

**ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CAMPANIA**

**NAPOLI**

**RICORSO** nell'interesse delle dott.sse **Rossella Petrone** (cod. fisc. PTRRSL66T42F839G), nata a Napoli il 2 dicembre 1966 ed ivi residente alla Via F. Lomonaco n. 3, e **Rossella Gagliardi** (cod. fisc. GGLRSL62B64F839P), nata a Napoli il 24 febbraio 1962 ed ivi residente alla Via M. Stazione n. 11, rappresentate e difese – giusta mandato in calce al presente atto – dall'avv. Ivan Del Giudice (cod. fisc. DLGVNI77D11F8399G), con il quale elettivamente domiciliario in Napoli, alla Via F. Fracanzano n. 15. Ai sensi dell'art. 136 cod. proc. amm. si indicano i seguenti recapiti ove si chiede siano inoltrate le comunicazioni di Segreteria: fax 081.003.04.04 – pec [ivandelgiudice@avvocatinapoli.legalmail.it](mailto:ivandelgiudice@avvocatinapoli.legalmail.it)

**CONTRO** la Regione Campania, in persona del Presidente p.t.,

**E NEI CONFRONTI** dei dott.ri Anna Di Stasio, Rita Gilberti, Vincenzo D'Orsi e Nicola Vallefucio

**PER L'ANNULLAMENTO E/O LA RIFORMA: A)** del decreto dirigenziale della Regione Campania – Direzione Generale per la Tutela della Salute e il Coordinamento del Sistema Sanitario Regionale, n. 92 del 3 marzo 2023 (pubblicato sul BURC n. 17 del 6 marzo 2023), recante indicazione dell'interpello per l'assegnazione delle prime n. 17 sedi farmaceutiche nonché depennamento dalla graduatoria definitiva e conseguente esclusione dal concorso straordinario indetto con decreto dirigenziale n. 29 del 25 maggio 2013 in asserita esecuzione della sentenza del TAR Campania, Napoli, Sez. III, n. 1341/2023; **B)** degli atti e dei provvedimenti, di data e protocollo sconosciuti, adottati all'esito dell'istruttoria compiuta ai fini dell'accertamento delle cause di incompatibilità con riferimento alla posizione delle ricorrenti; **C)** qualora occorra, della nota dirigenziale della Regione Campania – Direzione Generale per la Tutela della Salute e il Coordinamento del Sistema Sanitario Regionale, prot. n. 643835 del 23 dicembre 2021, e del decreto dirigenziale n. 196 del 19 maggio 2022 (pubblicato sul BURC n. 46 del 30 maggio 2022), se e nella parte in cui siano ostativi all'ammissione delle ricorrenti; **D)** del decreto dirigenziale dell'AGC Assistenza Sanitaria della Regione Campania, n. 29 del 23 maggio 2013 (pubblicato sul BURC n. 32 del 10 giugno 2013), recante *lex specialis* del concorso di cui è causa, in particolare con riferimento alla disciplina dei requisiti di partecipazione (art. 2) e delle cause di esclusione (art. 12), se e nella parte in cui sia ostativo all'ammissione delle ricorrenti; **E)** qualora occorra,

dell'Avviso (pubblicato in data 7 marzo 2023 sul sito istituzionale), con il quale venivano comunicate le modalità di interpello per l'assegnazione delle prime n. 17 sedi farmaceutiche **F)** di qualsiasi altro atto premesso, connesso e/o consequenziale, siccome lesivo dei diritti e degli interessi delle ricorrenti.

#### FATTO

Le dott.sse Rossella Petrone e Rossella Gagliardi sono farmaciste regolarmente iscritte all'Albo professionale che, munite dei requisiti di ammissione, partecipavano al concorso straordinario per l'assegnazione di sedi farmaceutiche ex art. 11 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 (conv. con L. 24 marzo 2012 n. 27), bandito con decreto dirigenziale dell'AGC Assistenza sanitaria della Regione Campania n. 29 del 23 maggio 2013 (pubblicato sul BURC n. 32 del 10 giugno 2013, **doc. 1**), presentando una candidatura in forma associata (**doc. 2**).

Costituita la Commissione esaminatrice e valutati i titoli di studio e di carriera, con decreto dirigenziale n. 14 del 18 febbraio 2019 (**doc. 3**) veniva pubblicata la graduatoria provvisoria ove le ricorrenti figuravano alla posizione n. 23 e, quindi, in posizione utile all'assegnazione della sede.

Successivamente, la Regione Campania provvedeva effettuare i controlli sui requisiti ed i titoli dichiarati dai candidati collocati nelle prime posizioni e, conseguentemente, con decreto dirigenziale n. 18 del 24 gennaio 2020 (pubblicato sul BURC n. 6 del 27 gennaio 2020, **doc. 4**), approvava la graduatoria definitiva, ove le ricorrenti figuravano alla posizione n. 22.

Accadeva, poi, che l'*iter* selettivo permaneva per lungo tempo in uno stato di quiescenza sicché non si dava luogo all'interpello dei candidati e all'assegnazione delle sedi farmaceutiche.

Nelle more, tuttavia, la Regione Campania procedeva ad aggiornare l'elenco delle sedi e, con plurimi provvedimenti, interveniva per rettificare la graduatoria definitiva, vuoi per la rivalutazione dei titoli e la diversa attribuzione di punteggi, anche in esecuzione di pronunce giudiziali, vuoi per recepire circostanze di fatto e vicende personali dei candidati.

In particolare, si rappresenta, l'elenco *de quo* veniva rimodulato con decreto dirigenziale della Direzione Generale per la Tutela della Salute e il Coordinamento del Sistema Sanitario Regionale, n. 166 del 29 aprile 2021 (pubblicato sul sito istituzionale nella sezione "Casa di Vetro in data 4 maggio 2021, **doc. 5**) e con decreto dirigenziale n. 5

del 14 gennaio 2022 (pubblicato sul BURC n. 9 del 24 gennaio 2022, **doc. 6**), che, per quanto concerne lo *status* delle dott.sse Petrone e Gagliardi, presentava un contenuto confermativo, fatta eccezione per la diversa collocazione (32 esima) conseguente alla rideterminazione dei punteggi e alla riammissione di candidati precedentemente esclusi.

Da ultimo, con decreto dirigenziale n. 78 del 10 marzo 2022 (pubblicata sul BURC n. 31 del 21 marzo 2022, **doc. 7**), la Regione Campania approvava un'ulteriore rettifica aggiornando anche l'elenco delle sedi disponibili ed indicando le modalità di assegnazione in favore dei candidati vincitori, tra i quali le odierne ricorrenti utilmente collocate alla posizione n. 31.

\* \* \* \* \*

Accadeva tuttavia che, con ricorso e successivi motivi aggiunti proposti innanzi a codesto ecc.mo Tribunale (iscritti al R.G. n. 2584/2022), alcuni candidati vincitori impugnavano tale ultima rettifica e il successivo atto di interpello, contestando l'ammissione n. 8 candidature siccome presentate da soggetti versanti in condizioni di inammissibilità per aver ceduto la titolarità di sedi farmaceutiche ottenute mediante concorso straordinario ma in altro ambito territoriale.

In estrema sintesi, essi si dolevano della mancata applicazione della preclusione prevista dall'art. 12, co. 4 della L. 2 aprile 1968 n. 475, a mente della quale «*Il farmacista che abbia ceduto la propria farmacia ai sensi del presente articolo o del successivo articolo 18 non può concorrere all'assegnazione di un'altra farmacia se non sono trascorsi almeno dieci anni dall'atto del trasferimento*».

Al riguardo, i ricorrenti deducevano che ai fini dell'applicazione del divieto in parola fosse da ritenersi indifferente la veste societaria eventualmente adottata per la gestione dell'esercizio farmaceutico, sicché avrebbero dovuto essere esclusi per sopravvenuta perdita dei requisiti di ammissione tutti quei candidati che avessero realizzato una vicenda traslativa, sia a titolo individuale che *pro quota* come socio.

Come ben si evince dalla piana lettura degli atti introduttivi, il fuoco delle censure articolate dai ricorrenti si incentrava esclusivamente sul passaggio di titolarità di sedi farmaceutiche conseguite nell'ambito di un concorso straordinario svolto in altra Regione al fine di ottenere l'assegnazione nella Regione Campania, così duplicando il vantaggio economico derivante dalla facoltà di partecipare contestualmente in diversi contesti territoriali sancita dall'art. 11 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 cit.

Intervenivano *ad adiuvandum* alcuni candidati aderendo alle censure sollevate da parte ricorrente e introducendo altresì un ulteriore profilo di illegittimità dei provvedimenti impugnati per asserita violazione dell'art. 112 del R.D. 27 luglio 1934 n. 1265, che sancisce il principio di alternatività vietando il cumulo di autorizzazioni in capo ad una sola persona.

Anche in tal caso, invero, le tesi difensive svolte si ancoravano all'eccezionalità del meccanismo disciplinato dalla norma istitutiva del concorso straordinario, che, è bene ricordare, prevedeva: a) l'espletamento di una selezione per soli titoli; b) la possibilità di presentare una candidatura in forma associata assommando i titoli dichiarati; c) la possibilità di concorrere in due distinti ambiti regionali.

Con ordinanza n. 1378 del 20 luglio 2022, codesto ecc.mo Tribunale accoglieva la richiesta di misure cautelari ingiungendo alla Regione Campania di espletare una verifica sul possesso dei requisiti di ammissione e, all'uopo, precisava che detto controllo dovesse fondarsi sulla differenziazione del modulo societario adottato (società di persone o società di capitali) sulla scorta di precedenti giurisprudenziali intervenuti proprio con riferimento al concorso straordinario.

Al contempo, codesto ecc.mo Tribunale onerava parte ricorrente di integrare il contraddittorio nei confronti di tutti i candidati mediante notificazione per pubblici proclami; incumbente espletato con conseguente evocazione in giudizio degli idonei inseriti in graduatoria.

Con sentenza n. 1341 del 2 marzo 2023, codesto ecc.mo Tribunale accoglieva la domanda proposta sulla base di principi, tuttavia, non pienamente condivisibili, quanto meno per quanto concerne le ipotesi in cui fosse avvenuto un mero trasferimento di quote di minoranza relativo a società di persone (s.a.s.) costituite per la gestione di farmacie non assegnate mediante concorso straordinario.

Ad ogni modo, l'*iter* argomentativo seguito si ricollegava strettamente all'oggetto del giudizio, come risultante dalla *causa petendi* e dal *petitum*, soffermandosi appunto sulle peculiarità delle vicende dedotte, ossia i trasferimenti di quote di società costituite per la gestione di una sede assegnata da concorso straordinario in altra Regione.

Basti considerare che con chiare ed inequivocche motivazioni si rilevava che «*V.2 Al fine di determinarsi in merito alla esclusione o meno delle candidature individuate dai ricorrenti, occorre preliminarmente stabilire se la gestione informata associata di sede farmaceutica vinta a concorso straordinario implichi la titolarità in capo ad ogni associato in quanto persona fisica o meno, e,*

*conseguentemente, stabilire se la cessione di una quota societaria di partecipazione in società farmaceutica equivalga ad un trasferimento di titolarità di sede farmaceutica» (pag. 10).*

In linea con tale impianto, poi, si concludeva che «VIII. Rigettate le eccezioni in rito, il ricorso, come integrato dai motivi aggiunti, assorbite le ulteriori censure dedotte, deve allora essere accolto, nei termini di cui all'esposta motivazione, ritenendosi che la cessione di quote nell'ambito della società di persone, - quale forma di gestione associata che non costituisce un ente giuridico diverso dai singoli farmacisti, espressione, quindi, di un accordo partecipativo, comportante il solo cumulo dei titoli a fini concorsuali – possa essere ascritta alla fattispecie di cui all'art. 12, comma 4, della l. 47571968, (“il farmacista che abbia ceduto la propria farmacia ai sensi del presente articolo o del successivo art. 18 non può concorrere all'assegnazione di un'altra farmacia se non sono trascorsi almeno dieci anni dall'atto del trasferimento”), incorrendosi, dunque, nella causa interdittiva escludente dedotta» (pagg. 27/28).

\* \* \* \* \*

Inopinatamente, con decreto dirigenziale della Direzione Generale per la Tutela della salute e il coordinamento del sistema sanitario regionale, n. 92 del 3 marzo 2023 (pubblicata sul BURC n. 17 del 6 marzo 2023, **doc. 8**), la Regione Campania rideterminava il novero delle sedi assegnabili (n. 185) e, al contempo, dava esecuzione alla sentenza n. 1341/2023 in modo incongruo, sproporzionato ed irragionevole, depennando dalla graduatoria – tra gli altri – anche le odierne ricorrenti.

In particolare, come si evince dal preambolo, l'Amministrazione resistente, estrapolando un singolo passaggio del ragionamento complessivamente condotto, generalizzava il criterio di verifica delle posizioni di candidati e, così, finiva per mal interpretare la portata del vincolo conformativo derivante dalla pronuncia, in quanto estendeva indiscriminatamente la regola secondo la quale «V.2.5. Alla luce dell'evoluzione normativa ed in mancanza di un intervento specifico del legislatore sulle cause di incompatibilità, la Regione Campania ha allora errato solamente nel non operare, in astratto, il necessario presupposto distinguo tra società di persone e società per azioni, non precludendo, come invece dovuto, ai candidati che hanno effettuato una cessione di quota di partecipazione in una società di persone titolare di sede farmaceutica –equivalente, come detto, al trasferimento della farmacia, sia pure pro quota - , la partecipazione all'interpello del concorso straordinario».

La determinazione in parola, tuttavia, è palesemente illegittima laddove applica alla posizione delle dott.sse Petrone e Gagliardi effetti che devono propriamente essere

limitati alle fattispecie esaminate da codesto ecc.mo Tribunale, invero non sovrapponibili a quella oggi in contestazione.

In merito, infatti, occorre rappresentare che, prima della presentazione dell'istanza di partecipazione, la dott.ssa Rossella Petrone, socia accomandante, aveva ceduto le quote assolutamente minoritarie della soc. "Farmacia M.R. Petrone" s.a.s. di Raffale Petrone, che era stata costituita sin dal 1999 (**doc. 9a e 9b**) con la partecipazione del genitore, dott. Michele Petrone, originario titolare della sede farmaceutica e nelle more deceduto, e dei fratelli, dott.ri Riccardo e Raffaele Petrone (quest'ultimo socio accomandatario). Il trasferimento, peraltro, era avvenuto all'interno della medesima compagine sociale, stante l'acquisizione da parte dei due soci rimanenti, senza quindi alcuna apertura a terzi operatori economici nel mercato.

Con ogni evidenza, il modulo societario adottato rispondeva alla prassi comune di conduzione degli esercizi farmaceutici all'interno di un nucleo familiare secondo le forme gestorie introdotte dall'art. 7, co. 1 della L. 8 novembre 1991 n. 362, nella formulazione all'epoca vigente.

\* \* \* \* \*

In punta di fatto, poi, si rileva che, con ordinanza n. 1295 del 3 aprile 2023, il Consiglio di Stato, Sez. III, accoglieva la domanda cautelare incidentalmente proposta nel giudizio di appello proposto avverso la sentenza di codesto ecc.mo Tribunale n. 1341/2023 e, conseguentemente, sospendeva l'ulteriore corso della procedura di interpello in attuazione del decreto dirigenziale n. 92/2023.

L'udienza pubblica per la trattazione del suddetto gravame è fissata per il giorno 15 giugno 2023, sicché, sino a tale data, le operazioni di assegnazione delle sedi restano inevitabilmente interdetto; pur tuttavia è interesse delle odierne ricorrenti agire per l'annullamento del provvedimento impugnato in quanto inficiato da vizi propri ed autonomi, nella parte in cui determina l'ingiusta esclusione dalla procedura concorsuale *de qua*.

\* \* \* \* \*

Avverso i provvedimenti impugnati, pertanto, le dott.sse Rossella Petrone e Rossella Gagliardi, rappresentate e difese come in epigrafe, ricorre innanzi a codesto ecc.mo Tribunale siccome irragionevole, abnorme e illegittimo per i seguenti

#### MOTIVI

**I) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 112 COD. PROC. AMM. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 21 NONIES DELLA L. 7 AGOSTO 1990 N. 241. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI CRITERI DI ESECUZIONE DELLE PRESIEDONO ALL'ESECUZIONE DELLE SENTENZE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL VINCOLO CONFORMATIVO DERIVANTE DALLA SENTENZA N. 1341/2023. ECCESSO DI POTERE. MANIFESTA IRRAGIONEVOLEZZA.**

Come rilevato in fatto, l'Amministrazione regionale ha dato luogo alla rideterminazione degli esiti conclusivi della procedura selettiva *de qua* in esecuzione di una pronuncia, non ancora passata in giudicato, di codesto ecc.mo Tribunale, tuttavia estendendo indebitamente la portata della decisione di annullamento del decreto dirigenziale n. 78 del 10 marzo 2022.

In tal senso, vale osservare che la motivazione posta a fondamento della rettifica della graduatoria effettuata con decreto dirigenziale n. 92 del 2 marzo 2023 riposa esplicitamente ed unicamente sulla definizione del contenzioso in questione mediante richiamo, nel preambolo, del citato passaggio argomentativo, e viene altresì precisata nel disposto, laddove si afferma che si deve procedere all'eliminazione dalla graduatoria delle candidature *«le quali dai controlli effettuati (...) risultano incorrere nelle condizioni descritte nella citata sentenza e cioè candidati resisi cessionari dei quote di società di persone titolari di sede farmaceutica, nonché soci di società di persone che hanno proceduto alla trasformazione della natura societaria da società di persone a società di capitali»*.

Le conclusioni cui è pervenuta la Regione Campania nella riedizione del potere, tuttavia, sono radicalmente inficiate da insanabili vizi di legittimità per violazione delle regole che presiedono all'esecuzione delle sentenze del Giudice Amministrativo.

E' noto, infatti, che, alla luce della natura caducatoria/costitutiva dei giudizi di annullamento, l'attuazione del vincolo conformativo deve essere strettamente condotta in base al contenuto della domanda proposta.

Secondo un granitico orientamento giurisprudenziale, l'interpretazione della decisione necessaria al fine di definire l'obbligo di adempimento deve essere espletata tenendo conto della sequenza processuale *petitum, causa petenti, motivi e decisum* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 ottobre 2018 n. 6131; Sez. III, 8 febbraio 2018 n. 82).

In questa prospettiva, va correttamente ricostruito il substrato fattuale e giuridico della sentenza alla luce del complessivo quadro processuale onde enucleare l'effettivo

contenuto del comando giudiziale (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 2017 n. 5068; Sez. VI, 24 ottobre 2016 n. 4450).

Al riguardo, è stato affermato che «*Nel processo amministrativo la portata effettiva del giudicato va, invero, ricostruita sulla base di una lettura congiunta del dispositivo della sentenza e della parte motiva, che vanno inoltre correlate ai dati oggettivi di identificazione delle domande (“causa petendi” e “petitum”) proposte dalla parte ricorrente, considerando che il potere residuo dell’amministrazione in sede di riedizione dopo una pronuncia di annullamento va delimitato con riferimento al tipo di vizio riscontrato e che, in ogni caso, l’effetto conformativo si estende all’obbligo di porre in essere una attività successiva conforme ai canoni di legittimità individuati dalla pronuncia da eseguire*» (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 29 settembre 2022 n. 8393. Da ultimo, cfr. Cons. Stato, Sez. II, 9 marzo 2023 n. 2511).

Orbene, come rappresentato in fatto, **la domanda proposta dai ricorrenti destinatari della favorevole pronuncia messa in esecuzione (n. 1341/2023) si impostava su profili di illegittimità, accolti da codesto ecc.mo Tribunale, che erano strettamente attinenti al concorso straordinario**, come ben si può ricavare dalle censure sollevate in ragione della normativa richiamata e delle specifiche candidature contestate.

In estrema sintesi, **erano venute in rilievo preclusioni scaturenti da vicende traslative successive all’ammissione al concorso di cui è causa e relative a sedi farmaceutiche comunque assegnate mediante tale meccanismo eccezionale e derogatorio**.

A conforto di tale inquadramento, del resto, militano anche i plurimi rinvii operati a decisioni del Consiglio di Stato che avevano scrutinato le conseguenze derivanti dall’utilizzazione del modulo societario rispetto all’obbligo di garantire la gestione associata e pro-indiviso in relazione a candidature congiunte, nonché alla necessità di evitare la duplicazione dell’assegnazione delle sedi, ancorché in diversi ambiti regionali, in violazione del divieto di cumulo ex art. 112 del R.D. 27 luglio 1934 n. 1265: ma sul punto, si rinvia *funditus* in prosieguo.

Di contro, **l’atto traslativo compiuto dalla dott.ssa Petrone non si allinea affatto alle fattispecie sinora esaminate nelle pronunce intervenute in materia, né tanto meno i principi enucleati dal Giudice Amministrativo** (siccome incontrano il limite sostanziale della domanda proposta) **sono *sic et simpliciter* applicabili in**



**quanto il sindacato giudiziale non può ritenersi esteso anche a profili di illegittimità non essenziali o strumentali alla decisione sulla *res controversa*.**

Detta con altre parole, la definizione del giudizio non postulava anche l'implicita valutazione di altre tipologie di vicende traslative, neanche formalmente individuate, in quanto queste implicavano la risoluzione di differenti questioni giuridiche, quindi non connesse o comunque comprese in quelle introdotte dai quei ricorrenti.

Pertanto, il ***petitum* sostanziale che connotava la lite risolta con la sentenza n. 1341/2023 non era suscettibile di coinvolgere ex se tutte le ipotesi di cessioni di quote societarie, e in particolare di società di persone, qualora non fosse controverso il trasferimento di titolarità di una sede assegnata da concorso straordinario.**

La lettura degli atti processuali depone nel senso di confinare l'oggetto del giudizio soltanto a tali vicende come si evince dalle censure mosse sia nel ricorso e, a maggior ragione, nei motivi aggiunti, nonché dall'individuazione delle candidature contestate.

Analogamente, del resto, anche l'atto di intervento *ad adiuvandum* si focalizza su tale esplicita fattispecie afferente – in estrema sintesi – alla sopravvenuta perdita dei requisiti di ammissione per cessione di una sede comunque acquisita mediante la procedura introdotta dall'art. 11 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 cit.

Le censure articolate, pertanto, riguardavano aspetti tipici e peculiari del suddetto meccanismo selettivo, anche con il supporto della recente giurisprudenza che aveva affrontato i temi concernenti le specificità della procedura *de qua*.

Come ben si può agevolmente desumere dalla complessiva valutazione delle argomentazioni spese nei precedenti citati, l'orientamento giurisprudenziale si è sinora confrontato con fattispecie peculiari (comunque non pertinenti rispetto al caso delle odierne ricorrenti) che concernevano profili strettamente connessi all'assegnazione delle sedi farmaceutiche da concorso straordinario.

In particolare, si ribadisce, l'adozione del modulo societario e le successive modifiche della compagine sociale sono state apprezzate in rapporto alla previsione della partecipazione "in forma associata" (e quindi alle modalità e al rispetto del vincolo di gestione comune) e alla sopravvenuta perdita dei requisiti per cessione di sede assegnata in altra Regione, ecc.

Di contro, i principi elaborati in giurisprudenza non possono trovare piana e generalizzata applicazione, dal momento che non sono idonei a valutare la

compatibilità di cessioni precedenti alla partecipazione al concorso straordinario in rapporto alla causa di decadenza di cui all'art. 12, co. 4 della L. 2 aprile 1968 n. 475.

**II) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA DI SETTORE (ART. 112 DEL R.D. 27 LUGLIO 1934 N. 1265; ART. 12, CO. 4 DELLA L. 2 APRILE 1968 N. 475; ART. 7 DELLA L. ART. 5 DEL D.L. 4 LUGLIO 2006 N. 233, CONV CON L. 4 AGOSTO 2006, N. 248; ART. 11 DEL D.L. 24 GENNAIO 2012 N. 1, CONV. CON L. 24 MARZO 2012 N. 27; ART. 1 DELLA L. 4 AGOSTO 2017 N. 124). VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 2313, 2318 E 2322 COD. CIV. MOTIVAZIONE PERPLESSA ED INFONDATA.**

Nel merito delle valutazioni compiute, va comunque censurata l'esclusione delle ricorrenti disposta a causa dell'asserita sussistenza della causa di incompatibilità di cui all'art. 12, co. 4 della L. 2 aprile 1968 n. 475, siccome l'argomentazione posta a fondamento del provvedimento impugnato si rivela priva di pregio.

Sul punto, infatti, appare opportuno evidenziare come **la cogenza del divieto sancito dall'art. 12, co. 4 della L. 2 aprile 1968 n. 475 rispetto a cessioni di quote di società di persone successive alle riforme dell'ordinamento di settore, intervenute a partire dal 2006, debba essere oggetto di attenta ed approfondita valutazione da parte del Giudice Amministrativo, quanto meno per quanto concerne le società in accomandita semplice ex artt. 2313 ss. cod. civ.**

In particolare, occorre verificare la compatibilità di detto divieto con la valorizzazione dei modelli gestori di tipo societario e con la liberalizzazione del settore, anche alla luce dei principi euro-unitari in tema di libera concorrenza.

**II.A)** Come noto, l'art. 5, commi 5 ss. del d.l. 4 luglio 2006 n. 223 (conv. con L. 4 agosto 2006, n. 248), nel modificare l'art. 7 della L. 8 novembre 1991 n. 362, aveva profondamente mutato i requisiti di partecipazione alla società di persone (all'epoca l'unico modulo ammissibile) nonché l'operatività delle medesime.

Con tale novella era stato previsto che la società potesse essere titolare di quattro sedi farmaceutiche (mediante l'abrogazione del co. 5 e l'introduzione del co. 4 *bis*), che ciascun farmacista potesse partecipare a più società (mediante l'abrogazione del co. 6) e che la gestione delle farmacie private non fosse riservata solo a farmacisti iscritti (mediante l'abrogazione del co. 7), fermo comunque che la direzione fosse affidata ad un socio farmacista iscritto all'albo (commi 1 e 3).

In tal senso, **la *littera legis* dell'art. 7, co. 4 bis non lascia dubbio alcuno in merito alla titolarità dell'autorizzazione amministrativa siccome viene testualmente imputata alla società e non ai soci *pro indiviso***: e ciò tanto più, come nella specie, qualora il rapporto amministrativo relativo alla titolarità della sede farmaceutica sia stato originariamente instaurato con un farmacista che abbia poi conferito l'autorizzazione al patrimonio sociale, partecipando gli altri soci soltanto all'organizzazione dell'attività aziendale

Ad ogni modo, l'intervento legislativo era chiaramente finalizzato ad aprire il settore al mercato in attuazione delle libertà fondamentali sancite dal Trattato mediante la valorizzazione del modulo societario così favorendone l'impiego anche alla luce della possibile circolazione delle quote.

Al riguardo, **anche sulla scorta dei principi civilistici, non appare dirimente il particolare regime giuridico delle società di persone**, dotate di autonoma soggettività ma prive di personalità giuridica.

Come già osservato dal Consiglio di Stato, infatti, *«Non è condivisibile la tesi della Regione Lazio nel parere del 3 aprile 2000 secondo il quale poiché la società di persone non costituirebbe un soggetto autonomo a cui sia attribuita la titolarità della farmacia, ma costituirebbe solo un esercizio in comune dell'impresa, la titolarità e la proprietà della farmacia andrebbe riferita ai soci a cui è attribuito il patrimonio sociale, per cui con il variare degli stessi si avrebbe modificazione della titolarità della farmacia. E' sufficiente al riguardo rilevare che le società di persone, pur non dotate di personalità giuridica sono comunque centri di interesse distinti da quelli dei soci, dall'altro che l'art. 7 della legge 8 novembre 1991 n.362 prevede che l'autorizzazione all'esercizio della farmacia è rilasciata alla società e non ai singoli soci»* (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 7 settembre 2015 n. 4128).

In altri e più chiari termini, **l'imputazione del rapporto va ricondotta al soggetto giuridico collettivo e non ai soci, per cui al mutare di questi non si determina alcuna modificazione rilevante ai fini del trasferimento della sede farmaceutica**. Vale considerare che, nella prospettiva civilistica, **tale affermazione risulta ancor più pregnante nell'ipotesi di costituzione di una società in accomandita semplice**, come avvenuto per la farmacia condotta dalla famiglia Petrone.

E' un dato acquisito, infatti, che **la disciplina codicistica di tali società stempera fortemente il principio personalistico che connota le società di persone, limitando in modo consistente l'apporto dei soci accomandanti**, i quali in sostanza sono assimilabili a meri soci investitori: e, del resto, è opinione diffusa che

l'accomandita rappresenti piuttosto una tecnica o modalità di finanziamento, al pari di un'associazione in partecipazione.

In particolare, la responsabilità limitata per le obbligazioni sociali (art. 2313 cod. civ.), l'esclusione dall'amministrazione della società (artt. 2318, co. 2 e 2320 cod. civ.) e il conseguente distinto regime nella circolazione delle relative quote (artt. 2321 e 2322 cod. civ.) delineano un ruolo residuale del socio accomandante, in prevalenza con funzioni ispettive e di controllo, salvo evidentemente il diritto alla percezione degli utili.

Anche in ragione del peculiare regime giuridico, pertanto, non possono trovare piena applicazione i principi espressi dal Consiglio di Stato in vicende che attenevano, invece, a società in nome collettivo (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 10 gennaio 2020 n. 229), ove si era ritenuto essere assente uno "schermo impenetrabile" tra società e soci ai fini dell'imputazione dei relativi rapporti giuridici.

Ad ogni modo, si osserva che a diverse conclusioni non si perviene neanche valutando la questione alla luce della funzione di garanzia che la disciplina di settore svolge nel superiore interesse pubblico all'erogazione del servizio farmaceutico.

Innanzitutto, preme rimarcare come il **criterio finalistico da utilizzare per enucleare la ratio del regime pubblicistico inerente alle preclusioni e alle incompatibilità per l'ottenimento della titolarità e la conduzione di un esercizio farmaceutico vada espressamente parametrata al ruolo che il socio riveste effettivamente nella gestione della sede** (cfr. Corte cost., 5 febbraio 2020 n. 11).

Orbene, anche prima della novella di cui all'art. 1, commi 157 ss. della L. 4 agosto 2017 n. 124 (con l'introduzione della società per azioni come modulo gestorio e con la previsione di partecipazione di soci non farmacisti), il presidio al corretto funzionamento del servizio farmaceutico era rappresentato dalla circostanza che la direzione dovesse essere comunque assegnata ad un socio farmacista munito di idoneità.

E in questa luce, **sia la direzione tecnica che l'adozione degli atti di conduzione della farmacia, rientranti appunto nell'oggetto sociale, da parte del solo socio accomandatario, escludono del tutto che il socio accomandante possa svolgere effettivamente un ruolo attivo** e, quindi, rilevante nei confronti dell'Amministrazione pubblica conferente il servizio.

**II.B)** Ma vi è di più!

Ai fini dell'applicazione dell'art. 12, co. 4 della L. 2 aprile 1968 n. 475 **appare assolutamente forzato, irragionevole ed incongruo equiparare la cessione delle quote** (peraltro di minoranza e di un socio accomandante) **al trasferimento della titolarità giuridica del rapporto amministrativo.**

Come noto, infatti, la funzione dell'istituto in parola è quella di evitare la conseguenza che «*la “disponibilità” degli esercizi farmaceutici, nel senso dell'affidamento della relativa titolarità, dipenderebbe in buona parte dai farmacisti stessi, e sarebbe quindi sottratta alla dinamica concorsuale, potendo quelli decidere di cedere la farmacia (e così individuarne il titolare) e liberamente concorrere per una nuova assegnazione*», posto che vi è l'esigenza di «*preservare la connotazione pubblica del servizio farmaceutico, depurandolo da (o, comunque, conferendo rilievo secondario a) profili di carattere meramente speculativo e “commerciale”*» (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 10 gennaio 2020 n. 229).

In quest'ottica, quindi, rileva il trasferimento del rapporto giuridico amministrativo (ossia della complessiva titolarità della sede), che non può essere affatto assimilato alla cessione della quota.

**A supporto della tesi difensiva delle odierne ricorrenti, del resto, depone una lettura sistematica della norma** in parola laddove prescrive, a pena di decadenza, che il mutamento della titolarità debba essere sempre accompagnato con la contestuale attribuzione anche del compendio aziendale (art. 12, co. 11), a riprova che la fattispecie esaminata concerne soltanto l'intero passaggio (giuridico e commerciale) della sede farmaceutica.

Pertanto, **la disposizione *de qua*, originariamente coerente con la titolarità personale dell'autorizzazione amministrativa, va rettamete interpretata in considerazione del mutato contesto delle forme gestorie, mantenendone tuttavia inalterata la *ratio*.**

Ebbene, la cessione di quote (di minoranza e del socio accomandante), peraltro avvenuta all'interno della medesima compagine, non è affatto idonea ad integrare la fattispecie disciplinata dall'art. 12, co. 4 della L. 2 aprile 1968 n. 475 siccome non è suscettibile di modificare né la titolarità giuridica del rapporto amministrativo né tanto meno la gestione dell'esercizio farmaceutico, assegnata alla medesima società.

In altri e più chiari termini, non si realizza quel rischio di sottrarre la disponibilità della sede ai poteri pianificatori del regolatore pubblico e alla conseguente sottoposizione

alla dinamica concorsuale, in quanto questa non è stata trasferita, sicché non si integra quella indebita duplicazione di vantaggi economici che la norma intende “sterilizzare”.  
**Si tratta, invece, di una mera operazione di investimento economico, che costituisce estrinsecazione di diritti e valori costituzionalmente garantiti e che non incide nell’organizzazione del servizio pubblico.**

A conforto di tale prospettazione, soccorre quanto rilevato dal Consiglio di Stato che, sul punto, ha avuto modo di precisare che *«il termine “cessione” è caratterizzato da una ampia portata semantica, in quanto suscettibile di ricomprendere nel suo ambito espressivo tutti gli atti che, indipendentemente dal nomen iuris e dalla causa giustificativa, producano l’effetto finale di “separare” la titolarità di un bene (nella specie, l’esercizio farmaceutico, comprensivo del titolo amministrativo che, in chiave autorizzatoria, ne legittima lo svolgimento e dell’insieme dei rapporti, personali e reali, che ne integrano la componente patrimoniale) dalla sfera di disponibilità di un soggetto a quella di un altro»* (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 2 agosto 2022 n. 6775).

**In questa prospettiva, quindi, il mero trasferimento di quote (di minoranza) di una società di persone non è affatto idoneo ad integrare quelle condotte elusive della preclusione dettata dalla norma di settore che codesto on.le Consiglio di Stato ha inteso sanzionare.**

Alla luce di quanto rilevato, ben si comprende l’illegittimità del provvedimento impugnato laddove equipara la cessione di quote di una società di persone al trasferimento *pro-quota* della sede farmaceutica nelle ipotesi in cui la titolarità non sia stata conferita con concorso straordinario.

Soltanto per la procedura eccezionale in parola, infatti, è previsto che la titolarità della sede ai vincitori che concorrono in forma associata sia conferita in modo indiviso con obbligo di mantenimento della gestione comune per tre anni ai sensi dell’art. 11, co. 7 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 cit., derogando così al disposto dell’art. 7, co. 1 della L. 8 novembre 1991 n. 362; e, allo stesso tempo, soltanto in relazione a tale procedura va evitato che il modulo societario possa essere utilizzato per aggirare la preclusione prevista dall’art. 12, co. 4 della L. 2 aprile 1968 cit. ovvero il divieto di cumulo sancito dall’art. 112 del R.D. 27 luglio 1934 n. 1265.

**III) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 3 E 21 NONIES DELLA L. 7 AGOSTO 1990 N. 241. DIFETTO DI ISTRUTTORIA. DIFETTO DI MOTIVAZIONE. ECCESSO DI POTERE. ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI. CONTRADDITTORIETÀ. MANIFESTA IRRAGIONEVOLEZZA.**

In ultimo, vale evidenziare che il provvedimento impugnato è illegittimo anche in ragione di ulteriori profili di invalidità che scaturiscono da un'istruttoria oggettivamente superficiale e deficitaria.

In tal senso, infatti, l'esclusione si pone in stridente contrasto con gli esiti dei precedenti controlli espressamente avviati dall'Amministrazione resistente sin dalla prima pubblicazione della graduatoria definitiva, come da Avviso pubblicato in data 2 dicembre 2019 (**doc. 10**) e poi successivamente proseguiti con ulteriori attività di verifica espletata a partire dal luglio 2021 (**doc. 11**) e dal dicembre dello stesso anno (**doc. 12**),

Ne deriva che **l'indagine oggi compiuta è palesemente contraddittoria rispetto alle determinazioni precedentemente assunte**, dal momento che l'ammissibilità della candidatura delle ricorrenti non è mai stata messa in discussione sin dalla pubblicazione della graduatoria definitiva (gennaio 2020).

Orbene, pur a fronte dell'inesauribilità del potere amministrativo, non può non evidenziarsi come le funzioni di controllo debbano essere espletate entro un termine ragionevole ex art. 21 *nonies* della L. 7 agosto 1990 n. 241 e, comunque, debbano ponderare anche il consolidamento delle aspettative legittimamente maturate in ragione della reiterata conferma della posizione concorsuale, anche a seguito di precedenti verifiche.

Il provvedimento impugnato, inoltre, è inficiato da un'evidente erroneità dei presupposti, siccome – ferma la non sovrapponibilità del trasferimento delle quote della società al trasferimento della titolarità – l'Amministrazione resistente non tiene in debita considerazione due circostanze, invero dirimenti.

In primo luogo, vale osservare che la dott.ssa Petrone si era liberata della partecipazione minoritaria alla soc. "Farmacia Petrone" s.a.s. prima della presentazione dell'istanza di ammissione, mediante apposito atto notarile che produceva gli effetti traslativi nel rispetto del principio consensualistico.

In secondo luogo, poi, con considerazione assolutamente decisiva, si rileva che, comunque, a causa del prolungarsi dell'*iter* selettivo, la suddetta cessione era intervenuta ormai da quasi un decennio, sicché si era pressoché concluso il lasso temporale in cui opera la preclusione di cui all'art. 12, co. 4 della L. 2 aprile 1968 n. 475.

Ne deriva, pertanto, che **non vi era alcuna valida ragione di interesse pubblico a giustificare l'esclusione impugnata in quanto l'istituto era ormai privo di utilità concreta nella specifica vicenda**, dal momento che doveva ritenersi essere stato raggiunto lo scopo sotteso alla norma in parola, ossia quello di addivenire, mediante la sterilizzazione delle aspirazioni concorsuali, ad un equo bilanciamento tra l'esigenza di garantire il corretto funzionamento del servizio farmaceutico e l'interesse economico a monetizzare il proprio *status*.

#### QUESTIONE INCIDENTALE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

Le odierne ricorrenti hanno senz'altro diritto a partecipare al concorso straordinario per l'assegnazione di sedi farmaceutiche, con conseguente illegittimità della loro esclusione che, invero, si pone in stridente contrasto con la disciplina vigente conculcando la giusta e fondata aspettativa all'ottenimento della titolarità in quanto utilmente collocate nella graduatoria definitiva.

La pretesa, infatti, è conforme ad una lettura rigorosa, evidentemente ispirata a criteri logico-sistematici e finalistici, dell'art. 112 del R.D. 27 luglio 1934 n. 1265, dell'art. 7 della L. 8 novembre 1991 n. 362, dell'art. 12 della L. 2 aprile 1968 n. 475 e dall'art. 11 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 (conv. con L. 24 marzo 2012 n. 27).

Peraltro, va considerato che la posizione giuridica delle odierne ricorrenti scaturisce da uno scrutinio *secundum constitutionem* (cfr. *ex multis* Corte cost., 10 febbraio 2006 n. 57) delle suddette disposizioni, dovendo essere individuate tutte le interpretazioni alternative possibili del quadro normativo onde enucleare l'opzione ermeneutica maggiormente rispettosa dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico.

Ad ogni modo, in via meramente gradata, appare opportuno sin d'ora proporre la questione di costituzionalità dell'art. 12 della L. 2 aprile 1968 n. 475 in combinato disposto con l'art. 11 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 (conv. con L. 24 marzo 2012 n. 27) e con l'art. 7 della L. 8 novembre 1991 n. 362, nella denegata ipotesi in cui codesto on.le Consiglio di Stato ritenga la loro formulazione letterale essere assolutamente preclusiva alla partecipazione delle odierne ricorrenti al concorso di cui è causa a cagione dell'avvenuta cessione da parte della dott.ssa Rossella Petrone delle quote della soc. "Farmacia M.R. Petrone" s.a.s. di Raffale Petrone nel decennio antecedente alla scadenza del termine di presentazione delle candidature.

L'effetto derivante dall'equiparazione della cessione delle quote di una società di persone al trasferimento di titolarità, infatti, è suscettibile di integrare una manifesta



violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3 Cost.), di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), di tutela della salute (art. 32 Cost.), di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), di tutela della proprietà e del risparmio (artt. 42 e 47 Cost.), nonché, per interposizione dell'art. 117 Cost, dei principi euro-unitari di cui all'artt. 15 (Libertà professionale) e 16 (Libertà di impresa) della Carta dei diritti fondamentali UE, e delle libertà economiche sancite dall'art. 49 (Libertà di stabilimento) e dall'art. 56 (Liberalizzazione dei servizi) TFUE, ostacolando irragionevolmente l'accesso al mercato e compromettendo in modo sproporzionato le possibilità di esercizio dell'attività professionale e di impiego del patrimonio giuridico-economico.

E' di solare evidenza che tale lettura comporterebbe un ingiustificato pregiudizio alle facoltà di accesso dei farmacisti alle selezioni concorsuali per conseguire l'idoneità e l'assegnazione di una sede farmaceutica, riducendo così la platea dei candidati in spregio del *favor participationis* e ingenerando disparità di trattamento tra soggetti versanti nelle medesime condizioni giuridiche.

Al riguardo, è bene considerare che, allorquando era stata indetta la procedura concorsuale ai sensi dell'art. 11 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 cit., il testo vigente dell'art. 7, co. 1 della L. 8 novembre 1991 n. 362 aveva aperto le forme gestorie alternative alla conduzione individuale soltanto alle società di persone, sicché, ai fini della partecipazione al concorso, l'istituzione di società di capitale non era ancora possibile, essendo stata riconosciuta soltanto con l'art. 1, commi 157 ss. della L. 4 agosto 2017 n. 124.

Ne deriva che l'interpretazione prospettata dal Giudice di prime cure finisce con il comprimere in modo irragionevole il diritto dei soci farmacisti, anche se non titolari dell'originario rapporto amministrativo ma solo partecipi della gestione familiare dell'esercizio, di liberarsi della partecipazione di minoranza alla società per conseguire personalmente la titolarità di una sede e, quindi, per poter migliorare la propria posizione professionale.

Si tratta, evidentemente, di una limitazione che non rinviene alcuna plausibile giustificazione in rapporto all'interesse pubblico perseguito dalla norma istitutiva del meccanismo straordinario di assegnazione, invero espressamente intesa ad ampliare l'accesso alla titolarità del numero più ampio possibile di aspiranti (art. 11, co. 1), dal momento che, di contro, in assenza di legami e vincoli pattizi o forme di controllo con

la società di provenienza, la cessione delle quote esclude in radice qualsiasi possibile concentrazione degli esercizi farmaceutici in capo ad operatori già titolari di sede.

**a)** In via preliminare, occorre considerare che la questione supera certamente il vaglio della necessaria “rilevanza” in quanto le norme impugnate trovano senz’altro applicazione nel presente giudizio.

**b)** Sussiste, poi, l’interesse all’accertamento dell’incostituzionalità delle norme contestate siccome, cassate dall’ordinamento ovvero sottoposte ad un’interpretazione additiva o manipolativa da parte della Corte costituzionale, non residuerebbe alcuna ragione giuridica a fondamento dell’esclusione delle odierne ricorrenti, in quanto munite dei requisiti di ammissione alla selezione concorsuale straordinaria.

In tal senso, quindi, nell’investigare la compatibilità costituzionale della censurata preclusione, va valutato se sia legittima la disposizione dettata dall’art. 12, co. 4 della L. 2 aprile 1968 n. 475, la cui formulazione era originariamente coerente con la previsione della titolarità individuale e personale del rapporto giuridico, rispetto all’art. 7 della L. 8 novembre 1991 n. 362 (nel testo risultante delle modifiche apportate dall’art. 5 del d.l. 4 luglio 2006 n. 233, conv con L. 4 agosto 2006, n. 248), laddove prevede la possibile adozione del modulo societario.

Allo stesso modo, poi, va valutata la compatibilità costituzionale dell’art. 11, co. 3 del del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 (conv. con L. 24 marzo 2012 n. 27), laddove, nel prevedere l’esclusione dalla selezione dei soci di società titolari, non consente la cessione delle quote ai fini dell’ammissione in virtù della contestuale applicazione della cennata preclusione, non espressamente derogata dalla norma istitutiva del concorso.

**c)** La questione, infine, appare “non manifestamente infondata”, dal momento che investe disposizioni che, definendo i requisiti di ammissione al concorso straordinario e le eventuali preclusioni, condizionano inevitabilmente il conseguimento dello *status* di candidate idonee imponendo l’esclusione dalla selezione delle odierne ricorrenti.

Fermo ogni approfondimento ulteriore, vale evidenziare che il profilo di incostituzionalità concerne l’impossibilità per i soci di società di persone, in particolare nella qualità di soci accomandanti con partecipazione minoritaria, di poter essere ammessi alla selezione straordinaria liberandosi delle quote possedute in una società titolare di sede farmaceutica assegnata in virtù di precedenti concorsi ordinari.

Al riguardo, occorre osservare che la costituzione del rapporto giuridico amministrativo relativo alla titolarità della sede farmaceutica può essere anche risalente

nel tempo e, invero, può aver avuto presumibilmente come parte originaria un soggetto diverso dal socio di minoranza, che, pertanto, sarebbe ingiustamente ostacolato nel conseguimento di una propria titolarità.

Orbene, si è dato ampiamente conto nella parte motiva del presente ricorso come la preclusione decennale di cui all'art. 12, co. 4 della L. 2 aprile 1968 n. 475, qualora estesa anche alle cessioni di quote, comporta effetti illegittimi, configurandosi come misura restrittiva delle libertà economica del tutto irragionevole ed incongrua nonché sproporzionata rispetto all'interesse pubblico perseguito.

Come rilevato, l'operazione economica *de qua* non incide sull'organizzazione del servizio, lasciando immutati il rapporto amministrativo in essere in capo alla società e il compendio aziendale con il quale vengono erogate le prestazioni, sicché non è idonea a consentire ai farmacisti soci di influire sulla disponibilità degli esercizi farmaceutici.

Né tanto meno essa dà luogo ad un indebito vantaggio in ragione della scarsa appetibilità sul mercato di quote di minoranza di una società titolare a dispetto, invece, del maggior valore economico del trasferimento complessivo della sede, sicché la cessione in parola si configura quale atto rispondente alla legittima aspettativa di redditività derivante dalla circolazione di beni giuridici afferenti al proprio patrimonio.

**P Q M**

Si conclude per l'accoglimento del ricorso. Con le conseguenze di legge anche in ordine a diritti, onorari e spese di giudizio.

Ai sensi del d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, si dichiara che per la presente controversia è dovuto il contributo unificato ordinario nell'importo pari ad € 650,00.

Napoli, 2 maggio 2023

(avv. Ivan Del Giudice)