Pubblicato il 17/01/2020

N. 00001/2020REG.PROV.COLL.

N. 00009/2019 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9 dell'Adunanza plenaria del 2019, proposto da Elisa Gabriella Orlando e da Sebastiano Scaminaci, entrambi rappresentati e difesi dall'Avvocato Romina Raponi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Vittoria Colonna, n. 32;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio *pro tempore*, Regione Siciliana - Assessorato Regionale della Salute, in persona del Presidente dell'Assemblea Regionale *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;
Azienda Sanitaria Provinciale di Caltanisetta, non costituita in giudizio;
Presidenza Regione Siciliana, non costituita in giudizio;
Assessorato Regionale della Salute, non costituita in giudizio;
Comune di Gela, non costituito in giudizio;

nei confronti

Antonella Petrina, non costituita in giudizio;
Rosa Scarfone, non costituita in giudizio;
Ordine Provinciale dei Farmacisti di Caltanisetta, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza n. 2477 del 27 novembre 2018 del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sede di Palermo, sez. III, resa tra le parti, in seguito alla rimessione all'Adunanza plenaria da parte del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana con l'ordinanza n. 759 del 19

agosto 2019 - concorso per l'assegnazione di 222 sedi farmaceutiche – mancato riconoscimento della titolarità e dell'autorizzazione all'apertura della farmacia n. 21 di Gela.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'appellata Presidenza del Consiglio dei Ministri e dell'appellata Regione Siciliana – Assessorato Regionale della Salute;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2019 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per gli odierni appellanti, Elisa Gabriella Orlando e Sebastiano Caminaci, l'Avvocato Romina Raponi e per le pubbliche amministrazioni appellate, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e l'Avvocato dello Stato Sclafani;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Gli odierni appellanti, Elisa Gabriella Orlando e Sebastiano Scaminaci, hanno preso parte in forma associata alla procedura concorsuale di 222 sedi farmaceutiche bandita, ai sensi dell'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012, conv. in l. n. 27 del 2012, dalla Regione Siciliana con il decreto n. 2782 del 24 dicembre 2012.

1.1. L'art. 4 del bando, per quanto rileva in questa sede, ha previsto che «*ciascun candidato può partecipare al concorso in non più di due Regioni o Province autonome*» e che «*al totale di due concorsi concorre sia la partecipazione in forma singola che associata*».

1.2. Essi si sono collocati al 126° posto in graduatoria e sono risultati perciò assegnatari della sede n. 21 sita in Gela, rinviando il decreto dell'Assessorato del 22 gennaio 2018, quanto al riconoscimento della titolarità e all'autorizzazione all'apertura della relativa farmacia, ad un provvedimento da adottarsi, da parte dell'Azienda sanitaria territorialmente competente, previa acquisizione delle necessarie attestazioni e dichiarazioni relative anche ad eventuali cause di incompatibilità.

1.3. Senonché, con la deliberazione n. 1404 del 13 settembre 2018, l'Azienda Sanitaria Provinciale di Caltanissetta, nel richiamare le direttive impartite dall'Assessorato regionale della salute con il decreto n. 99 del 2018, ha dichiarato "improcedibile" la domanda di riconoscimento della titolarità e dell'autorizzazione all'apertura della farmacia n. 21 di Gela, poiché ha ravvisato una causa di incompatibilità per essere i ricorrenti già titolari di una farmacia nella Regione Lombardia.

1.4. Gli odierni appellanti hanno infatti preso parte anche alla procedura concorsuale per l'assegnazione di 343 sedi farmaceutiche, bandita da tale Regione, e si sono utilmente collocati in graduatoria, ottenendo la sede n. 7 del Comune di Mariano Comense.

2. Avverso tale provvedimento e tutti gli atti presupposti e conseguenti – il bando, il decreto del Dirigente Generale n. 99 del 2018, la nota prot. n. 61 del 26 gennaio 2018 dell'Azienda Sanitaria

Provinciale di Caltanissetta – gli odierni appellanti hanno proposto ricorso avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sede di Palermo, e ne hanno chiesto, previa sospensione, l'annullamento.

2.1. Essi hanno proposto un unico articolato motivo, incentrato sulla violazione dell'art. 112 del R.D. n. 1265 del 1934, degli artt. 11 e 12 della l. n. 475 del 1968, dell'art. 11 del d.l. n. 12 del 2012, degli artt. 7 e 8 della l. n. 362 del 1991, dell'art. 7, comma 4-*quater*, del d.l. n. 192 del 2014, del d.l. n. 223 del 2006, dell'art. 1, commi 157 e 158, della l. n. 124 del 2017, del d.P.R. n. 445 del 2000, dell'art. 18 della L.R. n. 33 del 1994, degli artt. 1 e 3 della l. n. 241 del 1990, sulla violazione di legge per contrasto con l'art. 39 del T.U.E., sulla violazione del bando di concorso, sull'eccesso di potere anche per carenza di motivazione, sul difetto di istruttoria, sull'irragionevolezza, sull'illogicità, sull'incongruenza, sull'ingiustizia grave e manifesta, sulla violazione del principio di imparzialità e razionalità, sulla violazione degli artt. 1, 3, 4, 32, 36, 41 e 97 Cost.

2.1.1. Gli originari ricorrenti hanno sostenuto e continuano a sostenere, anche nel presente grado di appello, la tesi secondo cui ai farmacisti che concorrono per la gestione associata di due farmacie in due regioni diverse non sia precluso né dall'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012 né da altra disposizione la possibilità di conseguire entrambe le sedi, perché la legislazione vigente, dopo la riforma recata dalla l. n. 124 del 2017, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza*, consente alle società, di persone e ora anche di capitali, di cui siano soci due farmacisti, di essere titolari di due o più farmacie sul territorio nazionale, con il limite del 20% delle farmacie esistenti nel territorio della stessa regione o provincia autonoma, previsto dall'art. 1, comma 158, della stessa l. n. 124 del 2017.

2.2. Si è costituta nel primo grado del giudizio l'Azienda Sanitaria Provinciale di Caltanissetta, eccependo preliminarmente il proprio difetto di legittimazione passiva e contestando, nel merito, le argomentazioni dei ricorrenti.

2.3. Le altre amministrazioni resistenti, costituitesi nel primo grado del giudizio tramite l'Avvocatura Distrettuale dello Stato, hanno chiesto anche esse la reiezione del ricorso.

2.4. Il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sede di Palermo, con la sentenza n. 2477 del 27 novembre 2018 resa in forma semplificata tra le parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a., ha respinto il ricorso e ha condannato i ricorrenti a rifondere le spese di lite nei confronti delle pubbliche amministrazioni costituitesi.

2.5. Ad avviso del Tribunale, il riferimento alla gestione associata contemplato dal soprarichiamato comma 7 dell'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012 non è teso a delineare un distinto soggetto giuridico rispetto ai singoli farmacisti che rimangono contitolari dei requisiti soggettivi necessari allo svolgimento dell'attività professionale e soggetti alle incompatibilità previste dall'ordinamento.

2.5.1. Il legislatore del 2012, nel richiamare la gestione associata, non avrebbe sicuramente inteso riferirsi alle associazioni previste dall'art. 36 c.c. in ragione:

a) della connaturata immanenza dello scopo di lucro nell'attività farmaceutica;

b) della specifica regola, contemplata al comma 7 dell'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012, con cui si è prescritta la gestione paritaria tra tutti gli associati, cui consegue implicitamente la comune volontà di ripartire gli utili tra gli stessi, stante il divieto di cui all'art. 2265 c.c. e non potendosi ipotizzare, per puntuale dettato legislativo, forme di collaborazione afferenti a rapporti di lavoro subordinato o comunque privi di poteri gestori paritari.

2.5.2. Tali osservazioni implicherebbero indubbiamente, secondo il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, la riconducibilità della gestione associata nell'alveo del modello societario (Cass. civ., sez. I, 8 marzo 2013, n. 5863).

2.6. Ciò apparirebbe perfettamente coerente con il disposto dell'art. 7, comma 1, della legge 8 novembre 1991, n. 362, secondo cui le farmacie private sono in gestione societaria «*quando la titolarità è condivisa tra più farmacisti iscritti all'albo con i requisiti di idoneità, che a tal fine costituiscono una società di persone (società in nome collettivo e società in accomandita semplice*)», come questo Consiglio di Stato ha rilevato nel parere n. 69 del 3 gennaio 2018, § 6, reso dalla Commissione speciale.

2.7. Sussisterebbe, pertanto, l'incompatibilità di cui all'art. 8, comma 1, lett. b) della l n. 362 del 1991, secondo cui la partecipazione alle società, qualunque sia il ruolo assunto dal singolo socio, è incompatibile con la posizione di titolare di altra farmacia, laddove la titolarità può essere sia individuale sia condivisa (cfr. Cons. St., parere n. 69 del 3 gennaio 2018, § 41).

2.7.1. La Commissione speciale di questo Consiglio di Stato, ha ricordato ancora la sentenza di primo grado, ha chiarito come la formulazione del citato art. 8, comma 1, lett. b), della legge n. 362 del 1991 impedisca al singolo titolare o a quello in forma collettiva (*rectius* societaria), di essere titolare – in forma individuale o associata – gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia.

2.7.2. Incompatibilità che questo stesso Consiglio di Stato, in sede consultiva, avrebbe ritenuto applicabile anche nell'ipotesi di mero socio finanziatore (cfr. Cons. St., parere n. 69 del 3 gennaio 2018, § 41.5).

2.7.3. In altre parole, ha ritenuto ancora il giudice di prime cure, la forma attraverso la quale dei farmacisti possono gestire la relativa attività economica in forma collettiva è quella della società di persone cui, per i partecipanti ai bandi straordinari ai sensi del d.l. n. 1 del 2012, si aggiunge un ulteriore requisito: la paritetica condivisione dei poteri gestori cui inferisce la condivisa contitolarità della farmacia, sicché in capo a tutti i contitolari vige il divieto di ulteriore titolarità contemplato dal citato art. 8.

2.7.4. Tale modello non costituirebbe un *tertium genus* di titolarità, così come affermato dai ricorrenti in prime cure, ma ha costituito logico corollario della gestione societaria dell'attività farmaceutica in cui la titolarità dell'esercizio di farmacia privata è inscindibilmente concentrato in capo a tutti i soci-farmacisti (cfr. Cons. St., parere n. 69 del 3 gennaio 2018, § 5.3).

2.7.5. Né tale divieto può ritenersi abrogato, come hanno sostenuto gli odierni appellanti nel ricorso di prime cure, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 1, comma 158, della legge n. 124 del 2017, il quale stabilisce che «*i soggetti di cui al comma 1 dell'art. 7 della legge 8 novembre 1991 n. 362, come sostituito dal comma 157, lettera a), del presente articolo, possono controllare, direttamente o indirettamente, ai sensi degli articoli 2359 e seguenti del codice civile, non più del 20 per cento delle farmacie esistenti nel territorio della medesima regione o provincia autonoma*».

2.7.6. La Commissione speciale di questo Consiglio di Stato avrebbe infatti precisato come «*le due discipline, quella di cui all'art 11 d.l. n. 1/2012 e quella di cui all'art. 7, c. 1, l. n. 362/1991 (come novellata dalla l. n. 124/2017), operino su piani differenti*», perché la prima riguarderebbe l'acquisto originario – per concorso – della titolarità della farmacia, fenomeno che tradizionalmente e necessariamente presuppone la personalità fisica (i farmacisti sono professionisti, iscritti all'Ordine) e che, pertanto, richiede i requisiti ad essa collegati (ad es. laurea, iscrizione all'albo dei

farmacisti, idoneità in un precedente concorso), mentre la seconda disciplina citata «*si occuperebbe delle successive vicende della titolarità della farmacia, consentendone, per l'appunto, l'acquisto anche da parte di società, sia di persone che di capitali*» (cfr. Cons. St., parere n. 69 del 3 gennaio 2018, § 24).

2.8. Trattandosi, inoltre, di incompatibilità previste per legge, sarebbe irrilevante, ad avviso del primo giudice, che le stesse siano state espressamente previste nel bando, operando, in tale ipotesi, l'istituto dell'eterointegrazione (Cons. St., sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4903).

2.9. Il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sede di Palermo, ha per queste ragioni respinto il ricorso degli odierni appellanti.

3. Avverso tale sentenza gli interessati hanno proposto appello al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.

3.1. Essi, con un unico motivo di censura (pp. 5-23 del ricorso) articolato in ulteriori distinte sottocensure, hanno lamentato l'erroneità della sentenza impugnata, chiedendone, previa sospensione dell'esecutività, la riforma.

3.2. Gli appellanti hanno dedotto la violazione dell'art. 112 del R.D. n. 1265 del 1934, degli artt. 11 e 12 della l. n. 475 del 1968, dell'art. 11 del d.l. n. 12 del 2012, degli artt. 7 e 8 della l. n. 362 del 1991, dell'art. 7, comma 4-*quater*, del d.l. n. 192 del 2014, del d.l. n. 223 del 2006, dell'art. 1, commi 157 e 158, della l. n. 124 del 2017, del d.P.R. n. 445 del 2000, dell'art. 18 della L.R. n. 33 del 1994, degli artt. 1 e 3 della l. n. 241 del 1990, la violazione di legge per contrasto con l'art. 39 del T.U.E., la violazione del bando di concorso, l'eccesso di potere anche per carenza di motivazione, il difetto di istruttoria, l'irragionevolezza, l'illogicità, l'incongruenza, l'ingiustizia grave e manifesta, la violazione del principio di imparzialità e razionalità, la violazione degli artt. 1, 3, 4, 32, 36, 41 e 97 Cost.

3.3. Gli appellanti hanno sostenuto che dalle disposizioni degli artt. 112 del R.D. n. 1265 del 1934 e dell'art. 8, comma 1, lett. b), della l. n. 362 del 1991 non si desume alcun divieto, per un socio di una società farmaceutica, di essere socio anche di altra società farmaceutica e, quindi, di essere titolare di più farmacie, ma si desume solo il divieto, di cui all'art. 8 citato, che impedirebbe al titolare individuale di essere contestualmente anche socio di altra farmacia.

3.4. E una tale limitazione, rammentano gli appellanti, troverebbe fondamento nelle ragioni esplicitate da una ormai consolidata giurisprudenza, secondo cui il farmacista singolo non potrebbe essere onnipresente e prestare il servizio in maniera adeguata (v., sul punto, Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2010, n. 7336, richiamata anche nel citato parere n. 69 del 3 gennaio 2018 di questo Consiglio di Stato).

3.5. Ma tale principio deve necessariamente trovare un contemperamento, come difatti prevede l'ultima parte del comma 2 dell'art. 7 della l. n. 362 del 1991, quanto alle società di capitali, soprattutto in seguito alle modifiche introdotte con la l. n. 124 del 2017, dove i soci possono essere molteplici e il direttore della farmacia può essere uno dei soci o anche un soggetto diverso.

3.6. Dalla disamina della attuale normativa, in seguito alle modifiche apportate dalla l. n. 124 del 2017, emerge, secondo gli appellanti, che non vi sarebbero disposizioni di legge che vietano alle società di essere titolari di più farmacie né ai farmacisti di essere soci in più di una società titolare di farmacie.

3.7. Ebbene, fatta questa premessa, gli odierni appellanti hanno sostenuto che i bandi dei concorsi straordinari per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche, più o meno uguali in tutte le regioni, prevedevano la possibilità, per i candidati partecipanti in forma singola o associata, di concorrere a non più di due regioni.

3.8. Detti bandi, però, non avrebbero previsto in nessun modo che, laddove i concorrenti che avessero partecipato in forma associata e fossero risultati vincitori in entrambi i concorsi, sarebbero stati costretti a scegliere una sola sede né una analoga previsione sarebbe contenuta nelle norme di legge vigenti poiché, mentre la necessità di scelta deve considerarsi evidente per i farmacisti tenuto conto del disposto dell'art. 112 del R.D. n. 1265 del 1934, ciò non potrebbe valere per i farmacisti in forma associata, stante la possibilità, ora espressamente riconosciuta, di essere soci di una società titolare di più farmacie, con il limite del 20%.

3.9. La gestione associata sarebbe riconducibile, ad avviso degli appellanti, nel modello societario, come ha ritenuto il primo giudice con un inquadramento sistematico dell'istituto, che gli appellanti mostrano sul punto di condividere, mentre essi contestano l'argomentazione della sentenza impugnata, secondo cui la gestione associata non costituirebbe un soggetto diverso dai singoli farmacisti che la compongono.

3.10. Sarebbe invece inevitabile, essi deducono, che i soggetti che hanno partecipato in forma associata al concorso siano un soggetto giuridicamente distino rispetto alla società da questi costituita ai fini della gestione della farmacia e, in secondo luogo, una volta costituita la società, non vi potrebbe essere alcuna preclusione al rilascio della titolarità della farmacia in capo alla società, perché il regime delle incompatibilità è diverso per i titolari singoli e per la società.

3.11. L'errore che il primo giudice commette, deducono gli appellanti (p. 12 del ricorso), sarebbe quello di «*equiparare la titolarità del farmacista individuale a quella della società* […] *proprio per l'effetto che detta equiparazione comportava, ossia l'applicazione della incompatibilità dei titolari individuali anche alle società*».

4. Movendo da tale presupposto, dunque, gli odierni appellanti contestano anche l'interpretazione del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sede di Palermo, nella parte in cui sostiene che il regime della incompatibilità, di cui all'art. 8, comma 1, lett. b), della l. n. 362 del 1991, si applichi anche ai soci e alla società, di persone o di capitali, titolari di farmacia, richiamandosi anche a quanto questo Consiglio di Stato ha affermato nel parere n. 69 del 3 gennaio 2018.

4.1. Gli appellanti sottopongono a serrata critica l'avviso espresso dalla Commissione speciale di questo Consiglio nel § 41 del citato parere (pp. 13-18 del ricorso), che contrasterebbe nettamente con l'evoluzione normativa in materia, che consente alle società, di persone o di capitali, di essere titolari di più farmacie e non vieta al farmacista, che non sia titolare individuale di una farmacia, di essere titolare di più farmacie e hanno chiesto al Consiglio di giustizia della Regione Siciliana, in estremo subordine, di rimettere la questione all'Adunanza plenaria e/o alla Corte di Giustizia (pp. 22-23 del ricorso).

4.2. Essi, infine, censurano la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sede di Palermo, anche nella parte in cui assume che l'unica forma di gestione associata consentita dalla normativa in vigore sarebbe quella delle società di persone e non già anche di capitali (pp. 18-19 del ricorso) nonché nella parte in cui il primo giudice avrebbe affermato che non era necessaria l'espressa previsione di esclusione, nel bando, ignorando peraltro come le diverse regioni si siano comportate molto diversamente in riferimento all'applicazione del regime delle incompatibilità,

previste dalla legge, e si siano verificati casi nei quali i farmacisti in gestione associata abbiano ottenuto l'assegnazione di due sedi in distinte regioni.

5. Si è costituito avanti al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana l'Assessorato regionale della salute, replicando con una articolata memoria, e ha sottolineato come la funzione pro-concorrenziale dell'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012 riposi essenzialmente sulla possibilità di sommare i titoli dei singoli partecipanti al concorso, mentre la gestione in forma associata sarebbe comunque da imputare direttamente alle persone fisiche dei farmacisti, il che giustificherebbe l'applicazione nei loro confronti del regime di incompatibilità, senza che possa invocarsi la l. n. 124 del 2017, che ha abolito una serie di limiti alla multititolarità, poiché successiva all'indizione del concorso.

5.1. Si è costituita, altresì, l'Azienda Sanitaria Provinciale di Caltanissetta, replicando anche essa con articolata memoria, nel senso della sussistenza dell'incompatibilità a gestire più di una farmacia e della necessità, pertanto, di operare una scelta.

6. Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, dopo aver rinviato al merito l'esame della domanda cautelare, ha disposto attività istruttoria con l'ordinanza n. 277/2019, al fine di acquisire dal Ministero della Salute elementi di conoscenza sulle modalità di attuazione, da parte delle diverse Regioni, dell'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012.

7. Il Ministero della Salute, con la nota prot. n. 18752 del 3 aprile 2019, ha ottemperato alla richiesta istruttoria e ha richiesto agli assessorati alla sanità delle Regioni e delle Province Autonome di Trento e di Bolzano di voler far conoscere la posizione assunta nei confronti dei vincitori in forma associata al concorso in parola che risultino già vincitori della medesima procedura concorsuale presso altra regione e, per questo, già titolari di farmacia.

8. Con la successiva nota prot. n. 26264 del 7 maggio 2019 il Ministero della Salute, nel ribadire come, a suo avviso, operi il divieto di cumulo previsto dall'art. 112 del R.D. n. 1265 del 1934, ha allegato le risposte delle varie Regioni e Province Autonome, ad eccezione dell'Umbria e delle Marche, che non hanno fatto pervenire alcuna comunicazione.

9. Con l'ordinanza n. 759 del 19 agosto 2019 il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana ha rimesso l'esame delle delicate questioni, oggetto del giudizio, all'esame di questa Adunanza plenaria.

10. Il Consiglio di giustizia amministrativa ha premesso come il regime autorizzatorio, che regola l'apertura e l'esercizio delle farmacie, sia stato a lungo sottoposto ad una disciplina, risalente agli anni trenta del secolo scorso, che vietava il cumulo delle autorizzazioni, come anche la loro cessione o il loro trasferimento (art. 112 del R.D. n. 1265 del 1934).

10.1. L'autorizzazione, un tempo riferita unicamente alle persone fisiche, secondo un modello personalistico della professione liberale, in epoca più recente è stata ammessa anche nei confronti di società: dapprima a beneficio di società di persone e cooperative, con la l. 362/1991, ammettendosi poi, già con il d.l. n. 223 del 2006 (art. 5, comma 6), che il farmacista potesse essere socio anche in più di una di esse e, da ultimo, con la l. n. 124 del 2017 anche a società di capitali, che possono ora essere titolari di un numero illimitato di farmacie, fatto salvo il solo limite del 20% delle farmacie presenti nella stessa regione o provincia autonoma (v. art. 7 della l. n. 362 del 1991, a seguito dell'abrogazione dei commi dal 4-*bis* al 7 disposta dalla ricordata l. n. 124 del 2017).

10.2. Lungo questa evoluzione normativa del settore della distribuzione farmaceutica, che riflette mutamenti non meno noti avvenuti da tempo in seno alla società e nel mondo economico, che ha dato corso a ripetute segnalazioni e sollecitazioni dell'AGCM (sin dalla segnalazione del 1998 – AS 144) e che deve fare i conti con un modello (più) imprenditoriale (e più aperto) nella gestione delle farmacie, funzionale anche (almeno in teoria) ad accrescere l'offerta per gli utenti del servizio, si colloca la disciplina di cui all'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012 preordinata – stando anche alla stessa rubrica dell'articolo – al "*Potenziamento del servizio di distribuzione farmaceutica"* e, per come recita l'*incipit*, "*a favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti*".

10.3. Intervenendo sulla disciplina degli anni '60 del secolo scorso, che era nel segno della programmazione e del contingentamento del numero delle farmacie presenti sul territorio nazionale, le disposizioni del 2012 hanno previsto l'aumento delle sedi, incrementandone il numero, e, per la copertura delle nuove sedi, come anche di quelle vacanti, l'avvio di un concorso straordinario per soli titoli.

10.4. Per quanto più rileva in questa sede, osserva ancora il giudice rimettente, l'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012 dispone inoltre, al comma 5, che «*ciascun candidato può partecipare al concorso per l'assegnazione di farmacia in non più di due regioni o province autonome*» e, al comma 7, che «*ai concorsi per il conferimento di sedi farmaceutiche gli interessati in possesso dei requisiti di legge possono concorrere per la gestione associata, sommando i titoli posseduti* […]», con la precisazione che «*ove i candidati che concorrono per la gestione associata risultino vincitori, la titolarità della farmacia assegnata è condizionata al mantenimento della gestione associata da parte degli stessi vincitori, su base paritaria, per un periodo di tre anni dalla data di autorizzazione all'esercizio della farmacia, fatta salva la premorienza o sopravvenuta incapacità*».

11. Il giudice rimettente ha aggiunto, essendo non meno rilevante ai fini del decidere, come l'art. 11 non rechi alcuna previsione concernente un'eventuale incompatibilità tra l'assegnazione nell'una e nell'altra Regione o Provincia autonoma e non chiarisca, a suo avviso, cosa debba intendersi per "gestione associata" della farmacia.

11.1. Il tema della "gestione associata" o in "forma associata" è pertinente nella misura in cui gli odierni appellanti hanno sempre allegato, in termini peraltro abbastanza assertivi, di avere partecipato in tale veste al concorso in questione, sia per la Sicilia che per la Lombardia.

11.2. Tale circostanza è riconosciuta dalla Azienda Sanitaria di Caltanissetta, nelle proprie difese, senza ulteriormente indagarne i contorni e le implicazioni; mentre è oggetto di una riflessione più attenta da parte dell'Avvocatura Generale dello Stato che, nella propria memoria, ha cura di affermare come la gestione in forma associata sarebbe da imputare comunque direttamente alle persone fisiche.

11.3. Di contro, si è osservato ancora nell'ordinanza di rimessione, la premessa dalla quale muove il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sede di Palermo, nella sentenza qui appellata, parrebbe differente, se non proprio antitetica, laddove sembra assimilare la gestione associata piuttosto al modello societario, per poi ricavarne, ad ogni modo, l'incompatibilità (che è) dettata dall'art. 8, comma 1, lett. b) della l. n. 362 del 1991, per cui la partecipazione a società che gestiscono una farmacia è incompatibile con la posizione di titolare di altra farmacia.

11.4. L'Avvocatura Generale dello Stato e il Tribunale amministrativo giungono alla stessa conclusione, nel segno di una regola legale di incompatibilità che integrerebbe *ab externo* il bando, sebbene procedendo da premesse e seguendo ragionamenti diversi.

11.5. La prima perché risolve la gestione associata in una sorta di sommatoria dei titoli, che non farebbe sorgere un nuovo soggetto e, quindi, venir meno la natura di persona fisica del singolo farmacista, cui si applicherebbe logicamente il divieto del 1934.

11.6. Il secondo in quanto, dopo aver ricondotto la gestione associata (invece) al modello societario, vi scorge comunque un'incompatibilità sulla base di una lettura biunivoca, se non circolare, dell'art. 8, comma 1, lett. b), che troverebbe conforto nel parere n. 69 del 2018, *sub* § 41, del Consiglio di Stato.

12. In questo contesto e in questo giudizio, osserva ancora l'ordinanza di rimessione, la difesa degli appellanti è volta per lo più a confutare che esista una regola legale di incompatibilità: attraverso una interpretazione sia letterale che per così dire teleologica della disciplina del 2012, nel solco di una evoluzione normativa che avrebbe registrato, nel tempo, il progressivo superamento dei vincoli nella gestione non individuale delle farmacie; vincoli, o meglio, incompatibilità, che rimarrebbero però per il farmacista (ove agisca come) singolo ovvero come persona fisica, stante il disposto dell'art. 112 del R.D. n. 1265 del 1934.

12.1. L'intero ragionamento muove dalla premessa che la gestione (in forma) associata sia altro da quella individuale, e che sia piuttosto da assimilare a quella in forma societaria, per poi criticare l'applicazione che il giudice di primo grado ha fatto dell'art. 8, comma 1, lett. b) della legge n. 362 del 1991.

12.2. Nell'ordinanza di rimessione il Consiglio rileva come il primo problema sia proprio quello di decifrare cosa l'art. 11, comma 7, del d.l. n. 1 del 2012 intenda prevedendo che (gli interessati possono) concorrere in forma associata.

12.3. Se la dimensione associativa si esaurisca nel solo mettere in comune, sommandoli, i titoli posseduti, quindi in una logica per lo più contrattuale che parrebbe ricordare – (si intende) *mutatis mutandis* – il fenomeno dei raggruppamenti temporanei di imprese tra operatori economici nelle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici oppure se schiuda l'orizzonte ad una figura soggettiva autonoma rispetto al singolo, e se e quanto assimilabile alle società del libro V del codice civile.

12.4. Il nodo da sciogliere parrebbe rilevante soprattutto ove si accolga la prima delle due alternative, riducendo la forma associata ad una aggregazione di titoli nell'ambito di una titolarità che resterebbe individuale e che, quindi, dovrebbe fare i conti con le regole di incompatibilità che ancor oggi valgono per i singoli farmacisti.

12.5. Rilevante ma non per questo anche per forza (da solo) determinante – si osserva – nella misura in cui lo stesso rapporto tra la disciplina generale, sopra ricordata, e quella speciale, costituita dall'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012, non è un dato scontato, potendosi sostenere che l'intervento del 2012 abbia inteso, anche per i farmacisti in forma individuale, aprire una prima breccia nella cittadella eretta attorno allo "storico" divieto di cumulabilità o di multititolarità delle farmacie.

12.6. Accogliendo e seguendo la seconda delle alternative sopra tracciate, equiparando la gestione associata al modello societario di cui alla l. n. 362 del 1991, direzione percorsa ad esempio dalla Regione Lombardia come emerge dall'istruttoria condotta, le ragioni a sostegno di una incompatibilità parrebbero più deboli ancora, in assenza di qualunque indicazione testuale in tal senso, mancante nella legge come nel bando di concorso, e a fronte di una evoluzione normativa che si è già ricordata.

12.7. Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana non ignora come le prime applicazioni giurisprudenziali registrino, tuttavia, un indirizzo che è nel segno della perdurante incompatibilità e di cui sono espressione, in particolare, la sentenza n. 2720 del 2018 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, e, in termini più generali e meno centrati sul problema qui in esame, questo Consiglio di Stato nel parere n. 69 del 3 gennaio 2018, reso dall'apposita Commissione speciale.

13. A fronte di quanto prospettato dagli appellanti, in ordine all'esistenza di una prassi amministrativa che avrebbe contraddetto tale indirizzo o, per meglio dire, lo avrebbe confinato all'interno un numero limitato di Regioni favorevoli alla regola di incompatibilità, l'esito dell'istruttoria avrebbe rivelato un quadro più articolato ancora.

13.1. Un quadro nel quale la posizione sposata dalla Regione Siciliana appare obiettivamente (ad oggi) maggioritaria tra le altre Regioni italiane e dove, accanto ad un certo numero di Regioni che non hanno offerto una risposta definit(iv)a o che potrebbero non avere ancora incontrato un simile problema (o delle quale il Ministero potrebbe non essere stato in grado di raccogliere l'esatto punto di vista), si staglia la posizione della Regione Lombardia che è invece chiaramente favorevole alla cumulabilità (si intende limitata a due sole Regioni o Province autonome), ricavando dalla previsione dell'art. 11, comma 5, del d.l. n. 1 del 2012 una regola che facoltizza non solo la presentazione della domanda e, quindi, la partecipazione al concorso ma anche, una volta vinto il concorso, la possibilità di essere assegnatari di farmacia in (non più di) due Regioni o Province autonome.

13.2. Una simile divergenza nella prassi applicativa dell'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012, al pari delle vedute incertezze interpretative che ne sono molto probabilmente all'origine, trattandosi di questione di massima che investe materie e tematiche sensibili e trasversali (in particolare la tutela della salute, da un lato, e la libertà di iniziativa economica e la tutela della concorrenza, dall'altro) hanno indotto il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana di dare corso alla richiesta degli odierni appellanti, volta ad investire l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., al riguardo formulando i seguenti quesiti:

a) se il concorrere in forma associata, ai sensi dell'art. 11, comma 5 (*rectius*: 7), del d.l. n. 1 del 2012, sia da intendere quale una variante della titolarità in forma individuale oppure se sia invece da ascrivere al modello societario, consentendo quindi anche di assegnare la titolarità della farmacia alla società così formata e di applicare il relativo regime (di cumulabilità temperata) quanto alla titolarità di più di una sede farmaceutica;

b) se, nel silenzio dell'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012, la previsione di cui al co. 7 (*rectius*: 5) del medesimo art. 11, che facoltizza la partecipazione al concorso in (non più) di due Regioni o due Province autonome, sia da intendere come contenente anche una regola (implicita) di incompatibilità che vieterebbe di cumulare le due sedi, dovendo per forza scegliere gli interessati di quale delle due avere la gestione, pena l'improcedibilità delle loro domande.

13.3. Il Consiglio ha rimesso alla valutazione di questa Adunanza plenaria se sia necessario o anche solo opportuno integrare il contraddittorio nei confronti delle altre Regioni (diverse dalla Regione Siciliana), sollecitando un più ampio confronto di idee, per quanto si è evidenziato e per le ricadute che la soluzione della questione è destinata a determinare.

14. Gli odierni appellanti e la Regione Siciliana, l'Assessorato regionale della Salute della Regione Siciliana e la Presidenza del Consiglio dei Ministri hanno depositato le rispettive memorie difensive

anche di replica, ai sensi dell'art. 73 c.p.a., in vista dell'udienza pubblica fissata avanti a questa Adunanza plenaria, e hanno illustrato ampiamente le proprie difese.

14.1. Infine, nella pubblica udienza dell'11 dicembre 2019 fissata avanti all'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

15. L'appello deve essere respinto.

16. Ritiene il Collegio, per il principio della ragione più liquida, di poter prescindere dalla questione, sollevata dall'Avvocatura Generale dello Stato nella memoria di replica depositata il 21 novembre 2019 (pp. 7-11), in ordine all'applicabilità *ratione temporis* delle modifiche normative introdotte dalla l. n. 124 al 2017 al concorso straordinario bandito nel 2012, in quanto tale questione, per le assorbenti ragioni che tutte qui di seguito si esporranno, è superflua e ininfluente ai fini del decidere.

17. Per un più chiaro e ordinato inquadramento delle questioni controverse occorre, ad avviso del Collegio, invertire l'ordine logico delle questioni poste dall'ordinanza di rimessione che, come poco sopra si è premesso (§ 13.2.) e va qui nuovamente ricordato, sono le seguenti:

a) se il concorrere in forma associata, ai sensi dell'art. 11, comma 7, del d.l. n. 1 del 2012, sia da intendere quale una variante della titolarità in forma individuale oppure se sia invece da ascrivere al modello societario, consentendo quindi anche di assegnare la titolarità della farmacia alla società così formata e di applicare il relativo regime (di cumulabilità temperata) quanto alla titolarità di più di una sede farmaceutica;

b) se, nel silenzio dell'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012, la previsione di cui al comma 5 del medesimo art. 11, che facoltizza la partecipazione al concorso in (non più) di due Regioni o due Province autonome, sia da intendere come contenente anche una regola (implicita) di incompatibilità che vieterebbe di cumulare le due sedi, dovendo per forza scegliere gli interessati di quale delle due avere la gestione, pena l'improcedibilità delle loro domande.

18. L'Adunanza plenaria ritiene infatti che, solo una volta chiarita la *ratio* della previsione dell'art. 11, comma 5, del d.l. n. 1 del 2012, secondo cui è possibile partecipare al concorso straordinario in non più di due Regioni o Province autonome, oggetto del secondo quesito, si possa pervenire alla risoluzione del primo quesito, inerente alla possibilità di ottenere due sedi messe a concorso straordinario, in due Regioni, tramite la gestione in forma associata.

18.1. Sicché, nell'affrontare le questioni poste dall'ordinanza, si esamineranno dapprima:

a) la *ratio* della previsione contenuta nell'art. 11, comma 5, del d.l. n. 1 del 2012 (§§ 19-20), che consente la partecipazione al concorso straordinario in non più di due Regioni o Province autonome;

b) il significato della partecipazione dei farmacisti singolarmente o "*per*" la gestione associata, prevista dall'art. 11, comma 7, del d.l. n. 1 del 2012 (§§ 21-23.3.);

c) l'eventuale rilevanza, ai fini del decidere, della incompatibilità prevista dall'art. 8, comma 1, lett. b) della l. n. 362 del 1991 (§§ 24-27).

19. L'art. 11, comma 5, del d.l. n. 1 del 2012 prevede, ai fini che qui rilevano e come si è già sopra ricordato, che «*ciascun candidato può partecipare al concorso per l'assegnazione della farmacia in non più di due regioni o province autonome*» e consente espressamente, quindi, che i farmacisti, persone fisiche, possano prendere parte a non più di due concorsi straordinari banditi dalle varie Regioni o Province autonome.

19.1. È noto che il concorso straordinario previsto dall'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012 per l'assegnazione delle sedi istituite in base ai nuovi criterî da esso introdotti ha avuto il fine, dichiarato nel comma 1, di «*favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge, nonché di favorire le procedure per l'apertura di nuove sedi farmaceutiche garantendo al contempo una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico*» (v. *ex plurimis*, sulle previsioni dell'art. 11, Cons. St., sez. III, 4 ottobre 2016, n. 4085).

19.2. A tale essenziale fine e, cioè, per favorire anzitutto l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, l'art. 11, comma 3, del d.l. n. 1 del 2012 ha previsto espressamente che non possano partecipare al concorso straordinario i farmacisti titolari, compresi i soci di società titolari, di farmacia diversa da quelle di cui alle lettere b) e c) e, cioè, di farmacia rurale sussidiata e di farmacia soprannumeraria.

19.3. In altri termini i farmacisti – anche, e si badi, i farmacisti soci di società titolari di farmacia – già titolari di sede farmaceutica, salve le tassative eccezioni sopra ricordate, non possono partecipare al concorso straordinario.

19.4. In questa prospettiva si colloca la previsione dell'art. 11, comma 5, del d.l. n. 1 del 2012, che consente ai farmacisti, che non siano già titolari di altra sede, di partecipare al concorso straordinario per l'assegnazione di farmacia in non più di due Regioni o Province autonome.

19.5. Questa regola è perfettamente in sintonia con la generale previsione dell'art. 112, commi secondo e terzo, del R.D. n. 1265 del 1934, non abrogata né derogata da alcuna disposizione, nemmeno dall'art. 7, comma 1, della l. n. 362 del 1991 (che fa espressamente salva, per le persone fisiche, la «*conformità alle disposizioni vigenti*»), siccome riformulato dalla l. n. 124 del 2017, secondo cui è vietato il cumulo di due o più autorizzazioni in una sola persona (fisica), con la conseguenza che chi sia già autorizzato all'esercizio di una farmacia può concorrere all'esercizio di un'altra, ma decade di diritto dalla prima autorizzazione, quando, ottenuta la seconda, non vi rinunzi con dichiarazione notificata al Prefetto entro dieci giorni dalla partecipazione del risultato del concorso.

19.6. È quindi chiaro, secondo le regole generali, di cui l'art. 11, comma 5, del d.l. n. 1 del 2012 costituisce specifica applicazione per il concorso straordinario, che i farmacisti candidati, ammessi al concorso straordinario in quanto non siano già titolari di altra sede, ben possano concorrere, singolarmente o in forma associata, a due distinte sedi, su base regionale o provinciale, ma devono poi scegliere una tra le due sedi, non potendo ottenerle cumulativamente (c.d. *principio dell'alternatività*), poiché devono dedicare la loro attività personale necessariamente all'una o all'altra, a presidio del servizio farmaceutico erogato sul territorio nazionale e in funzione della salute quale interesse dell'intera collettività (art. 32 Cost.) e non quale bene meramente utilitaristico-individuale, oggetto solo di valutazioni economico-imprenditoriali.

19.7. L'art. 11, comma 5, del d.l. n. 1 del 2012, si noti, non ha inteso derogare alla regola generale dell'art. 112, commi secondo e terzo, del R.D. n. 265 del 1934, di cui costituisce anzi specifica applicazione, ma solo consentire la partecipazione dei candidati, conformemente alle regole

generali, in non più di due sedi, con il conseguente obbligo, ancorché non (nuovamente) esplicitato, nel caso di doppia assegnazione, di optare per l'una o per l'altra, obbligo ben noto a tutti i farmacisti persone fisiche, per il generale disposto dell'art. 112 del R.D. n. 1265 del 1934, tuttora vigente, e dell'art. 7, comma 1, della l. n. 362 del 1991 – anche dopo la riforma del 2017 – che, nel riconoscere come possano essere titolari di farmacia anzitutto le persone fisiche, fa – come detto – salva per le sole persone fisiche la «*conformità alle disposizioni vigenti*».

19.8. La *ratio* dell'art. 112 del R.D. n. 1265 del 1934, T.U. delle leggi sanitarie è ben nota, come ricordano gli stessi appellanti, ed esprime un principio di carattere generale in tema di gestione di farmacie private, inteso ad evitare conflitti di interesse nonché a garantire il corretto svolgimento del servizio farmaceutico, di rilievo fondamentale per la tutela del diritto alla salute (oggi sancito dall'art. 32 Cost.), la cui validità ed osservanza risulta egualmente necessaria anche con riferimento alle società ed ai soci delle farmacie comunali (Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2010, n. 2336, che ha confermato la statuizione resa sul punto dal Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, con la sentenza n. 7589 del 2009).

19.9. Una diversa soluzione, la quale conducesse a ritenere che dall'art. 11, comma 5, del d.l. n. 1 del 2012 e, nel caso di specie, dalla pedissequa previsione dell'art. 4 del bando si desuma la possibilità di assegnare due sedi allo stesso o agli stessi candidati, non solo si porrebbe in contrasto con l'interpretazione letterale – secondo l'antico canone *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* – della disposizione in esame, che ha consentito testualmente, ed espressamente, solo la partecipazione al concorso straordinario in non più di due Regioni o Province autonome e non già l'assegnazione di due distinte sedi in deroga alle regole generali in favore dello stesso o degli stessi farmacisti, ma anche sul piano teleologico con la *ratio* della previsione stessa, che è quella già ricordata di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge.

Ciò che, evidentemente, sarebbe reso quantomeno più difficoltoso dal fatto lo stesso o gli stessi farmacisti ottengano la titolarità di due sedi in due diverse Regioni ne sottraggano una ad altri, pure aventi titolo, seppure successivi ad esso o ad essi nella graduatoria.

20. La ragione per la quale l'art. 11, comma 5, del d.l. n. 1 del 2012 prevede, in conformità alle disposizioni generali in materia, che si possa partecipare al concorso straordinario in due e non più di due Regioni e Province autonome sta proprio nella regola fondamentale dell'art. 112, comma terzo, del R.D. n 1265 del 1934, secondo cui chi sia già autorizzato all'esercizio di una farmacia, risultando vincitore nel concorso precedente, può concorrere all'esercizio di un'altra, dovendo scegliere però poi tra l'una o l'altra.

20.1. Se si considera del resto che l'art. 11, comma 3, del d.l. n. 1 del 2012 ha vietato la partecipazione al concorso straordinario a farmacisti che siano già titolari di sede, anche laddove siano soci di società – di persone e oggi, dopo la l. n. 124 del 2017, anche di capitali – titolari di sede, proprio per impedire a chi sia già titolare di sede di ottenere altra sede all'esito del concorso straordinario, sarebbe del resto incongruo e contrario ad ogni principio di concorrenza, sotteso al dichiarato fine di «*favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge*», anche solo ipotizzare che l'art. 11, comma 5, del medesimo d.l. n. 1 del 2012 abbia addirittura consentito l'assegnazione di due sedi ai farmacisti in due distinte Regioni, con il risultato di favorire oltre ogni misura i farmacisti persone fisiche, singolarmente o in forma associata, con l'assegnazione di ben due sedi, in deroga al divieto di cumulo generalmente vigente per tutti i farmacisti ai sensi dell'art. 112 del T.U. leggi sanitarie e ribadito nella procedura in questione per i già titolari di sede.

20.2. L'ottenimento di ben due sedi concretizzerebbe un vantaggio anticompetitivo del tutto ingiustificato, a fronte dello sbarramento previsto dall'art. 11, comma 3, del d.l. n. 1 del 2012 per i farmacisti già titolari di sede, nei confronti dei quali soltanto, e per la mera casualità di essere già titolari di una sede farmaceutica, opererebbe invece il divieto di cumulo dell'art. 112 del R.D. n. 1265 del 1934 e dell'art. 7, comma 1, della l. n. 326 del 1991, certamente e incontestabilmente – nemmeno gli appellanti lo contestano – tuttora vigente quantomeno per il farmacista individuale già titolare di sede.

20.3. La logica proconcorrenziale che presiede all'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012 giammai potrebbe risolversi in un privilegio per i farmacisti vincitori di sede, ma di una sola sede, all'esito del concorso straordinario.

21. Se così è, dunque, né si vede come altrimenti esser possa, e se questa è la risposta, necessitata, che deve darsi al secondo quesito dell'ordinanza, divenuto primo nell'ordine logico delle questioni da esaminarsi (v., *supra*, § 18.2.), diretto corollario di essa è che ciò che ai farmacisti candidati al concorso straordinario quali persone fisiche non è consentito singolarmente nemmeno può esserlo cumulativamente, pena altrimenti una inammissibile disparità di trattamento *interna* agli stessi candidati che partecipino in forma associata anziché singolarmente.

21.1. Nel senso dell'applicabilità del divieto del cumulo anche ai farmacisti concorrenti per la gestione associata, peraltro, va ricordato che questo Consiglio di Stato si è già pronunciato, seppure in sede di appello cautelare, con due ordinanze (Cons. St., sez. III, 11 maggio 2018, ord. n. 2127 nonché Cons. St., sez. III, 14 ottobre 2016, ord. n. 4632), mentre ormai constano, come pure ha ricordato l'ordinanza di rimessione, anche numerose pronunce di primo grado, che hanno affermato il divieto di cumulo anche nei confronti della gestione associata (v., *ex plurimis*, Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina, 21 febbraio 2019, n. 109; Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sede di Catanzaro, 13 aprile 2018, n. 863; Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, 9 marzo 2018, n. 2720)

21.2. Le questioni circa la natura della c.d. gestione associata, se essa sia riconducibile ad una forma individuale o al modello societario di attività imprenditoriale, vengono a perdere di qualsivoglia decisività alla luce di quanto sin qui si è detto.

Questo Consiglio di Stato, per quanto qui occorrer possa, ha già chiarito comunque che la forma associata non è una realtà giuridica diversa dai singoli farmacisti che concorrono alla sede (v., sul punto, Cons. St., sez. III, 27 aprile 2018, n. 2569 e Cons. St., sez. III, 30 aprile 2019, n. 2804; Cons. St., parere n. 69 del 3 gennaio 2018) né un ente o una sorta di associazione temporanea di scopo tra questi per la gestione di una farmacia, assoggettabile alle disposizioni sulle associazioni (v., sul punto, Cons. St., sez. I, parere n. 2082 del 17 luglio 2019, reso in sede di ricorso straordinario, ma anche le considerazioni svolte più in generale nel citato parere n. 69 del 3 gennaio 2018, §§ 20-32).

21.3. In particolare si è già avuto modo di chiarire che la Regione, all'esito del concorso straordinario, deve assegnare anche formalmente la titolarità della sede vinta solo a quegli stessi farmacisti persone fisiche, che hanno a tale titolo partecipato al concorso, salvo, ovviamente, il diritto/dovere, in capo a questi, di gestire poi l'attività imprenditoriale nelle forme consentite dall'ordinamento (art. 2249, comma terzo, c.c.) e, comunque e nello specifico, dall'art. 7, comma 1, della l. n. 362 del 1991, novellato dalla l. n. 124 del 2017, come pure questo Consiglio di Stato ha ampiamente chiarito nel più volte citato parere n. 69 del 3 gennaio 2018 (Cons. St., sez. III, 27 aprile 2018, n. 2569).

21.4. La titolarità della sede, all'esito del concorso straordinario, deve essere assegnata ai farmacisti "associati" personalmente, salvo successivamente autorizzare l'apertura della farmacia e l'esercizio dell'attività in capo al soggetto giuridico (società di persone fisiche o di capitali), espressione degli stessi – e non altri – farmacisti vincitori del concorso e assegnatari della sede, che sarà in grado di garantire la gestione paritetica della farmacia con il vincolo temporale di almeno tre anni (art. 11, comma 7, del d.l. n. 1 del 2012).

22. Occorre quindi sgombrare il campo dell'analisi da ulteriori equivoci che si annidano nell'insidiosa locuzione giuridica di "*gestione associata*", ai sensi e per gli effetti dell'art. 11, comma 7, del d.l. n. 1 del 2012, ed evitare di confondere i diversi piani, quello concorsuale e quello, successivo, gestionale.

22.1. I farmacisti concorrono alla sede messa a concorso straordinario «*per la gestione associata*», come espressamente prevede l'art. 11, comma 7, del d.l. n. 1 del 2012, gestione che, al momento del concorso e fino all'assegnazione della sede, non può essere realizzabile e ciò significa che detta gestione in forma associativa della sede, non conseguibile se non all'esito del concorso, indica solo la *finalità* della partecipazione in forma associata o, se si preferisce, cumulativa, non già una realtà esistente (del resto impossibile prima che la sede sia ottenuta), sicché è vano sul piano cronologico, prima che ancora errato sul piano giuridico, discettare se la gestione associata sia un *quid* diverso e ulteriore rispetto ai singoli farmacisti associati o un *tertium genus* rispetto alla gestione individuale o collettiva.

22.2. L'esigenza razionalizzatrice o, se si preferisce, la naturale espansività delle categorie civilistiche, nella loro indubbia forza ordinante, non deve condurre a fuorvianti letture delle normative pubblicistiche di settore e all'ipostasi di concetti, spesso fluidi o elastici, che descrivono una *realtà in divenire* e non già ancora entificata o tipizzata dal legislatore, come quello, appunto, della gestione associata la quale, come ha ricordato la Commissione speciale di questo Consiglio, consente con il cumulo dei titoli una ulteriore deroga al principio meritocratico posto a base del concorso ordinario, nell'assegnazione della sede, per l'eccezionalità delle esigenze sottese al concorso straordinario (§§ 20-21 del parere n. 69 del 3 gennaio 2018).

22.3. E se questa fluidità o elasticità del legislatore pubblicistico può creare incertezze e interrogativi, sul piano della coerenza sistematica, i dubbi non possono essere risolti solo con la posizione di alternative secche, di irriducibili anfibologie, o con la forzata riconduzione delle norme di diritto pubblico, secondo armonie prestabilite, ad un sistema – quello civilistico – che può applicarsi alla disciplina del diritto amministrativo solo nei limiti della compatibilità.

22.4. E da questo rischio occorre guardarsi nell'interpretare anche la controversa categoria della gestione associata.

22.5. I singoli farmacisti possono aspirare alla gestione associata della sede, come prevede l'art. 11, comma 7, del d.l. n. 1 del 2012, «*sommando i titoli posseduti*», e la loro partecipazione "associata" al concorso straordinario, sulla base di un accordo inteso alla futura gestione - assimilabile, forse e a tutto concedere, ad un contratto plurilaterale con comunione di scopo o ad un *pactum de ineunda societate*- comporta un mero cumulo di titoli in vista -appunto: «*per la*» – futura gestione associata della sede agognata.

22.6. Solo ove detto cumulo – previsto dal legislatore, anche in questo caso, per «*favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge*», con una ulteriore vistosa deroga al principio meritocratico tipico del concorso, e non già, ancora una volta, per consentire agli stessi farmacisti associati di ottenere addirittura la titolarità di

ben due farmacie – risulterà fruttuoso sul piano della graduatoria e condurrà all'assegnazione della sede a quegli stessi farmacisti, persone fisiche, si porrà, poi, l'effettivo problema della gestione della farmacia in forma "collettiva".

22.7. La titolarità della farmacia attribuita alla società da essi costituita per garantire la gestione associata, nelle forme ora consentite dall'art. 7, comma 1, della l. n. 362 del 1991, sarà peraltro «*condizionata al mantenimento della gestione associata da parte degli stessi vincitori, su base paritaria, per un periodo di tre anni dalla data di autorizzazione all'esercizio della farmacia, fatta salva la premorienza o sopravvenuta incapacità*» (art. 11, comma 7, del d.l. n. 1 del 2012).

22.8. In altri termini, e più semplicemente, i farmacisti concorrenti per la gestione associata otterranno personalmente e *pro indiviso*, per così dire, la sede messa a concorso, salvo poi essere autorizzati alla titolarità dell'esercizio in una forma giuridica, tra quelle previste dall'art. 7, comma 1, della l. n. 362 del 1991, che consenta l'esercizio in forma collettiva dell'attività imprenditoriale e la gestione paritetica per almeno tre anni.

22.9. Queste forme, come ha chiarito questo Consiglio di Stato sia in sede consultiva – v. il già citato parere n. 69 del 3 gennaio 2018 – sia in sede giurisdizionale, saranno appunto quelle societarie previste ora dall'art. 7, comma 1, della l. n. 362 del 1991, novellato dalla l. n. 124 del 2017, secondo la generale previsione dell'art. 2249, comma terzo, c.c., purché compatibili con l'esercizio in forma collettiva, paritetica e triennale, della farmacia: ma è evidente che la questione delle forme in cui si eserciterà il sodalizio è un tema diverso, e successivo alla fase concorsuale di cui qui si controverte *a monte*, dovendo preliminarmente risolversi la questione se sia consentito ai singoli farmacisti, singolarmente o cumulativamente, di ottenere due sedi all'esito del concorso straordinario.

23. La risposta è all'evidenza negativa, per le ragioni già dette, ed è quindi irrilevante nel presente giudizio porsi il problema *a valle* se, ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. b), della l. n. 362 del 1991 siccome novellato dalla l. n. 124 del 2017, una società di farmacisti, che veda quali soci i due farmacisti, possa essere titolare di due sedi farmaceutiche.

23.1. Il problema non si pone perché una società, di persone o di capitali, mai potrebbe concorrere al concorso straordinario, riservato solo ai farmacisti persone fisiche candidati, singolarmente o per la gestione associata, ed essi non possono ottenere, sotto la veste di una distinta soggettività giuridica (come nel caso delle società di persone) o addirittura attraverso lo schermo (successivo) della personalità giuridica quale forma di autonomia patrimoniale perfetta (come nel caso delle società di capitali), nulla di più o di diverso di quanto loro consenta *in radice* l'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012.

23.2. Non si controverte infatti, nel presente giudizio, della questione se due farmacisti soci di una stessa società, prevista dall'art. 7, comma 1, della l. n. 362 del 1991, possano essere titolari di due distinte farmacie, con la conseguente applicabilità o meno della incompatibilità prevista dall'art. 8, comma 1, lett. b), della stessa legge al farmacista socio di società titolare di due farmacie, ma solo se due farmacisti persone fisiche concorrenti per la gestione associata possano ottenere l'assegnazione di due sedi all'esito del concorso straordinario.

23.3. Il richiamo al regime dell'art. 8, comma 1, lett. b) della l. n. 362 del 1991 e della incompatibilità, da esso prevista, in riferimento alla gestione associata, per la sua pretesa, forzata, assimilazione al modello societario, è dunque del tutto ultroneo e fuorviante e la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sede di Palermo, che pure tale percorso

argomentativo ha intrapreso, va quindi confermata nella corretta sua statuizione reiettiva, seppure per la diversa motivazione appena esplicitata.

24. Le ulteriori questioni, anche di costituzionalità o di compatibilità eurounitaria, relative all'art. 8, comma 1, lett. b) della l. n. 124 del 2017, prospettate dagli odierni appellanti, e dell'estensione del regime dell'incompatibilità da esso previsto ai farmacisti soci di società, titolare di due farmacie, sono del tutto irrilevanti ai fini del decidere, proprio alla luce delle ragioni sin qui esplicitate, che pienamente giustificano e anzi impongono il regime dell'alternatività tra l'una e l'altra sede anche nei confronti dei farmacisti che partecipano per la gestione associata, come sono irrilevanti in questa sede le contestazioni mosse al citato parere n. 69 del 3 gennaio 2018.

25. Né sul piano della coerenza sistematica la straordinarietà del concorso, previsto dall'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012, consente di porsi eventuali questioni di contrasto con l'indirizzo legislativo assunto dalla l. n. 124 del 2017, inteso a garantire l'apertura del settore farmaceutico anche ai capitali azionari e alla gestione delle farmacie da parte di società di capitali, oltre che di persone.

26. È evidente, infatti, che la *ratio* del concorso straordinario, come si è visto più volte, è quella di «*favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge, nonché di favorire le procedure per l'apertura di nuove sedi farmaceutiche garantendo al contempo una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico*», e non già quella di far conseguire due sedi ad eventuali, successive, società di persone o di capitali, alle quali è precluso in radice di partecipare al concorso straordinario, aperto solo ai farmacisti persone fisiche che non siano già titolari di sede, mentre le generali previsioni della l. n. 124 del 2017 sono invece intese a consentire un cumulo temperato di titolarità, in capo alle società di persone e ora anche di capitali, peraltro nei limiti segnati dall'art. 1, comma 558, della stessa legge e sotto il controllo, ai sensi del successivo comma 559, da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, attraverso l'esercizio dei poteri di indagine, di istruttoria e di diffida ad essi attribuiti dalla l. n. 287 del 1990.

27. Le due normative operano su due piani differenti e non interferenti, nemmeno nell'ipotesi in cui ad ottenere due sedi messe a concorso straordinario siano i singoli farmacisti concorrenti per la gestione associata, piani che non devono essere in nessun modo confusi, sovrapposti o addirittura contrapposti per la specialità o, per meglio dire, l'eccezionalità delle esigenze sottese al regime del concorso straordinario.

28. La circostanza, rappresentata dagli appellanti da ultimo e nuovamente anche nella memoria di replica depositata il 20 novembre 2019 (pp. 5-6), secondo cui alcuni farmacisti concorrenti per la gestione associata avrebbero ottenuto due sedi, in distinte Regioni, se anche provata dalla documentazione versata in atti, non può indurre a diverse conclusioni, poiché la disparità di trattamento non costituisce vizio invocabile a fronte di una questione di interpretazione e corretta applicazione della legge.

29. Quanto, infine, al rilievo che il divieto di cumulo non sarebbe stato previsto nel bando regionale, come in altri bandi in altre regioni, ne è evidente l'infondatezza, perché l'argomento si fonda sul presupposto, erroneo, secondo cui la previsione dell'art. 4 del bando consentirebbe la doppia assegnazione delle sedi, mentre al contrario la previsione del bando altro non è che la riaffermazione di un principio, quello dell'alternatività, che caratterizza a tutt'oggi, indiscutibilmente, il sistema dell'autorizzazione all'apertura della farmacia rilasciata ai farmacisti persone fisiche, indipendentemente dal fatto che, nel caso del concorso straordinario, per la gestione associata della farmacia venga poi costituita una società, di persone o di capitali, all'esito del concorso straordinario, cui conferire la titolarità dell'esercizio.

30. In conclusione pertanto, e per la necessità nomofilattica di sintetizzare i delicati punti qui controversi, l'Adunanza plenaria ritiene di affermare i seguenti principî di diritto:

a) l'art. 11, comma 5, del d.l. n. 1 del 2012, conv. in l. n. 27 del 2012, ha inteso riaffermare la regola dell'alternatività nella scelta tra l'una e l'altra sede da parte dei farmacisti persone fisiche che partecipano al concorso straordinario, in coerenza con la regola generale dell'art. 112, comma primo e terzo, del R.D. n. 1265 del 1934, sicché il farmacista assegnatario di due sedi deve necessariamente optare per l'una o per l'altra sede;

b) la regola dell'alternatività o non cumulabilità delle sedi, in capo al farmacista persona fisica, vale per tutti i farmacisti candidati, che concorrano sia singolarmente che "per" la gestione associata, prevista dall'art. 11, comma 7, del d.l. n. 1 del 2012, la quale non costituisce un ente giuridico diverso dai singoli farmacisti, ma è espressione di un accordo partecipativo, comportante il cumulo dei titoli a fini concorsuali e inteso ad assicurare la gestione associata della farmacia in forma paritetica, solo una volta ottenuta la sede, nelle forme consentite dall'art. 7, comma 1, della l. n. 362 del 1991.

Rimane estranea all'affermazione dei superiori principî rispetto alla vicenda controversa qualsiasi questione di incompatibilità, di cui all'art. 8, comma 1, lett. b) della l. n. 361 del 1991, siccome novellato dalla l. n. 124 del 2017, in ordine alla titolarità di più sedi da parte della stessa società, di persone o di capitali, che veda la partecipazione dei medesimi farmacisti.

31. Alla stregua delle ragioni sin qui esposte, da ritenersi assorbenti di ogni altra questione, l'appello deve dunque essere respinto, con la conseguente conferma della sentenza impugnata, di cui va peraltro corretta la motivazione.

Le spese del presente grado del giudizio, attesa la novità delle questioni di cui non constano a questa Adunanza precedenti di questo stesso Consiglio di Stato in termini specifici (se non, come accennato *supra* al § 21.1., in sede di appello cautelare), possono essere interamente compensate tra le parti.

Rimane definitivamente a carico degli appellanti il contributo unificato richiesto per la proposizione del gravame.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da Elisa Gabriella Orlando e da Sebastiano Scaminaci, lo respinge e per l'effetto conferma, con diversa motivazione, la sentenza n. 4277 del 2018 del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sede di Palermo.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di Elisa Gabriella Orlando e di Sebastiano Scaminaci il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2019, con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Franco Frattini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Elisa Maria Antonia Nuara, Consigliere

IL PRESIDENTE

Filippo Patroni Griffi

L'ESTENSORE
Massimiliano Noccelli

IL SEGRETARIO