



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1035 del 2012, proposto dalla Regione Campania, rappresentata e difesa per legge dall' avv. Carla Palumbo, con domicilio eletto presso la stessa in Roma, via Poli, n.29;

contro

Comune di Bellizzi, rappresentato e difeso dagli avv. Fabrizio Murino e Marcello Fortunato, con domicilio eletto presso l'avv. Guido Lenza in Roma, via XX Settembre, 98/E;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO: SEZIONE I n. 01729/2011, resa tra le parti, concernente autorizzazione all'apertura di farmacia comunale

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bellizzi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2014 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per le parti gli avvocati Palumbo e Di Cunzolo, quest'ultimo in dichiarata delega dell'avv. Fortunato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto avanti al T.A.R. per la Campania, Sezione staccata di Salerno, il Comune di Bellizzi impugnava per dedotti motivi di violazione di legge (in particolare dell'art. 1 del d.p.r. 113 del 2001; dell'art. 9 legge n.475 del 1968, come modificato dall'art. 10 legge n. 362 del 1991; dell'art. 116 del d.lgs. n. 267 del 2000) il provvedimento dirigenziale della Regione Campania di cui alla nota prot. n.2011.0567555 del 20 luglio 2011, recante la comunicazione della non eseguibilità della deliberazione del Comune medesimo di costituzione di una società a capitale pubblico-privato per la gestione della farmacia comunale.

L'impugnativa era estesa, per quanto possa occorrere, la nota prot. n. 2011.0443887 del 7 giugno 2011 del medesimo Settore della Regione Campania.

La Regione si pronunziava nel senso che le forme di gestione della farmacie comunali consentite dalla legislazione in materia sono “*unicamente quelle previste dall'art. 10 L. n. 362 del 1991*” e cioè: in economia; a mezzo di azienda speciale; tramite consorzi tra comuni per la gestione delle farmacie di cui sono unici titolari; a mezzo di società di capitali costituite tra il Comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestano servizio presso le farmacie di cui il Comune abbia la titolarità

Il T.A.R. adito - dopo attenta ricognizione dell'evoluzione della disciplina normativa relativa sulle forme di gestione della farmacie comunali, a partire dall' art. 10 della legge n. 362 del 1991, di modifica dell'art. 9, comma 1, della legge n. 475 del 1968 –

perveniva alla conclusione, sulla scorta di taluni arresti della giurisprudenza, che “*i Comuni possono scegliere di gestire una farmacia comunale mediante la costituzione di una società a capitale pubblico/privato senza che sia ostativa la circostanza della mancanza di farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie comunali*”.

Accoglieva, quindi, il ricorso ed annullava gli atti con esso impugnati.

Avverso la sentenza del T.A.R. ha proposto appello la Regione Campania e ha dedotto:

- l'inammissibilità del ricorso in prime cure, stante la natura endoprocedimentale degli atti impugnati, meramente sollecitatori dell'osservanza della normativa vigente quanto all'assetto organizzativo delle farmacie comunali, e quindi il difetto di interesse alla domanda di annullamento;

- la non applicabilità della forma di gestione mista della farmacia comunale, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 475 del 1967 e successive modificazioni, stante l'assenza sul territorio di farmacisti gestori di farmacie comunali da associare nella costituenda società di capitali.

Il Comune di Bellizzi si è costituito in resistenza e ha eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità dell'appello sotto il duplice profilo della sopravvenienza di atti della Regione Campania incompatibili con la volontà di coltivare l'impugnativa e dell'assenza di puntuali contestazioni nei confronti del *decisum* del primo giudice.

Nel merito ha insistito, con richiamo all'art. 116 del t.u.e.l. n. 267 del 2000, sulla legittimità del procedimento intrapreso per la gestione della farmacia comunale a mezzo di società di capitali, indipendente dal concorso di farmacisti operanti in farmacie di titolarità del comune interessato.

All'udienza del 9 ottobre 2014 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

2. I provvedimenti gravati in prime cure la Regione Campania - che in stretta applicazione dell'art. dell'art. 9 della legge n. 475 del 1968, come sostituito dall'art. 10 della legge n. 362 del 1991, hanno negato la possibilità di costituire una società

mista per la gestione della farmacia in titolarità del Comune di Bellizzi, con comminatoria di decadenza dall'esercizio del diritto di prelazione alla gestione della farmacia - hanno determinato l'arresto del procedimento a ciò finalizzato

Sussiste, quindi, l'interesse del Comune ad insorgere avverso i provvedimenti regionali, reputati lesivi delle prerogative dell'ente locale quando alla scelta dell'assetto organizzatorio della farmacia comunale secondo il vigente quadro normativo.

2.1. Nel merito la sentenza appellata merita conferma.

2.2. La disciplina risalente in tema di farmacie di cui il comune è titolare (art. 9 della legge n. 457 del 1968, come modificato dall'art. 10 della legge n. 362 del 1991) prevedeva, tra l'altro, la possibilità di gestione *“a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità”*.

Il t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con d.lgs. n. 267 del 2000, agli artt. 112 e segg. ha disciplinato *in toto* la materia dei servizi pubblici locali, nel cui ambito ricade il servizio farmaceutico, prevedendo (art. 113, lett. c) fra le forme di gestione quella a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata con partecipazione di capitale dell'ente pubblico locale.

Nella vigenza del su riferito quadro normativo è stato affermato in giurisprudenza che *“il t.u. 18 agosto 2000, n. 267, ha regolato l'intera materia delle forme giuridiche di prestazione dei servizi pubblici locali, determinando l'abrogazione delle leggi interiori che regolavano le forme di prestazioni di singoli servizi, come appunto l'art. 9, primo comma, della legge n. 475 del 1968, nel testo stabilito dall'art. 10 della legge 1 novembre, n. 362”* (cfr. Cons. St., sez. V n. 210 dell'8 maggio 2007; sez. III, n. 3647 del 9 luglio 2013).

E' poi intervenuto l'art. 23 bis, comma 1, del d.l. n.112/2008 (che ha integrato e in parte modificato la normativa prevista dall'art.113 dal Testo unico degli enti locali - successivamente modificato dal d.l. n. 135 del 2009, nel testo emendato in sede di

conversione operata dalla legge n. 166 del 2009 di “*Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici di rilevanza economica*”) recante la previsione di esclusione delle farmacie comunali dall’ applicazione della disciplina ivi prevista, confermando quindi la riconduzione della gestione delle farmacie municipalizzate all’originaria regolamentazione disciplina di cui all’ art. 9 legge n.475 del 1968.

La predetta disposizione è stata espunta dall’ordinamento con referendum abrogativo con decorrenza 21 luglio 2011

Dopo l’abrogazione in via referendaria dell’art. 23 bis sopra citato è intervenuta nella stessa materia l’art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, che al comma 34 ha nuovamente previsto l’ esclusione dalla nuova disciplina sui servizi pubblici locali anche "*della gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475.*"

Con sentenza n. 199 del 2012 la Corte costituzionale ha poi dichiarato l’illegittimità delle disposizioni del citato art. 4, in quanto dirette a ripristinare norme abrogate dalla volontà popolare col suddetto referendum, quindi in contrasto con il divieto desumibile dall’art. 75 Costituzione.

Ciò determina ha determinato la reviviscenza del quadro precettivo derivante dagli artt. 113, 113 bis, 115 e 116 del d.lgs. n. 267 del 2000 e successive modificazioni ed integrazioni, sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, che non soffrono preclusioni, né prevedono un regime di specificità per la gestione in forma societaria del servizio di vendita di prodotti farmaceutici.

Del resto le disposizioni prima richiamate sono parte di un complesso di norme attuative di principi dell’Unione europea in materia di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, con la conseguenza che una interpretazione "*esclusiva*" dell’art. 9 della legge n. 475 del 1968 più volte citato dall’effetto abrogativo - nel senso di riservare la partecipazione alla società di capitali solo ai farmacisti dipendenti - dovrebbe essere disapplicata per contrasto con il diritto europeo o in ogni caso

sottoposta al giudizio della Corte di Giustizia. (cfr. sui principi Cons. St., Sez. III, n. 3647 del 2013)

Per le considerazioni che precedono non sussiste la condizione ostativa alla costituzione di una società a capitale pubblico e privato per la gestione della farmacia di cui è titolare il Comune di Bellizzi, che la Regione Campania ha opposto con richiamo all'art. 9 della legge n. 478 del 2968 e successive modificazione, che prevedeva la necessaria presenza nella compagine sociale *“di farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità”*.

L'infondatezza nel merito dell'appello esime il collegio dall'esame delle eccezioni di inammissibilità del ricorso formulate dal resistente Comune di Bellizzi.

I profili della controversia e il mutamento nel tempo del quadro normativo relativo alla fattispecie controversa consente la compensazione fra le parti di spese ed onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/10/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)