

**N. 02503/2016REG.PROV.COLL.
N. 08230/2015 REG.RIC.**



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8230 del 2015, proposto da:

Damiano Lenoci, quale titolare dell'omonima Farmacia, rappresentato e difeso dall'Avv. Enrico Follieri e dall'Avv. Francesco Bruno, con domicilio eletto presso l'Avv. Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

Comune di Canosa di Puglia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Vito Di Natale, con domicilio eletto presso l'Avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 00844/2015, resa tra le parti, concernente il diniego di

trasferimento della sede farmaceutica

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Canosa di Puglia;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 maggio 2016 il Cons. Massimiliano Noccelli e uditi per l'odierno appellante l'avvocato Enrico Follieri e per il Comune di Canosa di Puglia l'avvocato Vito Di Natale;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierno appellante, dott. Lenoci, quale titolare della omonima Farmacia, ha impugnato avanti al T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, i provvedimenti del Comune di Canosa di Puglia che hanno negato il trasferimento della sua farmacia nel centro cittadino di Canosa di Puglia della propria sede originaria ubicata nella frazione di Loconia.

1.1. Ha evidenziato l'interessato che con deliberazione di Giunta Comunale n. 97 del 2012 vi era stata una proposta in tal senso, successivamente disattesa con i gravati provvedimenti; che ai sensi della tabella C n. 52 del d.P.R. n. 300 del 1992 (come modificato dal d.P.R. n. 407 del 1994) per i "*Trasferimenti di titolarità, nuove aperture, trasferimenti ubicazione delle farmacie*" opera il silenzio-assenso di cui all'art. 20 l. n. 241 del 1990; che nel caso di specie si sarebbe formato il silenzio-assenso rispetto

alla comunicazione del 18.12.2012, silenzio peraltro non annullato in autotutela da parte della Amministrazione comunale.

1.2. Con ricorso per motivi aggiunti l'odierno appellante ha contestato i nuovi provvedimenti di diniego di trasferimento adottati dal Comune a seguito di nuova istanza del dott. Lenoci, risalente al 26 luglio 2013, deducendo censure di mera illegittimità derivata.

1.3. Si è costituita nel primo grado di giudizio l'Amministrazione comunale, resistendo al gravame.

2. Il T.A.R. barese, con la sentenza n. 844 dell'11 giugno 2015, ha respinto il ricorso, siccome integrato dai motivi aggiunti.

2.1. Avverso tale sentenza ha proposto appello il dott. Lenoci, deducendo due motivi di censura, che saranno di seguito esaminati, e ha chiesto l'annullamento, previa sospensione, di detta sentenza.

2.2. Si è costituito il 12 dicembre 2015 il Comune di Canosa di Puglia per resistere all'appello, di cui ha chiesto la reiezione.

2.3. Nella camera di consiglio del 17 dicembre 2015, fissata per l'esame della domanda cautelare proposta dall'appellante ai sensi dell'art. 98 c.p.a., la causa è stata rinviata all'udienza pubblica per il sollecito esame del merito.

2.4. Nella pubblica udienza del 5 maggio 2016 infine il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

3. L'appello è infondato e deve essere respinto.

3.1. Si controverte, nel presente giudizio, circa la pretesa dell'odierno appellante, dott. Lenoci, ad ottenere l'inurbamento della farmacia rurale dalla frazione di Loconia nel centro del

Comune di Canosa di Puglia.

3.2. La Sezione, con l'ordinanza n. 2797 del 19 luglio 2013, ha invero già respinto la domanda dell'odierno appellante, in sede di appello cautelare, sul rilievo che non vi fosse certezza sulla istituzione *–rectius: inurbamento –* della sede farmaceutica, rivendicata dall'appellante, mentre era certo l'interesse pubblico al mantenimento della sede della farmacia rurale.

4. Con un primo motivo (pp. 6-14 del ricorso), ciò premesso, l'odierno appellante lamenta l'errata interpretazione, da parte del T.A.R. barese, della delibera di Giunta Comunale n. 97 del 2012 e della sua efficacia, la violazione dell'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012, relativamente alla competenza sul decentramento urbano delle farmacie, il malgoverno del materiale documentale e probatorio.

4.1. La Giunta Comunale, deduce l'appellante, avrebbe stabilito che si tratterebbe di una mera proposta a causa dell'incertezza normativa determinata dal sopraggiungere del d.l. n. 1 del 2012, ma il primo giudice avrebbe dovuto riflettere sul punto che ormai la competenza è esclusivamente comunale, senza necessità che intervenga l'atto della Regione.

4.2. Definire la delibera come proposta comporta che si sarebbe dovuto indicare qual è l'altro soggetto giuridico che la debba approvare e, invece, è ormai pacifico che il Comune, acquisiti i pareri dell'Azienda e dell'Ordine dei farmacisti competenti per territorio, decida in merito al numero e alle zone in cui devono localizzarsi le farmacie.

4.3. Il Comune, erroneamente, avrebbe ritenuto che fosse stata mantenuta la competenza della Regione nell'approvazione e nella

revisione della determinazione e distribuzione sul territorio delle farmacie e ha definito la sua delibera come proposta, ma in effetti avrebbe deciso in via definitiva anche sull'inurbamento della farmacia Lenoci.

4.4. In altri termini, riassumendo la tesi dell'odierno appellante, la competenza a rivedere le piante organiche delle farmacie è in capo alla Giunta comunale, con tutto ciò che ne consegue, incluso il potere di pronunciarsi sulle istanze di decentramento e di riclassificazione delle farmacie da rurali in urbane.

4.5. Non sarebbe quindi possibile qualificare come proposta la delibera di Giunta, basandosi sul dato letterale di cui al n. 4 del dispositivo (laddove prevede di sottoporre «*la presente proposta all'approvazione della Regione Puglia*»: v. doc. 14 fasc. ricorrente in primo grado), perché non vi è più il potere della Regione di provvedere ed il giudice non può ignorare il quadro normativo ed affermare che il procedimento sia ancora aperto.

4.6. L'esame del contesto della delibera di Giunta e degli atti successivi, deduce ancora l'appellante (pp. 11-14 del ricorso), confermerebbe che non si possa trattare di mera proposta.

4.7. La Giunta Comunale, con la delibera n. 97 del 2012, non avrebbe inteso semplicemente esprimere l'intenzione di modificare la pianta organica, riferendosi alle modifiche come "possibili", poiché, se così fosse, il Sindaco non avrebbe potuto inoltrare alla Regione, in esecuzione della delibera, la richiesta di bandire il concorso per la nuova farmacia.

4.8. Solo se la nuova farmacia fosse stata già istituita, la Regione avrebbe potuto metterla a concorso.

4.9. L'Amministrazione comunale ha seguito il procedimento previsto dall'art. 2 della l. n. 475 del 1968, come novellato nel 2012 e corrispondente a quello previsto per il decentramento dall'art. 5, comma 1, della l. n. 362 del 1991, per la revisione della pianta organica delle farmacie.

4.10. Essa ha dapprima sentito la A.S.L. BAT e l'Ordine dei Farmacisti, che hanno reso parere favorevole all'istituzione di una nuova farmacia e all'inurbamento della farmacia del dott. Lenoci.

4.11. L'Amministrazione comunale ha poi concluso il procedimento, adottando l'atto previsto per la revisione della pianta organica, da parte dell'organo a ciò competente: la delibera di G.C. n. 97 del 2012.

4.12. Non potrebbe esservi dubbio sull'efficacia della delibera in questione, avendo essa "inurbato" la Farmaci Lenoci.

4.13. Né la delibera n. 193 del 2012 avrebbe stabilito una soluzione diversa in relazione all'assistenza farmaceutica di Loconia perché, anche nella delibera n. 97 del 2012, il Comune ha espressamente stabilito, al n. 3, che *«il servizio farmaceutico nella borgata di Loconia dovrà essere garantito con l'istituzione di un dispensario ovvero di altra forma idonea»*.

4.14. Il motivo, così riassuntivamente esposto, non merita condivisione.

4.15. Il T.A.R. barese ha correttamente rilevato che il procedimento, avviato su istanza dell'odierno appellante diretta all'inurbamento della farmacia rurale nella frazione di Loconia, non si è concluso positivamente con il provvedimento di soppressione e di inurbamento della sede rurale, non potendosi

considerare tale la deliberazione di Giunta Comunale n. 97 del 2012, «*costituente una mera proposta*» (pp. 4-5 della sentenza impugnata).

4.16. La valutazione del materiale documentale effettuata dal giudice e, in particolare, l'interpretazione della volontà espressa dall'Amministrazione va anzitutto esente da censura, poiché l'attenta analisi della delibera n. 97 del 2012 dimostra, in modo inequivoco, che il Comune non abbia inteso in alcun modo istituire in via definitiva la nuova sede farmaceutica né inurbare, in via altrettanto definitiva, la farmacia del dott. Lenoci, facendo la delibera riferimento alla «*possibilità di prevedere n. 9 sedi farmaceutiche*», di individuare «*due possibili zone*», una delle quali da destinare all'apertura della nuova sede farmaceutica e l'altra da riservare al decentramento urbano, e infine disponendo di «*sottoporre la presente proposta all'approvazione della Regione Puglia*».

4.17. Ora non è possibile né è logico che esista un provvedimento definitivo espresso in forma dubitativa, che si riferisca alla «*possibilità*», come appena visto, di istituire nuove sedi e di inurbare quella esistente, e che si atteggi – nella stessa volontà, inequivoca, dell'Amministrazione – quale proposta alla Regione.

4.18. Quand'anche tale provvedimento sia stato erroneamente esternato quale proposta anziché come atto definitivo – competendo al Comune e non alla Regione, ai sensi dell'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012, convertito con mod. in l. n. 27 del 2012, e salvo quanto ora si dirà per il concorso straordinario di cui ai commi 2 e 3 dello stesso art. 11, determinare il numero, la distribuzione e la

dislocazione delle sedi farmaceutiche (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 31 dicembre 2015, n. 5884) – ciò non comporta che la volontà dell'Amministrazione debba essere interpretata quale manifestazione definitiva della sua volontà, occorrendo che essa – o chi per essa quale autorità effettivamente decidente – confermi tale volontà e la cristallizzi in forma definitiva.

4.19. Tale conferma è, tuttavia, mancata nel caso di specie da parte della Giunta Comunale che, con la successiva deliberazione n. 193 del 29 dicembre 2012, ha invece determinato di mantenere la farmacia rurale nella frazione rurale di Loconia, poiché la precedente proposta di inurbarla, esternata nella delibera n. 97, era stata motivata *«sulla base dell'errato presupposto di fatto, citato nelle sue premesse, di una riduzione della popolazione della frazione di Loconia a n. 99 unità, mentre dai dati in possesso degli uffici demografici dell'Ente risulta una popolazione di 260 abitanti, comprensiva dell'agro»* (doc. 7 fasc. parte ricorrente in primo grado).

4.20. Si tratta di una motivazione non palesemente illogica né affetta da travisamento dei fatti e, di fatto, nemmeno contestata dallo stesso appellante in questa sede nelle sue ragioni, sicché il T.A.R. ne ha tratto la corretta conclusione che correttamente la Giunta Comunale abbia disposto di non dare conferma a quanto in precedenza proposto, mantenendo ferma, invece, la farmacia rurale nella frazione Loconia.

4.21. In modo del tutto condivisibile, pertanto, il T.A.R. barese ha rilevato che la decisione, di competenza comunale, di mantenere una sede nella frazione di Loconia, contenuta nella deliberazione

di Giunta Municipale n. 193 del 2012, successivamente richiamata dalla nota comunale n. 1080/2013, motivata sul presupposto della sussistenza dell'interesse pubblico di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate, non sia sindacabile in sede giurisdizionale, non essendo inficiata da vizi macroscopici e trattandosi, al contrario, di valutazione ispirata da condivisibili ragioni di interesse pubblico.

4.22. E del resto nella stessa deliberazione di Giunta Regionale n. 1261 del 19.6.2012 "*Adempimenti legge 27 del 24.3.2012, art. 11. Identificazione zone nuove sedi farmaceutiche da istituire e nuove zone di ubicazione*", all'Allegato 2, nell'individuare le nuove sedi farmaceutiche per ciascun Comune della provincia di Barletta, Trani e Andria, per Canosa di Puglia ha individuato una sede di nuova istituzione, a fronte delle otto già esistenti, di cui una *rurale* e sette urbane.

4.23. Non si deve infatti qui trascurare che la delibera n. 97 del 2012, al quale l'odierno appellante annette erroneamente un valore provvedimento definitivo, costituiva invece la proposta del Comune per l'istituzione delle nuove sedi farmaceutiche mediante il concorso straordinario previsto dall'art. 11, commi 2 e 3, del d.l. n. 1 del 2012.

4.24. Alla stregua di tali disposizioni «*ciascun comune, sulla base dei dati ISTAT sulla popolazione residente al 31 dicembre 2010 e dei parametri di cui al comma 1, individua le nuove sedi farmaceutiche disponibili nel proprio territorio e invia i dati alla regione entro e non oltre trenta giorni dalla data di entrata in*

vigore della legge di conversione del presente decreto» (comma 2) e «le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano provvedono ad assicurare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, la conclusione del concorso straordinario e l'assegnazione delle sedi farmaceutiche disponibili di cui al comma 2 e di quelle vacanti» (comma 3).

4.25. Il dato normativo conferma, dunque, che la delibera n. 97 del 2012 non poteva che avere, in rapporto alla finalità sua propria (il concorso straordinario per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche in Puglia), il valore di mera proposta o, comunque, di atto di impulso (e certo non definitivo, nemmeno quanto all'accoglimento dell'istanza di decentramento urbano) nei confronti della Regione, che ha tuttavia confermato la necessità di mantenere la sede rurale, necessità recepita nella successiva delibera n. 193 del 2012 da parte del Comune per le ragioni già evidenziate.

4.26. Ne segue, dunque, la reiezione del primo motivo di appello qui proposto.

5. Parimenti infondato è anche il secondo motivo di appello (pp. 15-20 del ricorso), con il quale l'odierno appellante, sul presupposto che la delibera n. 97 del 2012 avrebbe "inurbato" la farmacia, assume che sulla propria istanza del 7 agosto 2012, volta al trasferimento della sede all'interno della zona, si sarebbe formato il silenzio-assenso, con la conseguenza che il diniego opposto dalla delibera n. 193 del 2012 sarebbe illegittimo, essendo stata la delibera già accolta.

5.1. La sentenza impugnata ha invece escluso che sull'istanza si

sarebbe formato il silenzio-assenso, perché l'istanza di trasferimento riguarda la materia della salute, esclusa dall'art. 20 della l. n. 241 del 1990.

5.2. Ma l'appellante assume che tale motivazione sarebbe erronea perché, una volta perimetrata la zona, come sarebbe avvenuto nel caso di specie mediante la delibera n. 97 del 2012, lo stabilimento della sede sarebbe praticamente indifferente ai fini della tutela della salute.

5.3. Sull'istanza di trasferimento della sede della farmacia all'interno della zona già attribuita in titolarità, questa è in sintesi la tesi dell'appellante, può formarsi il silenzio-assenso, contrariamente a quanto assume il T.A.R., che ha richiamato la giurisprudenza attinente all'istituzione di una nuova farmacia e al trasferimento da una zona ad un'altra, non nell'ambito della stessa zona, come è nel caso di specie, essendo così stato qualificato, dalla delibera di Giunta Comunale n. 97 del 2012, l'inurbamento della farmacia Lenoci che si sposta, quindi, nell'ambito della stessa zona.

5.4. La tesi dell'appellante è priva di fondamento.

5.5. La delibera n. 97 del 2012, per le ragioni già vedute, costituiva un atto avente valore di mera proposta e, comunque, non definitivo, superato dalla successiva delibera n. 193 del 29 dicembre 2012, le cui motivazioni lo stesso appellante non ha nemmeno contestato.

5.6. Questo Consiglio, ciò premesso, ha già chiarito che i provvedimenti concernenti l'apertura ed il trasferimento di farmacie rientrano sicuramente nell'ambito della materia "*salute*",

com'è reso evidente dal fatto che la Corte Costituzionale, senza soluzione di continuità rispetto all'interpretazione dell'originario art. 117 della Costituzione (cfr. la sentenza n. 68 del 1961), ha ritenuto che la disciplina dell'organizzazione del servizio farmaceutico vada ascritta alla materia della "*tutela della salute*" (cfr. sentenze n. 87 del 2006 e n. 295 del 2009).

5.7. La disposizione del regolamento di cui all'allegato C, punto 52), del d.P.R. n. 407 del 1994 (che, tra le attività private sottoposte alla disciplina dell'art. 20 della l. n. 241 del 1990, ricomprende i trasferimenti di ubicazione delle farmacie), invocata dall'appellante, deve ritenersi implicitamente abrogata dalla sopravvenuta riformulazione, con la novella del 2005, dell'art. 20 della l. n. 241 del 1990, che differisce profondamente dalla lettera e dalla logica originariamente adottate dal legislatore del 1990, il quale demandava al regolamento di attuazione la determinazione dei casi in cui la domanda di rilascio di una autorizzazione, licenza, abilitazione, etc. poteva considerarsi accolta per mancata comunicazione all'interessato di provvedimento di diniego entro il termine fissato per la conclusione del procedimento, *«mentre la vigente lettera dell'art. 20, una volta affermata la generalizzazione dell'istituto del silenzio-assenso, tipizza espressamente, per quanto qui interessa, le ipotesi, tra le quali appunto quella dei procedimenti in materia di "salute", di esclusione della applicabilità dell'istituto stesso e demanda alla formazione di rango regolamentare solo l'individuazione di ulteriori atti e procedimenti, cui le disposizioni dell'articolo non si applicano»* (Cons. St., sez. III, 14 novembre 2013, n. 5433).

5.8. Di qui, con tutta evidenza, l'infondatezza del secondo motivo di appello proposto dall'appellante, non potendo applicarsi l'art. 20 della l. n. 241 del 1990 all'istanza da lui proposta, peraltro sull'errato presupposto che la delibera n. 97 del 2012 avesse autorizzato, con valore provvedimento definitivo, l'inurbamento della farmacia.

6. In conclusione, per tutte le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto, con piena conferma della sentenza impugnata.

7. La novità della questione compensa l'integrale compensazione delle spese inerenti al presente grado di giudizio tra le parti.

7.1. Deve essere posto definitivamente a carico dell'odierno appellante, attesa comunque la sua sostanziale soccombenza, il contributo unificato versato per la proposizione del ricorso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto da Damiano Lenoci, lo respinge e per l'effetto conferma la sentenza impugnata.

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

Pone definitivamente a carico di Damiano Lenoci il contributo unificato 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 5 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/06/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)