

CONCORSO STRAORDINARIO PER L'ASSEGNAZIONE DI FARMACIE

È costituzionalmente legittimo l'art. 11 del decreto legge n. 1 del 2012 in materia di concorso straordinario per l'assegnazione di farmacie?

Giancarlo Antonio Ferro^N

SOMMARIO: **1.** *I termini della questione;* **2.** *Le peculiarità della legislazione farmaceutica e, in particolare, delle disposizioni in materia di titolarità delle farmacie;* **3.** *Il regime delle incompatibilità dei soci di società titolari di farmacie: profili illegittimità costituzionale;* **4.** *Sull'illegittimità costituzionale dell'art. 11 del decreto legge n. 1 del 2012.*

* Associato di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Catania.

1. I termini della questione

Per favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie, ampliando la platea degli aspiranti, l'articolo 11 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni nella legge n. 27 del 2012, ha previsto il ricorso a forme di concorso straordinario, per soli titoli, per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche.

La disposizione *de qua* ha consentito, infatti, la partecipazione alla selezione da parte di più farmacisti in forma associata e l'attribuzione dei punteggi è stata effettuata sulla base del cumulo dei titoli di ciascuno dei partecipanti. In tal modo, il singolo gruppo ha potuto fruire di punteggi ulteriori attribuiti, ad esempio, alle pubblicazioni scientifiche dei partecipanti universitari.

In base al tenore del citato art. 11 del d.l. 1/2012, inoltre, «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 anni¹ dalla data di autorizzazione all'esercizio della farmacia fatta salva la premorienza o sopravvenuta incapacità».

Con la recente legge n. 124 del 2017 (*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*), tuttavia, il legislatore ha introdotto, tra l'altro, importanti novità in materia di titolarità e gestione delle farmacie private.

Intervenendo sull'art. 7 della legge n. 362/1991, in particolare, il legislatore ha previsto che possano oggi essere titolari di farmacie private anche le società di capitali, notoriamente dotate di uno statuto giuridico differente rispetto alla società di persone.

Nella prassi, sono sorte numerose difficoltà interpretative sul coordinamento tra le richiamate disposizioni del decreto legge del 2012 e l'apertura della titolarità delle farmacie anche alle società di capitali.

Ed infatti, ci si domanda se possa dirsi preclusa ai partecipanti al concorso straordinario la costituzione di società di capitali ai sensi della nuova disciplina, attesa la previsione dell'art. 11 d.l. n. 1 del 2012, che impone il mantenimento di una *gestione associata su base paritaria tra i concorrenti risultati poi vincitori*.

Sul punto, è intervenuto un recente Parere del Consiglio di Stato (d'ora innanzi *Parere*)². Il giudice amministrativo ha riconosciuto in linea generale l'esistenza di incompatibilità tra il citato art. 11 e la novella del 2017, che ammette 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

¹ Il termine originario era di dieci anni. La riduzione è stata stabilita dalla legge n. 124/2017.

² Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 22 dicembre 2017 (pubblicato il 3 gennaio 2018). Cfr., inoltre, Circolare F.O.F.I. n. 10747 del 18 dicembre 2017, cui espressamente il Parere più volte fa richiamo.

farmacisti. Secondo il supremo collegio, «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».

All'esito di un articolato e raffinato ragionamento, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto di dover estendere anche a questi concorrenti la facoltà di costituire una società di capitali, purché vengano assicurati, da un lato, la gestione paritaria e dall'altra l'esclusione triennale di altri soci, in base al dettato del sopra richiamato art. 11 del decreto legge del 2012.

La lettura offerta dal Consiglio di Stato non sembra, tuttavia, pienamente condivisibile e suscita qualche perplessità sul piano della legittimità costituzionale dei suoi esiti.

2. Le peculiarità della legislazione farmaceutica e, in particolare, delle disposizioni in materia di titolarità delle farmacie

Come noto, la disciplina in materia farmaceutica è tutt'oggi in gran parte contenuta in atti risalenti nel tempo, alcuni dei quali elaborati in epoca prerepubblicana. Gli interventi legislativi più recenti, anziché procedere ad una radicale riforma del settore, si sono limitati ad innestare novità su un *corpus* normativo tralatizio³.

Con particolare riguardo, ad esempio, alla titolarità delle farmacie e al regime delle incompatibilità allo svolgimento dell'attività di farmacista si fa ancora riferimento alla disciplina dettata nella legge 22 maggio 1913, n. 468 (c.d. *Legge Giolitti*), con la quale si affermò il principio secondo cui l'esercizio della farmacia rispondeva ad esigenze pubblicistiche di assistenza farmaceutica alla popolazione, con conseguente attrazione in capo allo Stato della relativa funzione. Ne conseguiva che lo Stato poteva esercitare tale funzione o in modo diretto attraverso i Comuni, o in via mediata attraverso concessione governativa "*ad personam*", attribuita tramite concorso, per esami, a soggetti privati in possesso della laurea in farmacia. Il regime della titolarità era, dunque, ispirato al rispetto del principio della personalità dell'autorizzazione all'apertura di farmacie: la concessione durava, infatti, quanto la vita del titolare.

³ Sul punto, cfr. se si vuole G.A. Ferro, *Concorrenza "à l'italienne". Osservazioni sulla recente apertura della titolarità di farmacie alle società di capitali e sul regime di incompatibilità dei soci, con precipuo riguardo al divieto di svolgere qualsiasi attività lavorativa*, in *Koreuropa*, 12/2018, passim.

La normativa contenuta nella legge Giolitti fu pressoché interamente trasposta nel *Testo unico delle leggi sanitarie* (approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265), tutt'ora in parte (ritenuto) vigente, anche se chiaramente ispirata a principi difficilmente coniugabili con l'attuale assetto costituzionale dei rapporti tra pubblici poteri e diritti.

Così, ad esempio, nella parte dedicata all'esercizio del servizio farmaceutico, il T.U. era del tutto coerente con il trattamento legislativo all'epoca riservato all'esercizio della professione intellettuale che era «protetta» e riservata esclusivamente ad una persona fisica in possesso di specifici requisiti: un singolo professionista con l'obbligo di eseguire personalmente l'incarico assunto, salva una limitata possibilità di avvalersi, sotto la propria responsabilità, di sostituti e ausiliari (2232 c.c.).

Il Capo II del Titolo II del Testo Unico, intitolato «*Del servizio farmaceutico*» (artt. 104 ss.) sanciva, infatti, quale principio base, la regola inderogabile della personalità dell'autorizzazione amministrativa all'apertura e all'esercizio della farmacia, stabilendone, conseguentemente, l'incredibilità. L'articolo 112 prevedeva che «*l'autorizzazione ad aprire ed esercitare una farmacia è strettamente personale e non può essere ceduta o trasferita ad altri. È vietato il cumulo di due o più autorizzazioni in una sola persona*» e, pertanto, ai sensi dell'articolo 122 «*la vendita al pubblico di medicinali ...non è permessa che ai farmacisti e deve essere effettuata nella farmacia sotto la responsabilità del titolare della medesima.*».

Coerentemente, l'art. 119 disponeva che «*il titolare autorizzato di ciascuna farmacia è personalmente responsabile del regolare esercizio della farmacia stessa*».

Ben si comprende, dunque, che il quadro legislativo sinteticamente richiamato impediva il ricorso a forme “non personali” per l'esercizio dell'attività farmaceutica, annoverata tra le professioni intellettuali protette: «unica eccezione era rappresentata - in via transitoria - dalle cooperative e dagli enti in possesso dei requisiti mutualistici, nonché dalle istituzioni di assistenza e beneficenza pubblica e dalle I.P.A.B. che poi sono state eliminate dagli elenchi dei titolari di farmacia da successive riforme»⁴.

Con la riforma Mariotti del 1968 (leggi nn. 221 e 475) fu, per un verso, attenuato il rigore della legge Giolitti, soprattutto attraverso la reintroduzione della facoltà di trasferire le farmacie, condizionandola ad un insieme di vincoli e limitazioni, successivamente modificati dalla legge 362/91; per altro verso, invece, «la struttura esclusivamente personalistica dell'attività di gestione della farmacia fu ulteriormente potenziata: la normativa di riforma impose, infatti, l'eliminazione delle società sopravvissute alle varie vicende legislative, stabilendo all'articolo 20 che “entro un

⁴ GUIDA, *L'oggetto sociale della società di gestione della farmacia e riflessi notarili*, in *Riv. not.*, 2010, 39 ss.

anno dall'entrata in vigore della presente legge, le farmacieche risultino intestate a società di qualunque natura debbono essere trasferite a un farmacista iscritto all'albo»⁵.

La disciplina del 1968 fu, ancora una volta, integralmente ispirata alla simmetria tra *status* di farmacista, *titolarità* e *gestione* di farmacie private. Invero, la gestione della farmacia doveva essere diretta e personale da parte del titolare, con conseguente, necessaria corrispondenza tra conduzione economica e gestione professionale da parte del farmacista.

La segnalata simmetria tra *status* di farmacista professionista, *titolarità* e *gestione* di farmacie private permane nell'ordinamento giuridico italiano pur dopo l'intervento di riordino del settore farmaceutico, realizzato con legge n. 362 del 1991, che introdusse rilevanti novità rispetto al passato.

L'art. 7, co. 1, della legge n. 362/1991 *riservava*, infatti, la titolarità dell'esercizio della farmacia privata oltre che alle persone fisiche, a società di persone ed a società cooperative a responsabilità limitata⁶.

Si intese, così, «combinare l'apporto di capitale con il lavoro - quest' ultimo connotato qualificante (almeno fino alla riforma del diritto societario) solo le società di persone - per evitare che l'attività imprenditoriale prevalessesse su quella professionale»⁷.

Allo schema civilistico delle società di persone, con esclusione delle società semplici, sono stati, tuttavia, apportati rilevanti vincoli e limitazioni, al fine di coniugare l'assetto sociale con i principi fondamentali – rimasti immuni da interventi – che avevano ispirato la legislazione farmaceutica fin dalla legge Giolitti.

Nelle ipotesi di farmacie “a titolarità condivisa” mediante costituzione di società di persone, in particolare, la citata disposizione stabiliva, per un verso, che tali società dovessero avere come oggetto esclusivo la *gestione* di una farmacia e, per altro verso, che tutti i soci dovessero essere farmacisti in possesso dei requisiti di idoneità previsti dalla normativa di settore e iscritti all'albo

⁵ GUIDA, *op. ult. cit.*, 41, il quale rileva che «il legislatore del 1968 si era reso conto che il potenziamento dell'attività delle farmacie e la necessità di capitali sempre più consistenti avevano cominciato a trasformare l'attività professionale in una con connotati più imprenditoriali, tali da poter causare enormi danni economici ai soggetti coinvolti in caso di cessazione dell'attività. Anche per il legislatore, dunque, la farmacia aveva acquisito un rilevante aspetto patrimoniale, pur se non poteva assolutamente essere separato dall'elemento personalistico: l'articolo 11 stabiliva infatti l'inscindibilità dell'esercizio dell'attività professionale con la gestione dei beni patrimoniali ad esso strumentali, entrambi facenti capo al titolare della farmacia, e l'articolo 12 stabiliva l'invalidità del trasferimento della titolarità della farmacia se insieme con il diritto di esercizio non veniva trasferita anche la connessa azienda commerciale». L'A. (che richiama, sul punto, ASTOLFI, *Relazione al Convegno svoltosi a Milano il 12 ottobre 1990 sul tema Società ed associazione tra professionisti nella gestione della farmacia*, in *Rass. di dir. Farmaceutico*, 1991, 5 ss.), dopo aver sottolineato che la riforma Mariotti confermò il divieto di gestione in forma societaria, richiama l'indirizzo giurisprudenziale all'epoca prevalente, secondo cui gli strumenti contrattuali elusivi utilizzati per cercare di superare il divieto di rapporti associativi di fatto instaurati per la gestione condivisa della farmacia dovessero essere dichiarati nulli, per violazione di legge o per simulazione.

⁶ Su tale novità si sofferma diffusamente MONTALENTI, *Gestione associata di una farmacia e modelli societari*, in *Rass. dir. Farmaceutico*, 1991, 26 ss.

⁷ GUIDA, *op. ult. cit.*, 43.

della provincia, in cui la farmacia aveva sede. La direzione della farmacia gestita dalla società doveva essere affidata ad uno dei soci, che ne assumeva la relativa responsabilità. Ne conseguiva che, pur all'interno di gestioni societarie, direzione tecnica e responsabilità della gestione patrimoniale della farmacia dovessero comunque far capo ad uno dei soci-farmacisti. Conformemente, al quarto comma della citata disposizione, si stabiliva che il direttore, qualora si verificassero a suo carico le condizioni di incapacità previste dal comma 2 dell'art. 11 della legge 2 aprile 1968, n. 475, fosse sostituito temporaneamente da un altro socio. Si prevedeva, inoltre, un peculiare regime della successione nelle quote sociali di società di persone titolari di farmacie (commi 9 e 10).

Il citato parallelismo si rifletteva, altresì, sulla disciplina delle incompatibilità nella gestione societaria, dettata dall'art. 8 della legge n. 362 del 1991 con riguardo al peculiare schema delle società di persone delineato dall'art. 7 della medesima legge.

Nello specifico veniva stabilita l'incompatibilità dei singoli soci (che, appunto, dovevano tutti essere farmacisti):

- a) con qualsiasi altra attività esplicita nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco;
- b) con la posizione di titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia;
- c) *con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato.*

Con particolare riguardo all'incompatibilità di cui alla lett. c), non v'è dubbio che essa trovava la propria *ratio* nell'esigenza di garantire che i soci (tutti farmacisti!) di farmacie gestite attraverso le peculiari forme delle società di persone facessero confluire le loro energie lavorative all'interno della società. Invero, il *genus* delle società di persone, prescelto dal legislatore del 1991 come possibile alternativa alla titolarità uninominale della farmacia privata, è caratterizzato, di regola, non solo dalla responsabilità illimitata e solidale dei soci per le obbligazioni sociali, ma anche dall'attribuzione congiunta (ex artt. 2257 e 2258 c.c.) del potere di amministrazione. Tal che ciascun socio risulta, in ragione dell'assenza di personalità giuridica delle società *de quibus*, compartecipe della titolarità dell'esercizio farmaceutico.

Con la recente legge n. 124 del 2017 (*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*) il legislatore ha introdotto, tra l'altro, importanti novità in materia di titolarità e gestione delle farmacie private.

La legge in parola non brilla, francamente, per chiarezza né per coerenza interna. Si tratta, infatti, di un intervento che investe diversi settori economici (servizi assicurativi, bancari e sanitari) al dichiarato fine di «rimuovere ostacoli regolatori all'apertura dei mercati, a promuovere lo

sviluppo della concorrenza e a garantire la tutela dei consumatori, anche in applicazione dei principi del diritto dell'Unione europea in materia di libera circolazione, concorrenza e apertura dei mercati, nonché delle politiche europee in materia di concorrenza».

Sul punto, occorre innanzitutto rilevare che non può discorrersi di un provvedimento organico sulla complessa materia delle farmacie. Il *conditor iuris* si è, piuttosto, limitato ad intervenire con minime operazioni di *maquillage* normativo, soprattutto sulle preesistenti disposizioni della legge n. 362 del 1991, senza tuttavia operare il necessario coordinamento interno in una disciplina di settore che si appalesa tuttora frastagliata ed intimamente contraddittoria.

Si segnalano alcune importanti novità della riforma del 2017, utili al corretto inquadramento della questione su cui verteranno le successive riflessioni.

Intervenendo in parte sull'art. 7 della legge n. 362/1991, il legislatore ha previsto che possano oggi essere titolari di farmacie private anche le società di capitali, notoriamente dotate di uno statuto giuridico differente rispetto alla società di persone.

In tutte le ipotesi di ricorso alla forma societaria per assumere la titolarità delle farmacie, si prevede che le società (sia di persone che di capitali, in base al tenore letterale del secondo comma del novellato art. 7) abbiano come oggetto esclusivo la gestione di una farmacia (co. 2). Si segnala, inoltre, quanto stabilito dall'art. 1, comma 158, della legge n. 124/2017, a tenore del quale «*i soggetti di cui al comma 1 dell'art. 7 della legge 8 novembre 1991 n. 362, come sostituito dal comma 157, lettera a), del presente articolo, possono controllare, direttamente o indirettamente, ai sensi degli articoli 2359 e seguenti del codice civile, non più del 20 per cento delle farmacie esistenti nel territorio della medesima regione o provincia autonoma*».

La direzione della farmacia gestita da una società (a prescindere, dunque, dal tipo sociale prescelto) può essere affidata ad un farmacista non socio (che ne diventa, al contempo responsabile) in possesso dei requisiti di idoneità previsti dall'articolo 12 della legge 2 aprile 1968, n. 475, e successive modificazioni. Nelle ipotesi in cui il direttore versi in una delle condizioni di incapacità previste dal comma 2 dell'art. 11 della legge 2 aprile 1968, n. 475, è oggi prevista la temporanea sostituzione non già da parte di un altro socio, ma di un altro farmacista in possesso dei requisiti di idoneità previsti dalle vigenti leggi.

3. Il regime delle incompatibilità dei soci di società titolari di farmacie: profili illegittimità costituzionale

Rimane apparentemente immutato, pur dopo le importanti novità introdotte con la legge n. 124 del 2017, il regime delle incompatibilità dei soci di società titolari di farmacie.

Ci si è soffermati in altra sede⁸ sui numerosi dubbi di illegittimità che investono, in particolare, l'art. 8, co. 1, lett. c) della legge n. 362 del 1991, la cui vigenza sembrerebbe essere confermata dal richiamo espressamente contenuto nell'art. 7, co. 2, ult. per. della medesima legge, nel testo riformato dal legislatore del 2017⁹.

Ed infatti, l'apertura della titolarità delle farmacie anche alle società di capitali dimostra l'intento del legislatore di superare la pregressa simmetria tra *status* professionale di farmacista da una parte e titolarità/gestione della farmacia dall'altro. La disciplina che ne consegue, infatti, mal si attaglia ad una prospettiva "personalistica", soprattutto laddove prevede il ricorso a nuove forme organizzative della società di capitali per acquisire la titolarità delle farmacie.

Ne consegue che, in un contesto dove è mutato il paradigma societario cui è possibile ricorrere, si impongono letture diametralmente opposte rispetto a quelle fino ad oggi adottate, nella specie, in materia di incompatibilità dei soci titolari di farmacie.

Così, ad esempio, del tutto irragionevole ci è parsa l'estensione della causa di incompatibilità prevista dall'art. 8, co. 1, lett. c) della legge n. 362 del 1991, che preclude la partecipazione alle società di cui al comma 1, a coloro i quali abbiano in essere qualsiasi rapporto di lavoro pubblico o privato. Ed invero la citata normativa, nella parte in cui equipara i soci di società di capitali ai soci di società di persone, si pone, in primo luogo, in palese contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'assoluta arbitrarietà e irragionevolezza delle scelte operate dal legislatore nell'equiparare situazioni oggettivamente diverse.

In particolare, non trova alcuna ragionevole giustificazione l'estensione del divieto di esercitare qualsiasi attività lavorativa nel settore pubblico o privato anche ai soci di società di capitali, cui il legislatore – già nella disciplina contenuta nel codice civile - attribuisce caratteristiche affatto diverse rispetto alle società di persone.

Le società di capitali, infatti, si caratterizzano per la prevalenza del capitale rispetto all'elemento soggettivo; il che significa che i soci rispondono per le obbligazioni assunte dalla società nei limiti del capitale in esse conferito, rappresentato a seconda del tipo societario da azioni o quote, e che il loro patrimonio personale non potrà mai (salvo nel caso di fideiussione personale del socio e in quello dei soci accomandatari delle società in accomandita per azioni) essere

⁸ Il riferimento è a G.A. FERRO, *Concorrenza*, cit., 12 ss..

⁹ In particolare, l'art. 7, co. 2, di tale legge prevede che: «Le società di cui al comma 1 hanno come oggetto esclusivo la gestione di una farmacia. *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. Alle società di cui al comma 1 si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 8*».

aggredito dai creditori sociali. In buona sostanza, rispetto alle società di persone, alle società di capitali l'ordinamento riconosce la personalità giuridica e, quindi, un'autonomia patrimoniale perfetta. Nelle società di capitali, inoltre, il potere di amministrazione è svincolato dalla qualità di socio con la conseguenza che da quest'ultima deriva solo l'esercizio delle funzioni di controllo e la partecipazione agli utili e alle perdite, mentre l'amministrazione può spettare anche a soggetti diversi dai soci.

Per vero, se si pone attenzione alla *ratio* della incompatibilità con l'esercizio di attività lavorativa prevista dalla legge n. 362 del 1991, ben ci si avvede che in tal modo il legislatore aveva voluto evitare la "dispersione" di energie lavorative al di fuori della società di persone titolare della farmacia e in cui la compagine sociale doveva integralmente essere composta da farmacisti idonei.

Ebbene, se si considera il possibile ricorso alla costituzione di società di capitali, dove il socio capitalista – come già osservato – di regola non svolge alcuna prestazione a favore della società, né tanto meno è tenuto *ex lege* allo svolgimento di attività lavorativa a favore della stessa, si perviene alla conclusione che il socio che conferisce capitale ma non presta alcun (sia pur nobile) servizio a favore della società è esentato da qualunque obbligo di (in-)volontaria disoccupazione.

A suffragare letture diverse da quelle qui prospettate non sarebbe, del resto, conferente il richiamo a tre recenti arresti di identico tenore pronunciati dal Tar Catanzaro nei quali il giudice amministrativo ha specificato che «la formulazione del citato art. 8 della legge n. 362/1991, indicativa e comprensiva delle varie incompatibilità concernenti i singoli farmacisti, ha chiaramente la ratio di *rendere applicabile anche nei confronti dei partecipanti alle società di persone o alle società cooperative a responsabilità limitata le incompatibilità per i farmacisti persone fisiche titolari o gestori di farmacie, già disseminate in numerose disposizioni di legge.* (...) Né tale norma può ritenersi abrogata, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 1, comma 158, della legge n. 124/2017, il quale, nello stabilire che "i soggetti di cui al comma 1 dell'art. 7 della legge 8 novembre 1991 n. 362, come sostituito dal comma 157, lettera a), del presente articolo, possono controllare, direttamente o indirettamente, ai sensi degli articoli 2359 e seguenti del codice civile, non più del 20 per cento delle farmacie esistenti nel territorio della medesima regione o provincia autonoma", *non può che riferirsi ai soli casi di società per azioni che controllano altre società (disciplinati, per l'appunto, dall'art. 2359 del codice civile, inserito nella sezione V del capo V del titolo V, intitolata "Delle azioni e di altri strumenti"), lasciando quindi fuori dal proprio campo operativo le persone fisiche e le società di persone titolari di farmacia»¹⁰.*

¹⁰ T.A.R. Catanzaro, (Calabria), sez. II, 25 gennaio 2018, nn. 214, 215 e 216.

È di palpabile evidenza, infatti, che il giudice amministrativo calabrese – richiamando sul punto una pronuncia del Consiglio di Stato, antecedente la riforma dell’agosto 2017¹¹ - si sia espressamente pronunciato sulla “compatibilità delle incompatibilità” previste dal più volte citato art. 8, con riguardo alle persone fisiche e alle società di persone titolari di farmacia e non già in riferimento alla condizione del tutto peculiare dei soci di società di capitali.

L’irragionevolezza della scelta del legislatore si appaleserebbe, inoltre, anche con riguardo ad altri parametri costituzionali, in quanto la legge n. 124 del 2017 «manca il suo obiettivo e tradisce la sua *ratio*»¹².

Un’interpretazione estensiva della causa di incompatibilità di cui all’art. 8, co. 1, lett. c) della legge n. 382 del 1991 colliderebbe, infatti, con l’art. 41 Cost., interpretato anche alla luce dell’articolo 16 della *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea* (libertà di impresa) e dell’art. 49 (libertà di stabilimento) TFUE, con conseguente illegittimità costituzionale della normativa *de qua* anche per violazione degli artt. 2, 11 e 117, co. 1, Cost..

Pur volendo ammettere che, attraverso l’estensione della causa di incompatibilità di cui all’art. 8, co. 1, lett. c) anche ai soci di società di capitali titolari di farmacie, il legislatore abbia voluto coniugare logiche concorrenziali e preminenti esigenze di tutela della salute pubblica, dovrebbe concludersi che, ben lungi dal rispetto di logiche di *least restrictive means*, la misura individuata sia inidonea ad ottenere l’obiettivo prefissato, traducendosi piuttosto in un irragionevole sacrificio di altri diritti costituzionalmente protetti.

Giova ricordare che i più recenti interventi di liberalizzazione operati in diversi settori, anche sotto impulso del diritto dell’Unione europea, sottendono la valorizzazione della libera iniziativa economica privata, non intesa solo nella sua dimensione “mercantilistica”, ma anche come diritto fondamentale attraverso cui l’uomo può conseguire il pieno sviluppo della propria personalità, ai sensi dell’art. 2 Cost.¹³.

Nel bilanciamento operato dal legislatore del 2017 tra i diversi interessi in gioco, tuttavia, risulta irragionevolmente compressa la libertà di iniziativa economica dell’imprenditore, che volesse ricorrere allo schema organizzativo della società di capitali per acquisire la titolarità della farmacia, con inevitabili distorsioni sul piano della concorrenza tra imprese.

¹¹ Cons. St., sez. III, 03/02/2017, n. 474.

¹² In questi termini, Corte cost. sent. n. 43 del 1997.

¹³ Condivisibile è, infatti, la lettura fornita da LICATA, *Considerazioni sulla “liberalizzazione” della vendita di alcuni medicinali al di fuori della rete di distribuzione delle farmacie “tradizionali”*, in MANGANARO - ROMANO TASSONE –SAITTA (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano, 2013, 235 che invita ad abbandonare l’idea dell’abbattimento dei limiti all’iniziativa economica come un dato giuridicamente necessario ma, sostanzialmente, fine a se stesso.

4. Sulla sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'art. 11 del decreto legge n. 1 del 2012

Alla luce di tali premesse, è possibile avanzare più di un dubbio anche sulla conformità costituzionale dell'art. 11 del decreto legge n. 1 del 2012, nella parte in cui impone ai candidati risultati vincitori del concorso straordinario il mantenimento della *gestione associata da parte degli stessi vincitori*, su *base paritaria*.

Come correttamente evidenziato dal Consiglio di Stato nel citato *Parere*, 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»¹⁴ ed anzi risponderebbe pienamente alla *ratio* del novellato art. 7, co. 1, della legge n. 362 del 1991. Contrariamente, si avrebbe una irragionevole disparità di trattamento tra vincitori del concorso straordinario da una parte; e, dall'altra, titolari di farmacie e vincitori di un'ordinaria selezione, i quali ben potrebbero optare per il modello organizzativo della società di capitali.

Tuttavia, quel che non convince è il prosieguo del ragionamento effettuato dal giudice amministrativo, che subordina la facoltà di ricorrere allo schema della società di capitali al vincolo della *gestione paritaria* per tre anni da parte dei soggetti che, associandosi, hanno partecipato al concorso. Inoltre, non sarebbe possibile durante il triennio previsto dal legislatore l'ingresso nella società di capitali costituita tra i vincitori del concorso straordinario di soggetti terzi, perché si finirebbe in tal modo per eludere gli stringenti requisiti di partecipazione al concorso previsto dall'art. 11, co. 3, del d.l. n. 1 del 2012¹⁵, posti come contropartita del vantaggio rappresentato dalla partecipazione al concorso in gestione associata.

Sul punto, occorre fare opportune distinzioni.

Se, infatti, sembra del tutto ragionevole precludere l'ingresso nella società di capitali costituita tra i vincitori di soci capitalisti terzi, onde rispettare l'eccezionalità della partecipazione al concorso in forma associata e, quindi, il citato divieto di cui all'art. 11, co. 3, lo stesso non può dirsi con riferimento al vincolo della gestione e amministrazione paritaria.

Correttamente il Consiglio di Stato ha escluso che possa discorrersi di un'intervenuta abrogazione, *in parte qua*, dell'art. 11 ad opera della legge n. 124 del 2017, in quanto la prima disposizione ha carattere speciale, mentre l'intervento riformatore ha natura generale.

¹⁴ Punto 23.

¹⁵ 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, a parere dei giudici amministrativi, 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.

In via preliminare, occorre tentare di coniugare in sede interpretativa le norme sul concorso straordinario con il nuovo paradigma introdotto dalla legge n. 124 del 2017, come del resto hanno fatto i giudici di Palazzo Spada.

Tuttavia, ritenere realizzabile la *gestione associata su base paritaria* attraverso il ricorso alla costituzione di società di capitali deve, di necessità, determinare altre e diverse conseguenze rispetto a quelle tratte nel suddetto *Parere*.

In primo luogo, infatti, non si può prescindere dalla considerazione che la riforma del 2017 non ha soltanto previsto la partecipazione nelle società di soci non farmacisti, ma ha al contempo introdotto la possibilità di una dissociazione tra gestione e titolarità, attraverso l'espressa previsione della figura del responsabile tecnico di farmacia, che può essere anche un soggetto terzo non socio.

Orbene, a tutto concedere, nulla esclude che la società di capitali costituita – attraverso paritari conferimenti di capitale - da vincitori del concorso straordinario affidi la direzione tecnica ad un farmacista non socio: la compagine sociale rimarrebbe, pur sempre, invariata ed il divieto di cui all'art. 11, co. 3, rispettato.

L'impressione è, dunque, che il Consiglio di Stato abbia declinato le peculiari forme della società di capitali secondo le logiche proprie del modello della società di persone, unica forma organizzativa prevista dal precedente regime, in alternativa alla titolarità della farmacia da parte di farmacisti persone fisiche.

Del resto, la contropartita del vantaggio rappresentato dalla partecipazione al concorso in forma associata non può tradursi di fatto nella realizzazione di uno schema societario soltanto dal *nomen* differente, ma esattamente corrispondente allo schema tipico della società di persone, che come già sopra chiarito implica sì la gestione associata su base (pur tendenzialmente) paritaria.

La straordinarietà della procedura prevista dal decreto "Cresci Italia" del 2012, dunque, può legittimare il divieto di mutamento della compagine sociale, ma non trasformarsi in una intollerabile ed irragionevole compressione di valori apicali dell'ordinamento costituzionale: a tacer d'altro, infatti, approcci ermeneutici diversi porrebbero la citata previsione dell'art. 11 in contrasto con gli artt. 2, 3 e 41 Cost., con conseguente sopravvenuta illegittimità costituzionale della disposizione in parola, a far data dall'entrata in vigore della legge n. 124 del 2017, per mutamento del contesto normativo di riferimento in materia di titolarità e gestione delle farmacie.

Sebbene, infatti, il carattere eccezionale del concorso per acquisire la titolarità delle farmacie abbia consentito a gruppi di soggetti associati di far valere i propri titoli e, quindi, di risultare vincitori in una procedura che, nelle sue forme ordinarie, non consente tali modalità di partecipazione e successiva selezione, la differenziazione disposta dal legislatore deve risultare

ragionevole rispetto al regime comune di ingresso nel mercato della dispensazione al dettaglio del farmaco.

Giova ricordare che la peculiare procedura stabilita dal decreto “Cresci Italia” era stata calibrata sul paradigma dell’allora vigente art. 7, co. 1, della legge n. 362 del 1991 e, quindi, sul modello simmetrico sopra delineato. La previsione di un futuro obbligo di gestione associata su base paritaria da parte dei vincitori era, quindi, sistematicamente coerente con la disciplina sulla titolarità.

Nel contesto della riforma del 2017 e con la previsione di modelli societari affatto diversi, i vincoli pubblicistici imposti al *modus* di organizzazione delle farmacie di cui sono titolari i vincitori del concorso straordinario appaiono oltremodo irragionevoli: il mercato, infatti, vedrebbe da un lato società di capitali liberamente strutturabili dai soci e la cui gestione ed amministrazione può essere affidata anche a terzi; e società di capitali, invece, ove l’autonomia dei soci di stabilire le forme di organizzazione dell’attività risulterebbe compressa come contropartita di un “beneficio” loro concesso, per dir così, a monte.

Peraltro, l’applicazione delle cause di incompatibilità ex art. 8, co. 1, l. n. 362 del 1991 ai soci di capitale di società costituite da vincitori al concorso straordinario risulterebbe assai più rigida rispetto a quanto previsto per le altre società di capitali, titolari di farmacie.

Invero, come si è tentato di dimostrare in altro scritto¹⁶, non può dirsi a rigore applicabile ai soci di società di capitali la causa di incompatibilità prevista dalla lett. c) del citato art. 8, co. 1, relativa al divieto per i soci di società titolari di farmacie di essere parte di qualsiasi rapporto di lavoro pubblico o privato.

Nel caso delle società di capitali costituite da vincitori del concorso straordinario tale causa di incompatibilità, pensata con riferimento alle persone fisiche o, comunque, ai soci di società di persone, andrebbe invece applicata ai partecipanti vincitori della procedura straordinaria di assegnazione delle farmacie.

Orbene, non possono tacersi alcune evenienze che la prassi, presto o tardi, farà emergere. Si pensi, ad esempio, a soggetti che all’epoca del bando per concorso straordinario fossero privi di occupazione ma, nelle more dell’espletamento della procedura, siano riusciti ad entrare nel mondo del lavoro. Ne conseguirebbe che, laddove risultati vincitori dovrebbero rinunciare o all’attività nel frattempo svolta o alla loro partecipazione alla costituzione della società di capitali titolare di farmacie. In questa seconda evenienza, la loro rinuncia potrebbe in ipotesi cagionare un danno ai rimanenti componenti del gruppo concorrente nella procedura concorsuale: l’art. 11 del decreto del 2012 impone, infatti, la gestione associata per un triennio *da parte degli stessi vincitori*.

¹⁶ Vedasi, se si vuole, G.A. FERRO, *Concorrenza*, cit., passim.

Accedendo alla nostra tesi sull'illegittimità costituzionale dell'art. 8, co. 1, lett. c) della legge n. 362 del 1991¹⁷ o, comunque, della sua non applicabilità ai soci di società di capitali, ne discenderebbe un'evidente disparità di trattamento nei confronti dei vincitori del concorso straordinario, che si troverebbero invece – anche alla luce del *Parere* del Consiglio di Stato – ad essere sottoposti ad un irragionevole vincolo organizzativo-strutturale, potendo far ricorso ad una società, nella forma di capitali, ma nella sostanza livellata sul regime giuridico delle società di persone.

Né tali vincoli, che incidono in modo evidente sulla libertà di iniziativa economica privata, costituzionalmente garantita dall'art. 41 Cost., possono dirsi giustificati dall'esigenza di garantire il preminente diritto alla salute della popolazione.

È noto, infatti, che il servizio farmaceutico costituisce un servizio pubblico inquadrabile nell'ambito del servizio sanitario nazionale, inteso quale complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio, obiettivi per il cui conseguimento lo Stato regimenta e disciplina anche la distribuzione dei farmaci (art. 2 l. 23/12/1978, n. 833)¹⁸.

Ne deriva che l'attività di dispensazione dei farmaci da parte della farmacia è certamente espressiva della più ampia libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), che mira ad un'adeguata remunerazione.; ma essa va coniugata con la teleologia di fondo della disciplina sulle farmacie, quali strumenti imprescindibili per il soddisfacimento del diritto costituzionale alla salute (art. 32 Cost.)¹⁹. Anche il giudice delle leggi ha, del resto, affermato in modo costante che il regime delle farmacie rientra nella materia «tutela della salute», ma tale collocazione non esclude che «alcune delle relative attività possano essere sottoposte alla concorrenza». Le scelte legislative eventualmente volte ad implementare il mercato concorrenziale non devono, tuttavia, tradursi in un'alterazione del sistema stesso «*che è posto, prima di tutto, a garanzia della salute dei cittadini*»²⁰.

¹⁷ Nello scritto, cui ci si permette di rinviare, G.A. Ferro, *Concorrenza*, cit., 15 ss..

¹⁸ In dottrina, cfr. a titolo esemplificativo NICOLOSO, *Il sistema farmacia*, Milano, 2001; G. FERRARI, *Riflessioni giurisprudenziali in tema di farmacia*, Roma, 1992; GOLA, voce *Farmacia e farmacisti*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI, Torino, 1991; FERRARA, voce *Farmacia*, in Enc. Giur. Treccani, vol. XIV; C. DE GIULI, *Il sistema delle farmacie*, in BALDUZZI - CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 454.

¹⁹ Discorrono di servizio pubblico avente una forte connotazione economica, sia pur indirizzata al perseguimento di finalità sociali, LUCIANI - ROBERTI, *Il ruolo sociale e sanitario della farmacia nelle sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia Europea. Un sistema di regole a tutela della salute*, in <http://www.federfarma.it/getattachment/Edicola/Ultime-notizie/14-05-2014-00-04-01/Position-Paper.pdf.aspx>.

²⁰ Così, Corte cost. sent. n. 216 del 2014.

Non v'è dubbio, quindi, che le singolari natura e funzioni dell'attività delle farmacie impediscano qualunque operazione di sovrapposizione tra la generale disciplina delle attività commerciali e quella specificamente dettata nella materia *de qua*. Epperò, le distinzioni eventualmente operate dal legislatore in tale ultimo ambito devono risultare sorrette da ragionevoli e preminenti motivi di interesse pubblico alla miglior tutela della salute dei cittadini/consumatori. Invero, nella «complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci» (rispetto alla quale non è possibile isolare uno degli elementi senza tenere conto della disciplina nella sua globalità, «l'individuazione del punto di equilibrio tra i diversi interessi è affidato al legislatore, cui è rimessa la relativa valutazione, fermo rimanendo il limite della non irragionevolezza delle scelte compiute»²¹).

Ebbene, per costante giurisprudenza costituzionale, il principio di libertà di iniziativa economica privata deve essere bilanciato da contrapposti interessi di utilità sociale, purché l'individuazione degli stessi non appaia arbitraria e gli interventi del legislatore non prevedano misure palesemente incongrue. In ogni caso, l'intervento legislativo non deve comportare sostanzialmente la funzionalizzazione dell'attività economica di cui si tratta, sacrificandone le opzioni di fondo o restringendone in rigidi confini lo spazio e l'oggetto delle stesse scelte organizzative²².

Inoltre, come ha ben evidenziato la Corte costituzionale nella recente sentenza n. 85 del 2013, sul noto caso Ilva, «*tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri*. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale»,

²¹ Corte cost., sent. n. 150 del 2011.

²² Corte Cost. sent. n. 548 del 1990. Lo stringente connubio in materia di farmacie tra iniziativa economica e tutela della salute è, del resto, affermata anche dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, che in diverse pronunce ha precisato che la libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE – che, come noto, implica il libero accesso alle attività autonome e al loro esercizio nonché il diritto di costituire e gestire liberamente imprese - può subire un “affievolimento ragionevole”, laddove gli Stati membri, nel margine di discrezionalità loro riconosciuto, ritengano necessario introdurre misure volte a garantire un'assistenza sanitaria adeguata alle necessità della popolazione. Invero, «la salute e la vita delle persone occupano una posizione preminente tra i beni e gli interessi protetti dal Trattato e che spetta agli Stati membri stabilire il livello al quale essi intendono garantire la tutela della salute pubblica e il modo in cui tale livello debba essere raggiunto. Poiché quest'ultimo può variare da uno Stato membro all'altro, si deve riconoscere agli Stati membri un margine di discrezionalità». Si vedano, in tal senso, Corte di giustizia, sent. 1 giugno 2010, C-570/07 e C-571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*; cfr., inoltre, ordinanze del 17 dicembre 2010, Polisseni, C-217/09, punto 25, e del 29 settembre 2011, Grisoli, C-315/08, punto 31

contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. *La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto.* Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

Mal si comprende in che modo l'eventuale costituzione di una società di capitali tra soci vincitori, che decidessero di modulare la loro organizzazione interna in termini diversi da quelli imposti dal legislatore del 2012, potrebbe incidere sulla piena tutela del bene salute. Del resto, che l'esercizio dell'attività sia effettivamente rispondente all'interesse pubblico perseguito è valutazione che l'Amministrazione è chiamata a svolgere *in vivo*, attraverso i numerosi poteri di controllo ad essa attribuiti.

L'impressione, invece, è che il legislatore abbia presupposto indimostrate interferenze tra esercizio dell'attività economica e finalità di interesse pubblico in concreto perseguite dal servizio farmaceutico, procedendo a bilanciamenti diseguali a tutto danno di una libertà pur costituzionalmente garantita.

Ne consegue un “paradosso di sistema”, che renderebbe la disciplina dettata nel 2012 intrinsecamente irragionevole per violazione della stessa *ratio* su cui essa è stata fondata: per un verso, infatti, si perseguono nobili finalità di implementazione del mercato concorrenziale anche nel settore della dispensazione al dettaglio del farmaco; per altro verso, si legittimano disarmonie tra società di capitali essenzialmente libere di decidere la struttura della propria attività, magari affidando gestione e amministrazione a soggetti terzi, nell'ottica di un'efficienza maggiore del servizio reso; per altro verso, non si consente ai vincitori di una procedura - stabilita essa stessa per ampliare l'accesso sul mercato – di stabilire forme organizzative maggiormente rispondenti alle finalità perseguite.

L'intervento della mano pubblica financo nelle forme organizzative dell'impresa (sia pure *sui generis*) farmaceutica si traduce così, ancora una volta, nella consacrazione di un mercato

essenzialmente oligopolistico, rigidamente autoreferenziale e ostile all'entrata di potenziali *newcomers*²³.

PUBBLICATO SU AMBIENTEDIRITTO.IT - 19 MARZO 2018 – ANNO XVIII

AmbienteDiritto.it - Rivista Giuridica Telematica - Electronic Law Review - Via Filangeri, 19 - 98078 Tortorici ME - Tel
+39 0941 421391 - Fax digitale +39 1782724258 Mob. +39 3383702058 - info@ambientediritto.it - Testata registrata
presso il Tribunale di Patti Reg. n. 197 del 19/07/2006 - ISSN 1974-9562

Rivista Giuridica Telematica
AmbienteDiritto.it
Anno XVIII

Focus su alcune materie trattate

- Diritto Ambientale: inquinamento, rifiuti
- Diritto urbanistico, dell'edilizia
- Diritto dell'energia
- Diritto dei contratti pubblici
- Pubblica amministrazione
- Processo penale, civile o amministrativo
- Diritto dell'Unione Europea
- Diritto del lavoro - sicurezza

CODICI aggiornati e annotati

- Codice dell'Ambiente
- Codice Urbanistico e dell'Edilizia
- Codice dei Beni Culturali
- MANRO Code degli Appalti

* Sempre nuove sentenze massimate quotidianamente

* Segnalazione della normativa di rilievo con testi coordinati

* Banche Dati

ISSN 1974-9562

9 771974 956204

2018

AmbienteDiritto Editore

www.ambientediritto.it

La rivista Giuridica AMBIENTEDIRITTO.IT 1974-9562 è riconosciuta ed inserita nell'Area 12 - Riviste Scientifiche Giuridiche. ANVUR: Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (D.P.R. n.76/2010). Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR); Autovalutazione, Valutazione periodica, Accreditamento (AVA); Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN). Repertorio del Foro Italiano Abbr. n.271 www.ambientediritto.it

²³ Per un interessante parallelismo tra modelli di regolazione volti a limitare l'accesso al mercato e sistemi di autodisciplina delle corporazioni di arti e mestieri di derivazione medioevale, vedi le osservazioni di LIBERTINI, *Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 807 ss.