

Numero ____/____ e data __/__/____ Spedizione



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

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 22 dicembre 2017

NUMERO AFFARE 01962/2017

OGGETTO:

Ministero della salute - ufficio legislativo.

Richiesta di parere del Ministero della salute - Ufficio legislativo sull'interpretazione delle recenti modifiche normative introdotte con la legge 4 agosto 2017, n. 124, recante "Legge annuale per il mercato e la concorrenza", in ordine alle disposizioni contenute nella legge 8 novembre 1991, n. 362, recante "Norme di riordino del settore farmaceutico", con particolare riferimento alle disposizioni concernenti il concorso straordinario per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche e il vincolo della gestione societaria, nonché il relativo regime di incompatibilità.

LA COMMISSIONE SPECIALE del 22 dicembre 2017

Vista la nota di trasmissione della relazione prot. n. 12257 in data 3 novembre 2017 con la quale il Ministero della salute - Ufficio legislativo ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Visto il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 136 del 9 novembre 2017, con il quale veniva nominata la Commissione speciale per l'affare in epigrafe indicato;

Esaminati gli atti e uditi i relatori Andrea Pannone e Alessandro Verrico;

PREMESSO E CONSIDERATO

Sommario: I) La richiesta di parere (quesito). – II) Il contesto normativo di riferimento. - III) La funzione consultiva del Consiglio di Stato. - IV) La risposta ai quesiti.

I) La richiesta di parere (quesito).

1. Con nota del 3 novembre 2017 il Ministero della Salute – Ufficio legislativo ha indirizzato alla Seconda Sezione consultiva di questo Consiglio la richiesta di parere in oggetto.

Il Capo dell'Ufficio legislativo ha riferito che pervengono al Ministero, da privati cittadini, da federazioni di ordini professionali e da enti del Servizio sanitario nazionale, numerosi quesiti concernenti la corretta interpretazione delle recenti modifiche normative introdotte con la legge 4 agosto 2017, n. 124, recante "Legge annuale per il mercato e la concorrenza", in ordine alle disposizioni contenute nella legge 8 novembre 1991, n. 362, recante "Norme di riordino del settore farmaceutico".

Si riferisce che tali quesiti attengono, in particolare, all'applicazione delle disposizioni concernenti, in primo luogo, l'attribuzione della titolarità dell'esercizio di farmacie private anche a società di capitali, di cui all'articolo 7, comma 1, della legge 8 novembre 1991, n. 362, come sostituito dall'articolo 1, comma 157, lettera a) della legge 4 agosto 2017, n. 124. Ulteriori dubbi attengono, poi, alle specifiche incompatibilità previste per i casi di partecipazione a società di farmacie, di cui all'articolo 7, comma 2, e all'articolo 8, comma 1, della legge 8 novembre 1991, n. 362, come modificato dall'articolo 1, commi 157 e 160, della legge 4 agosto 2017, n. 124.

I problemi interpretativi espressi nel quesito sottoposto a questa Sezione, in definitiva, derivano dal fatto che la disciplina vigente si limita a dettare molteplici disposizioni, senza tuttavia operare distinzioni in ordine alle diverse tipologie di società di persone o di capitali interessate dall'applicazione delle stesse.

Più in dettaglio, il Capo dell'Ufficio legislativo del Ministero della salute ha chiesto a questo Consiglio di esprimere parere in relazione ai seguenti quesiti.

1.1. *"Se, nel prevedere la titolarità dell'esercizio di una farmacia anche in capo alle società di capitali, il legislatore abbia inteso fare riferimento a tutte le tipologie di società di capitali".*

Il Ministero della salute sostiene, al riguardo, che, considerato il generico riferimento compiuto dall'articolo 7, comma 1, della legge n. 362 del 1991, come novellata dalla legge n. 124 del 2017, alle "società di capitali", in linea di principio, possa essere titolare dell'esercizio di una farmacia, alternativamente: una società per azioni, una società in accomandita per azioni e una società a responsabilità limitata.

1.2. *"Se i farmacisti risultati vincitori in forma associata al concorso straordinario, possano costituire una società di capitali, ai sensi del novellato articolo 7 della legge n. 362 del 1991".*

1.2.1. In particolare, si chiede in primo luogo se la forma societaria di cui al novellato articolo 7, comma 1, della legge n. 362 del 1991 possa riguardare sia farmacie acquisite a seguito di concorso ordinario, sia farmacie acquisite a seguito di concorso straordinario.

1.2.2. Inoltre, in relazione a quest'ultima modalità di acquisto della titolarità di farmacie, si chiede altresì se i vincitori di concorso straordinario, che hanno partecipato nella forma della "gestione associata", possano costituire fra loro una società di capitali.

In merito ai due ultimi quesiti, il Ministero, rilevato che la normativa vigente già consente la "gestione associata" delle farmacie acquisite a seguito di concorso straordinario e tenuto conto che il novellato articolo 7, comma 1, della legge n. 362 del 1991 non esclude che la forma societaria si applichi anche alle farmacie

acquisite a seguito di concorso straordinario, ritiene che la norma non sembrerebbe precludere ai farmacisti, vincitori di concorso straordinario, di costituire una società di capitali.

1.2.3. Ciò premesso, si chiede inoltre se, nel rispetto delle condizioni espressamente previste dall'art. 11, comma 7, del decreto legge n. 1 del 2012, il vincolo della gestione associata, per un periodo minimo di tre anni, da parte dei farmacisti vincitori del concorso straordinario impedisca che - nel corso del triennio - partecipino alla società farmacisti non vincitori del concorso straordinario e non farmacisti.

1.2.4. Così come, per il rispetto della medesima disposizione, si dubita del fatto che la condizione della gestione associata "su base paritaria" impedisca o meno ai farmacisti vincitori di concorso straordinario di costituire alcune tipologie di società che non consentono la gestione della farmacia su base paritaria, come le società in accomandita semplice (s.a.s.) e le società in accomandita per azioni (s.a.p.a.).

1.3. *"Se anche le società di persone possano essere costituite, ai sensi del novellato articolo 7 della legge n. 362 del 1991, da soci non farmacisti".*

Il Ministero della salute argomenta, al riguardo, che l'articolo 1, comma 157, della legge n. 124 del 2017, modificando l'articolo 7, comma 2, della legge n. 362 del 1991, ha fatto venir meno l'obbligo da parte dei soci di una società titolare di una farmacia di possedere la qualifica di farmacista iscritto all'albo professionale e idoneo ai sensi dell'articolo 12 della legge n. 475 del 1968. Pertanto, tenuto conto che il vigente art. 7, comma 2 si riferisce a tutte le "società di cui al comma 1" del medesimo articolo (tra cui figurano anche le società di persone), il Ministero propende per affermare che anche le società di persone possano essere costituite da soci non farmacisti.

1.4. *"Se le incompatibilità di cui all'articolo 7, comma 2, e di cui all'articolo 8, comma 1, della legge n. 362 del 1991, debbano applicarsi a tutti i soci".*

1.4.1. In particolare, con riferimento alle incompatibilità di cui all'articolo 7, comma 2, secondo periodo, si chiede se, tenuto conto che la disposizione si riferisce espressamente all' "esercizio della professione medica", si possa ritenere che, come sostenuto dal Ministero stesso, essa si riferisca solo all'effettivo svolgimento dell'attività medica e non anche alla mera iscrizione all'albo.

1.4.2. In relazione, invece, alla incompatibilità di cui all'articolo 8, comma 1, lettera b), si chiede se l'applicazione della disposizione, come ritenuto dal Ministero della salute, possa essere limitata unicamente ai casi in cui la partecipazione alle società di farmacia comporti, da parte del titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia, lo svolgimento di analogo ruolo in seno alla farmacia "sociale" o comunque di un ruolo idoneo ad incidere sulle decisioni della società (es. amministratore); non anche, quindi, ai casi in cui la partecipazione si sostanzi in un mero versamento di capitale, senza che il socio, di fatto, acquisisca alcun ruolo decisionale nell'ambito della società.

1.4.3. Con riferimento, poi, all'incompatibilità di cui all'articolo 8, comma 1, lettera c), si chiede se, la locuzione "rapporto di lavoro", come ipotizzato dal Ministero, possa, sulla base di una interpretazione restrittiva, essere ricondotta al solo rapporto di lavoro subordinato e non ad altre tipologie di lavoro o di attività.

1.4.4. Peraltro, ancora in relazione alla medesima forma di incompatibilità, si chiede se essa debba trovare applicazione anche ai soci di capitale.

1.5. *"Se le incompatibilità di cui all'articolo 7, comma 2, e articolo 8, comma 1, della legge n. 362 del 1991, abbiano portata generale, applicandosi, quindi, sia al concorso ordinario sia al concorso straordinario".*

Il Ministero della salute, al riguardo, sostiene che le incompatibilità debbano applicarsi anche alle società di farmacisti vincitori di concorso straordinario, considerato che entrambe le disposizioni non distinguono tra farmacie acquisite a seguito di concorso ordinario e straordinario.

2. Con il decreto indicato nelle premesse, il Presidente del Consiglio di Stato, stante la rilevanza del quesito e la portata generale delle questioni giuridiche

sollevate, ha stabilito di affidare l'esame della richiesta di parere a questa Commissione Speciale, come consentito dall'articolo 22 del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato).

3. Nell'adunanza del 22 dicembre 2017 la Commissione Speciale si è riunita e ha deliberato sul quesito, esprimendo il presente parere.

II) Il contesto normativo di riferimento.

4. La Commissione Speciale, prima di esaminare le questioni sottoposte al vaglio consultivo, ritiene opportuno, ai fini di una migliore e generale comprensione delle medesime questioni, ricostruire brevemente il quadro normativo di riferimento.

5. La normativa nazionale prevede due regimi di gestione delle farmacie, uno riguardante le farmacie private, l'altro le farmacie comunali.

5.1. In relazione al regime delle farmacie private, che interessa particolarmente il presente quesito, va ricordato che con legge 22 maggio 1913, n. 468, "Disposizioni sulla autorizzazione all'apertura ed all'esercizio delle farmacie", si afferma il principio che l'assistenza farmaceutica alla popolazione è un'attività primaria dello Stato, esercitata direttamente dallo stesso attraverso gli enti locali (comuni), oppure delegata a privati per l'esercizio, in regime di concessione governativa. In particolare, la concessione governativa, ottenuta attraverso concorso pubblico, per esami, senza possibilità d'acquisto, vendita, o trasferimento per successione, è "ad personam" e dura quanto la vita del titolare.

5.2. Nel successivo Testo Unico delle leggi sanitarie (R.D. 27 luglio 1934, n. 1265), al Capo II del Titolo II, intitolato "Del servizio farmaceutico" (artt. 104 ss.), si sanciva, quindi, quale principio base, la regola inderogabile della personalità dell'autorizzazione amministrativa all'apertura e all'esercizio della farmacia, stabilendone, conseguentemente, l'incedibilità.

5.3. Solo con le leggi della Riforma Mariotti del 1968 (legge 8 marzo 1968, n. 221, "Provvidenze a favore dei farmacisti rurali" e legge 2 aprile 1968, n. 475, "Norme concernenti il servizio farmaceutico") si introduce (anzi, reintroduce) la facoltà di

trasferire le farmacie, contestualmente alla vendita dell'esercizio commerciale, sebbene condizionandola ad un insieme di vincoli e limitazioni. Ad ogni modo la gestione della farmacia deve essere diretta e personale da parte del titolare e la conduzione economica è inscindibile dalla gestione professionale.

6. Con legge 8 novembre 1991, n. 362, "Norme di riordino del settore farmaceutico", vengono apportate alcune importanti modifiche ai principi introdotti dalla riforma Mariotti.

In particolare, all'art. 7, comma 1 viene affermato che la titolarità dell'esercizio della farmacia privata è riservata a persone fisiche, a società di persone ed a società cooperative a responsabilità limitata. Le farmacie private possono quindi essere:

- uninominali, quando la titolarità è in capo ad un singolo farmacista iscritto all'albo con i requisiti di idoneità. L'idoneità alla titolarità si può ottenere in seguito al superamento di un concorso per l'assegnazione di sedi farmaceutiche, oppure dopo un periodo di pratica professionale della durata di due anni svolto in una farmacia aperta al pubblico e certificato dall'Ufficio farmaceutico della ASL di competenza. La titolarità in capo a una persona fisica presuppone che il titolare sia responsabile della gestione patrimoniale e della conduzione tecnico-professionale della farmacia. Titoralità della farmacia e proprietà dell'azienda sono inseparabili, tanto che il trasferimento della titolarità comporta la cessione della proprietà;
- 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);
- in gestione cooperativa (società cooperative a responsabilità limitata costituite tra farmacisti iscritti all'albo con i requisiti di idoneità), si tratta di forme residuali di gestione delle farmacie, per le quali l'art. 20 della l. 475/1968 ne ha consentito la prosecuzione della gestione, senza possibilità di trasferimento, salvo il caso di motivi di forza maggiore non imputabili a responsabilità della cooperativa.

Le società per la gestione di farmacie private hanno come oggetto esclusivo la

gestione di una farmacia. Possono essere soci della società esclusivamente farmacisti iscritti all'albo in possesso del requisito dell'idoneità e ciascun farmacista può essere socio soltanto di una società. La direzione della farmacia gestita dalla società è affidata ad uno dei soci che ne è responsabile.

Inoltre, con il c.d. decreto Bersani (legge 4 agosto 2006, n. 248, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223") si prevede che ogni società di gestione può essere titolare dell'esercizio di non più di quattro farmacie ubicate nella provincia dove ha sede legale.

In definitiva, la titolarità della farmacia viene estesa anche alle società di persone, sebbene con vincoli precisi e purché tutti i soci siano farmacisti iscritti all'Albo e idonei alla titolarità.

7. È su tale contesto normativo che la Commissione Europea ha più volte sollevato il problema del contrasto della disciplina italiana con i principi dei trattati UE in termini di libera circolazione di persone, professionisti e capitali, e di libertà di insediamento delle attività economiche e imprenditoriali (cfr. procedure di infrazione IP/05/1665, IP/06/858, IP/08/1352, IP/08/1785).

La Commissione, in particolare, ha sostenuto che, nel prevedere una disposizione che impedisce alle persone fisiche non laureate in farmacia e alle persone giuridiche che non siano composte esclusivamente da soci farmacisti di gestire una farmacia, la disciplina nazionale violerebbe gli artt. 43 CE e 56 CE. La restrizione che viene attuata ai sensi di detti articoli potrebbe, invero, essere giustificata soltanto da motivi imperativi di interesse pubblico e, in particolare, dall'obiettivo di tutela della sanità pubblica.

Tuttavia, ad avviso della Commissione, la disposizione di esclusione dei non farmacisti non sarebbe idonea a garantire la realizzazione di un tale obiettivo in quanto fondata sull'errata presunzione secondo la quale un farmacista che gestisce una farmacia sarebbe meno incline, rispetto ad un non farmacista, a privilegiare il proprio interesse personale a spese dell'interesse pubblico.

In secondo luogo, detta disciplina esorbiterebbe da quanto necessario al

raggiungimento dell'obiettivo di tutela della sanità pubblica, in quanto quest'ultimo potrebbe essere raggiunto con altre misure meno restrittive delle libertà sancite dagli artt. 43 CE e 56 CE, quali l'obbligo di presenza di un farmacista nella farmacia, l'obbligo di stipulare un'assicurazione o un sistema di controlli adeguati e di sanzioni efficaci.

8. La Corte di Giustizia europea, pronunciatisi su tali questioni, ha finora ritenuto legittima la normativa italiana. In particolare, con la sentenza del 19 maggio 2009 nella causa C-531/06, sebbene abbia riconosciuto che l'esclusione dei soggetti non farmacisti dalla possibilità di gestire una farmacia o di acquisire partecipazioni in società di gestione di farmacie costituisce in astratto una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali, ha tuttavia valutato le norme che regolano la proprietà della farmacia italiana non in contrasto con il Trattato CE.

Invero, la Corte osserva che la tutela della sanità pubblica figura tra i motivi imperativi di interesse pubblico che possono giustificare restrizioni alle libertà di circolazione garantite dal Trattato. In particolare, restrizioni possono essere giustificate dallo scopo di garantire un rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità (v., in tal senso, sentenze 11 dicembre 2003, causa C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, punto 106, e 11 settembre 2008, *Commissione/Germania*, causa C141/07, punto 47).

La Corte sottolinea quindi il carattere molto particolare dei medicinali, che si distinguono sostanzialmente dalle altre merci per i loro effetti terapeutici (v., in tal senso, sentenza 21 marzo 1991, causa C-369/88, *Delattre*, Racc. pag. I-1487, punto 54), effetti che rendono i medicinali potenzialmente nocivi per la salute se assunti senza necessità o in modo sbagliato, senza che il paziente possa esserne consapevole al momento della loro somministrazione.

Per questo motivo, la Corte, tenuto conto della facoltà riconosciuta agli Stati membri di decidere il grado di tutela della sanità pubblica, ritiene che rientra nelle loro facoltà poter esigere che i medicinali vengano distribuiti da farmacisti che

godano di un'effettiva indipendenza professionale.

Sebbene anche il farmacista persegue, come altri professionisti, una finalità di lucro, tuttavia si ritiene che, quale farmacista di professione, gestisca la farmacia in base non ad un obiettivo meramente economico, ma altresì in un'ottica professionale. Il suo interesse privato, connesso alla finalità di lucro, viene quindi temperato dalla sua formazione, dalla sua esperienza professionale e dalla responsabilità ad esso incombente; elementi, al contrario, non ravvisabili in capo ai non farmacisti, i quali, pertanto, non forniscono le medesime garanzie. Di conseguenza uno Stato membro può ritenere, nell'ambito del suo margine di discrezionalità, che la gestione di una farmacia da parte di un non farmacista possa rappresentare un rischio per la sanità pubblica, in particolare per la sicurezza e la qualità della distribuzione dei medicinali al dettaglio.

Conclude la Corte affermando che la normativa nazionale risulta idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo da essa perseguito e non va oltre quanto necessario per raggiungerlo. Pertanto si deve ammettere che le restrizioni derivanti da tale normativa possono essere giustificate da questo obiettivo.

9. Del resto, una medesima, se non più accentuata, sensibilità traspare dalle pronunce della Corte costituzionale, che, con sentenza n. 216/2014, ha dichiarato che "il regime delle farmacie è incluso – secondo costante giurisprudenza di questa Corte – nella materia della "tutela della salute" e che, "pur se questa collocazione non esclude che alcune delle relative attività possano essere sottoposte alla concorrenza", le misure a sostegno di questa "potrebbero alterare il sistema stesso, che è posto, prima di tutto, a garanzia della salute dei cittadini".

10. Un breve cenno merita inoltre la riforma del 2012 (d.l. 24.01.2012, n. 1, convertito con l. 23.03.2012, n. 27), approvata con l'obiettivo di rendere un più capillare servizio alla popolazione e di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un numero più ampio di aspiranti.

La riforma ha quindi previsto che il criterio demografico corrisponda ad una farmacia ogni 3.300 abitanti, unificandolo nei Comuni sopra e sotto i 12.500

abitanti. La popolazione eccedente continua a considerarsi solo quando è superiore al 50% del parametro.

Inoltre con lo stesso concorso potranno essere attribuite eventuali nuove farmacie in stazioni ferroviarie, in aeroporti civili a traffico internazionale, in stazioni marittime, in aree di servizio autostradale ad alta intensità di traffico, dotate di servizi alberghieri o di ristorazione, purché non sia già aperta una farmacia ad una distanza inferiore ai 400 metri. Ulteriori farmacie potranno essere aperte nei centri commerciali e nelle grandi strutture, purché non vi sia una farmacia a una distanza inferiore a 1.500 metri.

Le farmacie che verranno previste saranno, quindi, tutte attribuite a privati mediante un concorso straordinario per soli titoli, la cui straordinarietà deriva proprio dallo svolgersi esclusivamente mediante valutazione di titoli, così divergendo nettamente dal concorso ordinario, basato su una verifica attitudinale dei concorrenti individuali.

In particolare, ai sensi del comma 3 del citato art. 11, sono ammessi a partecipare al concorso straordinario esclusivamente i farmacisti, cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea, iscritti all'albo professionale:

- a) non titolari di farmacia, in qualunque condizione professionale si trovino;
- b) titolari di farmacia rurale sussidiata;
- c) titolari di farmacia soprannumeraria;
- d) titolari di esercizio di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

Per converso, sono espressamente esclusi dalla partecipazione i farmacisti titolari, compresi i soci di società titolari, di farmacia diversa da quella rurale sussidiata e da quella soprannumeraria.

11. Su tale contesto normativo è quindi intervenuta la legge 4 agosto 2017, n. 124, recante "Legge annuale per il mercato e la concorrenza", che, quale prima legge annuale per la concorrenza e l'apertura dei mercati, è volta alla rimozione degli

ostacoli regolatori all'apertura dei mercati, alla promozione della concorrenza e alla garanzia della tutela dei consumatori, anche in applicazione dei principi del diritto dell'Unione europea, nonché delle politiche europee in materia di concorrenza. Come emerge dalla allegata AIR (Analisi di Impatto della Regolamentazione) dell'ufficio legislativo del Ministero dello Sviluppo economico dalla stessa si denota la volontà di dirimere i nodi relativi all'attuale contingentamento del numero di farmacie presenti sul territorio nazionale "per il quale sussiste una limitazione a una razionale e soddisfacente distribuzione territoriale degli esercizi farmaceutici, basata sulla domanda dei consumatori, e una limitazione allo sviluppo di una effettiva dinamica concorrenziale del comparto".

L'intervento è diretto a rimuovere il vincolo relativo alla titolarità della licenza farmaceutica limitata ai soli farmacisti e il limite di quattro licenze per società titolare. L'obiettivo di breve periodo è l'eliminazione del vincolo ritenuto "ingiustificato" alla libertà di organizzazione dell'attività di impresa mentre quelli di medio-lungo periodo guardano alla modernizzazione della distribuzione farmaceutica, alla differenziazione dell'offerta e, infine, alla riduzione dei prezzi per i consumatori.

12. La novella normativa interviene peraltro in seguito alla segnalazione dell'Antitrust, resa ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, del luglio 2014 (A.S. 1137), in cui l'Autorità lamentava una non corretta distribuzione territoriale delle farmacie in rapporto alla domanda dei consumatori/pazienti e indicava che l'abolizione di vincoli alla multititolarità (limite delle quattro licenze) sarebbe stata una misura atta a garantire lo sviluppo di adeguate economie di scala e di rete e la nascita di nuovi modelli di business, elementi di per sé idonei a determinare una riduzione dei costi della distribuzione a beneficio dell'utenza, analoghi a quelli sperimentati in altri Paesi europei. Inoltre, secondo l'Antitrust, nel medio periodo, la maggior efficienza della distribuzione (e la possibilità di comprimere i margini di intermediazione, oggi ancora particolarmente elevati) si rifletterà positivamente anche sulla spesa farmaceutica a

carico del SSN.

13. Dall'analisi del testo normativo emerge che, con le disposizioni di cui ai commi da 158 a 164 dell'art. 1, vengono apportate diverse modifiche al settore della distribuzione farmaceutica, tra le quali:

- si consente l'ingresso di società di capitale nella titolarità dell'esercizio della farmacia privata;
- si rimuove il limite delle quattro licenze in capo ad una identica società;
- si pone il divieto di controllo, diretto o indiretto da parte di un medesimo soggetto, ai sensi dell'art. 2359 c.c., di una quota superiore al 20 per cento delle farmacie della medesima regione o provincia autonoma. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è incaricata di assicurare il rispetto del divieto summenzionato, attraverso l'esercizio dei poteri di indagine, di istruttoria e di diffida ad essa attribuita dalla disciplina vigente;
- si sopprimono i requisiti soggettivi per la partecipazione alle società che gestiscono farmacie, con la conseguenza che è ora consentita la partecipazione anche ai soci non farmacisti;
- si consente che la direzione della farmacia gestita da una società sia affidata anche ad un farmacista che non sia socio. Ne consegue che ove la titolarità dell'esercizio di una farmacia sia in capo ad una persona fisica, quest'ultima è responsabile della gestione patrimoniale e della conduzione tecnico-professionale della farmacia. Al contrario, se la titolarità dell'esercizio della farmacia è in capo ad una società (alternativamente: di persone, di capitali o cooperativa a responsabilità limitata), la stessa deve avere ad oggetto esclusivo la gestione della farmacia e la direzione della farmacia deve essere affidata ad un farmacista, anche non socio, che ne è responsabile;
- si stabilisce l'incompatibilità della partecipazione alle società nella titolarità dell'esercizio della farmacia privata con l'esercizio della professione medica, si conferma il vincolo di incompatibilità già vigente con qualsiasi altra attività svolta

nel settore della produzione ed informazione scientifica del farmaco e si sopprime il riferimento alle attività di intermediazione (distribuzione) del farmaco;

- viene modificata la disciplina sulla partecipazione in forma associata ai concorsi straordinari per il conferimento di sedi farmaceutiche in riferimento all'obbligo di mantenimento della conseguente gestione associata, che passa da dieci a tre anni.

III) La funzione consultiva del Consiglio di Stato.

14. Ciò premesso, si rammenta che la funzione consultiva esercitata dal Consiglio di Stato trova fondamento nell'articolo 100, primo comma, della Costituzione, secondo cui: "Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione".

Nonostante la particolare collocazione di tale disposizione nella Sezione III del Titolo III, dedicata agli "Organi ausiliari" del "Governo", il Consiglio di Stato ha costantemente ricordato, anche di recente (v., tra i molti, i pareri n. 515/2016, n. 1458/2017 e n. 2065/2017), che la funzione consultiva non è mai esercitata dall'Istituto nell'interesse dello Stato-Governo né di quello dello Stato-Amministrazione, ma esclusivamente nell'interesse dello Stato-Comunità.

15. In concreto, l'esercizio della funzione consultiva si estrinseca nell'espressione di pareri, taluni dei quali debbono essere richiesti obbligatoriamente (dallo Stato), nelle ipotesi tassativamente previste dall'articolo 17, comma 25, della legge 15 maggio 1997, n. 127, mentre altri possono essere resi sulla base di una richiesta facoltativa proveniente dalle amministrazioni pubbliche.

In quest'ultimo caso è facoltà delle amministrazioni richiedere al Consiglio di Stato "quesiti" per risolvere un dubbio relativo all'interpretazione o all'applicazione del diritto, anche in vista dell'adozione di un determinato atto (ovviamente solo per questioni o atti di particolare rilievo). Si tratta di pareri espressi in "funzione di ausilio tecnico-giuridico indispensabile per indirizzare nell'alveo della legittimità e della buona amministrazione l'attività di amministrazione attiva" (così il citato parere dell'Adunanza generale n. 30/1980).

16. In linea generale la richiesta di parere può soddisfare il bisogno dell'amministrazione di ottenere un chiarimento circa l'esatta interpretazione del diritto vigente o la conformità all'ordinamento giuridico di atti normativi in formazione.

In altri casi, invece, la richiesta di parere, sebbene sempre sorretta dalla necessità di sciogliere un dubbio di ordine giuridico, punta anche a risolvere una controversia, attuale o potenziale, tra amministrazioni e cittadini o imprese oppure tra amministrazioni. In queste ipotesi, a ben vedere, la funzione consultiva assolve ad una finalità, di tipo "giustiziale", contribuendo a prevenire i conflitti e a deflazionare il contenzioso giurisdizionale in maniera teleologicamente assimilabile ai metodi di ADR (Alternative dispute resolution). È anche per questo motivo che il ricorso ai quesiti dovrebbe essere promosso presso le amministrazioni pubbliche, presentandosi peraltro alcuni significativi vantaggi.

In particolare, a conclusione di un procedimento gratuito e veloce, si giunge ad ottenere un parere non vincolante - che, dunque, può essere motivatamente disatteso dai richiedenti - la cui autorevolezza è dovuta semmai alla competenza giuridica dell'Organo che lo rende.

Inoltre, il Consiglio di Stato nell'esprimere il parere non è soggetto ai vincoli propri dell'esercizio della funzione giurisdizionale, potendo pronunciarsi anche su aspetti connessi a quelli sui quali poggia la richiesta di parere, ove risultino rilevanti, o affrontare questioni giuridiche che esulino dall'ambito della giurisdizione amministrativa.

Ad ogni modo, questo Consiglio non è tenuto a rendere pareri su aspetti minuti che attengano a "un ordinario segmento del procedimento amministrativo" (v. il parere della sez. I, n. 1/2012), non potendo l'Istituto sostituirsi all'amministrazione nel dovere di quest'ultima di provvedere e nemmeno potendo invadere il campo riservato alla (differente) consulenza prestata alle pubbliche amministrazioni dall'Avvocatura dello Stato, anche in vista della difesa in giudizio.

17. Alla luce dei superiori rilievi, questa Commissione Speciale manifesta

apprezzamento per la scelta, compiuta dal Capo dell'Ufficio legislativo del Ministero della salute e dell'istruzione dell'università e della ricerca, di percorrere la via del quesito per gestire l'insorgere di conflitti, per lo meno potenziali.

IV) La risposta ai quesiti.

18. *"Se, nel prevedere la titolarità dell'esercizio di una farmacia anche in capo alle società di capitali, il legislatore abbia inteso fare riferimento a tutte le tipologie di società di capitali".*

Al riguardo, questo Collegio intende condividere la proposta sviluppata dal Ministero.

Invero, l'interpretazione secondo cui la vigente normativa si riferisce, in linea di principio, a tutte le tipologie societarie sembra essere suggerita da un triplice ordine di considerazioni.

18.1. In primo luogo depone in tal senso il generico riferimento compiuto dall'articolo 7, comma 1, della legge n. 362 del 1991, come novellata dalla legge n. 124 del 2017, alle "società di capitali", senza pertanto operare alcuna distinzione tra società per azioni, società in accomandita per azioni e società a responsabilità limitata.

18.2 Ulteriore argomento favorevole è quello che tiene a mente la già descritta ratio della riforma del 2017, la quale, ravvisabile nella rimozione degli ostacoli regolatori all'apertura dei mercati e nella promozione della concorrenza, verrebbe certamente travolta laddove si volesse ingiustificatamente limitare la titolarità della farmacia solo ad alcune tipologie di società di capitali.

18.3. La terza considerazione è di carattere sistematico e muove dalla constatazione che le farmacie comunali potevano, già in precedenza, essere costituite sotto forma di società di capitali. La giurisprudenza, peraltro, ha chiarito al riguardo che non vi sono ragioni per limitare la scelta ad un particolare tipo societario (cfr. Cons. Stato n. 474/2017 e Cons. Stato n. 5389/2014). Ed, invero, si assiste spesso alla costituzione di società di capitali miste, in cui il Comune è socio di minoranza.

Pertanto, per quanto la disciplina delle farmacie comunali differisca sotto vari aspetti da quella delle farmacie private, difficilmente si potrebbe conciliare una simile 'disparità di trattamento' su questo punto.

19. *"Se i farmacisti risultati vincitori in forma associata al concorso straordinario, possano costituire una società di capitali, ai sensi del novellato articolo 7 della legge n. 362 del 1991".*

20. Ai fini della risoluzione del quesito, occorre brevemente premettere, completando quanto già in precedenza accennato, che con l'articolo 11 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni nella legge n. 27 del 2012, è stata introdotta la disciplina del concorso straordinario, per soli titoli, per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche, che, al fine di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie, ammette anche la partecipazione di più farmacisti che si impegnano alla gestione in forma associata delle stesse. In tal modo il punteggio per il conseguimento della farmacia risulta dal cumulo dei punteggi spettanti singolarmente a ciascun farmacista.

Il particolare meccanismo selettivo, basato come già detto sulla mera comparazione di titoli, così distaccandosi dalle modalità del concorso ordinario basato su una verifica attitudinale dei concorrenti individuali, presenta in questo caso ulteriori profili di eccezionalità, laddove prevede particolari forme "agevolatrici" per l'ammissione, riguardanti l'associazione e la sua peculiare finzione. Tali modalità di partecipazione evidenziano, invero, caratteri di discontinuità rispetto ai principi del concorso, alterando la regola generale del merito individuale.

La disposizione, nel dettaglio, prevede 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" e 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 [prima della legge n. 124 del 2017: dieci anni], fatta salva la premorienza o sopravvenuta incapacità".

21. La volontà del legislatore è stata quindi diretta a favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie, ampliando la platea degli aspiranti. Viene infatti consentita la partecipazione al concorso straordinario anche nella forma della gestione associata, attribuendo il vantaggio di concorrere cumulando i propri titoli con quelli posseduti da altri aspiranti.

Tale possibilità viene, tuttavia, subordinata dal legislatore al rispetto di taluni vincoli, che condizionano il mantenimento della titolarità della sede farmaceutica assegnata. I vincitori del concorso straordinario che hanno partecipato in gestione associata devono infatti garantire che tale forma di gestione permanga per un periodo non inferiore ai tre anni dalla data di autorizzazione all'esercizio della farmacia e che la gestione si svolga tra essi su base paritaria.

22. Come evidenziato nel quesito, il rispetto di tali condizioni pone, per lo meno apparentemente, dubbi di compatibilità di tale disciplina con l'attuale contesto normativo. La novella del 2017, ammette ora, come visto, la titolarità di farmacie anche in capo a società di capitali, in quanto tali dotate di personalità giuridica, e consente altresì la partecipazione ad esse anche a non farmacisti. Emergono conseguentemente perplessità sia in merito alla generale ammissibilità della costituzione di società di capitali da parte di vincitori in forma associata prima della scadenza del prescritto periodo triennale, sia in ordine alla specifica tipologia di società che, nella propria forma tipica, potrebbe non garantire la gestione "su base paritaria", sia infine in relazione alla possibilità di partecipazione sociale da parte di non farmacisti o farmacisti non vincitori, che potrebbe inficiare il rispetto della permanenza almeno triennale del vincolo.

23. Ciò nonostante, sul piano prettamente letterale, non si pongono particolari ostacoli ad una tendenziale liberalizzazione delle forme di gestione delle farmacie, acquisite attraverso procedure selettive. Invero, la costituzione, in seguito alla vincita del concorso straordinario, anche di società di capitali non trova alcun

divieto specifico nella disciplina di cui al citato art. 11, purché sia pienamente rispettata la chiara prescrizione incentrata sulla conservazione della gestione paritaria per tre anni, da parte dei soggetti che, associandosi, hanno partecipato al concorso. La soluzione opposta sarebbe peraltro contraria alla ratio dell'art. 7, comma 1 della l. n. 362/1991.

Del resto, in questo senso depone anche il favor espresso dall'ordinamento per le trasformazioni eterogenee tra forme diverse di enti collettivi, che ha consentito, giusta l'introduzione degli artt. 2500-septies e 2500-octies c.c. ad opera del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, la trasformazione da società di capitali in consorzi, società consortili, cooperative, comunioni di azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni e, viceversa, la trasformazione di tali enti, ad eccezione delle associazioni non riconosciute e comprese invece quelle riconosciute, in società di capitali.

24. A ben vedere, sembra inoltre che 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.

La prima riguarderebbe infatti 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 requisiti ad essa collegati (es. laurea, iscrizione all'albo dei farmacisti, idoneità in un precedente concorso).

Diversamente, 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.

25. Così ragionando si conclude per affermare che l'applicazione dell'art. 11 cit. non contrasta, a priori, con l'applicazione dell'art. 7 cit., operando le due discipline su piani differenti: la regolamentazione dell'acquisto originario della titolarità non potrebbe in nessun modo condizionare la disciplina delle successive vicende del

titolo.

26. Da tutte le considerazioni finora esposte conseguirebbe, quindi, a rigore la possibilità per i vincitori del concorso straordinario in forma associata di costituire qualunque forma di società, anche di capitali ed anche senza attendere il triennio dall'autorizzazione all'esercizio della farmacia, di far entrare come socio qualunque terzo (anche farmacisti non vincitori e non farmacisti) e di applicare il vincolo della gestione su base paritaria solo ai professionisti che partecipano alla gestione, ma non anche alla società dagli stessi costituita; in tal modo, non ponendosi alcun problema di compatibilità della paritarietà della gestione con le diverse forme societarie, alcune delle quali presentano rilevanti differenze tra categorie di soci (es. s.a.s. e s.a.p.a., tra soci accomandanti e soci accomandatari).

Seguendo questa impostazione risulterebbe quindi sufficiente, al fine di ritenere rispettate le due anzidette condizioni, che i vincitori del concorso straordinario gestiscano in maniera associata la farmacia per un periodo non inferiore ai tre anni, secondo un'organizzazione che garantisca agli stessi la piena parità di poteri di gestione e di amministrazione.

27. Ciò nonostante, va considerato che tale interpretazione, seppur formalmente corretta, potrebbe nella realtà comportare il rischio di elusione delle condizioni normative poste per la gestione associata.

Il rispetto del vincolo della gestione associata su base paritaria tra i vincitori, invero, potrebbe subire un sostanziale svuotamento nel momento in cui, dopo la costituzione della società di capitali, la gestione della farmacia venga rimessa all'organizzazione ed all'amministrazione proprie del tipo sociale prescelto. Invero, sebbene venga garantita la paritarietà tra i vincitori, ciò potrebbe non risultare sufficiente ad evitare che, grazie all'apertura a capitali esterni, le maggioranze sociali assumano un potere determinante ai fini della concreta gestione della farmacia.

Tali eventualità si risolverebbero, in definitiva, in una sostanziale violazione delle condizioni normative, poste, come detto, come contropartita del vantaggio

rappresentato dalla partecipazione al concorso in gestione associata.

28. Parimenti, consentire l'ingresso nella costituenda società a qualunque terzo determinerebbe, questa volta in maniera diretta ed immediata, la violazione della normativa speciale sul concorso straordinario, nella parte in cui consente la partecipazione solo ad alcuni soggetti, escludendone espressamente altri (v. punto n. 10).

Invero, la soluzione prospettata, sebbene rigorosa nella sua struttura di base, mal si concilia sia con la previsione di stringenti requisiti di partecipazione che con il divieto tassativo posto dall'art. 11, comma 3, del d.l. n. 1 del 2012, secondo cui non possono partecipare al concorso straordinario i farmacisti titolari, compresi i soci di società titolari, di una farmacia che non sia quella rurale sussidiaria e soprannumeraria. Riconoscendo la possibilità di costituire una società aperta al capitale sociale di altri e addirittura a farmacisti non vincitori si potrebbe infatti consentire un facile aggiramento dei limiti rigorosi di partecipazione previsti dal decreto "Cresci Italia" per l'esigenza di aprire alla concorrenza di nuovi farmacisti, e non già alla partecipazione di vecchi farmacisti, l'aggiudicazione delle istituende sedi farmaceutiche.

29. Ad avviso di questa Commissione speciale, le prospettate difficoltà di coordinamento impongono pertanto una rivisitazione della soluzione rigorosa innanzi illustrata.

Invero, sebbene non possa affermarsi la piena sovrapposizione tra le due normative descritte, non può essere ammesso che l'applicazione dell'art. 7, c. 1, l. n. 362/1991 (come novellata dalla l. n. 124/2017), laddove riconosce la titolarità di farmacie in capo a società di capitali, si risolva in una sostanziale, seppur implicita, abrogazione della normativa, di carattere speciale, sul concorso straordinario.

Ne consegue che, se da un lato, alla luce della riforma del 2017, non possa essere negata la possibilità per i vincitori del concorso straordinario in forma associata di costituire qualunque forma di società, anche di capitali ed anche senza attendere il

triennio dall'autorizzazione all'esercizio della farmacia, dall'altro, il rispetto dei requisiti di partecipazione e della condizione del vincolo triennale della gestione paritaria impediscono l'apertura della compagine societaria a capitali esterni.

Si deve pertanto concludere per ammettere che i vincitori del concorso straordinario in forma associata possano costituire una società, anche di capitali, ed anche prima della scadenza del triennio, ma che ad essa non possano partecipare, prima della conclusione del vincolo, soggetti diversi da essi, neppure farmacisti non vincitori e non farmacisti.

Sul tema si registra peraltro il recente intervento della Federazione degli Ordini dei Farmacisti Italiani (FOFI) che, con la circolare n. 10747 del 18 dicembre 2017, in merito alla "Società tra i vincitori del concorso straordinario in forma associata", afferma che qualora i vincitori in forma associata del concorso straordinario "intendessero costituire una società di capitali ovvero trasformare in tale forma societaria quella già costituita devono in ogni caso garantire il rispetto" del vincolo della gestione associata per tre anni, su base paritaria.

30. Inoltre, seppur non emergano dalla normativa particolari limiti alla scelta del tipo societario, il rispetto del vincolo della gestione paritaria impone che l'organizzazione interna garantisca ai vincitori la piena parità di poteri di gestione e di amministrazione.

A tali fini può soccorrere lo statuto societario, che, quale atto di regolazione del funzionamento della società, può preservare da meccanismi elusivi la realizzazione della gestione associata su base paritaria vincolata per un tempo non inferiore ai tre anni, mediante la previsione di idonee tutele che impediscano la creazione di forme di alterazione.

Peraltro, alla valorizzazione del ruolo dello statuto societario depone anche la disposizione di cui all'art. 8, comma 2 della l. n. 362/1991, come novellata dalla l. n. 124/2017, che, imponendo un'ampia conoscibilità dello stesso, prevede che "Lo statuto delle società di cui all'articolo 7 e ogni successiva variazione, ivi incluse quelle relative alla compagine sociale, sono comunicati, entro sessanta giorni, alla

Federazione degli ordini dei farmacisti italiani nonché all'assessore alla sanità della competente regione o provincia autonoma, all'ordine provinciale dei farmacisti e all'azienda sanitaria locale competente per territorio”.

La sottoposizione dei patti che regolano l’attività societaria ad una serie di controlli da parte delle autorità sanitarie e professionali consente, pertanto, di rilevare eventuali violazioni delle condizioni richieste per la gestione associata, e ciò tanto nel caso in cui venga violato lo statuto che appresti specifiche garanzie, quanto nel caso in cui lo statuto nulla preveda al riguardo.

31. Sotto altro profilo, ammessa la costituzione di società di capitali da parte di vincitori del concorso straordinario, questa Commissione speciale, sebbene nel rispetto della libertà di scelta del tipo sociale, portato del principio di iniziativa economica, sottolinea la necessità di prediligere modelli che, nella loro configurazione tipica, garantiscano il rispetto dei citati vincoli di legge, rappresentati in particolare dalla garanzia del mantenimento della gestione su base paritaria.

Sul punto, soccorre l’art. 3, comma 1 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (“Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”) ove si prevede che “le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa”; con ciò escludendo, tra le società di capitali, la forma della s.a.p.a.

Ebbene, benché la norma disciplini i soli casi di società a partecipazione pubblica, non può dimenticarsi che, tradizionalmente, la farmacia è qualificata come luogo a primaria vocazione pubblicistica a tutela della salute. Invero, le farmacie - siano esse gestite da privati farmacisti ovvero rientranti nella titolarità comunale - integrano un’organizzazione strumentale di cui il Servizio Sanitario (nazionale e, a fortiori, giusta la l.cost. n. 3/2001, quello regionale) si avvale per l’esercizio del compito di servizio pubblico loro assegnato dal legislatore. La distribuzione dei

farmaci è una finalità espressa del S.S.N. (art. 2, comma 1, n. 7, legge n. 833 del 1978) e costituisce senz'altro parametro per i livelli essenziali di assistenza (art. 2, decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, così come novellato dal decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229).

La collocazione del servizio farmaceutico all'interno del S.S.N. permette che la complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci assicuri e controlli l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali e, in tal senso, garantisce la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando, in quest'ottica, marginale sia il carattere professionale, sia la natura commerciale dell'attività del farmacista (cfr. sentenza della Corte Costituzionale 10 ottobre 2006, n. 87).

Ferma restando la libertà di scelta del tipo sociale, si ritiene quindi che il favor per i tipi della s.p.a. e della s.r.l. possa in qualche modo estendersi anche all'ipotesi in esame della costituzione di società da parte di vincitori in gestione associata, così ritenendo non ideale l'opzione per la costituzione di una società in accomandita, dove, all'evidenza, la presenza di due diverse categorie di soci (accomandatari e accomandanti) renderebbe ancor più difficile la realizzazione della gestione su base paritaria.

Peraltro, tra la forma della s.p.a. e quella della s.r.l., appare preferibile la seconda in quanto questa, per la sua disciplina tipica, garantisce maggiormente il rispetto della gestione paritaria. Il legislatore, al riguardo, ha infatti inteso accentuare il carattere personale dell'ente, con la predisposizione di una struttura organizzativa che favorisce la partecipazione dei soci alla gestione dell'attività.

32. In conclusione, è possibile rispondere ai quesiti sottoposti nei termini seguenti:

- la forma societaria di cui al novellato articolo 7, comma 1, della legge n. 362 del 1991 può riguardare sia farmacie acquisite a seguito di concorso ordinario, sia farmacie acquisite a seguito di concorso straordinario;
- i vincitori di concorso straordinario, che hanno partecipato nella forma della "gestione associata", possono costituire anche prima dei tre anni fra loro una

società di capitali. Ciò nonostante, ai fini anzidetti, risulta necessario che lo statuto societario presenti idonee disposizioni volte a preservare da meccanismi elusivi la realizzazione della gestione associata su base paritaria vincolata per un tempo non inferiore ai tre anni. Così come risulta preferibile, nella scelta del tipo sociale, optare, tra le varie forme possibili, per la s.p.a. o, ancora meglio, per la s.r.l.;

- nel rispetto delle condizioni espressamente previste dall'art. 11, comma 7 e dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 11, comma 3 del decreto legge n. 1 del 2012, il vincolo della gestione associata su base paritaria, per un periodo minimo di tre anni, da parte dei farmacisti vincitori del concorso straordinario impedisce che - nel corso del triennio - partecipino alla società da essi costituita soggetti estranei alla gestione associata, tra i quali anche farmacisti non vincitori del concorso straordinario e non farmacisti.

33. *"Se anche le società di persone possano essere costituite, ai sensi del novellato articolo 7 della legge n. 362 del 1991, da soci non farmacisti".*

34. Dall'analisi del dettato normativo non sembrano esservi dubbi in merito alla possibilità di partecipazione alle società di persone anche da parte di soggetti non farmacisti. Come già detto in precedenza, infatti, l'articolo 1, comma 157, della legge n. 124 del 2017, modificando l'articolo 7, comma 2, della legge n. 362 del 1991, ha abrogato la disposizione secondo cui: "Sono soci della società farmacisti iscritti all'albo in possesso del requisito dell'idoneità previsto dall'articolo 12 della legge 2 aprile 1968, n. 475 e successive modificazioni". D'altro canto, il vigente art. 7, comma 2, introdotto in sostituzione del precedente, si riferisce a tutte le "società di cui al comma 1" del medesimo articolo, senza escludere le società di persone.

35. Tale interpretazione presuppone, tuttavia, il rispetto di una netta separazione tra la direzione della farmacia, che per legge deve ora essere attribuita ad un farmacista (anche non socio), e la gestione economica della stessa, che può spettare anche ad una società in quanto titolare. Si evita, in tal modo, una rischiosa commistione nella

conduzione professionale della farmacia da parte di soci che, come detto, possono anche essere non farmacisti. Ciò, a maggior ragione, nelle società di persone, dove alla responsabilità illimitata e solidale dei soci per le obbligazioni sociali corrisponde l'attribuzione ex lege (artt. 2257 e 2258 c.c.) del potere di amministrazione, che porta a ritenere ciascun socio compartecipe alla titolarità dell'esercizio farmaceutico.

36. *"Se le incompatibilità di cui all'articolo 7, comma 2, e di cui all'articolo 8, comma 1, della legge n. 362 del 1991, debbano applicarsi a tutti i soci".*

37. Si premette che, come già accennato, ai sensi dell'articolo 7, comma 2, secondo periodo, della legge n. 362 del 1991, come novellato dalla legge n. 124 del 2017, "la partecipazione alle società di cui al comma 1 è incompatibile con qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonché con l'esercizio della professione medica".

La riforma del 2017, mentre da un lato conferma le preesistenti incompatibilità, dall'altro, sopprimendo il riferimento alle attività di intermediazione (distribuzione) del farmaco, sembrerebbe far diventare queste, di conseguenza, compatibili.

38. L'articolo 8, comma 1 della legge n. 362 del 1991 dispone poi che la partecipazione alle società di farmacia è incompatibile:

- a) nei casi di cui all'articolo 7, comma 2, secondo periodo;
- b) con la posizione di titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia;
- c) con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato.

39. Al terzo periodo dell'art. 7, comma 2, si precisa inoltre che alle medesime società di cui al comma 1 "si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 8".

La formulazione della disposizione, tuttavia, dà adito a dubbi interpretativi in ordine al reale ambito operativo della stessa. Secondo una rigida interpretazione letterale, invero, le ipotesi di incompatibilità di cui all'art. 8, comma 1 verrebbero sottoposte ad una condizione di compatibilità ex art. 7, c. 2, terzo periodo,

unicamente nell'ipotesi in cui a partecipare ad una società di farmacia sia un'altra società di farmacia di cui all'art. 7, comma 1.

Diversamente, ritenendo che il filtro della compatibilità debba essere applicato in generale con riferimento alla partecipazione alle società di cui all'art. 7, comma 1, si finirebbe per considerare modulabili in via interpretativa i divieti di cui all'art. 8, comma 1. Questi ultimi, del resto, risultano chiaramente concepiti per soci che, al momento della scrittura della norma, dovevano, necessariamente, essere farmacisti.

In tal modo, portando alle estreme conseguenze questa tesi, si potrebbe affermare che il sistema sanzionatorio ivi previsto riguarderebbe esclusivamente coloro che, soci o direttori responsabili, siano farmacisti iscritti all'albo. A conferma di ciò si fa notare che la sospensione nella direzione della farmacia prevista dal comma 3 dell'art. 8 per il caso di violazione si riferisce a soggetti con tale qualifica.

Per converso, il regime di incompatibilità di cui all'art. 7, comma 2, secondo periodo, riguarderebbe qualsiasi socio.

40. Svolte tali premesse e passando al primo quesito, formulato con riferimento alle incompatibilità di cui all'articolo 7, comma 2, secondo periodo, la Commissione speciale riconosce che il dato letterale della norma, che si riferisce espressamente all' "esercizio della professione medica", potrebbe, in effetti, far propendere per riferire l'incompatibilità solo all'effettivo svolgimento dell'attività medica e non anche alla mera iscrizione all'albo.

Ciò nonostante, non può non rilevarsi che, se la ratio della norma è quella di prevenire il verificarsi di eventuali conflitti di interessi tra l'attività di erogazione delle prestazioni farmaceutiche, tipica del farmacista, e l'attività di prescrizione di farmaci, tipica del medico, la stessa con poca probabilità verrebbe garantita dalla limitazione dell'incompatibilità ai soli medici esercenti la professione. Invero, la decisione del medico iscritto all'albo professionale non esercente la professione medica di procedere alla prescrizione di farmaci ovvero, più in generale, di dare inizio all'esercizio della professione appare difficilmente preventivabile e

controllabile.

Per questi motivi la Commissione speciale ritiene preferibile, nonché più facilmente attuabile, la soluzione che amplia l'ambito di applicazione della detta incompatibilità a qualunque medico, sia che eserciti la professione sia che non eserciti e sia solo iscritto all'albo professionale.

41. In relazione, invece, alla incompatibilità di cui all'articolo 8, comma 1, lettera b), si chiede se l'applicazione della disposizione possa essere limitata unicamente ai casi in cui la partecipazione alle società di farmacia comporti, da parte del titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia, lo svolgimento di analogo ruolo in seno alla farmacia "sociale" o comunque di un ruolo idoneo ad incidere sulle decisioni della società (es. amministratore); non anche, quindi, ai casi in cui la partecipazione si sostanzi in un mero versamento di capitale, senza che il socio, di fatto, acquisisca alcun ruolo decisionale nell'ambito della società.

41.1. Sulla questione si registra l'intervento della richiamata circolare n. 10747 del 18 dicembre 2017 della Federazione degli Ordini dei Farmacisti Italiani (FOFI), nella quale viene affermato che "le incompatibilità riguardano tutti i soci, ossia tutti coloro che possiedono una partecipazione in una società titolare di farmacia, indipendentemente dallo svolgimento o meno di attività all'interno della stessa".

41.2. Ad avviso della presente Commissione speciale, l'opzione interpretativa proposta dal Ministero non può trovare accoglimento, in ragione delle seguenti considerazioni.

In primo luogo, la tesi appare confliggere con la lettera della norma che, al riguardo, non pone alcuna forma di distinzione ("la partecipazione alle società di farmacia").

Inoltre, l'opzione restrittiva mal si concilia con la duplice ratio della norma di evitare che i soggetti titolari, gestori provvisori, direttori o collaboratori di una farmacia, da un lato, contraggano vincoli che impediscano loro un adeguato svolgimento delle prestazioni lavorative in favore della farmacia presso la quale

operano, dall'altro, che svolgano analogo ruolo nell'ambito di una farmacia "sociale", con l'emersione di eventuali conflitti di interesse. Invero, sebbene il verificarsi di tali evenienze appaia più probabile nel caso in cui la partecipazione alle società di farmacia comporti, da parte del titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia, lo svolgimento di analogo ruolo in seno alla farmacia "sociale", dall'altro non può di certo essere escluso che la partecipazione con conferimento di soli capitali non comporti, in concreto, il rivestimento di un ruolo idoneo ad incidere sulle decisioni della società.

41.3. D'altro canto, l'impostazione proposta dal Ministero confligge con i principi di fondo espressi nella sentenza additiva n. 275 dell'8-24 luglio 2003, con cui la Corte costituzionale ha esteso alle società di gestione di farmacie comunali il vincolo di incompatibilità con qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione ed informazione scientifica del farmaco, facendo riferimento, oltre che alla mancanza di motivazioni per un diverso trattamento normativo tra le società, anche al principio costituzionale di tutela della salute. Secondo la Corte, invero, quello della incompatibilità con qualunque altra attività nel settore della produzione distribuzione, intermediazione del farmaco - c.d. filiera del farmaco - è "un principio generale applicabile a tutti i soggetti che, in forma singola o associata, siano titolari o gestori di farmacie".

Alla luce dell'approccio estensivo adottato dalla Corte costituzionale nella materia, e seguito anche dalla giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2010, n. 7336), risulterebbe pertanto contraddittorio aderire ad una tesi limitativa del campo di applicazione dell'incompatibilità in questione.

41.4. Dall'applicazione dell'opzione interpretativa proposta dal Ministero, inoltre, potrebbero discendere rilevanti conseguenze di carattere economico, perché l'esclusione della partecipazione di mero capitale dalla ipotesi di incompatibilità potrebbe fungere da ulteriore incentivo all'incremento dell'attività di mero finanziamento. Tali fenomeni potrebbero, quindi, indirettamente portare ad un

aumento delle dimensioni patrimoniali delle società, con conseguente rischio di concentrazioni societarie. Su altro fronte, la presenza di grosse realtà imprenditoriali potrebbe aumentare il rischio di dequalificazione professionale del farmacista, andando ad inficiare il rapporto fiduciario con i pazienti fondamentale per assicurare un alto livello di aderenza alla terapia.

41.5. In conclusione, l'incompatibilità di cui al citato art. 8, comma 1, lett. b) da parte del titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia deve essere estesa a qualsiasi forma di partecipazione alle società di farmacia, senza alcuna limitazione o esclusione.

41.6. Da ultimo, prendendo in considerazione l'ipotesi della partecipazione sociale alla società di farmacia da parte di altra società di farmacia, la Commissione speciale non ravvisa ostacoli alla applicabilità anche ad essa, nei termini anzidetti, della forma di incompatibilità in esame (art. 8, c. 1, lett. b). Del resto, già nella precedente giurisprudenza veniva ammessa l'applicabilità per il caso di società di capitali titolari di farmacie comunali, in ragione dell'operare del c.d. principio dell'alternatività.

42. Con riferimento, poi, all'incompatibilità di cui all'articolo 8, comma 1, lettera c), la Commissione speciale dubita che la locuzione "rapporto di lavoro" possa essere ricondotta al solo rapporto di lavoro subordinato.

42.1. La diversa opzione ermeneutica, prospetta dal Ministero, in primo luogo, darebbe adito a dubbi di legittimità costituzionale, considerata la ingiustificata disparità di trattamento che subirebbe il lavoratore subordinato rispetto a quello autonomo.

42.2. Peraltro, l'interpretazione proposta non appare neanche pienamente attenta alla dichiarata ratio della disposizione, che risiede nell'intento di evitare che il socio possa contrarre vincoli che impediscano un adeguato svolgimento delle prestazioni lavorative a favore della società e/o della farmacia sociale, quand'anche non vi sia tenuto dallo statuto o dagli incarichi assunti. Si ricorda, infatti, che, ai sensi dell'articolo 119 del T.U.LL.SS. di cui al regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, il

farmacista, responsabile del regolare esercizio della farmacia di cui è titolare deve assicurare l'espletamento corretto degli obblighi connessi all'esercizio della farmacia.

Invero, una tale interpretazione tralascia di considerare che anche in capo ai lavoratori autonomi sono ipotizzabili, se non anche probabili, rapporti lavorativi con altri soggetti che, a causa del loro carattere continuativo e assorbente, risultino impeditivi del regolare svolgimento della prestazione in favore della società.

42.3. Al criterio distintivo proposto (lavoratore subordinato/autonomo) appare pertanto preferibile quello volto ad esaltare il carattere continuativo o meno del rapporto lavorativo intessuto dal socio con altro datore di lavoro o committente. Nel raggio d'azione dell'incompatibilità in esame, quindi, oltre ai rapporti di lavoro subordinato, che già nei loro caratteri essenziali presentano quelli della continuità, rientreranno anche quelle prestazioni che, sebbene autonome, vengono effettuate con una regolarità tale da risultare assorbenti.

La soluzione illustrata, inoltre, per la sua prospettiva strettamente sostanziale, evita anche di dover affrontare i dubbi interpretativi che insorgerebbero altrimenti nella qualificazione di forme di lavoro di natura ibrida (es. parasubordinazione).

42.4. Ad ogni modo si ricorda che l'art. 13 della l. n. 475 del 1968 specifica che il titolare di una farmacia ed il direttore responsabile non possono ricoprire posti di ruolo nell'amministrazione dello Stato, compresi quelli di assistente e titolare di cattedra universitaria, e di enti locali o comunque pubblici, né esercitare la professione di propagandista di prodotti medicinali. Il dipendente dello Stato o di un ente pubblico, qualora a seguito di pubblico concorso accetti la farmacia assegnatagli, dovrà dimettersi dal precedente impiego e l'autorizzazione alla farmacia sarà rilasciata dopo che sia intervenuto il provvedimento di accettazione delle dimissioni.

42.5. In ordine al secondo quesito, relativo alla medesima forma di incompatibilità, la Commissione speciale, rinviando a quanto già detto al punto 39, ritiene di non

poter escludere dall'applicazione della disposizione le ipotesi in cui la partecipazione si sostanzia in un mero conferimento di capitali.

43. "Se le incompatibilità di cui all'articolo 7, comma 2, e articolo 8, comma 1, della legge n. 362 del 1991, abbiano portata generale, applicandosi, quindi, sia al concorso ordinario sia al concorso straordinario".

La Commissione speciale, al riguardo, non trova motivi per escludere l'applicazione del regime di incompatibilità alle società di farmacisti vincitori di concorso straordinario. Del resto, le disposizioni richiamate non distinguono tra farmacie acquisite a seguito di concorso ordinario e farmacie acquisite con concorso straordinario.

P.Q.M.

nelle esposte considerazioni è il parere della Commissione speciale.

GLI ESTENSORI

Andrea Pannone, Alessandro Verrico

IL PRESIDENTE

Gianpiero Paolo Cirillo

IL SEGRETARIO

Roberto Mustafa'