



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 534 del 2014, proposto da:
Carlo Enrico Ferraro, rappresentato e difeso dall'avv. Sandro Salera, con domicilio
eletto presso Adriano Casellato in Roma, viale Regina Margherita 290;

contro

Maria Gabriella Di Paolo, Angelina Lamberti, Maria Sperduti, Franceschina
Merucci, Ornella Di Paolo, Sara Petrilli, Ugo Di Fiore, Claudio Rosato, Angela Maria
Nardone, Franca Coppola, Silvio Orazio Castagnoli, Guglielmina Riccardi, Iole Rosa
De Angelis, Vincenzo Cardarelli, Fernanda Secondini, Caira Bramanta, Maria Palma
Fortuna, Vincenzo Di Troia, Annita Visocchi, Maria Angela Mancini, Paola
Visocchi, Maria Rita Di Duca, Assunta Cannatà, Margherita Cannatà, Maria
Maddalena Meglio, Giulietta Tortolani, rappresentati e difesi dall'avv. Francesco De
Leonardis, con domicilio eletto presso Francesco De Leonardis in Roma, Via
Fulcieri Paulucci de' Calboli 9;
Umberto Tutinelli, Elvira Vassalli, Mafalda Franchi, Nathalie Laurence Petrilli,
Dario Iannetta;

nei confronti di

Comune di Atina, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Leopardi, con domicilio eletto presso Paolo Leopardi in Roma, Via G.Pisanelli, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA: SEZIONE I n. 00828/2013, resa tra le parti, concernente trasferimento farmacia

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Maria Gabriella Di Paolo e di Angelina Lamberti e di Maria Sperduti e di Franceschina Merucci e di Ornella Di Paolo e di Sara Petrilli e di Ugo Di Fiore e di Claudio Rosato e di Angela Maria Nardone e di Franca Coppola e di Silvio Orazio Castagnoli e di Guglielmina Riccardi e di Iole Rosa De Angelis e di Vincenzo Cardarelli e di Fernanda Secondini e di Caira Bramanta e di Maria Palma Fortuna e di Vincenzo Di Troia e di Annita Visocchi e di Maria Angela Mancini e di Paola Visocchi e di Maria Rita Di Duca e di Assunta Cannatà e di Margherita Cannatà e di Maria Maddalena Meglio e di Giulietta Tortolani e di Comune di Atina;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2014 il Pres. Pier Giorgio Lignani e uditi per le parti gli avvocati Leopardi per sè e su delega di Salera e Police su delega di De Leonardis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'appellante è titolare e gestore della prima delle due farmacie esistenti nel Comune di Atina. Egli ha chiesto e ottenuto dal Comune l'autorizzazione a trasferire il suo esercizio da un punto all'altro della zona di sua pertinenza: precisamente dalla

ubicazione originaria nel centro storico del capoluogo comunale, ad una nuova ubicazione, in via dei Sanniti, inclusa nella località secondaria di Ponte Melfa, o comunque contigua a questa.

L'autorizzazione al trasferimento è stata impugnata davanti al T.A.R. Lazio, sezione di Latina, da un gruppo di residenti del capoluogo comunale. I ricorrenti esponevano che, di fatto, la nuova ubicazione, pur essendo compresa nel perimetro della zona assegnata alla prima farmacia, si pone a ridosso del confine con la zona assegnata alla seconda farmacia; sicché, in pratica, per effetto del trasferimento, il centro abitato del capoluogo comunale risulta sprovvisto di farmacia, mentre la località secondaria Ponte Melfa (maggiormente popolata) viene ad essere provvista di due farmacie.

2. Il T.A.R. Latina, con sentenza n. 828/2013, ha accolto il ricorso, rigettando preliminarmente l'eccezione di inammissibilità per difetto di legittimazione.

La sentenza è stata impugnata dal titolare della farmacia del cui trasferimento si discute. Una parte dei soggetti già ricorrenti in primo grado si sono costituiti per resistere all'appello.

Il Comune di Atina si è costituito, senza proporre a sua volta appello, ma chiedendo l'accoglimento dell'appello del farmacista.

In occasione della trattazione della domanda cautelare, alla camera di consiglio del 18 febbraio 2014, il Collegio si è riservato di decidere con sentenza immediata; tuttavia ha poi pronunciato l'ordinanza istruttoria n. 4653/2014, al fine di verificare se, come dedotto dai ricorrenti in primo grado (ora appellati), la seconda farmacia del Comune di Atina sia stata a suo tempo istituita con il criterio c.d. topografico, di cui all'art. 104 del testo unico delle leggi sanitarie.

Gli adempimenti istruttori sono stati effettuati.

L'appello viene ora in decisione per il merito.

3. Il Collegio ritiene opportuno sintetizzare, innanzi tutto, i punti essenziali della disciplina del trasferimento di un esercizio farmaceutico da una ubicazione ad un'altra, restando all'interno della zona assegnata dalla pianta organica. In proposito ci si riferisce ai numerosi precedenti di questa Sezione relativi a questioni analoghe (in particolare sent. n. 4588/2012; e ancora sent. n. 1858/2013, n. 2019/2013, n. 6810/2011).

3.1. La materia è regolata dagli artt. 104 eseguenti del t.u. delle leggi sanitarie, approvato con r.d. n. 1265/1934, nonché dalla legge n. 475/1968 e dalla legge n. 362/1991; e, ancora, dal regolamento approvato con d.P.R. n. 1275/1971 (in particolare l'art. 13).

Merita di essere ricordato l'art. 1, comma settimo (originariamente comma quarto) della legge n. 475/1968, del seguente tenore: *«Ogni nuovo esercizio di farmacia deve essere situato (...) in modo da soddisfare le esigenze degli abitanti della zona»*. E' chiaro che questa disposizione vale non solo per il primo impianto ma anche per gli eventuali trasferimenti. Infatti il regolamento approvato con d.P.R. n. 1275/1971, art. 13, secondo comma, dispone: *«Il locale indicato per il trasferimento della farmacia deve essere situato (...) in modo da soddisfare le esigenze degli abitanti della zona»*.

3.2. Ciò significa che, in linea di principio, il titolare è libero di scegliere l'ubicazione dell'esercizio all'interno della zona, ma questa libertà non è illimitata, potendo l'autorità sanitaria contrapporre valutazioni riferite allo scopo di ottimizzare la funzionalità del servizio in rapporto alle *«esigenze degli abitanti della zona»*.

3.3. Questa limitazione alla libertà dell'iniziativa economica del farmacista inteso come libero imprenditore si giustifica considerando che il titolare di farmacia si giova, in realtà, di un sistema di quasi-monopolio, in quanto è protetto dalla concorrenza da una triplice barriera: primo, il "numero chiuso" degli esercizi farmaceutici; secondo, l'assegnazione di una porzione di territorio (zona) all'interno della quale gode di un pieno diritto di esclusiva, nel senso che nessun altro farmacista

vi si può insediare; terzo, il divieto imposto ai concorrenti di avvicinarsi al di sotto di una distanza minima, ancorché si trovino all'interno della zona di loro spettanza. Non può invocare la pienezza dei diritti del libero mercato chi, gestendo un servizio di pubblica utilità, usufruisce di tali e tante deroghe ai principi del libero mercato.

3.4. Sulla base di queste premesse, con sentenza n. 4588/2012 questa Sezione ha giudicato legittimo il diniego opposto dall'amministrazione di un piccolo Comune alla richiesta del titolare dell'unica farmacia di trasferire l'ubicazione dell'esercizio dal capoluogo (centro storico) ad una frazione maggiormente popolata, ma meglio collegata con altri centri abitati provvisti di farmacia.

4. Nel caso ora in esame, la situazione di fatto è alquanto simile a quella considerata nella sentenza n. 4588/2012, ma se ne differenzia per due aspetti.

Il primo è che nel caso precedente si discuteva della legittimità del provvedimento di diniego, mentre in questo caso è impugnato da terzi il provvedimento con cui il Comune ha accolto la domanda del farmacista. Sotto questo profilo (a parte il problema della legittimazione di cui si parlerà più avanti) vengono in rilievo i limiti del sindacato di legittimità sugli atti discrezionali.

Il secondo è che si discuteva dello spostamento dell'unica farmacia; e perciò si poteva sostenere che tutti gli abitanti del Comune si trovassero in posizione indifferenziata dal punto di vista dell'interesse. In questo caso invece il Comune di Atina è dotato di due sedi farmaceutiche, sicché lo spostamento della prima farmacia dal capoluogo alla frazione dove è già ubicata la seconda produce l'effetto che vi sarà un centro abitato (Ponte Melfa) servito da due farmacie mentre il capoluogo ne sarà sprovvisto.

Ma il punto più rilevante è che in realtà la popolazione del Comune di Atina (4.520 abitanti) consentirebbe, secondo il criterio demografico, l'apertura di una sola farmacia (anche dopo la riduzione del *quorum* stabilita dal decreto legge n. 1/2012);

e l'istituzione di una seconda farmacia è stata ed è tuttora possibile solo utilizzando il criterio "topografico" di cui all'art. 104 t.u.l.s..

5. L'utilizzo del criterio "topografico" per l'istituzione della seconda farmacia comporta, innanzi tutto il vincolo di una distanza fra i due esercizi non inferiore a 3000 metri (invece degli ordinari 200); in questo caso, però, non è stato dedotto un motivo di ricorso riferito alla sua violazione. A parte il vincolo della distanza (che in questo caso non viene direttamente in rilievo come tale) resta tuttavia il principio logico di non-contraddizione e di conformità dell'atto allo scopo, con riferimento ai presupposti di legge (che ovviamente sono stati accertati al momento della istituzione della seconda farmacia).

Tali presupposti si compendiano nell'espressione *«particolari esigenze dell'assistenza farmaceutica in rapporto alle condizioni topografiche e di viabilità»*: in buona sostanza, l'esistenza, nel territorio del Comune, di due centri abitati relativamente lontani e mal collegati fra loro, tanto da rendere necessario che ciascuno dei due sia dotato di una farmacia propria, in deroga al criterio demografico che giustificerebbe un'unica farmacia al servizio di entrambi.

E' intuitivo che se dopo l'istituzione della seconda farmacia si attua un trasferimento per effetto del quale uno dei due centri abitati rimane privo dell'esercizio farmaceutico mentre l'altro viene ad averne due, si contraddice platealmente la stessa ragion d'essere di due farmacie invece di una sola.

6. Alla luce di queste considerazioni – oltre a confermarsi quanto già deciso dal T.A.R. circa l'illegittimità del trasferimento per eccesso di potere – si risolve anche il problema della legittimazione dei ricorrenti in primo grado.

Ed invero, la peculiare situazione determinatasi nel Comune di Atina al momento dell'istituzione di una seconda farmacia con il criterio "topografico" ha fatto sì, fra l'altro, che la farmacia esistente nel capoluogo è rimasta caratterizzata da una speciale destinazione al servizio di quel centro abitato. Con la conseguenza che coloro che

ivi risiedono, o comunque gravitano topograficamente su quel centro (e non è controverso che i ricorrenti si trovino in tale situazione, almeno in maggioranza) assumono una posizione d'interesse differenziata rispetto a quella degli altri cittadini pure residenti nella zona formalmente assegnata alla prima farmacia ma di fatto gravitanti sull'esercizio istituito nella località secondaria.

Tale posizione differenziata costituisce base sufficiente per l'interesse a ricorrere contro il trasferimento e per la inerente legittimazione.

7. In conclusione, l'appello del farmacista va respinto e la sentenza di primo grado va confermata, sia pure con una motivazione relativamente modificata.

La peculiarità della vicenda giustifica la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) rigetta l'appello. Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente, Estensore

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/11/2014

IL SEGRETARIO

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