



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

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

Giancarlo Antonio Ferro

Associato di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Catania

ABSTRACT: *L'articolo prende in esame la recente riforma in materia di titolarità e gestione delle farmacie, introdotta dalla legge n.124 del 2017. Questa legge ha previsto, tra l'altro, la possibilità di ricorrere alla costituzione di società di capitali per acquisire la titolarità delle farmacie. Con tale previsione il legislatore ha inteso perseguire finalità di implementazione della concorrenza nel mercato della vendita al pubblico dei farmaci. L'Autore si sofferma, in particolare, sul sistema delle incompatibilità alla partecipazione a società di capitali ed evidenzia le numerose incongruità e contraddizioni dell'intervento legislativo del 2017, che se non rettammente interpretato può dar luogo a dubbi di legittimità costituzionale.*

The paper takes into account the recent reform implemented in Italy by law n. 124 of 2017 dealing with pharmacies' ownership and management. This law envisaged, among others, the possibility of creating capital partnerships in order to gain ownership of pharmacies. With this possibility, the lawmaker wanted to pursue the implementation of competition in the market for the sale to consumers of medicines. The author, in particular, assesses the incompatibility of taking part into a capital partnership and focuses the several inconsistencies and contradictions of the legislative intervention of 2017, which if not properly interpreted might give raise to constitutional issues.

PAROLE CHIAVE: *concorrenza – farmacie – salute – incompatibilità - società di capitali – ragionevolezza.*

KEY WORDS: *competition - pharmacies – health – incompatibility - capital partnerships - reasonableness.*



1. Il servizio farmaceutico quale servizio pubblico: premessa

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)¹.

Come evidenziato dalla giurisprudenza², infatti, le farmacie, anche quelle di cui sono titolari soggetti privati, fanno parte dell'organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale, nel senso che ne costituiscono parte integrante in ragione della loro capillarità e del loro obbligo di erogare i farmaci agli assistiti e a chiunque intenda acquistarli e di non interrompere lo svolgimento del servizio soggetto ad ampi poteri di vigilanza e di controllo dell'Amministrazione.

L'esercizio dell'attività di assistenza farmaceutica rappresenta, dunque, un cardine del diritto fondamentale alla salute garantito e assicurato, nel nostro ordinamento, dallo Stato, dalle Regioni e dagli altri enti territoriali autonomi, secondo le rispettive competenze.

Lo Stato attua tale servizio sia mediante l'organizzazione, all'interno dei propri presidi sanitari, di servizi di farmacia ospedaliera (v. art. 22 del D.P.R. n. 128 del 1969), sia mediante la pianta organica delle farmacie (art. 2 della legge 2 aprile 1968, n. 475), che è mezzo di pianificazione, che ne permette l'affidamento a privati cittadini laureati in farmacia (art. 9, comma 5, della legge n. 475 del 1968 ed art. 4 della legge n. 362 del 1991), ovvero ai Comuni (art. 9, comma 1, della legge n. 475 del 1968).

¹ 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.

² Cons. Stato, A.P., ord. 30.3.2000, n.1.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

Mentre le farmacie istituite nei presidi ospedalieri esercitano il servizio nel contesto della organizzazione pubblica come attività amministrativa, le farmacie private o comunali svolgono tale servizio sotto forma di un'impresa commerciale organizzata a tale scopo, privata o pubblica secondo il soggetto titolare della c.d. autorizzazione alla apertura della farmacia.

Il titolo, che abilita allo svolgimento di tale speciale attività imprenditoriale, è una concessione costitutiva di un diritto, che non inerte alla sfera giuridica dell'Amministrazione, ma che concerne un settore soggetto alla sua gestione e direzione.

Lungo questo crinale si colloca, del resto, la giurisprudenza della Corte costituzionale secondo cui il servizio gestito dalle farmacie è *«preordinato al fine di assicurare una adeguata distribuzione dei farmaci, costituendo parte della più vasta organizzazione predisposta a tutela della salute»*³. Ne consegue che *«sotto il profilo funzionale, i farmacisti sono concessionari di un pubblico servizio»*⁴.

Ciò consente di ritenere 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. Tuttavia, tale libertà 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.)⁵.

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,

³ Corte cost. sent. n. 430 del 2007.

⁴ Corte cost. sent. n. 448 del 2006. Cfr., inoltre, Corte cost. sent. n. 87 del 2006, in cui il giudice delle leggi ha affermato che *«la complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci è infatti preordinata al fine di assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando solo marginale, sotto questo profilo, sia il carattere professionale sia l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista»*.

⁵ 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>.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

tuttavia, tradursi in un'alterazione del sistema stesso *«che è posto, prima di tutto, a garanzia della salute dei cittadini»*⁶.

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»*⁷).

Lo stringente connubio in materia di farmacie tra iniziativa economica e tutela della salute è, del resto, affermata 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»⁸.

⁶ Così, Corte cost. sent. n. 216 del 2014.

⁷ Corte cost., sent. n. 150 del 2011.

⁸ Così, Corte di giustizia UE, 13 febbraio 2014, in causa C-367/12, *Sokoll-Seebacher*.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

Tuttavia, anche in prospettiva eurounitaria, gli interventi legislativi nazionali devono essere proporzionati all'obiettivo di tutelare la salute della popolazione e non possono tradursi in una irragionevole e sproporzionata frustrazione della libertà di impresa.

Il nesso di strumentalità che, nel servizio farmaceutico, sussiste tra erogazione di beni e servizi e tutela della salute è stato, talvolta, frutto di interpretazioni eccessivamente calibrate sul secondo estremo del corno. Ne è conseguita – e continua, in verità, a conseguirne – una criticabile tendenza legislativa e giurisprudenziale alla eccessiva valorizzazione della dimensione pubblicistica dell'attività di dispensazione dei farmaci.

Pur non ignorando le peculiarità del settore in esame, occorre rilevare che l'eccessiva presenza in esso della mano pubblica mal di concilia, sotto diversi profili, con la natura ibrida dell'attività di farmacista: quest'ultima, infatti, è caratterizzata, per un verso, da elementi di professionalità; per altro verso, dai tratti tipici dell'attività imprenditoriale, in quanto prevede operazioni economiche (tra queste, le vendite), che consentono di individuare la sussistenza dei requisiti indicati negli artt. 2082 e 2238 c.c.⁹.

La natura pubblicistica del relativo servizio ha indotto, tuttavia, il legislatore (con le riforme avviate negli anni novanta del secolo scorso) a stabilire una disciplina speciale, fortemente limitativa rispetto alle regole di diritto comune, al fine di garantire un corretto esercizio dell'attività di distribuzione al dettaglio di specialità medicinali.

Gli interventi legislativi degli ultimi anni, pur perseguendo nobili finalità di liberalizzazione del settore e di implementazione del mercato concorrenziale in tale ambito, sembrano ancora integralmente legati ad una visione eccessivamente dirigistica della materia, nella quale l'apertura di stampo liberista del mercato farmaceutico viene costantemente accompagnata da regole e vincoli, che finiscono di fatto per frustrare gli obiettivi prefissati dal legislatore stesso¹⁰.

⁹ Cfr., sul punto, Cass civ. 8 febbraio 2013, n. 3080, in *Rass. diritto civile*, 2014, 1295, ove si discorre di indubbia natura commerciale delle farmacie. Vd., altresì, Corte Cost., sentt. n. 87 del 2006 e n. 216 del 2014.

¹⁰ Per utili spunti di riflessione, si veda CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 389 ss.; nonché MANGANARO - ROMANO TASSONE - SAIITA (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano, 2013.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

Non può tacersi, infatti, che l'intervento della mano pubblica, financo nelle forme organizzative dell'impresa (sia pure *sui generis*) farmaceutica, si traduca nella consacrazione di un mercato essenzialmente oligopolistico, rigidamente autoreferenziale e ostile all'entrata di potenziali *newcomers*¹¹.

La legge n. 124 del 2017 ne rappresenta, come si vedrà, un limpido esempio, soprattutto nella parte in cui, per un verso, apre il mercato della vendita al dettaglio dei farmaci alle società di capitali; e, per altro verso, sembra estendere ai soci di tali società un regime di incompatibilità dettate, negli anni novanta, con riguardo ai soci di società di persone titolari di farmacie.

In particolare, desta numerosi dubbi di legittimità costituzionale la lettura promossa dall'Amministrazione sanitaria e avallata da un parere reso dal Consiglio di Stato¹², secondo cui la partecipazione a società di capitali titolari di farmacie sarebbe ancora oggi preclusa ai soggetti che svolgano qualsivoglia attività lavorativa, sia nel settore pubblico che nel settore privato.

2. Cenni sull'evoluzione storica del regime della titolarità delle farmacie

Come noto, in tema di titolarità delle farmacie private l'ordinamento giuridico italiano ha registrato una lenta ma progressiva evoluzione, che in questa sede è opportuno richiamare brevemente¹³.

¹¹ 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.

¹² 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.

¹³ Puntuali ricognizioni in GARIVAGHI, *Farmacia* (voce), in *Enc. giur. it.*, 1903; CAMMEO - VITTA, *Sanità pubblica*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, ORLANDO (a cura di), vol. IV, Milano, 1908, 758 ss.; LABRANCA, *Farmacia* (voce), in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1938, 911 ss.; ASTOLFI, *La riforma del servizio farmaceutico*, Roma, 1968; FERRARA, *Farmacia* (voce), in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989; M. GOLA, *Farmacie e farmacisti* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, 231 ss.; G. PIPERATA, *Farmacie* (voce), in *Dizionario di*



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

La legge 22 dicembre 1888, n. 5849 (c.d. *legge Crispi*) stabiliva la massima libertà nell'apertura e nell'esercizio delle farmacie: si poteva, ad esempio, essere proprietari di più farmacie, senza dover essere "speciali", purché la direzione della farmacia fosse affidata ad un farmacista.

La rinnovata concezione dello Stato e del rapporto tra *auctoritas* e *libertas* determinò un mutamento di approccio del legislatore. Invero, con la legge 22 maggio 1913, n. 468 (c.d. *Legge Giolitti*) 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.

La disciplina 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

diritto pubblico, CASSESE (a cura di), Milano, 2006, 2447 ss.; DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano, 2011.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

dell'autorizzazione amministrativa all'apertura e all'esercizio della farmacia, stabilendone, conseguentemente, l'incedibilità. 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»¹⁴.

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 anno dall'entrata in vigore della presente legge, le farmacie ...che risultino intestate a società di qualunque natura debbono essere trasferite a un farmacista iscritto all'albo”»¹⁵.

¹⁴ GUIDA, *L'oggetto sociale della società di gestione della farmacia e riflessi notarili*, in Riv. not., 2010, 39 ss.

¹⁵ 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



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

La disciplina del 1968 fu, ancora una volta, integralmente ispirata alla simmetria tra *status* di farmacista, *titolarietà* 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.

Del tutto coerente alle premesse di fondo della riforma Mariotti era, dunque, la previsione contenuta nell'art. 13 della l. n. 475 del 1968, a tenore del quale «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».

3. (segue) la riforma del 1991 e l'apertura alle società di persone

La segnalata simmetria tra *status* di farmacista professionista, *titolarietà* 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.

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.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

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 limitata¹⁶.

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 prevalesse su quella professionale»¹⁷.

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 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.

¹⁶ Su tale novità si sofferma diffusamente MONTALENTI, *Gestione associata di una farmacia e modelli societari*, in *Rass. dir. Farmaceutico*, 1991, 26 ss.

¹⁷ GUIDA, op. ult. cit., 43.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

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.

4. La riforma introdotta dalla legge n. 124 del 2017, con particolare riguardo alla titolarità delle farmacie ed al regime delle incompatibilità

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*



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

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»*

Il secondo comma del novellato art. 7 intercetta, peraltro, in modo diretto l'oggetto del presente scritto e prevede un peculiare regime di incompatibilità per i soci di società titolari di farmacie. Su tale profilo si rinvia, pertanto, a quanto si dirà oltre.

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



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

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.

Rimane immutato il regime stabilito dalla legge n. 362 del 1991 (così come modificato, peraltro, dalla legge n. 248/2006) in tema di successione *mortis causa* nelle quote sociali, con evidenti elementi di conflitto rispetto alle novità introdotte dal legislatore del 2017 in tema di titolarità di farmacie¹⁸.

5. L'interpretazione costituzionalmente conforme del combinato disposto dell'art. 7, co. 2, ult. per., e dell'art. 8, co. 1, lett. c) impone l'inapplicabilità ai soci di società di capitali della causa di incompatibilità ivi prevista.

Il quadro testé brevemente tracciato mostra *prima facie* 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 alla forma organizzativa della società di capitali per acquisire la titolarità delle farmacie.

L'apertura a nuovi regimi societari risponde, in primo luogo, ad esigenze di garanzia della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost., consentendo all'imprenditore privato la scelta del modello organizzativo ritenuto più adeguato allo svolgimento dell'attività di dispensazione del farmaco¹⁹.

Tale apertura del mercato della vendita al dettaglio dei farmaci pone, tuttavia, numerosi interrogativi soprattutto con riguardo all'attuale vigenza del regime delle incompatibilità

¹⁸¹⁸ Pur non rappresentando specifico oggetto di queste note, la disposizione desta numerose perplessità: non si comprende, ad esempio, la ragione per cui si possa essere oggi soci di società titolari di farmacie, pur non essendo farmacisti, ma in caso di acquisto a titolo di successione di una partecipazione nelle società *de quibus*, l'erede non farmacista in possesso dei requisiti di idoneità debba essere obbligato a cedere la quota.

¹⁹ Sul punto va, infatti, segnalato che prima della riforma del 2017 era consentito alle sole farmacie comunali il ricorso a forme di gestione mediante società di capitali. Per rilievi critici su questa originaria disparità, cfr. MOLICA, *La disciplina del retail market farmaceutico alla luce dei recenti interventi di liberalizzazione*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2014, 69 ss.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

previsto dalla legge n. 362 del 1991. Si tratta, come noto, di una disciplina ricalcata su quanto stabilito da diverse disposizioni disseminate nell'ordinamento per l'attività del singolo farmacista privato e attraverso le quali il legislatore ha inteso salvaguardare l'interesse pubblico al corretto svolgimento del servizio farmaceutico, quale strumento preposto alla tutela del diritto alla salute della popolazione.

Sul punto, assumono rilievo due disposizioni inserite nella legge n. 362 del 1991, così come modificata dalla legge n. 124 del 2017.

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».

A tenore del primo comma del richiamato art. 8:

«La partecipazione alle società di cui all'articolo 7, salvo il caso di cui ai commi 9 e 10 di tale articolo, 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».*

Orbene, ai fini che ci occupano, occorre chiedersi se l'incompatibilità prevista dall'art. 8, co. 1., lett. c) (svolgimento di *qualsunque attività* di lavoro pubblico e privato): a) possa oggi ritenersi conforme al nuovo modello societario previsto dalla c.d. legge concorrenza; b) possa in qualche modo trovare giustificazione in preminenti necessità di tutela della salute, laddove estesa ai soci di società di capitali aventi ad oggetto la gestione di farmacie.

Ad entrambi gli interrogativi si ritiene di dover dare risposta negativa per le ragioni che saranno di seguito esposte.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

In via preliminare, giova ricordare che le cause di incompatibilità incidono in senso limitativo sulla posizione giuridica del soggetto. Le norme che le contemplano assumono, pertanto, carattere eccezionale, inderogabile e non estendibile per via analogica ad ipotesi non previste in modo espresso dal legislatore.

Ciò spiega la ragione per cui, in tale materia, si impongono stringenti esigenze di certezza del diritto. In altri termini, per il loro effetto derogatorio rispetto alla disciplina comune e restrittivo sulla sfera giuridica soggettiva dell'interessato, le cause di incompatibilità devono essere tassativamente previste in modo chiaro dalla legge, non potendosi addivenire in via interpretativa né ad una modulazione del regime di incompatibilità in concreto applicabile *case to case*; né, *a fortiori*, ad un'interpretazione estensiva di queste, soprattutto laddove esse risultino difficilmente applicabili a casi diversi da quelli previsti dal legislatore²⁰.

Non v'è dubbio che, nel caso di specie, l'incompatibilità con la partecipazione in qualità di socio in una società di farmacie incida irrimediabilmente sul diritto del singolo tanto al pieno esercizio della libertà di iniziativa economica in forma societaria (art. 41 Cost.), quanto all'investimento/risparmio in acquisto di quote o azioni (art. 47 Cost.).

Si impone, dunque, un'interpretazione restrittiva delle cause di incompatibilità siccome risultanti dall'art. 7, co. 2, della legge n. 362 del 1991, in combinato disposto con l'art. 8, co. 1, della medesima legge.

Per una più chiara comprensione dei problemi posti dalla richiamata normativa è utile distinguere quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo dell'art. 7, co. 2 della citata legge:

a) nel secondo periodo – peraltro pedissequamente richiamato dall'art. 8, lett. a), della legge n. 362 del 1991 - è prevista una forma di *incompatibilità assoluta* da ritenersi applicabile tanto ai soci di società di persone, quanto a quelli di società di capitali. La *ratio* risiede nell'esigenza di evitare pericolose commistioni tra i soggetti che a vario titolo possono

²⁰ Argomenti, sul punto, possono trarsi dalla giurisprudenza in materia di incompatibilità dei commissari di concorso, ipotesi nelle quali pur a fronte del primario interesse a garantire l'imparzialità della pubblica amministrazione, le cause di incompatibilità di cui all'art. 51 c.p.c. si ritengono sottratte a qualunque interpretazione estensiva; cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, VI, 30 luglio 2013, n. 4015; Cons. Stato Sez. III, 02.04.2014, n. 1577 e TAR Lazio, III-bis, 25.5.2015 n. 7435.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

incidere sulla produzione, informazione scientifica e prescrizione dei farmaci e la farmacia, deputata invece alla dispensazione. In tal modo, il legislatore del 2017 ha confermato quanto già previsto nell'art. 8, co. 1, lett. a) - nel testo modificato con l. 248 del 2006 - aggiungendo il riferimento all'incompatibilità con l'esercizio della professione medica. Si è così inteso salvaguardare l'interesse pubblico al corretto svolgimento del servizio farmaceutico ed in ultima analisi alla salvaguardia del bene salute (cfr., su tale specifica incompatibilità, Corte cost. sent. n. 275 del 2003).

b) nell'ultimo periodo si rinvia, invece, “*per quanto compatibile*”, al regime delle incompatibilità previsto dall'art. 8 della legge n. 362 del 1991.

L'inciso “*per quanto compatibili*”, sebbene ad oggi trascurato in sede applicativa, rappresenta, di contro, il dettaglio da cui può trarsi la soluzione interpretativa maggiormente conforme al tessuto costituzionale.

Tralasciando i numerosi rilievi critici sulla correttezza del *drafting* legislativo utilizzato²¹, non v'è dubbio che la formulazione della disposizione rimetta ad arbitrarie operazioni ermeneutiche un'inammissibile modulazione delle cause di incompatibilità.

Di tale problema di ordine teorico-generale si è con ogni probabilità avveduto anche il Consiglio di Stato nel citato *Parere*. Il supremo consesso, infatti, sembra accedere ad un'interpretazione – a proprio dire - letterale della disposizione in esame, ritenendo l'ultimo periodo dell'art. 7, co. 2, riferibile solo alle ipotesi in cui a partecipare ad una società titolare di farmacia sia un'altra società di farmacia di cui all'art. 7, co. 1. Secondo i giudici di Palazzo Spada «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*

²¹ Si veda la *Guida per la redazione dei testi normativi* del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei ministri (Pubblicata nella Gazz. Uff. 3 maggio 2001, n. 101, S.O.), in cui al par. 1.9.2 si dispone che «va evitato, nei riferimenti, il rinvio ad altre disposizioni operato con l'espressione: “in quanto compatibili “». Cfr., inoltre, nel medesimo senso par. 56, co. 6 delle *Regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi, Manuale per le regioni promosso dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblies legislative delle Regioni e delle Province autonome*.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

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»²².

Il giudice amministrativo, quindi, al fine di evitare le distorsioni cui darebbe luogo l'esatta interpretazione della disposizione in parola, giunge ad avvalorare un'interpretazione asseritamente letterale, ma sostanzialmente *ultra litteram legis*.

Ed infatti, se si accedesse alla proposta ermeneutica del supremo collegio dovrebbe per ciò solo ammettersi che le cause di incompatibilità di cui all'art. 8, *concepite chiaramente per soci farmacisti* (persone fisiche), risulterebbero ontologicamente incompatibili (e, quindi, *ex se* non applicabili) se riferite a società di farmacia socie di un'altra società titolare di farmacia.

Inoltre, la censura sul carattere modulabile del regime di incompatibilità, su cui lo stesso giudice amministrativo manifesta riserve, finirebbe per "spostarsi" inevitabilmente sulle società socie di società di farmacie, per le quali non è affatto chiaro quali delle cause di incompatibilità ritenere compatibili e quali no. Ne risulterebbe, in altri termini, vulnerato l'art. 97 Cost., che informa di sé l'azione della Pubblica Amministrazione e non ammette che i pubblici poteri possano arbitrariamente stabilire, in assenza di precise disposizioni di legge, il regime di incompatibilità di volta in volta applicabile²³.

Mal si comprende, inoltre, la ragione che ha indotto i giudici di Palazzo Spada a preferire l'interpretazione letterale, laddove essa non era affatto consigliabile (né praticabile), e di averne, invece, trascurato la portata dirimente con riferimento all'individuazione del perimetro di applicabilità della nozione di "*qualsiasi attività di lavoro*" prevista dall'art. 8, co. 1, lett. c) della legge n. 362 del 1991.

²² Par. 39 del *Parere*.

²³ Né potrebbe farlo, beninteso, un giudice, anche in ragione degli stringenti e peculiari limiti ad esso imposti dall'art. 101, co. 2, Cost., in combinato disposto con l'art. 3 Cost., che impedirebbe l'adozione di regimi interpretativi differenziati soprattutto in tema di cause di incompatibilità che incidono, come osservato, sul pieno esercizio di diritti costituzionalmente garantiti.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

Il *Parere* è censurabile, sotto questo profilo, nella parte in cui adotta un'interpretazione estensiva della nozione *de qua*²⁴. Secondo i giudici di Palazzo Spada, infatti, vi rientrerebbe, nonostante il chiaro tenore letterale, qualunque forma di lavoro intessuta 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»*²⁵.

Tale interpretazione, pur riportando in equilibrio la posizione del lavoratore subordinato rispetto ai lavoratori autonomi, produce, tuttavia, effetti paradossali, in quanto si rende di fatto impraticabile la costituzione di società di capitali per la gestione di farmacie. In altri termini, lo scopo di implementazione del mercato concorrenziale perseguito dalla riforma del 2017 ne risulterebbe integralmente frustrato²⁶.

Le considerazioni che precedono impongono, quindi, di seguire altra e diversa opzione ermeneutica.

Ebbene, seguendo le indicazioni metodologiche fornite da un costante orientamento della Corte costituzionale, giova ricordare che «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice decida di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»²⁷. Nel caso in esame,

²⁴ Par. 42.2 del *Parere*.

²⁵ Sul punto, viene richiamata a sostegno della tesi prospettata la citata circolare F.O.F.I. n. 10747 del 18 dicembre 2017.

²⁶ Ad esempio, tale regime sarebbe di difficile applicazione nelle ipotesi in cui socia di società di farmacie sia una società di capitali, i cui soci dovrebbero essere, per un verso, privi di qualsivoglia impiego lavorativo e, per altro verso, economicamente capaci di investire nel capitale sociale. Condizioni, queste, di difficile realizzazione e che renderebbero scarsamente appetibile l'investimento di capitale in società titolari di farmacie.

Ben ci si avvede che tali conclusioni finirebbero, dunque, per vulnerare in radice la stessa *ratio* dell'intervento legislativo del 2017, individuabile nella creazione di forme di capitalizzazione delle farmacie, anche per far fronte ad obiettive difficoltà del settore farmaceutico. Il tutto nell'ottica di favorire l'apertura del mercato anche a nuove realtà, sì da incentivare la concorrenza. Peraltro, ritenere applicabile siffatta causa di incompatibilità costringerebbe, ad esempio, una s.p.a. che volesse investire nel settore della vendita al dettaglio dei farmaci a ricercare i propri azionisti tra soggetti privi di un lavoro ma disposti ad investire capitale nella società. Gli effetti, in altri termini, sarebbero del tutto paradossali e renderebbero, se così interpretato, l'intervento in materia di concorrenza manifestamente inidoneo a raggiungere gli scopi prefissatisi dal legislatore già nell'art. 1 della legge n. 124 del 2017.

²⁷ Così, *ex multis*, C. cost., sent. n. 356 del 1996.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

l'unica interpretazione percorribile per rendere immune da censure di incostituzionalità il combinato disposto dell'art. 7, co. 2 e dell'art. 8, co. 1, lett. c) della legge n. 362 del 1991 impone di considerare le incompatibilità ivi previste applicabili solo nell'ipotesi in cui, seguendo il precedente schema organizzativo, titolare della farmacia sia una società di persone composta da soli farmacisti e in tale società la direzione della farmacia sia assunta da uno dei soci.

La valutazione di *compatibilità* - tra la disciplina dettata dall'art. 8 e quanto previsto, in tema di società titolari di farmacie, dall'art. 7, siccome novellato dalla legge n. 124 del 2017 – deve, infatti, essere ispirata a criteri di massimo rigore, non potendosi procedere ad un'estensione ermeneutica di cause di incompatibilità oggettivamente non conciliabili con il nuovo assetto normativo sopra delineato.

Del resto, se il legislatore avesse realmente inteso livellare il regime delle incompatibilità non avrebbe aggiunto il disposto dell'ultimo periodo dell'art. 7, co. 2, della legge n. 124 del 2017, essendo allo scopo sufficiente la laconica lettera dell'art. 8, co. 1, della medesima legge, a tenore del quale «*la partecipazione alle società di cui all'articolo 7, salvo il caso di cui ai commi 9 e 10 di tale articolo, è incompatibile...*».

Giova ancora una volta ricordare che la disciplina delle incompatibilità di cui all'art. 8, co. 1, della legge n. 362 del 1991 è stata calibrata su un modello societario affatto diverso rispetto a quello introdotto dalla novella del 2017. Ai sensi della legge n. 362 del 1991, potevano aversi soltanto società di persone costituite da farmacisti in possesso dei requisiti di idoneità ed in tali società la direzione della farmacia (e la conseguente responsabilità) doveva essere affidata sempre ad uno dei soci, con conseguente fungibilità dei soci stessi nella direzione della farmacia. È in questo quadro che venivano dettate le cause di incompatibilità di cui all'art. 8 e, in particolare, quella prevista dalla lettera c) oggetto del nostro esame.

In altri termini, le incompatibilità previste dall'art. 8 rappresentavano il riflesso del regime all'uopo stabilito per i farmacisti da altre (e anacronistiche) disposizioni dell'ordinamento: ciò trovava la propria ragion d'essere nella sopra rilevata simmetria tra *status* di farmacista e titolarità/gestione della farmacia stessa, nonché sulla segnalata



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

prevalenza dell'elemento professionale su quello imprenditoriale dell'attività di dispensazione del farmaco.

Ne consegue che, in un contesto dove è mutato il paradigma societario cui è possibile ricorrere, il regime previsto dall'art. 8, co. 1, lett. c) della legge n. 362 del 1991 non può dirsi applicabile in via generale a tutti i soci di società di farmacie, in quanto radicalmente incompatibile con la disciplina tracciata dal novellato art. 7.

6. Profili di illegittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 7, co. 2, ult. per. della legge n. 362 del 1991 e dell'art. 8, co. 1, lett. c) della medesima legge, laddove ritenuto applicabile anche ai soci di società di capitali: l'irragionevole parificazione di situazioni oggettivamente diverse

Diversamente argomentando dovrebbe concludersi per l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli art. 7, co. 2 e 8, co. 1, lett. c) per violazione di numerosi parametri costituzionali.

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 aggredito dai creditori sociali. In buona sostanza, rispetto alle società di persone, alle società di capitali l'ordinamento riconosce la personalità giuridica e,



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

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.

Anche in questo caso, possono trarsi dal citato *Parere* del Consiglio di Stato elementi utili a suffragare l'inapplicabilità della citata disposizione alle ipotesi di soci di società di capitali titolari di farmacie. Il Supremo collegio, infatti, afferma che la dichiarata *ratio* dell'art. 8, co. 1, lett. c) «risiede nell'intento di evitare che il socio possa contrarre vincoli che *impediscono 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*»²⁸.

Il giudice amministrativo coglie nel segno laddove individua la ragione della causa di incompatibilità e bene ne illustra le conseguenze applicative.

Tuttavia, l'ipotesi prospettata dal Consiglio di Stato è parametrata ad un modello societario diverso da quello c.d. “di capitali”. Ed infatti: a) si discorre di prestazioni lavorative a favore della società; b) si richiama l'art. 119 T.U.LL.SS. che espressamente si riferisce al

²⁸ Par. 42.2 del *Parere*.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

farmacista persona fisica titolare di farmacia, cui incombe l'obbligo di assicurare l'espletamento corretto del servizio.

Orbene, se tale ipotesi ricostruttiva ben si attaglia al precedente modello organizzativo delle società titolari di farmacie, lo stesso non può dirsi con riferimento alle novità introdotte dalla legge concorrenza del 2017. Invero, 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.

In tale contesto, risulta altresì inconferente il richiamo all'art. 119 T.U.LL.SS. che si riferisce (in una dizione risalente all'epoca pre-rerubblicana) al farmacista responsabile della farmacia di cui egli stesso è titolare: come conciliare, il dettato della disposizione *de qua*, con la previsione dell'art. 7, co. 3, della legge n. 362 del 1991, che nella nuova formulazione contempla il possibile ricorso ad un direttore tecnico farmacista non socio che assume al contempo la responsabilità della farmacia?

A tutto concedere e applicando l'art. 119 TULLSS alla proprietà della farmacia sociale, non si comprende in che modo *l'espletamento corretto degli obblighi connessi all'esercizio della farmacia* possa essere vulnerato dall'attività lavorativa svolta dal socio capitalista, il quale non abbia assunto alcun obbligo di prestazione lavorativa a favore della società, limitandosi di contro a conferire capitale.

Alla luce di quanto finora esposto, devono manifestarsi numerose perplessità sul *dictum* eccessivamente assertivo del *Parere* del Consiglio di Stato circa l'estensione della incompatibilità in parola anche alle ipotesi di mero conferimento di capitali²⁹.

La laconicità sul punto (appena 4 righe) induce a ritenere che il giudice amministrativo abbia inteso mantenere “aperto” il problema e affrontarlo, se del caso, in sede giurisdizionale. Invero, per avvalorare la tesi dell'estensione dell'incompatibilità il supremo collegio rinvia a

²⁹ Par. 42.5 del *Parere*.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

quanto precisato in precedenza nel già richiamato par. 39, ove tuttavia erano già stati esposti dubbi interpretativi sollevati dall'art. 7, co. 2, ultimo periodo nella parte in cui rinvia all'art. 8. Dubbi che il Consiglio di Stato non ha, in definitiva, risolto se non con riguardo alle ipotesi di incompatibilità assoluta di cui all'art. 7, co. 2, secondo periodo e dell'art. 8, co. 1, lett. b).

A suffragare letture diverse da quelle qui prospettate non è 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»³⁰.*

È di palpabile evidenza, infatti, che il giudice amministrativo calabrese – richiamando sul punto una pronuncia del Consiglio di Stato, antecedente la riforma dell'agosto 2017³¹ - 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.

³⁰ T.A.R. Catanzaro, (Calabria), sez. II, 25 gennaio 2018, nn. 214, 215 e 216.

³¹ Cons. St., sez. III, 03/02/2017, n. 474.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

7. (segue): irragionevolezza del “risultato normativo” derivante dalla disciplina delle incompatibilità dei soci di società di capitali titolari di farmacie

A riprova della manifesta irragionevolezza dell'opzione legislativa del 2017 è utile, inoltre, il richiamo al regime delle incompatibilità previsto per i pubblici dipendenti.

Non v'è dubbio che la disciplina sulle farmacie e quella sugli impiegati pubblici operino su piani diversi. Ma dalla seconda possono ricavarsi alcuni ulteriori elementi a sostegno dell'illegittimità costituzionale dell'ipotesi di incompatibilità prevista dall'art. 8, co. 1, lett. c) della legge n. 362 del 1991, laddove riferita, ad esempio, ai soci di società di capitali titolari di farmacie, che abbiano in essere un rapporto di pubblico impiego.

Del resto, per costante insegnamento della Corte costituzionale, la coerenza logica di una norma può essere riferita anche al sistema, al quadro normativo o ai principi generali del sistema: *«la semplice constatazione che le due norme poste a raffronto facciano parte di sistemi distinti ed autonomi non basta ad escludere che sia irragionevole il risultato normativo: il canone della ragionevolezza deve trovare applicazione non solo all'interno dei singoli comparti normativi, ma anche con riguardo all'intero sistema»*³².

Alla luce di queste osservazioni, occorre da subito rilevare che la lettura estensiva prospettata dal Consiglio di Stato nel citato *Parere* finirebbe per creare un sistema di incompatibilità ben più asfittico di quello particolarmente stringente previsto a carico dei dipendenti pubblici.

In adesione a tale indirizzo ermeneutico dovrebbe, ad esempio, escludersi che un funzionario della P.A. o un professore universitario possano essere soci di una società di capitali titolare di una farmacia.

Tuttavia, pur chiamati a svolgere una funzione per definizione di pubblico interesse, i dipendenti della P.A. possono essere titolari di quote in società di capitali.

³² Corte cost., sent. n. 84 del 1997.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

Come noto, la materia dell'incompatibilità nel pubblico impiego è disciplinata dall'art. 53 del d.lgs. 165/2001, che stabilisce l'applicabilità della disciplina sull'incompatibilità di cui agli art. 60 e ss del d.P.R. 3/57 a tutti i dipendenti pubblici, contrattualizzati e non, nonché ai dipendenti degli enti locali. Tale disposizione prevede, in particolare, che l'impiegato pubblico non possa «*esercitare il commercio, l'industria, né alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro, tranne che si tratti di cariche in società o enti per le quali la nomina è riservata allo Stato e sia all'uopo intervenuta l'autorizzazione del Ministro competente*».

La *ratio* di tale divieto va rinvenuta nel principio costituzionale di esclusività della prestazione lavorativa a favore del datore pubblico (ai sensi dell'art. 98 Cost.), per preservare le energie del lavoratore e per tutelare il buon andamento della p.a. che risulterebbe turbato dall'espletamento da parte di propri dipendenti di attività imprenditoriali caratterizzate da un nesso tra lavoro, rischio e profitto. Centri di interesse alternativi all'ufficio pubblico rivestito, implicanti un'attività caratterizzata da intensità, continuità e professionalità, potrebbero turbare la regolarità del servizio o attenuare l'indipendenza del lavoratore e il prestigio della p.a.³³.

La giurisprudenza ha precisato che l'assunzione di incarichi extra-istituzionali da parte di un dipendente pubblico è consentita solo laddove il lavoratore assuma la qualità di socio in una società di capitali o in una società di persone, ma senza poteri di amministrazione, mentre l'assunzione di cariche gestionali è considerata «quale elemento oggettivo e automatico atto a perpetrare l'incompatibilità, senza che necessiti una valutazione sulla intensità dell'impegno o sui riflessi negativi riscontrabili sul rendimento nel servizio e sull'osservanza dei doveri d'ufficio»³⁴. Infatti, costituisce esercizio del commercio e dell'industria ogni attività imprenditoriale compresa l'attività artigianale; la partecipazione in qualità di socio a società di persone (Snc, Sas, Ss) con l'esclusione dei casi in cui la responsabilità del socio è limitata per legge o per atto costitutivo della società; l'assunzione della carica di presidente o di

³³ In dottrina, per tutti, cfr. TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2007, 1097 ss..

³⁴ Corte cass., sez. lav., 19/01/2006, n. 967.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

amministratore delegato di società di capitali (Spa, Srl, Sapa), esclusa la carica di presidente non operativo³⁵.

Particolarmente rigorosa è, inoltre, la disciplina dettata per il personale docente delle Università, soprattutto alla luce dell'art. 6, commi 9, 10 e 12, della l. 30 dicembre 2010 n 240 (c.d. legge Gelmini). Tale legge ha ribadito l'esistenza di alcune attività non consentite ai professori e ricercatori sia a tempo pieno che a tempo definito. Invero, l'incompatibilità è ricondotta, in questi casi, all'ufficio di pubblico dipendente. Tra gli incarichi extraistituzionali vietati al dipendente rientra *l'esercizio del commercio e dell'industria* (art. 8 l. n. 311/1958; art. 11 DPR 382/1980 e art. 6 comma 9 l.240/2010), oltre che l'assunzione di cariche in società costituite a fini di lucro tranne che si tratti di cariche in società o in enti per le quali la nomina è riservata allo Stato e sia all'uopo intervenuta l'autorizzazione del Ministro competente (art 60 DPR 3/1957). Sul punto, il giudice amministrativo ha specificato che è consentita al docente universitario la partecipazione come socio a società di capitali aventi fini di lucro, ma non l'assunzione di cariche gestionali³⁶.

Non v'è dubbio che l'ordinamento farmaceutico sia dotato delle peculiarità già sopra evidenziate. Ma non si può concludere ritenendo l'interesse pubblico perseguito dal servizio *de quo* di maggior pregio rispetto alle finalità, costituzionalmente previste, connesse al pubblico impiego. Ogni diversa conclusione sarebbe puramente assertiva e, per definizione, non dimostrata.

In altri termini, l'estensione dell'incompatibilità prevista dall'art. 8, lett. c) non solo dovrebbe essere espressamente stabilita dal legislatore e non arguita per via interpretativa, ma andrebbe sorretta dall'individuazione di una ragione giustificatrice della limitazione prevista.

Non si comprende in che modo un socio-capitalista, lavoratore del settore pubblico o privato, privo di poteri gestori e non vincolato alla prestazione della propria opera a favore della società titolare di farmacia, possa intercettare e vulnerare le finalità di tutela della salute, connesse alla disciplina del settore farmaceutico. Parimenti, non si coglie quale ricadute possa avere in tema di tutela della salute l'eventuale esercizio di qualunque attività sia pubblica che

³⁵ In termini, Circolare 18 luglio 1997 n. 611997, Pres. Consig. Dip. Funzione Pubblica.

³⁶ Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 4 giugno 1985, n. 271.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

privata da parte di soci di società di capitali, in cui si opti per un direttore tecnico esterno, che *ex lege* deve essere un farmacista idoneo. L'utente/consumatore/paziente non avrebbe un rapporto diretto con la società ma, appunto, col personale farmacista-professionista.

Del resto, rimanendo nel perimetro della fattispecie esaminata, se si ritenesse precluso ad un dipendente pubblico di essere socio di una società di capitali titolare di farmacie, giustificando tale divieto con asserite esigenze di tutela della salute della popolazione, dovrebbe conseguentemente ammettersi una palese disparità di trattamento con i soci di società di capitali aventi quale oggetto sociale, ad esempio, la gestione di strutture sanitarie, ove la partecipazione societaria, pur in presenza di ontologiche connessione con la tutela della salute, non è sottoposta ai medesimi vincoli di quelli previsti in tema di farmacie.

Ebbene, non potendosi ammettere l'esistenza di un diritto alla salute *à la carte*, ragioni di stretta logica inducono a ritenere eventuali obiezioni interpretative del tutto sguarnite di fondamento, soprattutto alla luce della prassi (amministrativa e giurisprudenziale) che non sembra dar luogo a dubbi circa la conciliabilità tra svolgimento di un'attività lavorativa financo pubblica e titolarità di quote e/o azioni in società di capitali, che svolgano attività diverse da quella di dispensazione del farmaco, ma incidenti sulla tutela della salute.

La normativa sulle incompatibilità in esame, laddove applicata anche ai soci di società di capitali nei sensi già specificati, andrebbe inoltre dichiarata incostituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. anche sotto il profilo dei limiti più stringenti cui verrebbe sottoposta l'impresa farmaceutica privata rispetto a quelli oggi previsti per le farmacie comunali, con riferimento alle quali è ormai pacificamente ammesso che la gestione possa essere affidata, mediante procedure ad evidenza pubblica, anche a società private di capitali, purché queste abbiano come oggetto sociale esclusivo la gestione di farmacie³⁷ e non svolgano l'attività nel settore della produzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco³⁸. Nulla si

³⁷ *Ex multis*, cfr. T.A.R. Lombardia Brescia sez. II, 16 gennaio 2013, n. 20; T.A.R. Veneto sez. I, 20 marzo 2014, n. 358; T.A.R. Umbria 4 novembre 2014, n. 526; Tar Umbria Perugia, sent. 1 febbraio 2018, n. 78.

³⁸ Vd., ad esempio, Consiglio di Stato, sez. III, 13 novembre 2014, n. 5587. Nei numerosi bandi di gara di concessione del servizio di gestione di farmacie comunali – peraltro, oggi reperibili in rete – non è dato riscontrare alcuna clausola di incompatibilità per i soci di società (sia esse di persone, che di capitali) se non quella dell'esercizio di attività nel settore della produzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco. Per altro verso, invece, in tali bandi si precisa che per le persone fisiche sussiste l'incompatibilità tra la



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

prevede, con riferimento a tali tipologie di farmacie, in merito all'eventuale incompatibilità del socio di capitale con lo svolgimento di attività lavorativa.

8. La concorrenza inattuata: osservazioni conclusive

L'irragionevolezza della scelta del legislatore si appaleserebbe anche con riguardo ad altri parametri costituzionali, in quanto la legge n. 124 del 2017 «manca il suo obiettivo e tradisce la sua *ratio*»³⁹.

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 in esame 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.⁴⁰.

gestione della farmacia comunale e la posizione di titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia, nonché con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico o privato

³⁹ In questi termini, Corte cost. sent. n. 43 del 1997.

⁴⁰ 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*, cit.,



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

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.

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 organizzative⁴¹.

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», 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*

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.

⁴¹ Corte Cost. sent. n. 548 del 1990.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

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».

Ben ci si avvede, dunque, che l’estensione della incompatibilità in esame anche ai soci di società di capitali renderebbe del tutto sproporzionato e irragionevole l’intervento del legislatore. Né gioverebbe richiamare preminenti esigenze di tutela della salute ad esso sottese che, come già sopra osservato, non sarebbero affatto sacrificate dall’apertura delle società di capitali alla partecipazione di soci che svolgano qualsiasi altra attività lavorativa.

In primo luogo, i mezzi predisposti dal legislatore non sono razionalmente connessi ai fini che la riforma del 2017 intendeva raggiungere. Non ne deriverebbe, infatti, alcun vantaggio per l’implementazione del mercato concorrenziale, né per la tutela della salute della popolazione.

Sotto il primo profilo, si è più volte messo in evidenza che l’interpretazione estensiva della causa di incompatibilità di cui all’art. 8, co. 1, lett. c) finirebbe per contrarre notevolmente il mercato degli investitori, riducendo la possibilità di raccolta e investimento di capitali. Il che si tradurrebbe, per un verso, in una concreta dissuasione dalla costituzione di società di capitali, rendendo di fatto superflua e inattuabile la previsione normativa; per altro verso, in una possibile concentrazione della titolarità delle farmacie in capo alle poche società di capitali in grado di soddisfare i rigorosi requisiti di legge in tema di partecipazione societaria.

Sotto il secondo profilo, non v’è nessuna sostenibile ragione per ritenere che la partecipazione a società di capitali aventi ad oggetto la gestione di farmacie di soggetti impegnati in altra attività lavorativa possa ledere le finalità proprie del servizio farmaceutico,



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

soprattutto laddove la direzione tecnica, la gestione e la relativa responsabilità sia affidata ad un farmacista (anche) non socio, in possesso dei requisiti di idoneità previsti dalla legge.

Alla luce di quanto appena rilevato, si ritiene inoltre che ostino all'applicazione di una siffatta disciplina delle incompatibilità gli artt. 16 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (libertà di impresa) e 49 (libertà di stabilimento) TFUE.

Non si ignora che la Corte di giustizia dell'Unione europea, chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione della libertà di stabilimento con precipuo riguardo alle discipline nazionali in materia di farmacie, abbia precisato che una normativa nazionale che subordini a precisi criteri il rilascio delle autorizzazioni all'istituzione di nuove farmacie è, in linea di principio, idonea a realizzare l'obiettivo di garantire alla popolazione un approvvigionamento di medicinali sicuro e di qualità⁴²: la salute e la vita delle persone occupano una posizione preminente tra i beni e gli interessi protetti dal Trattato e 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.

Tuttavia, è stato parimenti stabilito dai giudici del Kirchberg che un regime di autorizzazione amministrativa preventiva non può legittimare un comportamento discrezionale da parte delle autorità nazionali, tale da privare le disposizioni di diritto dell'Unione, in particolare quelle relative ad una libertà fondamentale come la libertà di stabilimento, del loro effetto utile. Inoltre, affinché un regime di autorizzazione amministrativa preventiva sia giustificato anche quando deroghi ad una tale libertà fondamentale, esso deve essere fondato su criteri oggettivi, non discriminatori e previamente conoscibili, che garantiscano la sua idoneità a circoscrivere sufficientemente l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali⁴³.

Tali ultime condizioni non sembrano realizzarsi nel caso che ci occupa.

Invero, la modulazione interpretativa delle regole di incompatibilità non risponde certamente ad esigenze di oggettività, necessarie per le ragioni anzidette soprattutto con

⁴² Si veda, 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.

⁴³ Corte di giustizia, sent. 10 marzo 2009, *Hartlauer*, C-169/07.



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

riguardo alle cause di incompatibilità. Ciò si riverbera, al contempo, sulla esatta conoscibilità di tale cause, stante la valutazione di compatibilità rimessa in sede applicativa ad operazioni ermeneutiche del tutto discrezionali e non idonee a circoscrivere sufficientemente l'esercizio del potere delle autorità nazionali.

Il divieto per chiunque svolga attività lavorativa nel settore pubblico o privato di essere socio di capitale in società di farmacie risulta, altresì, manifestamente discriminatorio sotto almeno due profili. Per un verso, lo svolgimento di attività lavorativa risulterebbe ostativo all'investimento meramente capitalistico in società di farmacie; investimento, invece, consentito a soggetti ipoteticamente privi di un lavoro. Per altro verso, ne discenderebbe una irragionevole discriminazione nei confronti di società di capitali, costituite secondo le regole del diritto di uno degli Stati membri e che volessero gestire una farmacia ma la cui compagine sociale annoveri soci capitalisti, che svolgano qualsivoglia altra attività lavorativa. Il che si tradurrebbe, in altri termini, nell'esclusione dal mercato della vendita al dettaglio delle farmacie di società di capitali di medie-grandi dimensioni, in cui è più facile che il capitale sia "raccolto" anche tra il pubblico degli investitori. Pubblico che difficilmente sarebbe costituito soltanto da disoccupati, inoccupati, casalinghe etc.

Le restrizioni contenute nella normativa italiana, inoltre, non sarebbero giustificate – come già diffusamente argomentato sopra – dall'esigenza di salvaguardare la tutela della salute della popolazione, in quanto lo strumento individuato (esclusione di chi svolga qualsiasi attività lavorativa dalla compagine sociale di una società di capitali costituita per la gestione di farmacie) sarebbe manifestamente inidoneo e sproporzionato al raggiungimento dello scopo.

L'opzione del legislatore italiano per un modello di regolazione così pervasivo si pone, peraltro, in contrasto con l'art. 47 Cost. a norma del quale «*La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito. [La Repubblica] favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese*».



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

Orbene, aderendo all'interpretazione avanzata da attenta dottrina⁴⁴, il risparmio è un principio/valore del nostro ordinamento e la tutela del risparmiatore/investitore rappresenta l'attuazione da parte dello Stato-ordinamento della finalità individuata dall'art. 47 Cost. Ciò impone al legislatore di salvaguardare qualsiasi forma di investimento a prescindere dalla forma giuridica che questo assume.

Non v'è dubbio che dal punto di vista soggettivo, il richiamo dell'art. 47 Cost. all'origine popolare del risparmio implica che la Costituzione voglia tutelare in primo luogo la figura dell'investitore medio, piuttosto che quella dell'investitore professionale.

Sotto questo profilo, vietare al soggetto che svolge qualsiasi attività lavorativa di acquisire quote o azioni in società di capitali di farmacie si traduce, per un verso, nella irragionevole limitazione della libera scelta di investire porzioni del proprio reddito nel capitale di società potenzialmente remunerative; per altro verso, nella discriminazione dell'investitore lavoratore rispetto a chi pur non svolgendo alcuna attività lavorativa si trova ad avere, invece, capitali personali da investire.

Alla luce di quanto brevemente esposto è da auspicare, dunque, un mutamento di rotta da parte del legislatore, attraverso l'adozione di una riforma realmente organica della disciplina in materia di dispensazione al dettaglio dei farmaci; riforma senza la quale ogni intervento concorrenziale in tale ambito sarebbe comunque destinato al fallimento, attesa la divergenza strutturale tra i modelli organizzativi dell'impresa-farmacia di nuovo conio e la specifica disciplina in materia farmaceutica contenuta, innanzitutto, nel T.U. delle leggi sanitarie del 1934.

Si tratta, come è evidente, di normative ispirate a principi radicalmente differenti: il modello della legge Giolitti, successivamente trasposto nel testo unico sulle leggi sanitarie, si collocava in un contesto politico, economico e sociale profondamente diverso da quello attuale. Un assetto ordinamentale ben lontano dalla *Weltanschauung* accolta dalla Costituzione repubblicana, che fa dell'*homme situè* – ovvero, parafrasando le parole di Aldo

⁴⁴ ZATTI, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?* In *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010, II, 1469 ss..



Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna

Moro in Assemblea costituente, dell'uomo che non è soltanto singolo, ma anche società – il vero punto archimedeo dell'ordinamento giuridico.

Di questa distonia è indice, come si è osservato, anche la legge n. 124 del 2017, che in tema di incompatibilità dei soci di società di capitali titolari di farmacie ha dato luogo ad un infelice innesto di pregevoli finalità concorrenziali sullo sterile tronco di una normativa ormai tralatzia e di dubbia compatibilità costituzionale.