

L'assegnazione delle farmacie nel concorso di cui alla Legge n.27/2012

Bruno Riccardo Nicoloso

- 1. Premessa: l'articolo 11 della Legge n.27/2012 in parte de qua.*
- 2. La contitolarità del diritto d'esercizio di una farmacia dissociato dall'azienda.*
- 3. La duplice assegnazione del diritto d'esercizio di una farmacia associato all'azienda.*
- 4. Conclusioni*

Non si sono sopite le problematiche relative al potenziamento del servizio farmaceutico sul territorio fissato dall'articolo 11 della Legge (di crescita) n.27/2012 **(1)**. E' stata per così dire superata la questione relativa alla competenza alla pianificazione straordinaria delle sedi farmaceutiche **(2)** con un *no contest* della Consulta sulla attribuzione di una tale programmazione non più alle Regioni, ma ai Comuni **(3)**, che pure le possono gestire (in atto o in potenza) con un evidente contrasto con la scissione tra la funzione programmatica e la funzione gestoria di un servizio pubblico locale che viene postulata anche a livello comunitario **(4)**, ma fatta salva la competenza delle Regioni per la assegnazione delle farmacie di nuova istituzione mediante un concorso straordinario per soli titoli, riservato non solo a candidati singoli ma anche in associazione tra loro. Il contenzioso si è però riaperto nel merito di tale pianificazione in cui è stata messa in discussione la stessa attualità della vigente pianta organica delle sedi farmaceutiche nelle logiche di una apodittica liberalizzazione del servizio farmaceutico, peraltro smentita sul nascere **(5)**, per poi rivolgersi sui limiti della relativa localizzazione cui è stato posto un freno **(6)**, per riprendere infine in ordine alle procedure concorsuali ancora in corso, quando si sarebbero dovute concludere da tempo: entro un anno dall'entrata in vigore della novella normativa. Proprio in vista della non prossima conclusione delle procedure concorsuali con l'assegnazione delle farmacie ai graduati al concorso si è infine aperto un contrasto tra disciplina di settore, ripresa nei bandi di selezione per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche, e la normativa codicistica che disciplina la azienda organizzata in forma d'impresa attraverso cui i graduati a concorso possono divenire titolari del diritto d'esercizio delle farmacie affidatarie del relativo servizio pubblico e sociale nelle sedi farmaceutiche loro assegnate **(7)**. Qui si sono

delineate due opposte interpretazioni. La prima questione attiene la pretesa contitolarietà del relativo diritto d'esercizio della farmacia ascritta ai graduati in associazione nel relativo concorso (articolo 11, comma 7, Legge n. 27/2012), ma separatamente dalla sua gestione affidata alla società personale tra di loro costituita (articolo 7, comma 1, Legge n. 362/1991); la seconda questione attiene la contrapposta possibilità che gli stessi graduati a concorso in due diverse Regioni (articolo 11, comma 5, Legge n. 27/2012) possano assumere, attraverso due società personali tra di loro costituite, la titolarità del diritto d'esercizio di una farmacia in ciascuna delle due Regioni. Appare derimente al riguardo il riferimento testuale alla normativa che disciplina il concorso straordinario per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche di cui alla Legge n.27/2012 volta al *“potenziamento del servizio di distribuzione farmaceutica e l'accesso alla titolarità delle farmacie”* di cui all'epigrafe e ne vengono qui riportate gli estratti salienti:

Articolo 11, Legge n. 27/2012

comma 1. “Al fine di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge, nonché di favorire le procedure per l'apertura di nuove sedi farmaceutiche garantendo al contempo una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico....”

comma 3. “Le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano provvedono ad assicurare entro dodici mesi dalla data della entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, la conclusione del concorso straordinario e l'assegnazione delle sedi farmaceutiche disponibili ... al concorso straordinario possono partecipare i farmacisti, cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea, iscritti all'albo professionale: a) non titolari di farmacia, in qualunque condizione professionale si trovino; b) titolari di farmacia rurale sussidiata; c) titolari di farmacia soprannumeraria; d) titolari di esercizio di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n.223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n.248. Non possono partecipare al concorso straordinario i farmacisti titolari, compresi i soci di società titolari, di farmacia diversa da quelle di cui alle lettera b) e c)...”

comma 4. “Al concorso straordinario si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni vigenti sui concorsi per la copertura delle sedi farmaceutiche di nuova istituzione o vacanti, nonché le disposizioni del presente articolo”.

comma 5. “Ciascun candidato può partecipare al concorso per l’assegnazione di farmacia in non più di due regioni o province autonome, e non deve aver compiuto i 65 anni di età alla data di scadenza del termini per la partecipazione al concorso prevista dal bando....”

comma 6. “In ciascuna regione e nelle province autonome di Trento e di Bolzano, , fatta salva la commissione esaminatrice, sulla base della valutazione dei titoli in possesso dei candidati, determina una graduatoria unica. A parità di punteggio, prevale il candidato più giovane....”

comma 7. “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. In tale caso, ai soli fini della preferenza a parità di punteggio, si considera la media dell’età dei candidati che concorrono per la gestione associata....”

2. La contitolarità del diritto d’esercizio di una farmacia ascritta ai graduati in forma associata è ipotizzata in alcune Regioni attraverso la previsione della assegnazione della farmacia alla “*candidatura in forma associata*” (8) altrimenti ascritta alla “*persona fisica formata in modo plurimo*” (9). Di tal che la titolarità del diritto d’esercizio di una farmacia può/potrebbe così avvenire in una triplice alternativa: la ditta individuale e la società speciale (lucrativa di persone o cooperativa di lavoro) quale modello ordinario di cui all’articolo 7 della Legge n.362/1991 e la comunione pro indiviso simulata dai due neologismi che viene riservata ai graduati in forma associata nel concorso straordinario di cui all’articolo 11 della Legge n.27/2012.

Una tale interpretazione viene data senza il supporto di una normativa primaria di riferimento: peggio un tale postulato si pone *praeter*, se non *contra legem*. Ciò sia in riferimento all’ordinamento di settore sulla biunivocità tra la titolarità del diritto d’esercizio e la gestione delle farmacie assegnato all’esercizio privato (articolo 7, comma 1 e articolo 11, comma 1, Legge n.362/1991), sia in riferimento alla disciplina codicistica in materia di comunione d’azienda (articoli 2247 e 2248, Codice Civile) nonchè di società di persone (articoli da 2291 a 2324, Codice Civile) per l’esercizio di un’azienda (articoli da 2555 a 2568, Codice Civile) organizzata in forma d’impresa (articolo 2082, Codice Civile). Il contrasto potrebbe essere però risolto *in nuce*, secondo la giurisprudenza consolidatasi in

materia, nel postulato secondo cui la concessione per l'esercizio di una farmacia privata in forma collettiva viene ascritta alla società e non *uti singoli* a ciascuno dei farmacisti soci **(10)**. Il che smentisce le esternazioni di segno contrario espresse però reiteratamente a livello ministeriale e poi riprese a livello regionale, in riferimento alla assegnazione della titolarità del diritto d'esercizio delle farmacie afferenti le sedi farmaceutiche di cui al concorso straordinario previsto dalla Legge n. 27/2012 che sarebbe invece riservata ai graduati in forma associata **(11)**, in quanto, vien detto, *“gli aspiranti in forma associata (all'esercizio di una farmacia istituita e messa a concorso a norma dell'articolo 11 della Legge n. 27/2012), avendo vinto il concorso.... potranno costituire.... una società a norma dell'articolo 7 della Legge n. 362/1991.... (e) tale società rileverà unicamente ai fini della gestione, perché la titolarità.... resta congiuntamente in capo ai soci, in deroga alla fattispecie già prevista dall'articolo 7 della Legge n. 362/1991”* **(12)**: ciò perché *“occorre considerare la peculiarità del concorso straordinario che costituisce una novità nel sistema vigente, non solo perché la graduatoria è basata solo su titoli, e non su titoli ad esami, e l'idoneità non è compresa tra i requisiti richiesti, ma anche perché del tutto innovativo è il modo in cui viene assegnata la titolarità ove i concorrenti partecipino in forma associata”* **(13)**.

In una parola si è pensato che il carattere straordinario della pianificazione delle sedi farmaceutiche e del concorso per l'assegnazione delle farmacie a queste afferenti di cui alla novella normativa (articolo 11, Legge n.27/2012) possa incidere sulla normativa civilistica che disciplina l'azienda organizzata in forma d'impresa per il loro esercizio già prevista dalla normativa di settore (articolo 7, Legge n.362/1991). Il che viene affermato e recepito senza nemmeno porsi il problema della gestione della farmacia afferenti le sedi farmaceutiche il cui esercizio viene affidato in contitolarità alla *“persona fisica formata in modo plurimo”* ovvero alla *“candidatura in forma associata”*, che viene invece data per scontati senza dar conto della conseguente dissociazione tra la titolarità e la gestione di una farmacia privata.

A tacere della portata di una tale interpretazione dell'Amministrazione centrale, recepita dalle (due) Amministrazioni regionali, che è priva di qualsiasi efficacia vincolante esterna agli uffici gerarchicamente subordinati **(14)** –quali di certo non sono gli organi regionali competenti in materia- non si capisce bene perché mai si sia stata affermata una tale dicotomia tra titolarità del diritto d'esercizio della

farmacia, riferibile in comunione pro indiviso agli stessi soggetti che la devono poi gestire in società, quando l'articolo 7, comma 1 della Legge n.362/1991 non lo prevede e l'articolo 11, comma 1, della Legge n. 362/1991 esclude tassativamente una tale dissociazione nell'esercizio delle farmacie private ove l'impostazione statica della loro titolarità e l'impostazione dinamica della loro gestione coincidono tra loro **(15)**. Ciò a differenza della diarchia operante nella disciplina delle farmacie comunali, in cui la titolarità del diritto d'esercizio è ascritta ai Comuni, qualunque sia il modulo di gestione affidato *ex lege* ad enti economici strumentali dei Comuni ovvero ad enti autonomi partecipati dai Comuni a norma dell'articolo 9, della Legge n.475/1968 e dell'articolo 113 del T.U. n.267/2000 **(16)**.

Pertanto anche nel caso in cui la farmacia afferente la sede farmaceutica venga assegnata a concorso per l'esercizio privato in forma associata, gli assegnatari non potranno, ma dovranno costituire tra loro una società di persone che assumerà la titolarità del relativo diritto d'esercizio e potrà poi svolgere attraverso un'azienda organizzata in forma d'impresa la sua attività per garantire il servizio pubblico che ne costituisce lo scopo, così da assicurare la corrispondenza biunivoca tra la concessione all'esercizio e la gestione della farmacia nel rispetto della citata normativa sezionale coordinata alla disciplina codicistica.

Tutto questo è riconducibile alla soggettività societaria dell'ente collettivo costituito in forma di società di persone **(17)**, quale è quella che deve essere costituita dai farmacisti assegnatari della sede farmaceutica cui afferisce la farmacia per la "*gestione associata*" prevista dall'articolo 11, comma 7, della Legge n.27/2012 e che è riconducibile alla società di cui all'articolo 7, comma 1, della Legge n.362/1991, non essendo plausibile il ritenere che si possa discostare da quella in una sorta di deroga inespresa dalla novella normativa che non regola la materia regolata dalla richiamata normativa anteriore ed è compatibile con questa, così da rendere inammissibile a norma dell'articolo 15 delle Preleggi lo stesso riferimento ad un eventuale effetto abrogativo di una tale disciplina.

La società così costituita, pur non essendo dotata di personalità giuridica, viene considerata per *fictione juris* un soggetto di diritti **(18)** e può essere così destinataria del provvedimento amministrativo che consente l'accesso all'esercizio della farmacia a norma dell'articolo 7, comma 1, Legge n.362/1991 e la relativa gestione a norma dell'articolo 11, comma 1, della Legge n. 362/1991 **(19)**,

costituendo un centro d'imputazione di situazioni negoziali distinte rispetto alla posizione dei soci. Questi non possono infatti esercitare in comunione un'azienda organizzata in forma di un'impresa che si trasformerebbe *ope legis* in società con il primo atto di gestione **(20)**, non essendo praticabile al riguardo una comunione pro indiviso a scopo di godimento (articolo 2248, Codice Civile), atteso che nella fattispecie si configurerebbe come una comunione d'impresa per l'esercizio dell'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (articolo 2082, Codice Civile) allo scopo di dividere gli utili (articolo 2247, Codice Civile) retribuiti dalla farmacia: *id est* in una società di fatto da regolarizzare (articolo 2249, Codice Civile). Alla autonomia negoziale e patrimoniale della società, se regolarizzata, consegue poi il *beneficium escussionis* del patrimonio sociale per le obbligazioni assunte dai soci **(21)** che la pone in una posizione analoga a quella della persona giuridica ben distinta dai soci che l'hanno costituita.

Ne consegue che la *società speciale* (così denominata anche in giurisprudenza: **22**), titolare del diritto d'esercizio della farmacia privata, sia così una società di persone di diritto ordinario e, come tale, sia un soggetto di diritto, se pure non sia una persona giuridica **(23)**, titolare dell'azienda per il suo esercizio in forma d'impresa e in tal modo faccia salva la biunivocità postulata dalla normativa farmaceutica, che è stata invece messa in discussione dalla interpretazione di cui s'è detto sull'altare di un apodittico ma criptico riferimento alla personalità della autorizzazione (*recte*, concessione) che ascriverebbe il diritto di esercizio della farmacia alle sole persone fisiche idonee al suo esercizio (?).

Il che, a tacere della valenza giuridica di un tale assunto, potrebbe preludere all'ulteriore enfasi concettuale: quella di ritenere che la contitolarità della concessione del diritto d'esercizio della farmacia, assegnata (dalla Regione) in comunione pro indiviso ai graduati in associazione nella procedura concorsuale, si traduca nella successiva autorizzazione all'apertura e all'esercizio della farmacia in locali idonei, rilasciata (dal Sindaco) alla società da loro costituita per poterla gestire in termini imprenditoriali ovvero di ritenere che i due istituti trovino un accorpamento mediante una trasposizione della concessione sanitaria in una autorizzazione commerciale che, a tacer del conflitto di competenze, non ha cittadinanza giuridica. Ciò tanto più se mai aggravata dall'eventuale affidamento del relativo provvedimento ampliativo al SUAP di ciascun Comune, quale

strumento di semplificazione amministrativa ed alla relativa normativa ma che è inapplicabile alla pianificazione del servizio farmaceutico sul territorio (24).

Di più (e peggio) il ricondurre nell'ambito autorizzatorio non solo il provvedimento di apertura della farmacia sul territorio, ma anche il suo diritto d'esercizio, potrebbe da ultimo preludere ad una sua liberalizzazione, invocando magari le logiche della normativa sulla abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche, che l'ha invece esclusa per "*ragioni d'interesse pubblico e in particolare per quelle connesse alla tutela della salute umana*" (articolo 3, comma 5, Legge n. 148/2011), che consentono in favore del sistema farmacia, le *riserve di legge* già validate a livello costituzionale (25) e comunitario (26). Tali riserve avvalorano del pari la natura di servizio pubblico e sociale ascritta al servizio farmaceutico (27), nell'equilibrio dinamico di quell'*unicum di professione-struttura-servizio* che è rappresentato dal "sistema farmacia" pianificato sul territorio (28) e che trova nella concessione sanitaria e non già in una autorizzazione commerciale il suo infungibile strumento d'accesso (29) su cui si è infranta l'enfasi della sua liberalizzazione. Questo aspetto non è certo deteriore rispetto all'equivoco concettuale da cui promana.

Deve essere infine fatto un riferimento alle patologiche conseguenze dell'impugnati postulati regionali (mutuati dall'apodittica esternazione ministeriale) che ipotizzano due diversi regimi normativi in contraddizione tra loro nella disciplina di una medesima situazione giuridica ascrivibile agli stessi soggetti: quello relativo alla comunione pro indiviso che non può essere titolare della farmacia che non può gestire, perché non le è riferibile l'azienda per il suo esercizio, e quello relativo alla società che è titolare dell'azienda per l'esercizio della farmacia che non può gestire perché non le è riferibile il diritto d'esercizio. Il che si traduce anche nella impossibilità di un trasferimento negoziale della farmacia per la mancata biunivocità del suo diritto d'esercizio con l'azienda che lo deve esercitare e di conseguenza il riconoscimento amministrativo del trasferimento *mortis causa et inter vivos*, a norma dell'articolo 12, comma 12, della Legge n.475/1968 che postula tale biunivocità ed il perpetrarsi della situazione di stallo nel caso di trasferimento per successione nella quota della comunione e/o della società. In una parola si pensa di ascrivere la concessione per l'esercizio di un servizio pubblico e sociale -quale è il servizio farmaceutico- ma in una forma

che non ne consente lo svolgimento agli assegnatari: il che si pone in una *contraddizione che no'l consente*.

3. La duplice assegnazione del diritto d'esercizio di una farmacia in ciascuna delle due Regioni -che abbiano evidentemente abbandonato il non senso della contitolarità del relativo diritto d'esercizio, riservata in comunione pro indiviso ai graduati in associazione, ma separata dalla gestione delle farmacie riservata alla società tra loro costituita a tal scopo per assegnarle in forma biunivoca- è dato dalla possibilità loro offerta di assumerle in entrambe le due Regioni in cui hanno potuto partecipare al concorso ed essere graduati i loro soci (articolo 11, comma 5, Legge n.27/2012), che viene sostenuta *ad usum delphini*: il che varrebbe anche per ciascun socio se mai partecipe nella stessa o in due diverse compagini sociali assegnatarie delle farmacie nelle due Regioni.

Questo sarebbe possibile in relazione al diverso momento dei due interpelli che consentirebbe ai graduati di rispondere ad entrambi ad avvenuta pubblicazione delle relative graduatorie: detta pubblicazione farebbe venir meno ogni situazione d'incompatibilità precedentemente vigente (articolo 11, comma 3, Legge n.27/2012) e di certo trasferita nel bando di concorso: *lex specialis* per i concorrenti, e consentirebbe loro di costituire due società assegnatarie di una farmacia in ciascuna delle due Regioni: ciò proprio quale conseguenza della attribuzione della titolarità del diritto d'esercizio delle farmacie e delle aziende a queste afferenti per la loro gestione alla società speciale costituita dai graduati a concorso in associazione, qui invocata sull'altare di una sconosciuta libertà d'impresa che mal s'attaglia al rapporto concessorio (e non autorizzatorio) per l'esercizio di un servizio pubblico e sociale, quale è quello garantito sul territorio delle farmacie.

Per verificare la coerenza di un tale assunto -che è improntato alle logiche imprenditoriali volte ad una estensione privilegiata di una tale possibilità ai graduati più titolati in associazione tra loro nel concorso straordinario per soli titoli e non per esami, che già di suo favorisce i titoli di anzianità di servizio e della ruralità delle farmacie in cui si è svolto, che non sempre rispondono alle logiche della meritocrazia che dovrebbe invece caratterizzare la selezione concorsuale (30)- appare derimente il richiamo della normativa che disciplina il concorso straordinario per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche di cui

all'articolo 11 Legge n. 27/2012, di cui s'è già dato un riferimento testuale che, non solo dall'epigrafe ma anche dal suo *incipit*, sembra mettere in discussione una tale prospettiva perché volta *“al fine di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge, nonché di favorire le procedure per l'apertura di nuove sedi farmaceutiche garantendo al contempo una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico....”* (articolo 11, comma 1, Legge n.27/2012).

La novella normativa precisa al riguardo il regime della incompatibilità dei concorrenti (articolo 11, comma 3, Legge n.27/2012) che possono partecipare al concorso in non più di due Regioni (articolo 11, comma 5, Legge n.27/2012) sia in forma individuale che in forma associata (articolo 11, comma 7, Legge n.27/2012), ma non dice nulla di più sulla conclusione del procedimento concorsuale: di tal che vale un rinvio recettizio alle *“disposizioni vigenti sui concorsi per la copertura delle sedi farmaceutiche”* (articolo 11, comma 4, Legge n.27/2012), che sul punto sono però carenti a seguito delle parziali abrogazioni di tali disposizioni contenute nell'articolo 15 della Legge n.362/1991, fatta salva la normativa di cui al D.PR. n.1275/1971 in quanto applicabile.

Vale allora la giurisprudenza nomofilattica secondo cui *“il provvedimento di autorizzazione all'apertura delle farmacie (assegnazione) interviene una volta esaurita la fase concorsuale, dalla quale resta nettamente distinto, che si completa con la formazione ed approvazione della graduatoria e la nomina dei vincitori”* (31), facendo intendere che a tale momento vengono in considerazione le incompatibilità vigenti al momento della partecipazione dei graduati alla procedura concorsuale che si siano verificate nelle more del procedimento che si è concluso con l'approvazione della graduatoria e non successivamente con un ulteriore provvedimento di assegnazione della sede . Ma *“(tale) tesi non può essere condivisa (in quanto) il concorso si conclude con l'approvazione della graduatoria e l'assegnazione della sede (mentre) il procedimento si conclude con l'emanazione del decreto di autorizzazione che consente, ai sensi dell'articolo 1 della Legge (n.475/1968), l'apertura e l'esercizio della farmacia”*. Il che appalesa *“una fase necessariamente unitaria”* costituita dall'approvazione della graduatoria, l'interpello dei graduati, l'individuazione e l'assegnazione delle sedi farmaceutiche ai vincitori (articolo 9, D.P.R. n. 1275/1971) e il decreto di autorizzazione (*recte*, concessione) all'esercizio della farmacia nell'ambito della

sede assegnata a ciascuno di loro (articolo 11, D.P.R. n. 1275/1971) che si pone in una *“fase sicuramente distinta da quella concernente l’assegnazione”* (32) il compimento di tale fase nella fattispecie del concorso straordinario in questione viene fissato *“entro dodici mesi”* dall’entrata in vigore della novella normativa (articolo 11, comma 3, Legge n.27/2010). Di conseguenza non può essere invocata, come momento di discriminazione, la pubblicazione della graduatoria concorsuale ovvero l’emersione di una tale incompatibilità emersa successivamente, ma verificatasi prima di tale pubblicazione, né può essere tanto meno invocata l’analogia, che non sussiste con il regime dei concorsi per l’accesso ai pubblici impieghi di cui al D.P.R. n.3/1957 che limita la verifica delle incompatibilità alla data di presentazione della domanda di ammissione al concorso: ciò per la evidente dicotomia delle due fattispecie.

Se questa è l’interpretazione che conta viene necessariamente meno la possibilità che i graduati in associazione al concorso straordinario in due Regioni (articolo 11, comma 5, Legge n. 27/2012) e, quali assegnatari di una farmacia in una Regione, abbiano costituito una società che sia divenuta titolare del relativo diritto d’esercizio in epoca successiva all’approvazione della graduatoria, all’interpello e all’ accettazione di un’altra farmacia, da parte degli stessi graduati a concorso in un’altra Regione, possano divenire assegnatari di una farmacia e possano costituire una società che divenga titolare del relativo diritto d’esercizio, in quanto si configura a tale momento, che si pone nel contesto della fase unitaria di cui s’è detto, l’incompatibilità prevista per la partecipazione al relativo concorso che, esaurito nell’una Regione, non si è ancora esaurito nell’altra Regione. Ciò nella misura in cui i graduati in associazione siano divenuti nel frattempo *“soci di un’altra società titolare di una farmacia diversa di cui alle lettere a) e b)”* (articolo 11, comma 3, legge n.27/2012): farmacia rurale sussidiata e farmacia soprannumeraria, se mai la farmacia di cui sia divenuta titolare la società costituita tra gli stessi non rientri eccezionalmente in tali categorie, quale farmacia vacante cui sia stato esteso il concorso straordinario. La deroga, di per sé singolare, ribadisce infatti la previsione generale dell’incompatibilità verificatasi nell’una Regione prima della assegnazione della farmacia nell’altra Regione, e risponde alle logiche sul possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione ai procedimenti selettivi ad evidenza pubblica per l’assegnazione di un servizio pubblico, sempre fissato per tutta la loro durata fino all’assegnazione definitiva e

senza soluzione di continuità **(33)**, nel cui contesto si pone il concorso per l'assegnazione di un servizio pubblico e sociale, quale è quello garantito dalle farmacie sul territorio. Questo non è certo irrazionale, ma rientra nell'alea concorsuale che nella fattispecie dura fino alla scadenza del termine decennale di una tale incompatibilità fissato dall'articolo 12 della Legge n.475/1968 che decorre dalla data del bando di concorso **(34)** e può solo esporre l'Amministrazione ad una responsabilità comunque connessa al suo colpevole ritardo nella conclusione della procedura concorsuale.

Tutto questo prescinde poi della non sopita questione relativa alla incompatibilità del socio direttore nell'una farmacia ad essere socio nell'altra farmacia, che viene posta *ex litera* della normativa di settore secondo cui *“la partecipazione alle società di cui all'articolo 7... è incompatibile con la posizione di ... direttore o collaboratore di altra farmacia”* (articolo 8, comma 1, lettera b, Legge n.362/1991): il che risolverebbe sul nascere la relativa problematica.

Queste articolate considerazioni fanno ragionevolmente ritenere che, nel caso di partecipazione al concorso straordinario in forma associata per l'assegnazione di una farmacia bandito in due diverse Regioni, il regime dell' incompatibilità di cui s'è detto avvalorì la *mens legis* della novella normativa volta, come s'è già detto, a *“favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti”* (articolo 11, comma 1, Legge n.27/2012), che non privilegia certo l'oligopolio di pochi in danno alle legittime aspettative di molti e che si pone a monte dello stesso mantenimento dei requisiti di partecipazione al concorso fino alla assegnazione della sede farmaceutica nel termine fissato *ex lege* (articolo 11, comma 3, Legge n.362/1991).

Tale termine ordinatorio non può dirsi restrittivo, se pur protrattosi *sine die*, con quel che ne può essere conseguire ai graduati a concorso in termini di perdita di *chance*, che gli interessati possono far valere in termini risarcitori, ma non già in termini pretensivi volti a negare l'incompatibilità in questione. Ciò tanto meno attraverso un'enfasi del principio costituzionale di libertà economica che è sempre finalizzata, e qui in particolare funzionalizzata, all'utilità sociale (articolo 41, secondo comma, Costituzione) in cui si muove la concessione di un servizio pubblico e il procedimento d'evidenza pubblica per il relativo accesso mediante una selezione concorsuale i cui requisiti di partecipazione devono sussistere fino al momento dell' assegnazione della farmacia che deve garantire detto servizio

che gli assegnatari dovranno poi svolgere in regime concessorio una funzione pubblica (35) affidata alla loro professione, svolta in forma individuale o in forma collettiva nell'esercizio di un'azienda organizzata in forma d'impresa, che è posta a tutela della salute e viene esercitata attraverso una struttura deputata a garantire un servizio pubblico e sociale in cui le regioni imprenditoriali sono "marginali" rispetto all'interesse generale cui sono finalizzate (36). Di tal che in un tale contesto si muove la stessa assegnazione a concorso delle sedi farmaceutiche in questione (37).

Ben al di là di una tale incompatibilità prevista dall'ordinamento di settore, l'assunto della duplice assegnazione delle sedi farmaceutiche poste in due diverse Regioni, si pone altresì in contrasto con la disciplina codicistica. Infatti i due contratti di società conclusi tra gli stessi soggetti graduati in associazione nei concorsi banditi nelle due Regioni, perché l'una società possa rendersi titolare di una farmacia in una Regione e l'altra società possa fare altrettanto nell'altra Regione, in quanto una sola società tra di loro costituita non avrebbe potuto essere titolare delle due farmacie, perché poste al di fuori del limite territoriale delle sedi farmaceutiche che devono essere ubicate nella stessa Provincia (articolo 7, comma 4 bis, Legge n. 362/1991 introdotto dall'articolo 5, comma 6 ter, Legge n. 248/2006), si pongono in contrasto con l'articolo 1344 del Codice Civile secondo cui "*si reputa illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa*".

I due contratti, siccome collegati dal comune intento delle parti di volere non solo il loro effetto tipico, ma la realizzazione di un fine ulteriore vietato dalla legge, sono pertanto invalidi per illiceità della causa e perciò improduttivi di qualsiasi effetto: ciò, atteso che, pur rispondendo a schemi tipici ammessi dall'ordinamento ed essere di per sé non direttamente illeciti, si pongono in un assetto negoziale idoneo, come appare evidente e può essere provato anche per presunzioni (38), ad ovviare (*recte aggirare*) nella fattispecie un tassativo limite territoriale fissato *ex lege*. In una parola, se pure il mezzo impiegato attraverso la costituzione delle due società sia lecito, illecito è il risultato che attraverso la loro concatenazione è stato raggiunto (39), il che ricorda il *caval che fe' la porta*.

4. In conclusione si può dire che la *mens legis* dell'articolo 11 della Legge n. 27/2012 in sede di assegnazione della farmacia ai graduati a concorso in forma

associata confligga con l'una e con l'altra delle opposte ipotesi operative che ne sono state tratte e che si pongono in contrasto sia con la normativa di settore ma anche con la normativa codicistica.

Sotto entrambi i profili si è aperto un contenzioso (ancora *sub judice*) in cui dovrà essere valutata la valenza della evidente sinergia data dal rapporto tra la normativa di settore (articolo 11, Legge n.27/2012 in riferimento agli articoli 7 e 8, Legge n.362/1991) e la normativa di principio (articoli 2248 in riferimento agli articoli 2247 e 2082 ed articolo 1344, Codice Civile) nell'interpretazione della novella legislativa volta al potenziamento non solo del servizio farmaceutico, ma anche dell'accesso alla titolarità delle farmacie da parte non più ampio numero di farmacisti nel sott'insieme privato in cui si articola il sistema farmacia pianificato sul territorio (articolo 11, comma 1, Legge n. 27/2012). Ciò, tenuto conto che con le logiche di tale sistema non tollerano discordanze, ma la convergenza tra la normativa di settore e la disciplina codicistica, cui è soggetto l'esercizio di una professione svolta attraverso un'azienda organizzata in forma d'impresa deputata a garantire in concessione un servizio pubblico e sociale che impone un equilibrio dinamico tra i suoi elementi: *professione-struttura-servizio (40)*.

Note

1. B.R.Nicoloso, *Da un'apodittica liberalizzazione ad un'acritica razionalizzazione del sistema farmacia nelle Leggi di stabilità e di crescita del 2011/2012*, in *Sanità pubblica e privata*, 2012, fascicolo 5, pag.5
2. B.R.Nicoloso, *Sulla competenza e sulla compatibilità dei Comuni nella pianificazione delle farmacie a norma dell'articolo 11 della Legge n.27/2012*, in *Sanità pubblica e privata*, 2015, fascicolo 3, pag.23
3. Corte Costituzionale, 31 ottobre 2013, n.255 (che pone un *obiter dictum* sul doppio livello di pianificazione ordinaria delle sedi farmaceutiche: *contra*, Consiglio di Stato, Sezione terza, 9 dicembre 2015, n.5607); Corte Costituzionale, ord.27 febbraio 2015, n.24
4. *Libro verde sui servizi d'interesse generale*, 21 maggio 2003, COM-2003/270 e *Libro bianco sui servizi d'interesse generale*, 12 maggio 2004, COM-2004/75; Consiglio di Stato, Sezione Seconda, parere 18 aprile 2007, n.456
5. Consiglio di Stato, Sezione Terza, ord. 1 marzo 2013, n.751
6. Consiglio di Stato, Sezione Terza, 19 settembre 2013, n.4667
7. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 31 maggio 2002, n.5
8. Decreto dirigenziale della Regione Toscana, 21 agosto 2015
9. Deliberazione della Giunta Regionale dell'Emilia Romagna 14 dicembre 2015
10. Consiglio di Stato, Sezione Terza, 7 settembre 2015, n.4128
11. Note Minisan, 26 novembre 2012, 19 dicembre 2014, 2 aprile 2015
12. Nota Minisan, 26 novembre 2012
13. Nota Minisan, 2 aprile 2015
14. Cassazione Civile, Sezioni unite, 2 novembre 2007 n.23031
15. TAR Lombardia, Brescia, 26 marzo 2001 n.140; TAR Lombardia, Brescia, 20 gennaio 2012, n.84; Cassazione Civile, Sezione Prima, 30 marzo 1999, n.3073
16. Consiglio di Stato, Sezione Terza, 8 febbraio 2013, n.729
17. Cassazione Civile, Sezione Prima, 17 gennaio 2007, n.1045
18. Cassazione Civile, Sezione Prima, 19 gennaio 2009, n.816
19. Consiglio di Stato, Sezione Terza, 7 settembre 2015, n.4128
20. Cassazione Civile, Sezione prima, 14 luglio 1997, n.3195; Cassazione Civile, Sezione Lavoro, 27 novembre 1999 n.15231
21. Cassazione Civile, Sezione Prima, 12 aprile 1994, n.2399

22. Consiglio di Stato, Sezione Terza, 23 novembre 2013, n.5486
23. Cassazione Civile, Sezione Prima, 24 luglio 1989, n.3498
24. Consiglio di Stato, Sezione Terza, 14 novembre 2013, n.5543
25. Corte Costituzionale, 18 luglio 2014, n.216
26. Corte Giustizia UE, 5 dicembre 2013, C.159/12, *Venturini*
27. Corte Costituzionale, 28 dicembre 2006, n.448
28. Corte Costituzionale, 4 febbraio 2003, n.27
29. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 31 maggio 2002, n.5
30. Corte Costituzionale, 28 dicembre 2006, n.448
31. TAR Veneto, Sezione Seconda, 9 ottobre 2003, n.5196
32. Consiglio di Stato, Sezione Quarta, 15 novembre 2004, n.7498
33. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 22 luglio 2015, n.8
34. Consiglio di Stato, Sezione Quarta, 15 novembre 2004, n.7498
35. Consiglio di Stato, Sezione Quarta, 1 ottobre 2004, n.6409
36. Corte Costituzionale, 10 marzo 2006, n.87
37. Corte Costituzionale, 18 dicembre 2006, n.448
38. Cassazione Civile, Sezione Prima, 22 luglio 1981, n.4709
39. Cassazione Civile, Sezione Terza, 20 gennaio 2010, n.1523
40. B.R.Nicoloso, *La farmacia come unicum di professione, struttura e servizio a tutela di un diritto di libertà e di un dovere di salute*, in *Sanità pubblica e privata*, 2006, fasc.4, pag.57