

ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CAMPANIA – SEZ.

III

N A P O L I

R.G. n. 2143/2023

Ud. Pubbl. 09.04.2024

II MOTIVI AGGIUNTI 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. Stanzione n. 11, rappresentate e difese – giusta mandato in calce al presente atto – dall'avv. Ivan Del Giudice (cod. fisc. DLGVNI77D11F8399G), con il quale elettivamente domiciliato in Napoli, alla Via L. Giordano 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 081.372.13.20 – pec ivandelgiudice@avvocatinapoli.legalmail.it

CONTRO la Regione Campania, in persona del Presidente p.t., rappresentato e difeso – come in atti – dall'avv. Rosaria Saturno – pec rosariasaturno@pec.regione.campania.it, elettivamente domiciliato presso la sede in Napoli, alla Via S. Lucia n. 81

1

E NEI CONFRONTI dei dottori Anna Di Stasio (cod. fisc. DSTNNA84T67B963L), Rita Giliberti (cod. fisc. GLBRTI80H57A509B), Vincenzo D'Orsi (cod. fisc. DRSVCN79E02G964B), Nicola Vallefuooco (cod. fisc. VLLNCL68T10F839L), Giorgia Carrano (cod. fisc. CRRGRG68M58F839H), Lucio Rullo (cod. fisc. RLLLCU75S05B990I) e Antonio De Nisi (cod. fisc. DNSNTN71L22A783D)

PER L'ANNULLAMENTO E/O LA RIFORMA, PREVIA ADOZIONE DI OGNI PIÙ IDONEA MISURA CAUTELARE, ANCHE MONOCRATICA: L) del decreto dirigenziale della Regione Campania – Direzione Generale per la Tutela della salute e il Coordinamento del Sistema Sanitario regionale, n. 748 del 10 novembre 2023 (pubblicata sul BURC n. 81 del 13 novembre 2023), recante ulteriore rettifica della graduatoria definitiva del concorso straordinario per l'assegnazione di sedi

farmaceutiche indetto con decreto dirigenziale n. 29 del 25 maggio 2013, nonché rettifica dell'elenco delle sedi conferibili e prosecuzione delle operazioni di interpello; **M)** dell'avviso del 31 ottobre 2023 (pubblicato in pari data sul sito istituzionale), recante comunicazione dell'avvio del secondo interpello per l'assegnazione delle sedi *de quibus*; **N)** di qualsiasi ulteriore atto premesso, connesso e/o consequenziale siccome lesivo dei diritti e degli interessi delle ricorrenti;

NEL RICORSO PROPOSTO AVVERSO: **A)** il 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 indizione 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)** gli atti e i 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

premessi, connesso e/o consequenziale, siccome lesivo dei diritti e degli interessi delle ricorrenti;

NONCHÉ, CON I MOTIVI AGGIUNTI, AVVERSO: G) del decreto dirigenziale della Regione Campania - Direzione Generale per la Tutela della salute e il Coordinamento del Sistema Sanitario regionale, n. 354 del 21 giugno 2023 (pubblicato sul BURC n. 48 del 26 giugno 2023), recante esecuzione della sentenza resa dal Consiglio di Stato n. 6016/2023 – Aggiornamento sedi e riapertura termini primo interpello relativo al concorso straordinario per l’assegnazione di sedi farmaceutiche disponibili per il privato esercizio, bandito con decreto dirigenziale AGC Assistenza Sanitaria – Settore farmaceutico n. 29 del 23 maggio 2013; **H)** qualora occorra, decreto dirigenziale della Regione Campania - Direzione Generale per la Tutela della salute e il Coordinamento del Sistema Sanitario regionale, n. 360 del 23 giugno 2023 (pubblicato sul BURC n. 48 del 26 giugno 2023); **I)** di qualsiasi altro atto premesso, connesso e/o consequenziale siccome lesivo dei diritti e degli interessi delle ricorrenti.

FATTO

A) La vicenda di cui è causa è stata ampiamente rappresentata nei precedenti scritti difensivi sicché, in ossequio al canone di sinteticità ex art. 3 cod. proc. amm., di seguito viene in breve riportata.

Le dott.sse Petrone e Gagliardi partecipavano al concorso straordinario per l’assegnazione di sedi farmaceutiche indetto dalla Regione Campania con decreto dirigenziale n. 29 del 23 maggio 2013, presentando domanda in forma associata nel rispetto della disciplina speciale introdotta dall’art. 11 de. d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 (conv. con L. 24 marzo 2012 n. 27).

All’esito dell’esame dei titoli dichiarati, le ricorrenti si collocavano in posizione utile rispetto alle sedi previste, come da graduatoria definitiva approvata con decreto dirigenziale n. 18 del 24 gennaio 2020, poi rettificata con successivi decreti dirigenziali n. 166 del 29 aprile 2021, n. 5 del 14 gennaio 2022 e n. 78 del 10 marzo 2022.

* * * * *

B) Accadeva tuttavia che, nell'ambito di un contenzioso proposto da alcuni candidati avverso tale ultima modifica, codesto ecc.mo Tribunale si pronunciava sulla questione relativa all'applicazione alla suddetta procedura straordinaria della preclusione alla partecipazione sancita dall'art. 12, co. 4 della L. 2 aprile 1968 n. 475 che, come noto, sancisce il divieto di concorrere ad ulteriori assegnazioni a carico dei farmacisti che "abbiano ceduto la propria farmacia" nel decennio antecedente all'indizione della relativa procedura concorsuale.

Con sentenza n. 1341 del 2 marzo 2023, quindi, codesto ecc.mo Tribunale affermava, tra l'altro, che *«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»*.

Il principio in questione, enucleato in tema di applicazione della richiamata preclusione alle ipotesi di modificazioni degli assetti di società di persone, tuttavia, muoveva da motivazioni che, invero, si attagliavano allo specifico caso esaminato ed erano delimitate in ragione del *thema decidendum* derivante delle doglianze sollevate, trattandosi di contestazioni inerenti al trasferimento della complessiva titolarità di sede farmaceutica, anche con particolare riferimento alle peculiarità del meccanismo concorsuale straordinario che prevedeva la possibilità di partecipazione contestuale in diversi ambiti territoriali regionali e vincolava per un triennio i candidati alla gestione congiunta.

* * * * *

C) Pertanto, a fronte dell'estensione del suddetto giudizio a seguito dell'integrazione del contraddittorio, le ricorrenti ritenevano opportuno cautelativamente gravare la pronuncia *de qua* innanzi al Consiglio di Stato, onde evitare che potesse formarsi un giudicato formale sulla *regula iuris* ivi enunciata ancorché, a ben vedere, non potesse sostenersi che le conclusioni rassegnate trovassero applicazione *tout court* anche a

vicende societarie non idonee ad alterare l'assetto della compagine e ad incidere sulla titolarità giuridica del rapporto concessorio.

Al riguardo, infatti, vale ricordare che la dott.ssa Petrone, prima della presentazione della domanda di partecipazione, aveva ceduto le quote minoritarie da lei possedute quale socio accomandante nella società di famiglia (*"Farmacia M.R. Petrone"* s.a.s.), costituita sin dal 1999 con i germani Riccardo e Raffaele Petrone nonché con il genitore, dott. Michele Petrone, nelle more deceduto, originario titolare dell'esercizio farmaceutico.

In tal senso, l'operazione negoziale posta in essere non aveva dato luogo ad alcuna dismissione della farmacia (nel suo complesso), di modificazione del rapporto amministrativo o di mutamento della gestione, sicché non si poteva inquadrare nelle fattispecie sinora ritenute in giurisprudenza elusive della preclusione contestata.

In altri e più chiari termini, la cessione non era finalizzata, attraverso collegamenti negoziali con forme di trasformazione del tipo societario, ad aggirare la finalità di interesse pubblico sottesa all'art. 12, co. 4 della L. 2 aprile 1968 n. 475.

5

Con decisione n. 6016 del 19 giugno 2023, il Consiglio di Stato confermava la sentenza di prime cure ma, per quanto concerne gli specifici e dettagliati motivi di gravame articolati dalle odierne ricorrenti, non prendeva espressa posizione e, anzi, rinviava l'esame delle questioni agitate a codesto ecc.mo Tribunale espressamente rilevando che *«la sentenza impugnata ed i principi ivi fissati consentono alla Regione di tenere conto del dictum giurisdizionale al fine dell'adozione degli atti conseguenti, di cui, in ipotesi, le appellanti incidentali potranno dolersi nell'ambito di un (nuovo) giudizio e non nell'ambito del presente contenzioso»* (cfr. punto 34.3)

Ed infatti, nelle more della definizione del giudizio di appello, era intervenuto il decreto dirigenziale n. 92 del 3 marzo 2023 (impugnato con ricorso introduttivo del presente giudizio), con il quale la Regione Campania, in asserita esecuzione della sentenza di primo grado, aveva disposto – tra le altre – l'esclusione della candidatura presentata dalle dott.sse Petrone e Gagliardi.

Orbene, nel ricorso e nei precedenti motivi aggiunti si è dato ampiamente conto delle ragioni giuridiche in virtù delle quali la preclusione dettata dall'art. 12, co. 4 della L. 2 aprile 1968 n. 475 non operi nel caso di cessione di quote minoritarie di società di persone e, in tal senso, si è offerta una disamina degli orientamenti giurisprudenziali sinora intervenuti (di fatto, prevalentemente incentrati sulla valutazione di compatibilità rispetto alle peculiarità del meccanismo straordinario introdotto dal d.l. n. 1/2012 cit.), che non solo non si sono mai soffermati su tale specifica *quaestio iuris*, ma anzi hanno offerto spunti ermeneutici per la corretta interpretazione della normativa di settore che appaiono ostativi all'estensione del divieto anche alla fattispecie di cui è causa.

* * * * *

D) Con motivi aggiunti successivamente notificati, poi, le odierne ricorrenti impugnavano il decreto dirigenziale n. 354 del 21 giugno 2023, con il quale la Regione Campania reiterava le determinazioni assunte e procedeva al primo interpello dei candidati collati nelle prime 17 posizioni di merito, nonché il decreto dirigenziale n. 360 del 23 giugno 2023, recante aggiornamento delle sedi disponibili.

6

Al riguardo, oltre evidentemente al profilo di illegittimità derivata, le dott.sse Petrone e Gagliardi deducevano anche vizi di invalidità propria, siccome, anche alla luce della precisazione contenuta nella parte motiva della decisione n. 6016/2023, il giudicato formatosi sul giudizio pregresso, così come perimetrato dal *petitum* sostanziale, non presentava una portata vincolante rispetto alle odierne ricorrenti, né tanto meno imponeva la loro esclusione.

Le ragioni di diritto e le circostanze di fatto poste a sostegno delle censure sollevate, infatti, non erano state oggetto di un sindacato giudiziale sicché, anche alla luce delle argomentazioni addotte nei ricorsi proposti, era onere della Regione Campania motivare adeguatamente in ordine all'estensione del divieto in parola anche a vicende traslative di mere quote societarie rispetto a titolarità risalenti nel tempo e non assegnate mediante concorso straordinario.

* * * * *

E) Da ultimo, con avviso pubblicato in data 31 ottobre 2023 (**doc. 1**), la Regione Campania comunicava la volontà di proseguire l'interpello per l'assegnazione della sede farmaceutica, essendosi concluso altro contenzioso relativo a questione inerente al computo dei punteggi spettanti per il titolo di idoneità ad altro concorso.

Pertanto, si informavano tutti i candidati collocati in posizione utile che *«l'interpello avrà inizio in data 19 novembre 2023 e si concluderà in data 24 novembre 2023. Le procedure di interpello verranno eseguite sulla piattaforma tecnologica ed applicativa unica del Ministero della Salute. Due giorni prima dell'inizio della procedura, venerdì 17 novembre 2023, tramite la piattaforma ministeriale sarà inviato alla casella pec del titolare della candidatura singola, o del referente della candidatura in forma associata, un avviso con le indicazioni relative alla scelta delle sedi»*.

Successivamente, con decreto dirigenziale n. 748 del 10 novembre 2023, pubblicato sul BURC n. 81 del 13 novembre 2023 (**doc. 2**), la Regione Campania approvava un'ulteriore rettifica della graduatoria concorsuale, disponendo altre esclusioni di candidati asseritamente coinvolti da cessioni e/o trasferimenti di farmacie, nonché, epurato l'elenco dai nominativi dei candidati già assegnatari nel primo interpello con eliminazione delle relative sedi, approvava una parziale modifica del novero delle sedi conferibili che, in dette operazioni, era quindi pari a n. 168 sedi totali.

Con tale determinazione, quindi, veniva confermata l'esclusione delle odierne ricorrenti che, a fronte dell'imminente avvio delle operazioni di interpello sino alla posizione originariamente ricoperta, è senz'altro suscettibile di arrecare gravi ed irreparabili pregiudizi, rendendo irreversibili gli effetti prodotti e cristallizzando il danno patito a causa dell'ingiusta estromissione dalla procedura selettiva *de qua*.

* * * *

F) Alla luce di quanto rappresentato e dedotto, quindi, le dott.sse Rossella Petrone e Rossella Gagliardi, rappresentate e difese come in epigrafe, ricorrono avverso i provvedimenti impugnati innanzi a codesto ecc.mo Tribunale chiedendone l'annullamento e/o la riforma, previa adozione di ogni più idonea misura cautelare, anche monocratica, siccome illegittimi per i seguenti

MOTIVI

I) 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. 8 NOVEMBRE 1991 N. 362; ART. 5 DEL D.L. 4 LUGLIO 2006 N. 233, CONV. CON L. 4 AGOSTO 2006 N. 248; ART. 7 DELLA L. 8 NOVEMBRE 1991 N. 362; 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 DELLA DISCIPLINA CIVILISTICA SULLE SOCIETÀ DI PERSONE (ARTT. 2313, 2318 E 2322 COD. CIV.). VIOLAZIONE E FALA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI RAGIONEVOLEZZA, PROPORZIONALITÀ E BUON ANDAMENTO (ARTT. 3 E 97 COST.)

Con il decreto n. 748 del 10 novembre 2023, la Regione Campania ha espletato un'ulteriore e complessiva verifica sui requisiti di ammissione alla procedura concorsuale di cui è causa, disponendo nuove esclusioni a danno di candidati per i quali si è ritenuto operasse la preclusione dettata dall'art. 12, co. 4 della L. n. 475/1968 e, per quanto ci occupa, confermando il depennamento delle odierne ricorrenti.

8

In tal senso, si asserisce che la verifica sia stata svolta secondo i criteri esplicitati nella decisione del Consiglio di n. 6016/2023 che, tuttavia, per quanto concerne le dott.sse Petrone e Gagliardi, non sono adeguati e sufficienti a motivare la determinazione assunta.

Contrariamente a quanto affermato, infatti, **la cessione di quote costituisce un'operazione che il Giudice di Appello non ha affatto valutato in relazione alle censure sollevate nell'appello incidentale**, avendo soltanto esaminato le eccezioni e deduzioni introdotte nel giudizio dalle parti principali avverso operazioni negoziali non sovrapponibili a quella posta in essere dalla dott.ssa Petrone.

Pertanto, **non può *sic et simpliciter* sostenersi che il trasferimento della sola partecipazione (peraltro minoritaria) in una società di persone sia di per sé vicenda sussumibile nel divieto *de quo*, né tanto meno tale conseguenza**

scaturisce dalla sentenza citata, come ben si evince dalle motivazioni rassegnate nella decisione n. 6016/2023

Orbene, vale ancora una volta soffermare l'attenzione sulla *ratio* e sulla finalità dell'istituto in parola, onde enucleare la reale portata precettiva della norma a seguito anche delle riforme del settore, fortemente improntate a garantire la concorrenzialità nel servizio farmaceutico in ossequio ai valori fondanti dell'ordinamento euro-unitario.

In questa prospettiva, gli orientamenti giurisprudenziali sinora emersi, se analizzati attentamente nel loro contenuto motivazionale, forniscono elementi a sostegno delle ragioni delle odierne ricorrenti.

In estrema sintesi, va evidenziato che la preclusione di cui si discorre era coerente con una disciplina complessiva che prevedeva *ab origine* la titolarità individuale del rapporto amministrativo (e quindi della sede farmaceutica), tanto è vero che il trasferimento presuppone la cessione dell'intero complesso aziendale ai sensi dell'art. 14, co. 11 della L. n. 475/1968; disposizione, quest'ultima, tutt'ora vigente e da ricondurre evidentemente a sistema.

9

A supporto di tale lettura, occorre osservare che quando il Consiglio di Stato ha inteso ricostruire la finalità dell'istituto ha chiaramente affermato che lo scopo è quello di evitare che “*la disponibilità degli esercizi farmaceutici, nel senso dell'affidamento della relativa titolarità*” dipenda da scelte degli stessi farmacisti “*e sarebbe sottratta alla dinamica concorsuale, potendo quelli decidere di cedere la farmacia (e così individuarne il titolare) e liberamente concorrere per una nuova assegnazione*”. Solo in relazione a tale precipua finalità, quindi, si esprime l'esigenza di preservare la connotazione pubblica del servizio farmaceutico depurandolo da profili di carattere speculativo (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 229/2020).

Del resto, quando poi si è soffermato sul concetto di cessione quale fattispecie rilevante in tale materia, lo stesso Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che debbano essere considerate, indipendentemente dal *nomen iuris*, solo quelle vicende che “*producano l'effetto 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 di 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, n. 6775/2022).

Orbene, proprio sulla base di tali coordinate giurisprudenziali è possibile affermare che **la cessione di una sola "quota" di partecipazione, peraltro minoritaria e intestata al socio accomandante** (privo di poteri rappresentativi e gestori ex artt. 2318 e 2320 cod. civ., a dispetto di quanto assunto dal Consiglio di Stato), **non integri affatto la fattispecie disciplinata dall'art. 12, co. 4 della L. n. 475/1968** e ciò perché:

a) **non viene trasferita la titolarità dell'esercizio**, che permane in capo alla compagine sociale ex art. 7 della L. 8 novembre 1991 n. 362 (*«Sono titolari dell'esercizio della farmacia privata le persone fisiche, in conformità alle disposizioni vigenti, le società di persone, le società di capitali e le società cooperative a responsabilità limitata»*), **sicché non si realizza il rischio paventato in giurisprudenza** (ossia la sottrazione della sede dalla dinamica concorsuale);

b) **non viene alterato l'assetto del servizio pubblico non solo in via formale** (ossia non varia il rapporto amministrativo di autorizzazione), **ma neanche in concreto**, dal momento che non muta la direzione e la conduzione dell'esercizio e rimane altresì inalterato il complesso aziendale ex art. 14, co. 11 della L. n. 475/1968;

c) **il prezzo della cessione** (in questo caso avvenuta all'interno del nucleo familiare) **è soltanto diretto a compensare la mera perdita patrimoniale**, quale controvalore della quota ceduta, **ma non realizza alcun intento speculativo o commerciale**, dal momento che non si sceglie un nuovo farmacista titolare di sede, ma al più soltanto un nuovo socio di minoranza (e, nella presente vicenda, non avviene neanche questo, trattandosi di trasferimenti interni ai medesimi soci-familiari, già presenti nella compagine).

Peraltro, l'analisi di tale operazione negoziale va anche calata nel nuovo contesto ordinamentale che connota il settore, improntato alla spiccata liberalizzazione del

servizio con la possibilità anche di partecipazione plurima in diverse società di gestione di farmacie.

Al riguardo, va rilevato che, **allorquando il Consiglio di Stato si è interessato di vicende traslative relative a società di persone per concorsi ordinari, aveva analizzato trasferimenti disposti prima delle riforme introdotte dal d.l. n. 233/2006**, non pronunciandosi sulla compatibilità di una lettura rigorosa ed espansiva della preclusione in parola (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 229/2020 cit., che tuttavia prendeva in esame l'acquisizione di un vantaggio "pro quota" derivante dal trasferimento della titolarità della farmacia).

Di contro, **in via generale, si è correttamente affermato che la costituzione del modulo societario, anche *sub specie* di società di persone, ancorché non dotate di personalità giuridica, sia suscettibile di separare le sfere patrimoniali dei soci rispetto a quella della compagine sociale, cui va imputata la titolarità della sede farmaceutica** (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 4128/2015).

Diversamente opinando, del resto, si introdurrebbe una manifesta aporia nell'ordinamento di settore, siccome l'equiparazione delle forme societarie per la gestione degli esercizi sancita dall'art. 7 della L. n. 362/1991 verrebbe di fatto vanificata dalle diverse conseguenze che derivano dalla circolazione delle relative quote a seconda della tipologia di modulo adottato (società di capitali e/o società di persone).

Orbene, va ribadito che nella presente vicenda non ricorre la necessità di garantire la regolarità del concorso straordinario, fortemente derogatorio, e quindi non vi è né l'esigenza di valutare gli effetti della partecipazione contestuale in diversi ambiti regionali, né tanto meno quella di assicurare la permanenza del vincolo triennale di gestione nel caso di partecipazioni in associazione (con conseguente attribuzione della titolarità a ciascun candidato anche nel caso di costituzione di società di personale, come chiarito dal parere del Consiglio di Stato n. 69 del 3 gennaio 2018). Ne deriva, pertanto, che **ben si comprende come l'estensione della preclusione decennale di cui all'art. 12, co. 4 della L. n. 475/1968 alle odierne ricorrenti sia**

palesamente irragionevole, sproporzionata e ingiustificata, in quanto eccessiva rispetto alle finalità di interesse pubblico.

In altri e più chiari termini, il carattere personalistico delle società *de quibus*, rimarcato dalle sentenze sinora intervenute sul concorso straordinario come aspetto rilevante “*pro quota*”, non rileva affatto siccome, in questo caso, la cessione operata non compromette la regolarità del meccanismo selettivo, né tanto meno compromette le ragioni di interesse pubblico nell'erogazione del servizio.

Di contro, si perviene paradossalmente a penalizzare il farmacista “socio di minoranza” impedendogli di concorrere per l'assegnazione della sede, ancorché si sia privato di tale qualifica in un contesto ordinamentale che, oggi, prevede la possibilità di titolarità multiple in capo alle compagini sociali ovvero la partecipazione contestuale dei soci, anche non farmacisti, in diverse società di gestione, sic!

Ne deriva l'illegittimità dei provvedimenti impugnati siccome la Regione Campania ha esteso alle odierne ricorrenti una *regula iuris* che non scaturisce affatto dalla portata conformativa della decisione del Consiglio di Stato n. 6016/2023, senza valutare le ragioni di incompatibilità di detta esclusione con l'attuale contesto normativo.

12

II) ILLEGITTIMITÀ DERIVATA

Come rilevato in fatto, i provvedimenti impugnati sono inficiati da un oggettivo vizio di illegittimità derivata in quanto ridondano delle medesime cause di invalidità già segnalate con riferimento alle determinazioni contestate nel presente giudizio.

Ad ogni modo, per completezza difensiva e in ossequio al principio di autosufficienza degli atti processuali, si riportano integralmente le doglianze e le censure sollevate nel ricorso introduttivo e nei precedenti motivi aggiunti, che di seguito per esteso si trascrivono.

In ordine al ricorso introduttivo:

«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 piana 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 rettamente 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».

In ordine ai I motivi aggiunti

«I) VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3 E 97 COST. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 1 E 3 DELLA L. 7 AGOSTO 1990 N. 241. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ. DIFETTO ASSOLUTO DI MOTIVAZIONE.

Come rilevato in fatto, con i provvedimenti impugnati la Regione Campania ha riaperto le operazioni di interpello a seguito della conclusione del giudizio di appello proposto avverso la sentenza di codesto ecc.mo Tribunale n. 1341/2023, essendo venuti meno gli effetti delle misure cautelari *medio tempore* concesse e, quindi, la sospensione del decreto dirigenziale n. 92 del 3 marzo 2023.

L'Amministrazione resistente ha così ritenuto di dover immediatamente eseguire la decisione del Consiglio di Stato n. 6016/2023 senza tuttavia considerare che, nelle motivazioni addotte a sostegno del suddetto pronunciamento, lo stesso Giudice di appello aveva ritenuto di non dover esaminare le eccezioni sollevate nell'appello incidentale dalle odierne ricorrenti.

In tal senso, quindi, risultava non ancora risolta la questione inerente alla corretta applicazione dell'art. 12 della L. n. 475/1968 a vicende diverse da quelle già affrontate da codesto ecc.mo Tribunale.

Orbene, a fronte di argomentati dubbi interpretativi sulla compatibilità della preclusione in parola rispetto a mere cessioni di quote, se avulse dalle problematiche afferenti alla gestione del concorso straordinario, era imprescindibile motivare adeguatamente l'applicazione del divieto in parola, soprattutto alla luce delle riforme del settore farmaceutico introdotte, dapprima, dal d.l. 4 luglio 2006 n. 223 (conv. con L. 4 agosto 2006 n. 248), e, successivamente, dalla L. 4 agosto 2017 n. 124. In altri e più chiari termini, non era affatto sufficiente richiamarsi alla decisione n. 6016/2023, siccome tale pronunciamento non offriva alcun elemento utile a fondare l'esclusione delle ricorrenti né, tanto meno, a superare la diversa opzione esegetica prospettata nell'appello incidentale e negli scritti difensivi ritualmente depositati.

Del resto, l'omissione di tale necessaria integrazione delle ragioni giuridiche poste a sostegno dell'estensione della preclusione decennale non appare neanche giustificata dalla necessità di dare pronta esecuzione al suddetto procedimento, tenuto conto che l'interpello è stato avviato soltanto per le prime 17 posizioni a fronte di ben 183 sedi conferibili.

Ne deriva che, in ossequio ai canoni costituzionali di ragionevolezza, proporzionalità e buon andamento, l'Amministrazione resistente avrebbe dovuto affrontare le censure prospettate in ordine alla interpretazione dell'art. 12 della L. n. 475/1968 prima di procedere alla riapertura delle operazioni di interpello e, quindi, motivare adeguatamente la determinazione assunta, dal momento che la *regula iuris* espressa nella sentenza n. 1341/2023, testualmente richiamata nel decreto dirigenziale n. 92 del 3 marzo 2023, non è di per sé dirimente, non involgendo direttamente le questioni sollevate e non esaminate né da codesto ecc.mo Tribunale né tanto meno dal Consiglio di Stato.

In altri e più chiari termini, non è rinvenibile alcun vincolo conformativo derivante dalla decisione n. 6016/2023 che imponga l'esclusione delle ricorrenti, sicché era senz'altro necessario integrare l'apporto argomentativo posto a fondamento dell'estensione generalizzata della preclusione decennale a qualsiasi cessione di quote sociali.

Ne deriva, pertanto, la sussistenza di un autonomo vizio di illegittimità che inficia i decreti dirigenziali nn. 354 e 360 del 2023».

ISTANZA CAUTELARE

In ordine al *fumus boni iuris* sia consentito rinviare ai motivi di ricorso che precedono. Sul punto, si ritiene opportuno ribadire come la questione controversia non sia stata sinora affrontata, posto che, con decisione n. 6016/2023 cit., il Consiglio di Stato non ha valutato le specifiche eccezioni sollevate dalle odierne ricorrenti rinviando la

loro disamina nel presente giudizio, come espressamente affermato nella parte motiva (punto 34.3).

Ne deriva, pertanto, che rispetto alle censure dedotte dalle dott.sse Petrone e Gagliardi non appare sufficiente e congrua la motivazione addotta da codesto ecc.mo Tribunale nell'ordinanza n. 1394 del 6 settembre 2023 in un giudizio analogo (*«tale divieto trova operatività a prescindere dalla modalità di acquisto (negoziale o concorsuale) della titolarità della farmacia poi ceduta con la dismissione della quota di partecipazione alla società di persone, come precisato nella citata sentenza del Consiglio di Stato n. 6016/2023 ai paragrafi 34.2 e seguenti con condivisibili osservazioni»*), dal momento che si risolverebbe in un'argomentazione “circolare” evasiva delle questioni agitate e sinteticamente riportate dal giudice d'appello in sentenza.

Per quanto attiene al *periculum in mora*, invece, va rimarcato come l'esecuzione dei provvedimenti impugnati sia oggettivamente suscettibile di arrecare gravi ed irreparabili pregiudizi alle odierne ricorrenti in ragione dell'effetto escludente che essi determinano. In questo senso, quindi, **il presupposto di accesso alla tutela cautelare è *in re ipsa* a fronte dell'imminente avvio delle operazioni di prosecuzione dell'interpello per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche che, in questa fase, coinvolgono anche le odierne ricorrenti.**

Come si evince *per tabulas* dalla documentazione prodotta, l'Amministrazione resistente si accinge a convocare i candidati collocati a partire dalla posizione n. 1 della nuova graduatoria rettificata (dott.ssa Fabbo Rita), che corrisponde alla posizione n. 30 della graduatoria approvata prima degli impugnati depennamenti.

In assenza della contestata esclusione, quindi, le odierne ricorrenti, collocate originariamente nella posizione n. 31, sarebbero sicuramente in turno di nomina per il conferimento della titolarità dell'esercizio farmaceutico, siccome comprese nel novero dei candidati interessati dalle imminenti assegnazioni.

E' pertanto incontrovertibile che i provvedimenti impugnati comportano la perdita definitiva di una *utilitas* che esse hanno diritto a conseguire in base agli esiti della

selezione espletata dall'Amministrazione resistente, essendo concreto il vantaggio ottenibile dalla rimozione degli effetti della contestata esclusione

Con ogni evidenza, l'esecuzione dei provvedimenti impugnati può compromettere in modo irreversibile la loro sfera giuridica, fortemente incisa dalle determinazioni adottate, in quanto si verrebbe a consolidare la lesione subita con la conclusione delle operazioni *in itinere* mediante l'attribuzione di tutte le sedi disponibili che sono state messe a concorso.

Al riguardo, mette conto rilevare che la procedura in questione è oltre modo complessa siccome si tratta di individuare la sede spettante a ciascun candidato mediante uno scorrimento "a scacchiera" che, sulla base di un apposito applicativo informatico, incrocia i dati relativi alla posizione in graduatoria (anche alla luce di eventuali rinunce espresse o tacite) con le preferenze territoriali espresse dai singoli candidati.

Come precisato nell'avviso pubblicato in data 7 marzo 2023 in occasione del primo interpello, infatti, la procedura prevede: a) l'inoltro a mezzo pec di un invito a partecipare; b) l'indicazione entro 5 giorni da parte dei candidati delle preferenze espresse in numero pari alla posizione in graduatoria; c) l'assegnazione secondo l'ordine di preferenza della sede disponibile se non attribuita a candidato che precede in graduatoria; d) la dichiarazione di accettazione della sede nei successivi 15 giorni dalla comunicazione da parte della Regione Campania.

Orbene, occorre osservare come il re-inserimento tardivo delle odierne ricorrenti nella graduatoria concorsuale rischierebbe, di fatto, di vanificare l'effettività della tutela giudiziale a fronte della irripetibilità delle operazioni *de quibus*, dal momento che l'eventuale assegnazione postuma della sede produrrebbe "a cascata" effetti ricadenti su tutte le assegnazioni nelle more effettuate.

In questa ottica, nella ponderazione bilaterale del *periculum in mora*, e quindi nel doveroso bilanciamento degli interessi contrapposti, non vi è chi non veda come la sospensione dei provvedimenti impugnati risponda anche all'interesse pubblico della stessa Amministrazione regionale che, prima di concludere le operazioni concorsuali,

ha ovviamente interesse ad un chiarimento definitivo sulle condizioni e i presupposti di applicazione della preclusione prevista dall'art. 12, co. 4 della L. 2 aprile 1968 n. 475, nell'ipotesi di cessione di "quote" minoritarie di società di persone.

P Q M

Si conclude per l'accoglimento del ricorso, dei successivi motivi aggiunti proposti e dell'annessa istanza cautelare. 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 nella misura ordinaria pari ad € 650,00.

Napoli, 16 novembre 2023

(avv. Ivan Del Giudice)

**A S.E. ILL.MA SIGNOR PRESIDENTE DEL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO
REGIONALE PER LA CAMPANIA – SEZ. III**

26

N A P O L I

R.G. n. 2143/2023

Istanza per la concessione di misure cautelari monocratiche urgenti ai sensi dell'art. 56 cod. proc. amm.

Le dott.ssa Rossella Petrone e Rossella Gagliardi, rappresentate e difese come in epigrafe, evidenziano a codesto ecc.mo Tribunale la sussistenza di pregiudizi irreparabili di estrema gravità che derivano dall'esecuzione dei provvedimenti impugnati, tenuto conto che è imminente l'avvio delle operazioni di interpello per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche.

Come comunicato nell'avviso pubblicato in data 31 ottobre u.s., infatti, **la Regione Campania invierà in data 17 novembre 2023, tramite la piattaforma ministeriale, la pec di invito ai candidati a presentare l'istanza di ammissione per esprimere le preferenze sulle sedi disponibili.**

Le operazioni si svolgeranno in un lasso temporale brevissimo, essendo aperta la relativa finestra soltanto nel periodo 19 – 24 novembre 2023, sicché, in assenza di qualsiasi misura cautelare, il pregiudizio è destinato a “cristallizzarsi” in modo irreversibile.

In tal senso, nell’equo bilanciamento dei contrapposti interessi, le esigenze di completamento della procedura appaiono chiaramente recessive, tenuto conto che il concorso è stato bandito da oltre 10 anni sicché la sospensione delle operazioni in attesa di un pronunciamento giudiziale sull’applicazione delle preclusioni alla vicenda di cui è causa determinerebbe una dilazione senz’altro ragionevole e proporzionata rispetto agli interessi coinvolti.

In altri e più chiari termini, a fronte del periodo sinora trascorso, non è giustificata un’accelerazione della procedura nelle sue fasi finali, già in precedenza sospese per valutazione autonoma della stessa Regione Campania, senza che sia fornito un definitivo chiarimento sulla riconducibilità della cessione di “quote” di società di persone alla fattispecie disciplinata dall’art. 12, co. 4 della L. 2 aprile 1968 n. 475.

27

Ad ogni modo, vale osservare che si rende opportuna e necessaria quanto meno una misura minima che consenta alle odierne ricorrenti di partecipare “con riserva” alle operazioni in parola e, quindi, di formulare le proprie preferenze territoriali.

Allo stato, infatti, tale forma provvisoria di tutela non impatta in modo eccessivo sull’organizzazione della procedura, dal momento che le dott.ssa Petrone e Gagliardi si verrebbero a collocare nella seconda posizione di merito, sicché esse dovrebbero solo opzionare la sede non indicata dalla candidata che le precede (dott.ssa Fabbo Rita).

Al riguardo, si segnala che, in vicenda analoga, codesto ecc.mo Tribunale, a seguito di istruttoria monocratica, ha evidentemente ritenuto necessario preservare la posizione dei candidati esclusi concedendo le misure cautelari di estrema urgenza, in particolare rilevando che *«la tutela della posizione giuridica di parte ricorrente, rispetto al pregiudizio di estrema gravità ed urgenza lamentato e consistente nell’assegnazione definitiva delle sedi farmaceutiche, programmata per esaurirsi in data anteriore alla fissazione della camera di*

consiglio collegiale, ben può essere realizzata imponendo all'Amministrazione di arrestarsi alla assegnazione della posizione immediatamente precedente quella virtualmente assegnabile alla ricorrente, onde impedire che la tutela cautelare eventualmente accolta in sede collegiale sia inutiliter data» (cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. III, decreto n. 2084 del 16 novembre 2023).

Pertanto, considerato che, alla luce dei termini di cui all'art. 55 cod. proc. amm., l'eventuale ordinanza collegiale non potrebbe intervenire in tempo utile a mantenere la *rem adhuc integram* sino alla decisione definitiva e, conseguentemente, ad assicurare adeguata protezione delle posizioni giuridico-soggettive azionate in giudizio, si chiede alla S.V. Ill.ma di voler adottare le più idonee misure cautelari provvisorie nelle more della fissazione della Camera di Consiglio.

Napoli, 16 novembre 2023

(avv. Ivan Del Giudice)