

Pubblicato il 19/08/2019

N. 00759/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00978/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso numero di registro generale 978 del 2018, proposto da

Elisa Gabriella Orlando e Sebastiano Scaminaci, rappresentati e difesi dall'avvocato Romina Raponi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente *pro tempore*,
Assessorato regionale della salute, in persona dell'Assessore *pro tempore*, rappresentati
e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati in
Palermo, via Villareale, 6;
Azienda sanitaria provinciale di Caltanissetta, in persona del Direttore *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Iacona, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia;
Comune di Gela, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti

Antonella Petrina, Rosa Scarfone, Ordine Provinciale dei Farmacisti di Caltanissetta non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA – PALERMO, sezione III n. 2477/2018, resa tra le parti, concernente la delibera dell'ASP di Caltanissetta con la quale è stata dichiarata improcedibile l'istanza di riconoscimento della titolarità della farmacia n. 21 di Gela in favore dei ricorrenti nonché, ove necessario, del bando approvato con decreto 2782 del 24.12.2012 ove si ritenga che abbia vietato l'apertura di altra sede farmaceutica in altra regione

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda sanitaria provinciale di Caltanissetta, della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dell'Assessorato regionale della salute;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'ordinanza istruttoria n. 277/2019;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'istanza proposta dalla parte appellante di deferimento del ricorso all'adunanza plenaria;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2019 il cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti l'avvocato Concetta Bosurgi su delega di Romina Raponi, l'avvocato dello Stato Piergiorgio La Spina e l'avvocato Girolamo Rubino su delega di Sergio Iacona;

1. Gli odierni ricorrenti hanno preso parte, in forma associata, alla procedura concorsuale per l'assegnazione di 222 sedi farmaceutiche bandita ai sensi del d.l. 1/2012, art. 11, dalla Regione Siciliana, con decreto n. 2782 del 24.12.2012.

Per quanto più rileva in questa sede, l'art. 4 del bando prevedeva che "Ciascun candidato può partecipare al concorso in non più di due Regioni o Provincie autonome" e che "Al totale di due concorsi concorre sia la partecipazione in forma singola che associata".

I ricorrenti si sono collocati al 126° posto in graduatoria, risultando assegnatari della sede n. 21 sita in Gela, rinviando il decreto dell'assessorato del 22.1.2018, quanto al riconoscimento della titolarità e all'autorizzazione all'apertura della relativa farmacia, ad un provvedimento da adottarsi da parte dell'Azienda sanitaria competente, previa acquisizione delle necessarie attestazioni e dichiarazioni relative anche ad eventuali cause di incompatibilità.

Senonché con deliberazione n. 1404 del 13.9.2018, l'ASP di Caltanissetta, richiamando le direttive impartite dall'Assessorato regionale della salute con decreto n. 99/2018, ha dichiarato "improcedibile" la domanda di riconoscimento della titolarità e dell'autorizzazione all'apertura della farmacia n. 21 di Gela, ravvisando una causa di incompatibilità, essendo i ricorrenti già titolari di una farmacia nella Regione Lombardia, avendo preso parte anche alla procedura concorsuale per l'assegnazione di 343 sedi farmaceutiche bandita da tale Regione ed essendosi utilmente collocati in graduatoria ottenendo la sede n. 7 del Comune di Mariano Comense.

2. Hanno proposto ricorso avverso tale dichiarazione di "improcedibilità", deducendone l'illegittimità sotto vari profili, ricorso che il Tar Sicilia, Palermo, con sentenza 2477/2018, ha respinto, ritenendo che vi fosse l'incompatibilità di cui all'art. 8, co. 1, lett. b) della l. 362/1991, ciò sul rilievo che il riferimento alla gestione associata di cui all'art. 11, co. 7, del d.l. 1/2012 non valga a configurare un soggetto

giuridico distinto e che i contitolari, per quanto in forma associata, di una farmacia non possono essere titolari, in forma individuale o associata, di altra farmacia, in tal senso richiamando anche il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 69/2018.

3. Avverso la sentenza è proposto il presente appello deducendone l'erroneità sotto vari profili.

Parte appellante assume in premessa che, a differenza di quanto (ancora) previsto per il farmacista singolo dall'art. 112 del r.d. 1265/1934, non vi sarebbe (più) alcun divieto per un socio di una società farmaceutica di essere socio anche di altra società farmaceutica e, quindi, di essere in tal modo e per tale via titolare di più farmacie. Di contro il divieto richiamato di cui all'art. 8 sarebbe da intendersi implicitamente abrogato per le società di capitali a seguito delle modifiche apportate con la l. 124/2017 e varrebbe, ormai, solo per il titolare (in forma) individuale.

Con specifico riferimento ai concorsi straordinari avviati in forza del d.l. 1/2012, parte appellante sottolinea poi la differenza di regime che vi sarebbe tra i farmacisti singoli e i farmacisti in forma associata, sostenendo che l'incompatibilità prevista per i primi non varrebbe invece per i secondi. Il che troverebbe conferma anche nella prassi amministrativa seguita da altre Regioni italiane nel dare attuazione all'art. 11 del d.l. appena citato.

Si è costituito l'Assessorato regionale della salute, replicando con articolata memoria, sottolineando come la funzione pro-concorrenziale dell'art. 11 del d.l. 1/2012 riposi essenzialmente sulla possibilità di sommare i titoli dei singoli partecipanti al concorso ma che la gestione in forma associata sarebbe comunque da imputare direttamente alle persone fisiche dei farmacisti, il che giustificherebbe l'applicazione nei loro confronti del regime di incompatibilità, senza che possa invocarsi la l. 124/2017, che ha abolito una serie di limiti alla multititolarità, poiché successiva all'indizione del concorso.

Si è costituita l'ASP di Caltanissetta, replicando con articolata memoria, nel senso della sussistenza dell'incompatibilità a gestire più di una farmacia e della necessità, pertanto, di operare una scelta.

Rinviato al merito l'esame della domanda cautelare, disposta istruttoria con ordinanza n. 277/2019, al fine di acquisire dal Ministero della salute elementi di conoscenza sulle modalità di attuazione, da parte delle diverse Regioni, dell'art. 11 del d.l. 1/2012, all'udienza pubblica del 10.7.2019, in vista della quale parte appellante ha depositato una memoria illustrativa finale, la causa è passata in decisione.

4. Il Collegio deve premettere come il regime autorizzatorio, che regola l'apertura e l'esercizio delle farmacie, sia stato a lungo sottoposto ad una disciplina, risalente agli anni trenta del secolo scorso, che vietava il cumulo delle autorizzazioni, come anche la loro cessione o il loro trasferimento (art. 112 del r.d. 1265/1934).

L'autorizzazione, un tempo riferita unicamente alle persone fisiche, secondo un modello personalistico della professione liberale, in epoca più recente è stata ammessa anche nei confronti di società: dapprima a beneficio di società di persone e cooperative, con la l. 362/1991, ammettendosi poi, già con il d.l. 223/2006 (art. 5, co. 6) che il farmacista potesse essere socio anche in più di una di esse; da ultimo, con la l. 124/2017, anche a società di capitali, che possono ora essere titolari di un numero illimitato di farmacie, fatto salvo il solo limite del 20% delle farmacie presenti nella stessa regione o provincia autonoma (v. art. 7 della l. 362/1991, a seguito dell'abrogazione dei commi dal 4 bis al 7 disposta dalla ricordata l. 124/2017).

5. Lungo questa evoluzione normativa del settore della distribuzione farmaceutica, che riflette mutamenti non meno noti avvenuti da tempo in seno alla società e nel mondo economico, che ha dato corso a ripetute segnalazioni e sollecitazioni dell'AGCM (sin dalla segnalazione del 1998 – AS 144) e che deve fare i conti con un modello (più) imprenditoriale (e più aperto) nella gestione delle farmacie,

funzionale anche (almeno in teoria) ad accrescere l'offerta per gli utenti del servizio, si colloca la disciplina di cui all'art. 11 del d.l. 1/2012 preordinata - stando anche alla stessa rubrica dell'articolo - al "Potenziamento del servizio di distribuzione farmaceutica" e, per come recita l'*incipit*, "a favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti".

Intervenendo sulla disciplina degli anni '60 del secolo scorso, che era nel segno della programmazione e del contingentamento del numero delle farmacie presenti sul territorio nazionale, incrementandone il numero, le norme del 2012 hanno previsto l'aumento delle sedi e, per la copertura delle nuove sedi, come anche di quelle vacanti, l'avvio di un concorso straordinario per soli titoli.

Per quanto più rileva in questa sede, l'art. 11 del d.l. 1/2012 dispone inoltre, al co. 5, che "*Ciascun candidato può partecipare al concorso per l'assegnazione di farmacia in non più di due regioni o province autonome*"; e, al co. 7, che "*Ai concorsi per il conferimento di sedi farmaceutiche gli interessati in possesso dei requisiti di legge possono concorrere per la gestione associata, sommando i titoli posseduti (...). Ove i candidati che concorrono per la gestione associata risultino vincitori, la titolarità della farmacia assegnata è condizionata al mantenimento della gestione associata da parte degli stessi vincitori, su base paritaria, per un periodo di tre anni dalla data di autorizzazione all'esercizio della farmacia, fatta salva la premorienza o sopravvenuta incapacità*".

Si può ancora aggiungere, essendo non meno rilevante ai fini del decidere, come l'art. 11 non reca alcuna previsione concernente un'eventuale incompatibilità tra l'assegnazione nell'una e nell'altra regione o provincia autonoma; e non chiarisce cosa debba intendersi per "gestione associata" della farmacia.

6. Il tema della "gestione associata" o in "forma associata" è pertinente nella misura in cui gli odierni ricorrenti hanno sempre allegato, in termini peraltro abbastanza assertivi, di avere partecipato in tale veste al concorso in questione, sia per la Sicilia che per la Lombardia. Tale circostanza è riconosciuta dalla Azienda sanitaria di

Caltanissetta, nelle proprie difese, senza ulteriormente indagarne i contorni e le implicazioni; mentre è oggetto di una riflessione più attenta da parte della difesa erariale che, nella propria memoria, ha cura di affermare come la gestione in forma associata sarebbe da imputare comunque direttamente alle persone fisiche.

Di contro, la premessa dalla quale muove il Tar nella sentenza qui appellata parrebbe differente, se non proprio antitetica, laddove sembra assimilare la gestione associata piuttosto al modello societario, per poi ricavarne, ad ogni modo, l'incompatibilità (che è) dettata dall'art. 8, co. 1, lett. b) della l. 362/1991 per cui la partecipazione a società che gestiscono una farmacia è incompatibile con la posizione di titolare di altra farmacia.

L'Avvocatura dello Stato e il Tar, giungono alla stessa conclusione, nel segno di una regola legale di incompatibilità che integrerebbe *ab externo* il bando, sebbene procedendo da premesse e seguendo ragionamenti diversi. La prima perché risolve la gestione associata in una sorta di sommatoria dei titoli, che non farebbe (sorgere un nuovo soggetto e quindi) venir meno la natura di persona fisica del singolo farmacista, cui si applicherebbe logicamente il divieto del 1934; il secondo in quanto, dopo aver ricondotto la gestione associata (invece) al modello societario, vi scorge comunque un'incompatibilità sulla base di una lettura biunivoca, se non circolare, dell'art. 8, co. 1, b), che troverebbe conforto nel parere del Consiglio di Stato n. 69/2018, *sub* § 41.

7. In questo contesto e in questo giudizio la difesa di parte appellante è volta per lo più a confutare che esista una regola legale di incompatibilità: attraverso una interpretazione sia letterale che per così dire teleologica della disciplina del 2012, nel solco di una evoluzione normativa che avrebbe registrato, nel tempo, il progressivo superamento dei vincoli nella gestione non individuale delle farmacie; vincoli, o meglio, incompatibilità, che rimarrebbero però per il farmacista (ove agisca come) singolo ovvero come persona fisica, stante il disposto dell'art. 112 del r.d. 1265/1934

L'intero ragionamento muove dalla premessa che la gestione (in forma) associata sia altro da quella individuale, e che sia piuttosto da assimilare a quella in forma societaria, per poi criticare l'applicazione che il Giudice di primo grado ha fatto dell'art. 8, co. 1, lett. b) della legge del 1991.

8. Questo Consiglio rileva come il primo problema sia proprio quello di decifrare cosa l'art. 11, co. 7, del d.l. 1/2012 intenda prevedendo che (gli interessati possono) “concorrere in forma associata”. Se la dimensione associativa si esaurisca nel solo mettere in comune, sommandoli, i titoli posseduti, quindi in una logica per lo più contrattuale che parrebbe ricordare – (si intende) *mutatis mutandis* – il fenomeno dei raggruppamenti temporanei di imprese tra operatori economici nelle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici; oppure se schiuda l'orizzonte ad una figura soggettiva autonoma rispetto al singolo, e se e quanto assimilabile alle società del libro V del Codice civile.

Il nodo da sciogliere parrebbe rilevante soprattutto ove si accolga la prima delle due alternative, riducendo la forma associata ad una aggregazione di titoli nell'ambito di una titolarità che resterebbe individuale e che quindi dovrebbe fare i conti con le regole di incompatibilità che ancor oggi valgono per i singoli farmacisti.

Rilevante ma non per questo anche per forza (da solo) determinante – si osserva – nella misura in cui lo stesso rapporto tra la disciplina generale, sopra ricordata, e quella speciale, costituita dall'art. 11 del d.l. 1/2012, non è un dato scontato, potendosi sostenere che l'intervento del 2012 abbia inteso, anche per i farmacisti in forma individuale, aprire una prima breccia nella cittadella eretta attorno allo “storico” divieto di cumulabilità o di multitolarità delle farmacie.

Accogliendo e seguendo la seconda delle alternative sopra tracciate, equiparando la gestione associata al modello societario di cui alla l. 362/1991, direzione percorsa ad esempio dalla Regione Lombardia come emerge dall'istruttoria condotta (sulla quale si tornerà), le ragioni a sostegno di una incompatibilità parrebbero più deboli ancora,

in assenza di qualunque indicazione testuale in tal senso, mancante nella legge come nel bando di concorso, e a fronte di una evoluzione normativa che si è già ricordata.

9. Questo Consiglio non ignora come le prime applicazioni giurisprudenziali registrino, tuttavia, un indirizzo che è nel segno della perdurante incompatibilità e di cui sono espressione, in particolare, Tar Lazio, n. 2720/2018 e (in termini più generali e meno centrati sul problema qui in esame) Cons. St. Comm. Spec., parere n. 69/2018.

10. A fronte di quanto prospettato da parte appellante, in ordine all'esistenza di una prassi amministrativa che avrebbe contraddetto tale indirizzo o, per meglio dire, lo avrebbe confinato all'interno un numero limitato di Regioni favorevoli alla regola di incompatibilità, l'esito dell'istruttoria ha rivelato un quadro più articolato ancora. Un quadro nel quale la posizione sposata dalla Regione Siciliana appare obiettivamente (ad oggi) maggioritaria tra le altre Regioni italiane; e dove, accanto ad un certo numero di Regioni che non hanno offerto una risposta definitiva o che potrebbero non avere ancora incontrato un simile problema (o delle quale il Ministero potrebbe non essere stato in grado di raccogliere l'esatto punto di vista), si staglia la posizione della Regione Lombardia che è invece chiaramente favorevole alla cumulabilità (si intende limitata a due sole Regioni o Province autonome), ricavando dalla previsione dell'art. 11, co. 5 del d.l. 1/2012 una regola che facoltizza non solo la presentazione della domanda e quindi la partecipazione al concorso ma anche, una volta vinto il concorso, la possibilità di essere assegnatari di farmacia in (non più di) due Regioni o Province autonome.

11. Una simile divergenza nella prassi applicativa dell'art. 11 del d.l. 1/2012, al pari delle vedute incertezze interpretative che ne sono molto probabilmente all'origine, trattandosi di questione di massima che investe materie e tematiche sensibili e trasversali (in particolare la tutela della salute, da un lato, e la libertà di iniziativa economica e la tutela della concorrenza, dall'altro) impongono di dare corso alla

richiesta di parte appellante di investire l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, co. 1, c.p.a., al riguardo formulando i seguenti quesiti:

- (i) se il concorrere in forma associata, ai sensi dell'art. 11, co. 5, del d.l. 1/2012, sia da intendere quale una variante della titolarità in forma individuale oppure se sia invece da ascrivere al modello societario, consentendo quindi anche di assegnare la titolarità della farmacia alla società così formata e di applicare il relativo regime (di cumulabilità temperata) quanto alla titolarità di più di una sede farmaceutica;
- (ii) se, nel silenzio dell'art. 11 del d.l. 1/2012, la previsione di cui al co. 7 del medesimo art. 11, che facoltizza la partecipazione al concorso in (non più) di due Regioni o due Province autonome, sia da intendere come contenente anche una regola (implicita) di incompatibilità che vieterebbe di cumulare le due sedi, dovendo per forza scegliere gli interessati di quale delle due avere la gestione, pena l'improcedibilità delle loro domande.

12. Valuterà la stessa adunanza plenaria se sia necessario o anche solo opportuno integrare il contraddittorio nei confronti delle altre Regioni (diverse dalla Regione Siciliana), sollecitando un più ampio confronto di idee, per quanto si è evidenziato e per le ricadute che la soluzione della questione è destinata a determinare.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'adunanza plenaria.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

L'ESTENSORE
Hadrian Simonetti

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO