La Corte costituzionale ritiene non applicabile la disciplina sulle alienazioni delle partecipazioni societarie delle amministrazioni locali, di cui all'art. 1, comma 568-*bis*, lett. b), della legge n. 147 del 2013, alle società miste costituite per la gestione del servizio farmaceutico ai sensi dell'art. 9, comma 1, lett. d) della legge n. 475 del 1968.

Corte costituzionale, sentenza 31 maggio 2018, n. 116 – Pres. Lattanzi, Red. de Pretis

Farmacia – Farmacie comunali – Società mista per la gestione del servizio farmaceutico – Dismissione – Questione infondata di costituzionalità

Sono infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 568-bis, lettera b), della legge 27 dicembre 2013, n. 147, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2014)», come inserito dall'art. 2, comma 1, lettera a-bis), del decreto-legge 6 marzo 2014, n. 16 (Disposizioni urgenti in materia di finanza locale, nonché misure volte a garantire la funzionalità dei servizi svolti nelle istituzioni scolastiche), convertito, con modificazioni, in legge 2 maggio 2014, n. 68, sollevate dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, in riferimento agli artt. 3, 41, e 47, della Costituzione (1).

(1) I. – La Corte costituzionale - chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 568-*bis*, lett. b), della legge 27 dicembre 2013, n. 147, che prevede l'alienazione con procedura a evidenza pubblica delle partecipazioni societarie detenute dalle Amministrazioni locali con contestuale assegnazione del servizio da esse svolto per cinque anni, in relazione alle previsioni di cui agli artt. 41 e 47 Cost. - ha giudicato infondate le questioni di costituzionalità sottopostele, attraverso una sentenza interpretativa di rigetto che giunge alla conclusione per cui la normativa rimessa al vaglio di costituzionalità non sia applicabile alla fattispecie concreta oggetto del giudizio di rimessione.
La vicenda da cui è scaturita la questione di legittimità costituzionale, coinvolge due sequenze normative, ponendo la questione esegetica del loro coordinamento:

- l'art. 9, primo comma, lettera d), della legge 2 aprile 1968, n. 475 ("Norme concernenti il servizio farmaceutico"), come sostituito dall'art. 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362, a mente del quale le farmacie di cui sono titolari i Comuni possono essere gestite "*a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità. All'atto della costituzione della società cessa di diritto il rapporto di lavoro dipendente tra il comune e gli anzidetti farmacisti*";
- l'art. 1, comma 568-*bis*, lett. b), della legge 27 dicembre 2013, n. 147, ("Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge di stabilità 2014"), come inserito dall'art. 2, comma 1, lettera a-*bis*), del decreto-legge 6 marzo

2014, n. 16, a mente del quale le pubbliche amministrazioni locali e le società da esse controllate direttamente o indirettamente possono procedere "*all'alienazione, a condizione che questa avvenga con procedura a evidenza pubblica deliberata non oltre dodici mesi ovvero sia in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore della presente disposizione e alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni a decorrere dal 1° gennaio 2014. In caso di società mista, al socio privato detentore di una quota di almeno il 30 per cento alla data di entrata in vigore della presente disposizione deve essere riconosciuto il diritto di prelazione*".

II. – Più specificamente, la vicenda esaminata dal T.a.r. per il Lazio – Roma, sez. II-*bis*, nella sentenza non definitiva 28 febbraio 2017, n. 2940, può così sintetizzarsi:

- il Comune di Ferentino, con delibera consiliare del 5 agosto 2004, adottata in applicazione del richiamato art. 9 della legge n. 475 del 1968, aveva approvato la costituzione di una società partecipata per la gestione del servizio farmaceutico, stabilendo la cessione di una quota di essa a una farmacista già impiegata presso la farmacia comunale; la farmacista rinunciava al rapporto di lavoro dipendente con l'Amministrazione comunale, acquisiva il 49% del capitale sociale, versando una somma pari a circa € 700.000 per l'acquisizione della suddetta partecipazione societaria;
- con successiva deliberazione del Consiglio comunale n. 44 del 19 dicembre 2014, l'Amministrazione decideva poi di dismettere la propria partecipazione societaria, ai sensi dell'articolo 1, comma 568-*bis*, lett. b), della legge n. 147 del 2013, mediante una procedura ad evidenza pubblica a doppio oggetto, per l'individuazione del soggetto privato cui trasferire la titolarità della quota di partecipazione, pari al 51%, attualmente detenuta nella società mista e il contestuale affidamento in concessione della farmacia comunale per la durata di 5 anni, tacitamente rinnovabili per altri 5;
- la ex farmacista, divenuta socia, impugnava la deliberazione consiliare n. 44 cit, contestando in radice (con il primo motivo) l'utilizzabilità del modello della concessione per la gestione del servizio farmaceutico comunale e censurando la deliberazione stessa (con il secondo motivo) per violazione dei principi costituzionali di tutela del lavoro, del risparmio, degli investimenti e della libera iniziativa economica, con richiamo al gravissimo danno patrimoniale subito dalla ricorrente che, avendo costituito la società mediante il conferimento di un capitale pari a circa € 700.000 nella prospettiva di poter gestire il servizio a tempo indeterminato, e comunque per la durata della società fissata fino al 2104, vedrebbe il suo investimento pregiudicato dalla durata estremamente limitata della concessione, fissata in soli 5 anni, eventualmente prorogabili per altri 5.

Con la citata sentenza non definitiva il T.a.r. per il Lazio – Roma:

- ha respinto il primo motivo di gravame, in adesione all'orientamento giurisprudenziale secondo cui i Comuni possono ricorrere a modalità di gestione diverse da quelle previste dall'art. 9 della legge n. 475 del 1968, purché l'esercizio della farmacia avvenga nel rispetto delle regole e dei vincoli imposti a tutela dell'interesse pubblico;
- in relazione al secondo motivo di ricorso ha invece ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 568-*bis*, della legge n. 147 del 2013, in relazione agli artt. 41 e 47 Cost, dubitando in particolare della "*possibilità per l'Amministrazione di recedere dal rapporto di affidamento della gestione della farmacia comunale previamente attuato attraverso la costituzione di una società con un socio privato, pregiudicando la posizione di quest'ultimo attraverso la previsione di una concessione per la durata di soli cinque anni, prorogabili per una volta, riconoscendo al privato unicamente la possibilità di esercitare il diritto di prelazione al prezzo del migliore offerente nella procedura ad evidenza pubblica a doppio oggetto, con conseguente necessità di un ulteriore esborso economico a fronte di una ridotta durata della concessione*".

III. – La Corte costituzionale con la sentenza n. 116 del 2018 ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate, sulla base del seguente percorso argomentativo:

a) il giudice rimettente muove dal presupposto che la norma censurata preveda un'ipotesi di alienazione riferibile anche al caso delle società di gestione delle farmacie comunali costituite ai sensi dell'art. 9, primo comma, lettera d), della legge n. 475 del 1968, che l'atto amministrativo adottato dal comune e impugnato nel giudizio *a quo* costituisca dunque corretta applicazione di tale disposizione e che questa a sua volta violi i parametri costituzionali (di cui agli artt. 41, 47 e, per implicito, anche 3 Cost.);
b) ma ciò ritenendo il rimettente erra, giacché non considera, come invece avrebbe dovuto, che alla disposizione censurata non poteva e non doveva essere riconosciuto un tale ambito di applicazione, poiché, correttamente interpretata, la previsione dell'art. 1, comma 568-*bis*, lettera b), della legge n. 147 del 2013 non può estendere il proprio campo di riferimento alla fattispecie della società comunale partecipata ex art. 9, primo comma, lettera d), della legge n. 475 del 1968;
c) quest'ultimo tipo di società costituisce un modello specialissimo di società a partecipazione mista per la gestione di servizi pubblici locali (rispetto agli ordinari tipi previsti dalla normativa vigente) e un modello altrettanto eccezionale di gestione da parte del comune del servizio farmaceutico, come si evince dalle seguenti circostanze:

c1) sebbene non si tratti di società interamente pubblica, e sebbene in essa i soci privati non vengano scelti con gara secondo procedure di evidenza pubblica, la società partecipata ai sensi dell'art. 9, primo comma, lettera d), citato, è diretta affidataria del servizio, poiché ogni scelta circa l'opportunità di coinvolgere altri soggetti nella compagine societaria e circa i caratteri soggettivi dei privati da coinvolgere è già operata a priori dalla legge, in maniera vincolante per l'amministrazione;

c2) la stessa posizione del socio farmacista presenta caratteri di specialità rispetto all'ordinaria partecipazione del socio privato a una società comunale di gestione del servizio, giacché con essa il legislatore valorizza una peculiare categoria di dipendenti dell'ente locale, i farmacisti, che vengono con ciò resi compartecipi dell'impresa pubblica; l'affidamento alla società mista non ha limiti temporali di durata e al socio privato è consentito di disporre delle sue quote perfino in sede testamentaria;

c3) l'ammissibilità dell'affidamento diretto del servizio alla società – pur in presenza della partecipazione di un soggetto privato, che in via ordinaria lo escluderebbe – è giustificata in ragione della piena comunanza di interessi fra l'amministrazione locale titolare del servizio e i farmacisti dipendenti che consente di escludere che la partecipazione di privati alla compagine sociale determini, in tale caso, quel *vulnus* alla possibilità che la società persegua pienamente l'interesse pubblico dell'ente locale titolare del servizio che è ricondotto alla presenza di un privato nel capitale sociale;

d) la specialità del modello – societario e di gestione del servizio – della società prevista all'art. 9, primo comma, lettera d), della legge n. 475 del 1968, e la peculiare condizione, in essa, del socio privato farmacista ex dipendente, fanno comprendere le ragioni per le quali tale tipo di società esuli necessariamente dall'ambito oggettivo di applicazione della disposizione censurata:

d1) in primo luogo, si deve osservare che l'applicazione del meccanismo in essa prefigurato alla società partecipata da farmacisti ex dipendenti determinerebbe la creazione di un nuovo modello del tutto "spurio" di gestione dei servizi pubblici locali rispetto a quelli tipici previsti dal legislatore in materia, poiché nella società privatizzata ex art. 1, comma 568-*bis*, lettera b), cit., verrebbero a convivere un socio selezionato senza gara (il farmacista ex dipendente) e uno selezionato con gara, e la stessa società originariamente affidataria diretta del servizio per la durata, di norma pluridecennale, fissata statutariamente, si vedrebbe ridotta alla condizione di concessionaria dello stesso servizio per il limitato periodo di cinque anni;

d2) in secondo luogo, utilizzata nel caso delle società partecipate affidatarie dirette del servizio farmaceutico – come è accaduto nella vicenda oggetto del giudizio *a quo* – la disposizione presenterebbe effettivamente i gravi dubbi di legittimità costituzionale paventati dal rimettente, sia sotto il profilo della lesione del legittimo affidamento, sia sotto quello della sua intrinseca irragionevolezza: da un lato finirebbe infatti per autorizzare l'Amministrazione a incidere unilateralmente mediante una drastica riduzione della durata del servizio e senza indennizzo (come invece previsto dall'art. 11, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241 e dall'art. 176, comma 4, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50); dall'altro lato la disposizione censurata presenterebbe ulteriori, autonomi profili di intrinseca irragionevolezza, in quanto, non favorendo, e anzi tendenzialmente scoraggiando, possibili compratori, si porrebbe in contraddizione con la sua stessa *ratio*, che è quella di valorizzare il patrimonio pubblico, incentivando la sua immissione nel mercato;

e) è evidente che solo un'interpretazione della disposizione sospettata di illegittimità costituzionale che escluda dal suo ambito di applicazione le società partecipate dai farmacisti ex dipendenti è idonea a sventare il rischio di un suo contrasto con i citati principi costituzionali.

IV. – Si segnala per completezza quanto segue:

f) sul servizio farmaceutico e più in generale sulla disciplina delle farmacie: R. FERRARA, *Farmacia*, voce *dell'Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989, XIV; M. GOLA, *Farmacia e farmacisti*, voce del *Digesto pubbl.*, Torino, 1991, VI, 231; S. CICCOTTI, *Farmacia, Digesto pubbl.*, Torino (Aggiornamento 2008); B.R. e L. GIORDANI, *I moduli societari e l'affidamento del servizio farmaceutico alle società di gestione delle farmacie comunali*, in *Ragiufarm*, 2008, fasc. 106, 72; B.R. NICOLOSO, *L'evoluzione del servizio farmaceutico nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2016, 473; S. FANTINI, *Le liberalizzazioni del servizio di assistenza farmaceutica e nel settore del commercio di alimenti* in *Giustizia amministrativa ed economia*, a cura dell'Ufficio Studi della Giustizia amministrativa, Milano, 2017, 143 ss.;;

g) sulla disciplina di cui al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 ("*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*"), il cui art. 20, comma 6, fa espressamente salvo l'art. 1, comma 568-*bis*, della legge n. 147 del 2013, si vedano:

g1) i pareri resi dal Consiglio di Stato: Cons. Stato, comm. spec., 21 aprile 2016, n. 968 e Cons. Stato, comm. spec., 14 marzo 2017, n. 638 (sul correttivo di cui al d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100);

g2) H. BONURA e G. FONDERICO, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica – il commento,* in *Giornale dir. amm.*, 2016, 6, 722; M. CALCAGNILE, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica,* in *Giornale dir. amm.*, 2017, 4, 441; G. CAIA, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica – il commento*, in *Giornale dir. amm*., 2017, 5, 601; F. CINTIOLI e F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, Bologna, 2017; C. IBBA e I. DEMURO (a cura di), *Commentario tematico ai d.leg. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018;

h) sulle cessioni delle farmacie comunali si vedano:

h1) sul trasferimento delle farmacie e di quelle comunali in particolare Cass. civ., sez. un., 5 marzo 2014 n. 5087 in *Foro it*., 2014, I, 1814, con note di MEDICI e CAPONE;

h2) sulla cessione farmacie comunali, Cons. Stato, sez. IV, 1 febbraio 2001, n. 399, in *Foro i*t., 2001, III, 263, con nota di DALFINO;

i) sulla incompatibilità tra la gestione societaria delle farmacie e qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco:

i1) Corte cost., 24 luglio 2003 n. 275, in *Foro it*., 2003, I, 3221, che ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 8, 1º comma, lett. a), della legge 8 novembre 1991 n. 362, nella parte in cui, mentre vieta a chi ha la gestione di una farmacia privata qualsiasi attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco, non prevede analogo divieto per le farmacie comunali, alla cui gestione possono partecipare anche società operanti nel settore della produzione e commercializzazione del farmaco;

i2) Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207, in *Foro it.,* 2008, III, 188, che ha affrontato la questione se la norma, come risultante dalla sentenza della Corte costituzionale richiamata, si ponga in contrasto con alcuni principî del trattato istitutivo della Comunità europea, e precisamente con il principio di non discriminazione, con la libertà di stabilimento e con la libera circolazione dei capitali; la sentenza afferma che la norma comunitaria prevale sulla norma interna ma con salvezza dell'area dei diritti fondamentali dell'ordinamento, la cui tutela funge da insopprimibile contro limite alle prescrizioni spontaneamente accettate con il trattato dell'Unione europea (c.d. teoria dei contro limiti); in tale ultimo ambito rientra il regime delle incompatibilità disciplinato dall'art. 8 della legge n 362/91, in presenza di una statuizione della Corte costituzionale, che vincola il giudice amministrativo

all'applicazione di tale norma, come modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale;

j) sulla disciplina europea delle farmacie v. Corte di giustizia UE, sez. III, 21 giugno 2012, in causa C-84/11, in *Foro it*., 2013, IV, 45; Corte di giustizia UE, grande sezione, 19 maggio 2009, in cause riunite C-171/07 e C-171/07 e Corte di giustizia UE, grande sezione, 19 maggio 2009, C-531/06, in *Foro it*., 2011, IV, 90;

k) sulle società *in house*, le società miste, il partneriato pubblico – pubblico e pubblico privato:

k1) la sentenza in rassegna evidenzia come la disciplina di cui all'art. 9 della legge n. 475 del 1968 dia vita ad un "*modello specialissimo di società a partecipazione mista per la gestione di servizi pubblici locali*", nell'ambito del quale è ammissibile l'affidamento diretto di un servizio pur in presenza di soci privati scelti senza gara, evidenziando come ciò costituisca deroga alla giurisprudenza della Corte di giustizia, formatasi anteriormente all'entrata in vigore delle direttive 23/2014/UE, 24/2014/UE e 25/2014/UE, in tema di affidamento a società *in house*, tra le quali cita Corte di giustizia dell'Unione europea, 19 giugno 2014, C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE e altro* (in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2014, 1373 (m), con nota di FERRARI), e Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e altro* (in *Foro it*., 2005, IV, 134, con nota di URSI, *Giornale dir. amm*., 2005, 271 (m), con nota di GUCCIONE e in *Urbanistica e appalti*, 2005, 288, con nota di R. DE NICTOLIS);

k2) per la disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle nuove direttive europee cfr. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 228 ss. (per la trattazione generale, con amplissima bibliografia); 1816 ss. (per gli appalti nei servizi sociali); 1998 ss. (sui servizi di interesse economico generale – SIEG e sui servizi di interesse generale – SIG);

k3) sul requisito della "attività prevalente" necessario per individuare il legittimo affidamento *in house* cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. IV, 8 dicembre 2016, C-553/15, Undis (in *Giur. it*., 2017, 439 (m), con nota di ; GIUSTI; *Nuovo notiziario giur*., 2017, 336, con nota di EULA; *Merito,* 2017, fasc. 2, 62, con nota di COSMAI, nonché oggetto della News US in data 14 dicembre 2016);

l) sui rapporti fra servizi pubblico comunali e tutela della concorrenza, Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 285 del 2016 in *Foro it*., 2017, I, 417 con nota di ROMBOLI;

m) sui limiti che incontrano comuni e regioni nella costituzione o partecipazione a società miste Corte cost., 8 maggio 2009, n. 148 e 1 agosto 2008, n. 326 in *Foro it.*, 2010, I, 786.