατηρεί αμετάβλητες τις νομοθετικές, κανονιστικές και διοικητικές διατάξεις των κρατών μελών που απαγορεύουν στις εταιρείες την άσκηση ορισμένων φαρμακευτικών δραστηριοτήτων ή εξαρτούν την εν λόγω άσκηση από ορισμένες προϋποθέσεις» [η έμφαση δική μας]. Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 2 της Οδηγίας 2006/123/ΕΚ για τις «υπηρεσίες στην Εσωτερική Αγορά», όπως αυτό μεταφέρθηκε στην εσωτερική νομοθεσία με το άρθρο 4 περίπτ. στ' του Ν. 3844/2010 (ΦΕΚ Α' 63), η επαγγελματική δραστηριότητα των φαρμακοποιών εξαιρείται από το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας.

¹⁶ Ο Ν. 3919/2011 για την «αρχή της επαγγελματικής ελευθερίας, κατάργηση αδικαιολόγητων περιορισμών στην πρόσβαση και άσκηση επαγγελμάτων» (ΦΕΚ Α' 32) επιτάσσει ρητά την κατάργηση των περιορισμών που ανάγονται σε κριτήρια πληθυσμιακά (άρθρο 2 παρ. 2 περίπτ. α') και γεωγραφικά, υπό την έννοια της τήρησης ελάχιστης απόστασης μεταξύ των επαγγελματικών εγκαταστάσεων (άρθρο 2 παρ. 2 περίπτ. δ'). Ωστόσο, από το πεδίο εφαρμογής του νέου νόμου εξαιρείται η επαγγελματική δραστηριότητα των φαρμακοποιών (άρθρο 9 παρ. 2 του Ν. 3919/2011). Εξάλλου, με το άρθρο 36 του Ν. 3918/2011 για τις «διαρθρωτικές αλλαγές στο σύστημα υγείας» (ΦΕΚ Α' 31), όπως αυτό τροποποιήθηκε από το άρθρο 70 του Ν. 3984/2011 (ΦΕΚ Α' 150), τα πληθυσμιακά κριτήρια κατά την ίδρυση φαρμακείου διατηρούνται, με τη διαφορά ότι, αντί για ένα φαρμακείο ανά 1.500 κατοίκους, ορίζεται η ίδρυση ενός φαρμακείου ανά 1.000 κατοίκους.