

L'enigma che non c'è

Concludiamo le riflessioni iniziate sullo scorso numero, in merito alle modifiche apportate all'articolo 23-bis della Legge n. 133/2008

A CURA DELLO STUDIO
DELL'AVVOCATO B. R. NICOLOSO
FIRENZE - ROMA

Dal compendio normativo illustrato sullo scorso numero (vedi *Punto Effe* del 28 gennaio), il cui cardine è dato, come «*legge generale della Repubblica*», dal T.U. n. 267/2000, con la conseguente “resistenza” a ogni modificazione implicita data da leggi singolari o in deroga, si può ragionevolmente ritenere che:

a) il servizio farmaceutico gestito dalle farmacie comunali costituisca un servizio pubblico locale, già ritenuto tale (dall'articolo 13 della Legge n. 468/1913 e dall'articolo 1, comma 1, numero 6, del R.D. n. 2578/1925) e dalla consolidata giurisprudenza formatasi in materia (da ultimo: Consiglio di Stato, Sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591): prova ne sia che la normativa di cui all'articolo 23-bis, comma 1 della Legge n. 133/2008 come emendato dall'articolo 15, comma 1, lettera a) della Legge n. 166/2009, nell'escludere dalla sua applicazione la gestione di alcuni servizi pubblici locali (per la distribuzione del gas naturale, dell'energia elettrica e del trasferimento ferroviario), ha ricompreso tra questi la gestione delle farmacie comunali prevista dall'articolo 9 della Legge n. 475/1968, la quale peraltro richiama testualmente il comma 1 del R.D. n. 2578/1925 per quanto riguarda «*le farmacie... assunte in gestione dal Comune*» e un tale rinvio recettizio viene ribadito nell'articolo 10 della Legge n. 362/1991 che ha sostituito detto comma 1 dell'articolo 9 della Legge n. 475/1968 e affermato che «*le farmacie di cui sono titolari i Comuni possono essere*

gestite ai sensi della Legge n. 142/1990» recante l'ordinamento delle autonomie locali che è stato riordinato dal T.U. n. 267/2000, cui deve pertanto essere ricondotta la gestione delle farmacie comunali in quanto riguarda gli altri moduli di gestione delle farmacie comunali previsti da tale normativa;

b) l'articolo 23-bis, comma 1 della Legge n. 133/2008 come emendato dall'articolo 15, comma 1, lettera a) della Legge n. 166/2009, faccia «*salvi i moduli di gestione delle farmacie comunali previsti dall'articolo 9 della legge n. 475/1968*» (come sostituito dall'articolo 10 della Legge n. 362/1991), ma non escluda le altre forme di gestione dei servizi pubblici locali di cui all'articolo 113 del T.U. n. 267/2000 come modificato dall'articolo 14 della Legge n. 326/2003, che vengono ricondotti alla previsione di cui ai commi 2 e 3 dello stesso articolo 23-bis della Legge n. 133/2008 come emendati dall'articolo 15, comma 1, lettera b) della Legge n. 166/2009: prova ne sia che viene sanata dall'articolo 20 della stessa Legge n. 133/2008 la situazione degli affidamenti della gestione delle farmacie comunali alle società che svolgono attività di distribuzione intermedia (ipotesi di cui all'articolo 113, comma 5, lettera a), T.U. n. 267/2000 come modificato dall'articolo 14, comma 1, Legge n. 326/2003), nonché alle società che abbiano acquisito partecipazioni in società miste affidatarie di tale gestione (ipotesi di cui all'articolo 113, lettera b), T.U. n. 267/2000 come modificato dall'articolo

14, comma 1, Legge n. 326/2003), le quali pertanto sopravvivono;

c) il modulo di gestione societaria delle farmacie comunali richiamato dall'articolo 23-bis della Legge n. 133/2009 come emendato dall'articolo 15, comma 1, lettera a) della Legge n. 166/2009, sia solo quello previsto dall'articolo 9, comma 1 della Legge n. 475/1968, come modificato dall'articolo 10, comma 1, lettera d) della Legge n. 362/1991, e cioè mediante «*società di capitali costituita tra il Comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società prestino servizio presso farmacie di cui il Comune abbia la titolarità*»: detto modulo non viene assoggettato né al regime ordinario, né a quello straordinario di cui ai commi 2 e 3 dell'articolo 23-bis della Legge n. 133/2008 come emendati dall'articolo 15, comma 1, lettera b) della Legge n. 166/2009, né al regime transitorio di cui al comma 8 dell'articolo 23-bis della Legge n. 133/2008, come emendato dall'articolo 15, comma 1, lettera d) della Legge n. 166/2009;

d) il modulo di gestione delle farmacie comunali attuato mediante affidamento a «*società di capitali attraverso l'espletamento di gara con procedure ad evidenza pubblica*» previsto dall'articolo 113, comma 5, lettera a) del T.U. n. 267/2000 come modificato dall'articolo 14, comma 1, della Legge n. 326/2003, tuttora sussista



e sia riconducibile alla previsione di cui all'articolo 23-bis, comma 2, lettera a) della Legge n. 133/2008 e, del pari, che il modulo di gestione delle farmacie comunali attuato mediante affidamento a «società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gara con procedura ad evidenza pubblica», previsto dall'articolo 113, comma 5, lettera b) nel T.U. n. 267/2000 come modificato dall'articolo 14, comma 1, della Legge n. 326/2003, tuttora sussista e sia riconducibile alla previsione di cui all'articolo 23-bis, comma 2, lettera b) della Legge n. 133/2008: detti moduli vengono entrambi assoggettati alla novella normativa e al regime transitorio previsto dall'articolo 23-bis, comma 8, lettera a) nelle prima ipotesi, e lettere b) e c) nella seconda ipotesi, come emendati dall'articolo 15, comma 1, lettera b, della Legge n. 166/2009;

e) il modulo di gestione (anche) delle farmacie comunali attuato mediante affidamento a «società a capitale interamente pubblico, a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano», previsto dall'articolo 113, comma 5, lettera c) del

T.U. n. 267/2000 come modificato dall'articolo 14, comma 1, della Legge n. 326/2003, tuttora sussista e sia riconducibile alla previsione di cui all'articolo 23-bis, comma 3, della Legge n. 133/2008: detto modulo viene assoggettato alla novella normativa e al regime transitorio previsto dall'articolo 23-bis, comma 8, lettera d) ed e) come emendato dall'articolo 15, comma 1, lettera d) della Legge n. 166/2009;

f) in questo contesto normativo le previsioni di cui all'articolo 113, comma 5, lettere a), b), c) del T.U. n. 267/2000 come modificato dall'articolo 14, comma 1, della Legge n. 326/2003 non siano incompatibili e quindi abrogate dall'articolo 23-bis, comma 11, della Legge n. 133/2008; **g)** sempre in tale contesto normativo, risulta evidente che le sole società di gestione delle farmacie comunali previste dall'articolo 9 comma 1, lettera d) della Legge n. 475/1968, come sostituito dall'articolo 10 della Legge n. 362/1991, non siano soggette all'articolo 23-bis, comma 1 della Legge n. 133/2008 come emendato dall'articolo 15, comma 1, lettera a) della Legge n. 166/2009, mentre tutte le altre società di gestione delle farmacie comunali previste dall'articolo 133, comma 5, lettere a), b), c) del T.U. n. 267/2000, come modificato dall'articolo 14, comma 1 della Legge n. 326/2003,

rientrano nelle ipotesi di cui all'articolo 23-bis, commi 2, 3 e 4 della Legge n. 133/2008 come emendato dall'articolo 15, comma 1, lettera b) della Legge n. 166/2009 e l'affidamento in loro favore del relativo servizio sia fatto salvo dall'articolo 23-bis, comma 12 di detta normativa, se la relativa procedura sia già stata avviata alla data di entrata in vigore della Legge n. 133/2008, ma rimangono soggette alla disciplina transitoria di cui all'articolo 23-bis, comma 8 della Legge n. 133/2008 come emendato dall'articolo 15, comma 1, lettera d) della Legge n. 166/2009.

DI NON FACILE LETTURA

Ne consegue che da un'interpretazione sistematica del dettato normativo non possano essere tratte le conclusioni che, con una certa disinvoltura, sono state dedotte su tale "novella" che ha indubbiamente inciso nel sottoinsieme comunale del "sistema farmacia" pianificato sul territorio, ma non già nel contrapposto profilo sostenuto dagli enti esponenziali delle farmacie private e delle farmacie comunali, atteso che *utile non debet per inutile vitiari* (dedicato ad Assofarm), in quanto *utile per inutile non vitiatur* (dedicato a Federfarma cui ha fatto eco la Fofi), con buona pace di tutti, anche dei contrapposti esegeti di un testo normativo tutt'altro che enigmatico ma di non facile lettura, ora aggravata dallo schema del Dpr (approvato dal Consiglio dei Ministri il 17 novembre 2009) recante il regolamento d'attuazione dell'articolo 23-bis della Legge n. 133/2008, che ne esclude l'applicazione alla «gestione delle farmacie comunali di cui alla Legge 2 aprile 1968 n. 475» (articolo 1, comma 3), ma, per completare il disegno normativo, abroga l'articolo 113, comma 5 del T.U. n. 267/2000 e successive modificazioni (articolo 12), aprendo la strada a un vuoto normativo se mai l'articolo 23-bis della Legge n. 133/2008 non dovesse essere applicato alla gestione delle farmacie comunali con moduli diversi da quelli previsti dalla Legge n. 475/1968, a meno che non si pensi che la norma abrogata resusciti solo per loro, in quanto esclusi essi pure dall'applicazione dell'articolo 23-bis della Legge n. 133/2008 e dalla conseguente abrogazione regolamentare.