



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 7-8/2018

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, Andry Matilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Laura Letizia, Massimo Pellingra, Marcin Princ, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

La cessione delle quote delle farmacie comunali tra corti nazionali e rinvio alla CGUE

di Ferdinando Pinto

(Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II)

Sommario

1. La cessione delle quote delle farmacie comunali nella sentenza della Corte Costituzionale n. 116 del 2018. – 2. Un nuovo capitolo: il rinvio alla CGUE nell'ordinanza del CdS n. 4102 del 2018. Conclusioni.

Abstract

The paper analyses the Italian legal framework about municipal pharmacies, starting from two judgements by the Italian Constitutional Court and by the Council of State.

The Italian Constitutional Court deals with the disposal of shares by municipalities in municipally owned corporations with public-private partnership to manage municipal pharmacies.

The Council of State refers to the European Court of Justice the Italian laws about the pre-emptive rights in selling municipal pharmacies.

1. La cessione delle quote delle farmacie comunali nella sentenza della Corte Costituzionale n. 116 del 2018.

Gli obblighi ed il procedimento di dismissione delle società pubbliche nel nuovo assetto disciplinato dal Codice delle società pubbliche, d.Lgs. n. 175 del 19 agosto 2016, hanno rinnovato o suscitato *ex novo* molti dubbi e perplessità sulla *ratio* e la collocazione nel nostro sistema amministrativo di tali istituti, che si è già cercato di compendiare ed argomentare in più sedi¹. In particolare, sta emergendo la necessità di individuare le singole fattispecie di partecipazioni previste nella legislazione speciale e di settore, che, al di fuori delle ipotesi previste dal Codice delle società pubbliche, devono essere, per diverse ragioni, escluse dall'applicazione della nuova disciplina organica.

In particolare, ha suscitato parecchie perplessità la disciplina della dismissione in concreto delle quote prevista dall'art. 24 del decreto legislativo n. 175 del 2016, laddove non si consideri adeguatamente che la discrezionalità dell'ente pubblico è soggetta a ben *precisi e stringenti limiti* di merito che devono trovare espressa esplicitazione nelle motivazioni degli atti che formalizzano la decisione, al cospetto di un istituto che la stessa Corte dei Conti ha definito «un'ipotesi di recesso *extra ordinem* e *sui generis*»², che va quindi attentamente vagliata al cospetto degli interessi pubblici perseguiti nella legislazione di settore.

In particolare, sono state di recente oggetto del vaglio della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato le società per l'esercizio delle farmacie comunali.

Nell'ambito dei limiti alla dismissione di tali società comunali, occorre quindi indagare, da un lato, se l'istituto sia praticabile *in toto* o *partialiter* e se, quindi, la natura *extra ordinem* e *sui generis* della fattispecie prevista dal d.Lgs. n. 175 del 2016 si scontri e ceda al *criterio della specialità*; dall'altro, se l'istituto incontri un limite, anche circoscritto, nella tutela del *legittimo affidamento* del socio privato.

Ad entrambe le questioni fornisce una risposta la sentenza della Corte Costituzionale n. 116 del 17 aprile 2018. La questione sottoposta al vaglio della Corte aveva ad oggetto la dismissione della partecipazione comunale, pari al 51%, di una *società di capitali per la gestione di una farmacia comunale*, costituita ai sensi dell'art. 9, primo comma, lettera d), della legge 2 aprile 1968, n. 475 (Norme concernenti il servizio farmaceutico), che consente la gestione delle farmacie comunali a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti ex dipendenti³.

¹ Sia consentito di rinviare a F. PINTO, *Tutela dell'affidamento e scelte strategiche nella dismissione delle partecipazioni*

² Cfr. Corte dei Conti Marche, Sez. Controllo, deliberazione n. 25/2014/PAR del 16 aprile 2014: «La peculiarità della disciplina essa non appare prima facie riconducibile a istituti tipici del diritto societario in coerenza, del resto, con la tendenza del legislatore a ritagliare in favore delle società a partecipazione pubblica regimi differenziati e speciali che vanno ad affiancare il corpus delle norme di diritto comune ordinariamente applicabili alle stesse. [Ne consegue] che non si appalesa pertinente il richiamo *tout court* all'istituto del recesso cui pure il legislatore fa rinvio evocando il disposto di cui all'art. 2437 ter comma 2 c.c. Meritevoli di apprezzamento e condivisibili risultano, sotto tale profilo, le riflessioni di alcuni Commentatori che, muovendo dal portato letterale della disposizione in parola, hanno evidenziato come non possa annettersi valore dirimente al citato richiamo normativo poiché lo stesso attiene unicamente alla individuazione dei criteri per la liquidazione della partecipazione del socio cessato e non assurge, dunque, a più generale criterio qualificatorio».

³ La disposizione prevedeva la specifica ipotesi di società costituite tra il Comune e i dipendenti che avessero prestato servizio presso le preesistenti farmacie comunali e cessassero il rapporto di lavoro dipendente con il comune all'atto della costituzione della società. In applicazione di tale norma, nel caso al vaglio della Corte era stata costituita una società a responsabilità limitata, con cessione del 49% del capitale sociale al farmacista ex

La censura di incostituzionalità prospettata dal giudice remittente aveva ad oggetto le ipotesi *ex lege* di scioglimento o alienazione delle partecipazioni previste dall'art. 1, comma 568-bis, della legge n. 147 del 2013, espressamente richiamate dall'art. 20, comma 6 del Decreto Legislativo n. 175 del 19 agosto 2016.

La Corte rigetta la censura di incostituzionalità (prospettata sulla base degli artt. 3, 41 e 47 Cost.) della disposizione contestata, poiché non ne riconosce l'efficacia rispetto alla disciplina di settore in oggetto: infatti, la società per l'esercizio di farmacie comunali «*costituisce un modello specialissimo di società a partecipazione mista per la gestione di servizi pubblici locali (rispetto agli ordinari tipi previsti dalla normativa vigente) e un modello altrettanto eccezionale di gestione da parte del comune del servizio farmaceutico*».

Il tratto peculiare della specialità viene rintracciato nel «*modello societario con predeterminazione legislativa dei soci*»⁴, in cui, da un lato, i caratteri soggettivi del socio privato e le procedure di scelta sono direttamente previste dalla legge, e non viene contemplata, al contrario delle altre società miste, una fase ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato.

Dall'altro, la specialità si ravvisa anche, secondo la Corte, in un peculiare regime di protezione del *legittimo affidamento* del socio privato: l'applicazione della norma contestata «*finirebbe per autorizzare l'amministrazione a incidere unilateralmente mediante una drastica riduzione della durata del servizio e senza indennizzo – in contrasto quindi, fra l'altro, con quanto previsto in via generale dall'art. 11, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241..., e dall'art. 176, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50... – sull'esercizio in atto di servizio pubblico comunale assegnato per un periodo pluridecennale, in base a un'espressa previsione di legge e a fronte dell'assunzione da parte del privato di oneri alquanto gravosi (pagamento della quota e rinuncia all'impiego dipendente)*».

Così, con l'interpretazione che vedesse l'applicazione delle norme sulle dimissioni alla disciplina di settore in esame, si realizzerebbe una grave violazione degli artt. 3, 41 e 47 Cost., nel cui ambito di interpretazione costituzionalmente orientata la Corte, con un monito severo, riporta la lettura del quadro complesso delle norme sulle dimissioni, tra ipotesi generali e speciali⁵.

dipendente, il quale, oltre a rinunciare al rapporto di lavoro, aveva anche effettuato conferimenti in denaro per acquisire la partecipazione sociale.

⁴ Secondo la Corte, «*La specialità sta innanzitutto nel fatto che, sebbene non si tratti di società interamente pubblica, e sebbene in essa i soci privati non vengano scelti con gara secondo procedure di evidenza pubblica, la società partecipata ai sensi dell'art. 9, primo comma, lettera d), citato, è diretta affidataria del servizio: ogni scelta circa l'opportunità di coinvolgere altri soggetti nella compagine societaria e circa i caratteri soggettivi dei privati da coinvolgere è già operata a priori dalla legge, in maniera vincolante per l'amministrazione. In secondo luogo, la stessa posizione del socio farmacista presenta caratteri di specialità rispetto all'ordinaria partecipazione del socio privato a una società comunale di gestione del servizio, giacché con essa il legislatore valorizza una peculiare categoria di dipendenti dell'ente locale, i farmacisti, che vengono con ciò resi compartecipi dell'impresa pubblica. In tale contesto, nel quale la società mista rappresenta, in sostanza, la nuova veste gestionale di un servizio pubblico che il comune già svolgeva sotto altra forma, l'affidamento non ha limiti temporali di durata e al socio privato è consentito di disporre delle sue quote perfino in sede testamentaria*».

⁵ Ancora la Corte: «*Se già queste considerazioni portano a escludere che, correttamente interpretata, la disposizione censurata possa estendere il suo ambito di applicazione alle società di gestione del servizio farmaceutico costituite con farmacisti ex dipendenti in base dall'art. 9, primo comma, lettera d), della legge n. 475 del 1968, le medesime conclusioni sono rafforzate dagli stessi argomenti esposti nell'ordinanza di rimessione a sostegno del prospettato contrasto della disposizione, come interpretata dal rimettente, in particolare con gli artt. 41 e 3 Cost.: la norma stessa, invero, non può che*

Appare evidente che, da un lato, le dismissioni delle partecipazioni ritenute non strategiche non sono attratte dall'istituto civilistico del recesso, ma subiscono l'influenza e sono condizionate da principi pubblicistici. Dall'altro, le modalità concrete di dismissione sempre più si delineano come l'ennesimo ossimoro giuridico in materia di applicazione di istituti di diritto privato che trovano applicazione in un contesto pubblico.

Se, da un lato, è più volte ribadita dalle Corti la specialità della disciplina prevista per le dismissioni di partecipazioni e il fatto che la norma presenti «*la chiara finalità di forzare (con la fissazione di termini, procedure e sanzioni) la volontà del soggetto pubblico alla dismissione delle partecipazioni non indispensabili*»⁶, appare ancora incerta, nella pluralità di fattispecie di società degli Enti Locali previste dalla disciplina generale e di settore, la situazione dei diritti che conseguono alla partecipazione in capo ai soci.

2. Un nuovo capitolo: il rinvio alla CGUE nell'ordinanza del CdS n. 4102 del 2018. Conclusioni.

Sulle farmacie comunali è intervenuto anche, con una recentissima ordinanza, la n. 4102 del 4 luglio 2018, il Consiglio di Stato, sezione III, che ha rimesso alla Corte di Giustizia UE alcune questioni pregiudiziali sulla compatibilità con il diritto UE della disciplina italiana.

Oggetto della controversia era l'impugnazione, da parte degli aggiudicatari provvisori di un'asta pubblica per la vendita di una farmacia comunale, dell'aggiudicazione definitiva a favore del dipendente della farmacia che, pur non avendo partecipato alla gara, aveva poi esercitato la prelazione legale di cui all'art. 12, comma 2, della legge n. 362 del 1991. Proprio in relazione a questa fattispecie speciale di prelazione legale, il CdS ha sollevato alcune questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia in merito alla compatibilità con i principi del diritto dell'Unione europea.

Il percorso argomentativo del CdS muove dalla considerazione che l'esercizio dell'attività di assistenza farmaceutica, uno dei pilastri dell'organizzazione territoriale del SSN per assicurare una effettiva tutela del diritto alla salute, è caratterizzato dalla coesistenza di interessi di matrice pubblicistica e di natura imprenditoriale in ragione della quale si giustifica la permanenza di una disciplina speciale, nella quale coesistano la libertà di iniziativa economica e l'esercizio di un'attività di servizio pubblico in regime di convenzioni di durata triennale.

Secondo la Terza Sezione adita, La specialità della disciplina di settore, tuttavia, non fa venir meno gli obblighi di evidenza pubblica nelle procedure, che anzi si può puntualmente riscontrare nell'intera disciplina della titolarità delle farmacie: oltre che nella fase di

essere interpretata in modo costituzionalmente compatibile, presentandosi così immune dai lamentati effetti contrari a Costituzione. Mettendone in evidenza il preteso contrasto – per le conseguenze che comporterebbe la sua applicazione al caso del citato, particolare tipo di società di gestione della farmacia comunale – con il principio costituzionale di tutela dell'affidamento, e più in generale la sua pretesa irragionevolezza, anche in relazione al principio di tutela della concorrenza ex art. 41 Cost., il rimettente rappresenta efficacemente le inaccettabili conseguenze della propria (errata) interpretazione della disposizione censurata... Non c'è dubbio, infatti, che, utilizzata nel caso delle società partecipate affidatarie dirette del servizio farmaceutico – come è accaduto nella vicenda oggetto del giudizio a quo – la disposizione presenterebbe effettivamente i gravi dubbi di legittimità costituzionale paventati dal rimettente, sia sotto il profilo della lesione del legittimo affidamento, sia sotto quello della sua intrinseca irragionevolezza.».

⁶ Cfr. Corte dei Conti della Lombardia, sez. controllo, n. 79/2018/PAR del 9 marzo 2018.

assegnazione delle sedi farmaceutiche vacanti o di nuova istituzione, essa deve trovare applicazione anche nelle ipotesi della cessione o in quelle dell'affidamento in concessione della sola gestione, la cui titolarità resti in capo al Comune.

Così, la tutela della concorrenza si giustifica in nome della riconduzione anche dell'attività farmaceutica nell'alveo della libertà di iniziativa economica di libera prestazione di servizi, e può subire temperamenti giustificati solo da prevalenti esigenze di tutela dell'interesse pubblico. Del resto, al di fuori di queste esigenze, ricorda la Sezione che anche la giurisprudenza della Corte di giustizia ha affermato che la sussistenza di "*esigenze imperative di interesse generale*" non possa essere giustificare restrizioni allo scopo apparente di perseguire finalità di interesse generale, ma nello specifico indirizzate verso le protezioni di interessi economici di categoria.

Nell'ordinamento generale, tutte le prelazioni legali previste nell'ordinamento si fondano sul contemperamento tra la tutela dell'interesse di una determinata categoria di soggetti e quello dell'intera collettività, al fine di attuare «un'equilibrata organizzazione dell'intera comunità sociale e, quindi, di tutelare l'interesse generale a una convivenza pacifica e produttiva».

Nel caso della cessione di farmacia comunale, la preferenza accordata al dipendente tutelerebbe interessi riconducibili ad una esigenza di migliore gestione dell'esercizio farmaceutico, attraverso la presunzione che «il farmacista già dipendente del presidio ceduto offra una garanzia di continuità e di proficua valorizzazione della esperienza già accumulata nella gestione del presidio».

Il Consiglio di Stato, tuttavia, dubita che questa fattispecie di diritto di prelazione sia giustificato dalla sussistenza di un interesse pubblico prevalente realmente apprezzabile, laddove fondato sulla continuità lavorativa dei dipendenti o sulla valorizzazione dell'esperienza professionale accumulata.

Infatti, l'interesse pubblico alla salvaguardia della continuità lavorativa, in quanto *species* dell'interesse pubblico alla salvaguardia dei livelli occupazionali, sarebbe già efficacemente protetto dall'ipotesi generale dell'art. 2112 del Codice Civile, che disciplina la continuazione del rapporto di lavoro dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda, sicché sotto questo profilo la prelazione speciale costituirebbe uno strumento superfluo o, comunque, esorbitante rispetto alla finalità perseguita.

In ordine alla valorizzazione dell'esperienza professionale conseguita dai dipendenti della farmacia, secondo il CdS è lecito dubitare che l'esperienza professionale pregressa alle dipendenze della farmacia comunale sia meritevole di specifica valorizzazione.

Da un lato, in un contesto professionale altamente qualificato, il trasferimento della farmacia secondo la disciplina legislativa in esame può aver luogo solo a favore di farmacista iscritto all'albo professionale, che abbia già conseguito l'idoneità alla titolarità o che abbia almeno due anni di pratica professionale, rispetto al quale sarebbe difficile apprezzare profili di minore qualificazione professionale. Dall'altro, la pregressa dipendenza lavorativa presso la farmacia comunale non basterebbe a provare di per sé la conduzione positiva del presidio farmaceutico, e la conseguente opportunità di garantirne la continuità.

Inoltre, la considerazione della precedente conduzione positiva dell'esercizio dovrebbe riguardare propriamente il "titolare" della farmacia, non il "dipendente" *latu sensu*, cosicché il solo rapporto di dipendenza non potrebbe offrire garanzie circa la "conduzione

imprenditoriale” dell’azienda, «di cui il dipendente non ha mai assunto il più ampio governo e la diretta responsabilità».

Sulla scorta di queste considerazioni, sussistono quindi per il CdS ampie ragioni di perplessità in merito alla conformità al diritto europeo della disciplina della prelazione speciale prevista per le farmacia comunali.

Infatti, sembrerebbe difficile far rientrare la *ratio* di valorizzazione della pregressa esperienza del dipendente nelle restrizioni limitative della concorrenza giustificate da esigenze di comprovata qualificazione professionale nella gestione degli esercizi farmaceutici e di garanzia del buon espletamento del servizio ammesse dalla Corte di Giustizia UE, e rientranti nella discrezionalità del legislatore statale.

Suscita, quindi, per la Sezione molti dubbi, in relazione ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità, il conferimento di specifica rilevanza alla pregressa esperienza professionale del dipendente della farmacia comunale per giustificare un’ipotesi speciale di prelazione legale, laddove si configura come un meccanismo svincolato da accertati criteri di merito.

Così, per il CdS deve essere rimessa alla CGUE la valutazione se l’assetto definito dalla disciplina in esame *«realizzi una ragionevole conciliazione tra le esigenze del libero mercato, della libera circolazione dei servizi e della tutela del diritto alla salute; nel labile confine tra legittima garanzia dei fini sociali e politiche protezionistiche, una siffatta normativa sembra piuttosto collocarsi sul crinale di questo secondo versante, in quanto procura un rilevante e ingiustificato vantaggio concorrenziale a determinati cittadini dello Stato membro in questione, ovvero ai cittadini di tale Stato rispetto ai cittadini di altri Stati membri»*. La disposizione normativa in esame, prevedendo un diritto di prelazione a favore del dipendente della farmacia, rischia di configurare una discriminatoria restrizione alla libertà di stabilimento in danno degli altri aspiranti all’aggiudicazione, appartenenti allo Stesso stato membro o ad altri Stati membri, tanto più se si osserva che questa previsione non sembra preordinata alla tutela ed alla realizzazione della migliore tutela della salute.

Le riflessioni del CdS, in attesa di conoscere le valutazioni della Corte di Giustizia UE, contribuiscono, pur occupandosi di un tema diverso, a definire meglio il quadro attuale in cui si svolgono le riflessioni della Corte Costituzionale sulla *ratio* ed i limiti che in cui si muove l’autonomia comunale nel considerare le diverse ipotesi previste (affidamento a gara, affidamento diretto a seguito di esercizio del diritto di prelazione, costituzione di società comunali miste con il precedente titolare o i dipendenti, cessione delle quote delle società già costituite) per la gestione delle farmacie comunali.

Sembra confermata la necessità di ricercare ancora in questa legislazione settoriale, i nuovi equilibri connessi alla necessità di perseguire esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica, tutelare il mercato e non diminuire i livelli di garanzia per i cittadini delle prestazioni del servizio farmaceutico.

Nuovi equilibri per identificare correttamente gli *status* giuridici dei titolari, dei titolari proprietari di quote societarie, dei dipendenti e dei terzi concorrenti nelle procedure di affidamento del servizio, al fine di configurare esattamente le esigenze di tutela del legittimo affidamento di ciascuno sulle proprie posizioni giuridiche al cospetto della trama complessa degli interessi pubblici in gioco, tra legislazione di settore, discipline generali e principi europei.