

La terza sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria le questioni relative all'esatta interpretazione dell'art. 7, comma 2, l. n. 362 del 1991, nel caso di farmacia detenuta da società, ove quest'ultima sia partecipata da altra società attiva in ambito sanitario e avente i caratteri previsti dalla normativa di riferimento; in particolare, come debbano intendersi, in relazione a tale fattispecie, o quali adattamenti interpretativi possano trovare, gli elementi normativi concernenti la "gestione" della farmacia e l'"esercizio della professione medica".

Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza 27 dicembre 2021, n. 8634 – Pres. Nocelli, Est. Pescatore

Farmacie – Assegnazione di sedi farmaceutiche – Titolarità associata – Gestione della farmacia – Esercizio della professione medica – Deferimento all'Adunanza plenaria

Deve essere rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione sulla corretta interpretazione dell'art. 7, comma 2, della l. n. 362 del 1991, nel caso di farmacia detenuta da società, ove quest'ultima sia partecipata da altra società attiva in ambito sanitario; in particolare, come debbano intendersi in relazione a tale fattispecie, o quali adattamenti interpretativi possano trovare, gli elementi normativi concernenti la "gestione" della farmacia e l'"esercizio della professione medica" (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna la terza sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria la questione di cui in massima diretta ad accertare i requisiti per la gestione in forma societaria di una farmacia.

II. – Il Collegio, dopo aver descritto i fatti processuali e respinto alcuni dei motivi di ricorso, ha osservato quanto segue:

- a) l'art. 7 della l. n. 362 del 1991, rubricato "titolarità e gestione della farmacia" stabilisce che "1. Sono titolari dell'esercizio della farmacia privata le persone fisiche, in conformità alle disposizioni vigenti, le società di persone, le società di capitali e le società cooperative a responsabilità limitata. 2. 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";
- b) il successivo art. 8, comma 1, dispone che "La partecipazione alle società di cui all'articolo 7 [...] 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”;

- c) il citato art. 7, comma 2, individua una causa di incompatibilità, motivata dal conflitto di interessi che si determina nel contemporaneo esercizio dell'attività di prescrizione e di dispensazione dei medicinali, e punta a salvaguardare l'interesse pubblico al corretto svolgimento del servizio farmaceutico e, in ultima analisi, l'interesse primario alla tutela della salute pubblica:
 - c1) la posizione conflittuale è di facile constatazione nel caso in cui sia una persona fisica a svolgere le due funzioni di farmacista e medico, mentre appare di meno agevole riscontro nel caso in cui la titolarità della farmacia faccia capo a una società e quest'ultima a sua volta sia detenuta da altra società, come nel caso di specie;
 - c2) sono due i presupposti al ricorrere dei quali il regime delle incompatibilità può estendersi anche al campo delle farmacie detenute da società partecipate, ossia che la società controllante possa dirsi: *i)* implicata nella gestione della farmacia; *ii)* esercente la professione medica;
 - c3) l'adattamento dei citati parametri al sistema delle partecipazioni societarie pone una questione interpretativa di massima rilevanza, acuita dal fatto che, a seguito della l. n. 124 del 2017, il sistema normativo ha modernizzato il settore farmaceutico aprendolo all'ipotesi della titolarità della farmacia privata in capo a soggetti societari, ma non ha aggiornato gli elementi sintomatici del conflitto di interessi;
 - c4) le disposizioni in commento sembrano avere mantenuto una impostazione “tipizzante” incentrata su previsioni determinate e tassative che, tuttavia, potrebbero intercettare solo una parte del fenomeno da regolamentare con il rischio di lasciarne scoperta altra parte. Ne discende la difficoltà di ridurre la questione alla schematica alternativa tra interpretazione estensiva e restrittiva;
- d) con riferimento a entrambe le problematiche interpretative si pone un possibile problema di adattamento interpretativo delle fonti, volto a renderle calzanti alle peculiarità del caso, nel più corretto equilibrio tra le ragioni dell'applicazione effettiva delle regole di incompatibilità, ispirate a primarie esigenze di tutela della salute pubblica (32 cost.); e le ragioni della libertà di intrapresa economica (art. 41 cost.), di stabilimento e di libera circolazione di persone e capitali, anche queste di evidente rilievo costituzionale ed eurocomunitario;
- e) con riferimento al tema della gestione della farmacia:
 - e1) la Corte costituzionale (5 febbraio 2020, n. 11, in *Foro it.*, 2020, I, 761, sulla quale si veda *infra* § j), con riferimento a un'ipotesi in cui si controverteva

della possibilità per una professoressa universitaria di essere socia di una società di capitali titolare di farmacia, ha dichiarato non fondata la questione, fornendo, con sentenza interpretativa di rigetto, una lettura dell'art. 8, comma 1, lett. c), l. n. 362 del 1991, il quale dispone l'incompatibilità con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato;

- e2) l'impostazione seguita dalla Corte è nel senso che la causa di incompatibilità in questione non è riferibile ai soci, di società di capitali titolari di farmacie, che si limitino ad acquisirne quote, senza essere ad alcun titolo coinvolti nella gestione della farmacia, ma può applicarsi solo al socio che risulti fattivamente coinvolto nella gestione della farmacia. Il punto determinante ai fini della incompatibilità è il collegamento o meno con la effettiva gestione della farmacia;
- e3) il fattivo coinvolgimento nella gestione del presidio farmaceutico costituisce criterio orientativo nel discriminare il conflitto di interessi e ciò anche nell'ipotesi di società di capitali titolari di farmacie;
- e4) resta da verificare se la gestione della farmacia possa ravvisarsi in un caso, come quello in esame, in cui la società titolare di farmacia è detenuta in modo totalitario da altra società di capitali;
- e5) si consideri che: la sussistenza di una posizione di controllo rilevante ai sensi dell'art. 2359 c.c. innesca una presunzione di direzione e coordinamento; il direttore responsabile è figura distinta da quella del titolare della farmacia al quale può affiancarsi indipendentemente dal fatto che il primo sia una persona fisica o una società, con la conseguenza che in entrambi i casi è possibile ipotizzare una conduzione e controllo da parte di una società controllante;
- e6) resta da acclarare se la presunzione di direzione e coordinamento sulla società titolare di farmacia, imputabile alla società controllante ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 2359 e 2947 *sexies* c.c., possa reputarsi sufficiente a fare di quest'ultima un soggetto effettivamente o fattivamente *"coinvolto nella gestione della farmacia"*, muovendo dalla considerazione per la quale i soci, anche se portatori di partecipazioni di controllo sull'assemblea, non possono impartire direttive agli amministratori, alla cui competenza esclusiva l'art. 2380 *bis* c.c. affida l'amministrazione della compagine;
- e7) a bilanciare tale argomento si pone la *"capacità di indirizzo e coordinamento che si presume esistente in capo alla società controllante e che potrebbe tradursi in attività dal contenuto atipico e informale, non meglio definite dal legislatore ma*

ravvisabili in tutte quelle iniziative di fatto sinteticamente volte ad influenzare le scelte gestionali della società controllata”;

- e8) nella lettura giurisprudenziale, la fattispecie della direzione e coordinamento viene intesa come un’attività di fatto, giuridicamente rilevante, in cui soggetto attivo è l’ente dirigente e destinatari sono gli amministratori della società eterodiretta, esplicantesi come influenza dominante sulle scelte e determinazioni gestorie di questi ultimi, che ne sono i naturali referenti e destinatari. Tale fattispecie si distingue da quella dell’amministrazione di fatto in quanto l’ente che dirige e coordina, diversamente dall’amministratore di fatto, non agisce compiendo atti di gestione della società eterodiretta rilevanti verso terzi, ovvero spendendone il nome all’esterno con l’effetto di imputare ad essa i suoi atti, ma influenza o determina le scelte operate dagli amministratori della stessa società, che si tradurranno in atti gestori rilevanti verso i terzi;
- e9) in sintesi *“si può quindi dire che la direzione ed il coordinamento consistono in quegli indirizzi di orientamento diretti a rendere l’attività della società controllata complementare o integrativa, secondo i casi, rispetto a quella della controllante, in attuazione della finalità propria del gruppo societario. Questa azione di indirizzo può assurgere a rilevanza giuridica nella forma della “responsabilità da direzione e coordinamento”, ma a questi fini si esige la prova dell’esistenza “cumulativa” non solo della titolarità, in capo ad una società o ad un ente, di una posizione di direzione e coordinamento nei confronti di altre società, ma anche degli ulteriori presupposti di cui all’art. 2497, comma 1, c.c.”;*
- e10) nel valutare quali casi e a quali condizioni la società controllante possa dirsi coinvolta, per il tramite della società controllata, nella gestione della farmacia, sono possibili tre soluzioni;
- e11) una prima soluzione potrebbe essere nel senso di procedere alla valutazione del singolo caso, al fine di accertare quale è la specifica configurazione delle cointeressenze esistenti tra le due società ovvero se alla presunzione di direzione e coordinamento si sia accompagnata, in concreto, un’attività di effettivo condizionamento dell’operato della società controllata. Tale metodologia, oltre a disattendere l’esigenza di regole certe, chiare e prevedibili, particolarmente avvertita in un settore normativo percorso da interessi estremamente rilevanti e delicati, non varrebbe a escludere che il condizionamento, solo perché non esercitato fino ad una certa epoca, possa realizzarsi in un momento successivo. Da qui il carattere precario e instabile di una simile ricognizione dei fattori di rischio;

- e12) la seconda e la terza soluzione conducono ad assegnare un rilievo aprioristicamente decisivo: alla presunzione di direzione e coordinamento in quanto tale, assumibile quale fattore di rischio per la corretta gestione della società titolare di farmacia; in senso opposto, all'intangibile autonomia decisionale dell'organo amministrativo, quale elemento in sé capace di garantire la società controllata da improprie interferenze del socio in posizione di controllo;
- e13) le difficoltà nelle quali incorrono le letture tendenti ad ampliare il raggio della incompatibilità è innanzitutto di tipo ermeneutico in quanto la gestione dell'attività si distingue, dal punto di vista semantico e concettuale, dalle espressioni, meno performanti, che evocano l'esistenza di posizioni di cointeressenza, di influenza di fatto e di controllo indiretto. L'intento di infrangere lo schermo societario e l'autonomia amministrativa degli organi sociali, dunque la distinta soggettività giuridica dell'ente, per inferire, in via indiziaria, un condizionamento mediato della società controllante sulla compagine partecipata produce un effetto di indeterminatezza prescrittiva poco aderente al dettato della legge e alla logica tassativa e tipizzante delle clausole restrittive della libertà negoziale. *“Un'interpretazione estensiva, dunque, aprirebbe l'assetto regolatorio ad interpretazioni soggettive a base “indiziaria”, disfunzionali ad esigenze di chiarezza e prevedibilità del quadro normativo, ed entrerebbe in tensione con le spinte pro-concorrenziali alla libera circolazione dei mezzi e dei capitali”*;
- e14) l'opzione interpretativa incentrata sull'autonomia gestionale dell'organo amministrativo presenta il limite di ridimensionare grandemente l'impatto del regime delle incompatibilità nell'area degli esercizi farmaceutici a conduzione societaria, poiché, ad eludere il sospetto del collegamento di gestione tra società controllante e controllata, basterebbe il diaframma formale della alterità – o non piena coincidenza soggettiva – dei rispettivi organi amministratori;
- f) con riferimento al dubbio interpretativo relativo alla nozione di esercizio della professione medica:
- f1) il giudice di primo grado ritiene innegabile che la società svolga attività medica erogando servizi di diagnosi e cura, pervenendo a tale conclusione sia dalla tipologia di attività della casa di cura, sia dalla presenza al suo interno, nel ruolo di socio e componente del c.d.a. di due medici;
- f2) tale conclusione si presta ad alcuni rilievi critici, in quanto: l'attività medica può essere esercitata in forma individuale, associata o attraverso società di professionisti, la casa di cura non è società di professionisti medici ma

organizza e gestisce case di cura, avvalendosi dell'attività di medici, i quali, tuttavia, operano nella loro autonomia professionale e non imputano ad altri le loro scelte e responsabilità; i medici presenti nella compagine societaria vi figurano con ruoli avulsi dalla loro attività medica; l'oggetto sociale della società si definisce alla stregua del suo statuto e non per effetto dell'attività di origine dei suoi soci o amministratori, i quali assumono compiti limitati ai loro compiti sociali; il tentativo di enfatizzare l'abilitazione professionale del singolo componente del c.d.a. risulta quindi frutto di una forzatura interpretativa; inoltre la normativa dettata dalla l. n. 362 del 1991 estende il regime della incompatibilità solo ai soci della società titolare della farmacia ma non anche ai soci o amministratori della prima; è motivo di dubbio anche l'assimilazione dell'attività medica a qualunque altra generica attività in ambito medico o sanitario;

- f3) le opposte ragioni che portano a una lettura ampliativa del regime delle incompatibilità rimandano alla *ratio* della normativa e al suo inquadramento sistematico: rileva l'esigenza di garantire in pieno l'indipendenza e l'autonomia dell'attività di dispensazione dei farmaci, il che impone di porre il ruolo del medico al riparo da ingerenze indebite che potrebbero giungergli da parte di soggetti influenti collocati in posizioni a lui contigue; le normative di contrasto ai conflitti di interessi sperimentate in altri settori ordinamentali tendono a disegnare una linea di prevenzione avanzata dal rischio ovvero mirano a disinnescare in modo anticipato il pericolo di attività indebite e abusive; la normativa dettata dalla l. n. 361 del 1991, impostata su un modello personalistico ormai superato, va aggiornata alla nuova realtà delle società detentrici di farmacia e che, dunque, il concetto di incompatibilità deve essere esteso, in un'ottica sistematica, alla più ampia congerie delle attività insistenti in ambito sanitario; se la *ratio* della disciplina delle incompatibilità risiede nella necessità di garantire al massimo l'indipendenza e l'autonomia dell'attività di dispensazione dei farmaci, soprattutto rispetto all'attività di prescrizione degli stessi, a maggior ragione essa deve riguardare anche il soggetto che determina le scelte gestionali della farmacia (e della società titolare) e ne lucra i risultati;
- f4) l'esercizio dell'attività di assistenza farmaceutica rappresenta un cardine della materia del diritto alla salute, garantito e assicurato, nel nostro ordinamento, dallo Stato e dalle Regioni, che si avvalgono delle proprie strutture sanitarie locali;

f5) *“La coesistenza, nella materia in esame, di interessi di matrice pubblicistica e di natura commerciale, spiega perché gli esercizi farmaceutici siano retti da un ordinamento peculiare, nel quale coesistono tratti di libera impresa e tratti di servizio pubblico regolamentato; e perché nelle farmacie, pubbliche e private, sia rinvenibile una “doppia vocazione” dell’attività svolta, identificabile nell’esplicazione della iniziativa economica individuale (art. 41 Cost.) e nell’espletamento di un pubblico servizio. La qualificazione in termini di “servizio pubblico” assicura la fruibilità e l’accessibilità ad esso da parte di tutti i cittadini, mediante l’insediamento uniforme dei presidi farmaceutici su tutto il territorio; d’altro canto, il profilo economico-imprenditoriale spinge all’adozione di misure di stampo liberista, pur sempre nel rispetto delle garanzie sottese al carattere universale del servizio alla cittadinanza... È dunque evidente il riverbero che la questione posta assume sul piano della delicata composizione tra le esigenze del libero mercato e quelle della tutela della salute, poste tra loro in una relazione dialettica potenzialmente proficua a condizione, tuttavia, che i benefici del regime concorrenziale vadano a vantaggio di una maggiore efficienza del servizio”.*

III. – Per completezza, si osserva quanto segue:

g) sulla compatibilità tra il *trust* e la titolarità di farmacia si veda T.a.r. Lombardia, sez. Brescia, 25 giugno 2014, n. 890 (in *Foro it.*, 2015, III, 244) – sentenza appellata ma per la quale non è stato ancora emesso alcun provvedimento – secondo cui: *“È illegittimo il provvedimento con cui viene negato il riconoscimento del trasferimento della titolarità della farmacia a favore del trust costituito a beneficio degli eredi del titolare, con affidamento della gestione a un trustee a ciò abilitato, fino al subentro dei suddetti eredi”*; *“La disciplina di cui all’art. 12, 11° comma, l. 2 aprile 1968 n. 475 (il quale esclude la possibilità di trasferire la gestione senza contestuale cessione dell’azienda) è compatibile con l’uso dell’istituto del trust, che rappresenta un patrimonio separato, rispetto a cui il trustee figura come proprietario, essendo egli preposto alla gestione del patrimonio stesso, di cui ha una titolarità temporanea e strumentale alla durata del trust, oltre che limitata dalla necessità di esercitarla al fine di perseguire lo specifico obiettivo previsto all’atto della relativa costituzione; appare, infatti, del tutto indifferente che la corretta gestione della farmacia sia perseguita perché la proprietà della stessa è a tempo indeterminato del gestore (il quale, del tutto in linea con lo scopo del trust, non può che aspirare a garantire, attraverso la gestione della farmacia, la possibilità di far fronte alle proprie esigenze personali e patrimoniali, in vista di un successivo passaggio generazionale o di un’alienazione) ovvero perché essa deve essere, ad una certa scadenza, restituita integra (nel suo complesso, ma non nel singolo bene) al soggetto titolare di tale aspettativa: in entrambi i casi, infatti, l’obiettivo perseguito dal gestore non può che essere la migliore*

*gestione della farmacia, nel rispetto della deontologia professionale e della normativa in materia". La pronuncia ritiene che il trust può essere uno strumento utilizzabile dagli eredi di un farmacista, impossibilitati a subentrare nell'attività del *de cuius* al tempo dell'apertura della successione, per non disperdere il patrimonio aziendale fino al momento in cui prevedibilmente almeno taluno dei successori avrà titolo a gestire in proprio la farmacia. Nel caso di specie, i figli del farmacista deceduto, ancora troppo giovani per ottenere l'abilitazione professionale, istituivano un *trust* nel quale conferivano la farmacia: il ruolo di *trustee* veniva affidato a una società tra farmacisti, mentre come beneficiari erano individuati quelli tra i disponenti che avrebbero conseguito il titolo di farmacista quando tutti costoro avessero compiuto trentacinque anni (scattando in questo momento l'obbligo di ritrasferire la titolarità della farmacia). Il collegio giudicante, attraverso un'analisi dell'istituto del *trust* e della fattispecie concreta, ha ritenuto che l'operazione così pianificata non presentasse profili di criticità alla luce della legislazione in materia farmaceutica, tali da giustificare l'opposizione dell'autorità amministrativa al trasferimento della farmacia al *trustee*. In particolare, si esclude che venga aggirata la regola secondo cui il trasferimento della farmacia non può essere realizzato senza contestuale cessione dell'azienda (al riguardo, sotto altro profilo, si è ritenuto che non si pongono in contrasto con le norme che vietano la scissione della titolarità dell'impresa e della sua gestione dalla responsabilità del servizio farmaceutico sia il contratto di associazione in partecipazione tra il titolare del servizio, in qualità di associante, e un terzo, sia, più in generale, i patti che conferiscono a terzi solo diritti di cointeressenza economica, lasciando all'associante la titolarità, l'amministrazione e la gestione della farmacia);*

- h) *sul cumulo di sedi e sulla relativa incompatibilità si veda Cons. Stato, Ad. plen., 17 gennaio 2020, n. 1 (in *Foro it.*, 2020, I, 761; oggetto della *News US*, n. 11 del 2020), secondo cui "L'art. 11, comma 5, del d.l. n. 1 del 2012, convertito in l. n. 27 del 2012, ha inteso riaffermare la regola dell'alternatività nella scelta tra l'una e l'altra sede da parte dei farmacisti persone fisiche che partecipano al concorso straordinario, in coerenza con la regola generale dell'art. 112, comma primo e terzo, del r.d. n. 1265 del 1934, sicché il farmacista assegnatario di due sedi deve necessariamente optare per l'una o per l'altra sede. La regola dell'alternatività o non cumulabilità delle sedi, in capo al farmacista persona fisica, vale per tutti i farmacisti candidati, che concorrano sia singolarmente che "per" la gestione associata, prevista dall'art. 11, comma 7, del d.l. n. 1 del 2012, la quale non costituisce un ente giuridico diverso dai singoli farmacisti, ma è espressione di un accordo partecipativo, comportante il cumulo dei titoli a fini concorsuali e inteso ad assicurare la gestione associata della farmacia in forma paritetica, solo una volta ottenuta la sede, nelle forme consentite dall'art. 7, comma 1, della l. n. 362 del 1991". In*

particolare, alla citata News US si rinvia, oltre che per l'esame delle argomentazioni sviluppate dal collegio: al § i), sulla permanenza del divieto di cumulo, anche all'indomani della entrata in vigore del d.l. n. 1 del 2012; al § j), sull'applicazione dell'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012 con specifico riferimento al parere reso da Cons. Stato, comm. spec., parere 3 gennaio 2018, n. 69 (in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Farmacia*, n. 11; *Rass. dir. farmaceutico*, 2018, 337; *Foro amm.*, 2018, 26); al § k), in tema di assegnazione di sedi farmaceutiche ai sensi del d.l. n. 1 del 2012, e in particolare sulle possibili disfunzioni del sistema informatico sotteso alla presentazione delle relative istanze; al § l), sul piano delle farmacie quale atto a monte dell'indizione del concorso straordinario; al § m), sulla professione di farmacista come attività finalizzata, al tempo stesso, all'erogazione ai cittadini di un servizio di fondamentale rilevanza e sul bilanciamento tra profilo economico-imprenditoriale ed elemento professionale-sanitario; al § n), sulla incompatibilità tra la gestione societaria delle farmacie e qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco; al § o), in materia di società miste per la gestione di farmacie pubbliche e rapporti fra disciplina delle farmacie e regole antitrust; al § p), sulle finalità della disciplina pubblicistica delle farmacie e finalità della pianificazione; al § q), sull'ambito materiale della disciplina ai fini del riparto di competenze Stato-regioni; al § r), sull'obbligo di concorso per l'attribuzione delle sedi farmaceutiche; al § s), per riferimenti dottrinali;

- i) sul diritto di prelazione della farmacia ceduta si veda Corte di giustizia UE, sez. IV, 19 dicembre 2019, C-465/18 (in *Foro it.*, 2020, IV, 65; oggetto della *News US*, n. 12 del 27 gennaio 2020), secondo cui *"L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta ad una misura nazionale che concede un diritto di prelazione incondizionato in favore dei farmacisti dipendenti di una farmacia comunale in caso di cessione di quest'ultima mediante gara"*. Alla citata News US si rinvia, oltre che per l'esame delle argomentazioni sviluppate dalla Corte: al § l), sulla prelazione legale in favore dei farmacisti dipendenti di cui all'art. 12, comma 2, l. n. 362 del 1992; al § g), sulla prelazione comunale di cui all'art. 9, comma 1, l. n. 475 del 1968;
- j) Corte cost., 5 febbraio 2020, n. 11, cit., secondo cui: *"È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, 1° comma, lett. c), l. 8 novembre 1991 n. 362, nella parte in cui prevede che la partecipazione alle società di capitali, di cui all'art. 7, 1° comma, stessa legge, che acquisiscano farmacie, senza che il socio rivesta compiti di gestione o di direzione, sia incompatibile con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico o privato, in riferimento agli art. 2, 3, 4, 11, 35, 41, 47 e 117, 1° comma, Cost."*. La Corte, con una sentenza interpretativa di rigetto, ritiene che una corretta interpretazione consente di pervenire pianamente alla conclusione che la causa di incompatibilità

di cui alla lett. c) del 1° comma dell'art. 8 l. 362/91 non è riferibile ai soci di società di capitali titolari di farmacie, che si limitino ad acquisirne quote senza essere ad alcun titolo coinvolti nella gestione della farmacia. Secondo la Corte:

- j1) l'art. 8 l. n. 362 del 1991, nel testo non modificato in parte qua dalla l. n. 124 del 2017, riferisce l'incompatibilità al soggetto che gestisca la farmacia (o che, in sede di sua assegnazione, ne risulti associato, o comunque coinvolto, nella gestione). *“Ciò risulta già dalla stessa rubrica della norma, che espressamente collega «gestione» e «incompatibilità»; è confermato, inoltre, dal sistema delle sanzioni ivi disegnato (sub 3° comma) per il caso in cui il soggetto incorra nella causa di incompatibilità: sanzioni interdittive, per loro natura applicabili solo al socio che risulti fattivamente coinvolto nella gestione della farmacia; e trova, infine, ulteriore riscontro nella disciplina delle ipotesi (sub 9° e 10° comma dell'art. 7, richiamate dall'art. 8) di subentro di terzi, mortis causa, in quota del capitale sociale o di vendita della farmacia, nelle quali l'obbligo di cessione (entro sei mesi) della quota così acquisita dall'erede del socio o dall'acquirente della società, è previsto per il solo caso in cui l'avente causa incorra nelle incompatibilità — di cui al secondo periodo del 2° comma dell'art. 7 — correlate a «qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonché [al]l'esercizio della professione medica», mentre nessun rilievo ostativo alla permanenza nella società riveste l'eventuale titolarità di un rapporto di lavoro, pubblico o privato, da parte dell'erede del socio defunto o dell'acquirente della farmacia, che non partecipi alla gestione della stessa”;*
- j2) *“A sua volta l'art. 7 l. n. 362 del 1991 — come novellato dall'art. 1, comma 157, l. n. 124 del 2017, che ha incluso «le società di capitali» tra i soggetti che possono assumere la titolarità dell'esercizio di farmacie private — riferisce senz'altro anche ai partecipanti a dette società le incompatibilità, già sopra richiamate, di cui al secondo periodo del suo 2° comma; e prevede, bensì, che anche a detti soggetti «si applicano [...] le disposizioni dell'art. 8», tra le quali la previsione appunto (sub 1° comma, lett. c), per cui la partecipazione alle società di gestione di farmacie è incompatibile «con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico o privato». Ma — ed è ciò che il rimettente trascura di considerare — quest'ultimo requisito negativo è espressamente subordinato ad una condizione di «compatibilità»: è riferibile, cioè, al partecipante a società esercente farmacie private, solo se e in quanto risulti «compatibile» con il ruolo da questi rivestito nella società stessa. Dal che la conclusione che, se la specifica incompatibilità di cui si discute è legata ad un ruolo gestorio della farmacia, la stessa non è evidentemente riferibile al soggetto che un tale ruolo non rivesta nella compagine sociale”;*

- j3) *“Sul piano sistematico soccorre a ulteriormente confortare tale esegesi la considerazione che l’incompatibilità con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato, se era coerente con il precedente modello organizzativo — che, allo scopo di assicurare che la farmacia fosse comunque gestita e diretta da un farmacista, ne consentiva l’esercizio esclusivamente a società di persone composte da soci farmacisti abilitati, a garanzia dell’assoluta prevalenza dell’elemento professionale su quello imprenditoriale e commerciale —, coerente (quella incompatibilità) non lo è più nel contesto del nuovo quadro normativo di riferimento che emerge dalla citata l. n. 124 del 2017, che segna il definitivo passaggio da una impostazione professionale-tecnica della titolarità e gestione delle farmacie ad una impostazione economico-commerciale. Innovazione, quest’ultima, che si riflette appunto nel riconoscimento della possibilità che la titolarità nell’esercizio delle farmacie private sia acquisita, oltre che da persone fisiche, società di persone e società cooperative a responsabilità limitata, anche da società di capitali; e alla quale si raccorda la previsione che la partecipazione alla compagine sociale non sia più ora limitata ai soli farmacisti iscritti all’albo e in possesso dei requisiti di idoneità. Ration per cui non è neppure più ora indispensabile una siffatta idoneità per la partecipazione al capitale della società, ma è piuttosto richiesta la qualità di farmacista per la sola direzione della farmacia: direzione che può, peraltro, essere rimessa anche ad un soggetto che non sia socio. Essendo, dunque, consentita, nell’attuale nuovo assetto normativo, la titolarità di farmacie (private) in capo anche a società di capitali, di cui possono far parte anche soci non farmacisti, né in alcun modo coinvolti nella gestione della farmacia o della società, è conseguente che a tali soggetti, unicamente titolari di quote del capitale sociale (e non altrimenti vincolati alla gestione diretta da normative speciali), non sia pertanto più riferibile l’incompatibilità «con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico privato», di cui alla lett. c) del 1° comma dell’art. 8 l. n. 362 del 1991”;*
- k) sulla incompatibilità tra la gestione societaria delle farmacie e qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco, si veda Corte cost., 24 luglio 2003, n. 275 (in *Foro it.*, 2003, I, 3221), la quale ha dichiarato la incostituzionalità dell’art. 8, comma 1, lett. a), della legge 8 novembre 1991, n. 362, nella parte in cui, mentre vieta a chi ha la gestione di una farmacia privata qualsiasi attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco, non prevede analogo divieto per le farmacie comunali, alla cui gestione possono partecipare anche società operanti nel settore della produzione e commercializzazione del farmaco;

- l) con riferimento all'attività di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497-bis c.c. si veda Cass. civ., sez. I, 7 ottobre 2019, n. 24943 (in *Rep. Foro it.*, 2019, *Società*, n. 638), secondo cui *"In tema di responsabilità da attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c., ai fini della configurazione di un gruppo è certamente necessaria la presenza di più società, ma le formalità attinenti alla loro costituzione, come pure l'iscrizione e le altre forme di pubblicità previste dall'art. 2497 bis c.c., non hanno efficacia costitutiva del gruppo, per l'esistenza del quale non è neppure necessario che le società unitariamente controllate operino simultaneamente; ciò che prevale è, invece, il principio di effettività, in virtù del quale assume rilievo la situazione di fatto esistente al momento dell'inizio, dello svolgimento e della cessazione dell'attività del gruppo (nella specie, la suprema corte ha ritenuto irrilevante la circostanza che una delle società controllate, quella asseritamente danneggiata dall'attività di direzione e coordinamento, fosse fallita pochi mesi prima della costituzione di altra società controllata, avvantaggiata dalla prospettata scorretta gestione, posta in essere dalla holding familiare di fatto, composta dai soci delle società controllate)";*
- m) nel senso che la fattispecie di direzione e coordinamento vada intesa come un'attività di fatto, giuridicamente rilevante, esplicantesi come influenza dominante sulle scelte e determinazioni gestorie degli amministratori, che ne sono i naturali referenti e destinatari si veda Trib. Roma, sez. spec. in materia di imprese, 18 febbraio 2021 (in *Foro it.*, 2021, I, 2564). Sulla distinzione dall'amministratore di fatto si vedano: Cass. civ., sez. I, 23 giugno 2015, n. 12979 (in *Giur. it.*, 2015, 2131, con nota di RIGANTI), secondo cui *"È amministratore di fatto chi svolge direttamente le funzioni di amministrazione al pari di chi sia formalmente investito della carica mentre la direzione e coordinamento consiste in una condizione di diritto nella quale una società controllante, nel rispetto dell'autonomia delle società eterodirette, impartisce direttive che gli amministratori della controllata applicheranno autonomamente";* Trib. Milano, sez. spec. in materia di imprese, 29 marzo 2014 (in *Foro it.*, 2015, I, 1836);
- n) sulla professione di farmacista come attività imprenditoriale finalizzata, al tempo stesso, all'erogazione ai cittadini di un servizio di fondamentale rilevanza e sul bilanciamento tra profilo economico-imprenditoriale ed elemento professionale-sanitario si vedano:
- n1) Corte cost., 18 luglio 2014, n. 216 (in *Foro it.*, 2015, I, 1171, in *Giur. costit.*, 2014, 3440, con nota di CASSETTI), secondo cui: *"la «complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci è 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"; "proprio allo scopo di*

garantire, attraverso la distribuzione dei farmaci, un diritto fondamentale come quello alla salute, il legislatore ha organizzato il servizio farmaceutico secondo un sistema di pianificazione sul territorio, per evitare che vi sia una concentrazione eccessiva di esercizi in certe zone, più popolate e perciò più redditizie, e nel contempo una copertura insufficiente in altre con un minore numero di abitanti”; “la pianificazione territoriale, però, non è l’unico strumento col quale si è ritenuto di garantire, in relazione all’approvvigionamento dei medicinali, l’uguale tutela della salute dei cittadini in tutte le parti del Paese. Il regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265 (Approvazione del testo unico delle leggi sanitarie), aveva già stabilito, infatti, che sul farmacista gravassero una serie di obblighi”; “si tratta, come si è ricordato, di una «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. In ragione di ciò, 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”;

- n2) Corte cost., 10 marzo 2006, n. 87 (in *Foro it.*, 2006, I, 1669), secondo cui “È incostituzionale l’art. 46 l. 16 gennaio 2003 n. 3, nella parte in cui disciplina il fenomeno della gestione provvisoria delle farmacie e prevede una sanatoria delle stesse con assegnazione al gestore provvisorio della relativa titolarità, individuando il beneficio (assegnazione in titolarità della sede farmaceutica), i requisiti per accedere allo stesso, i criteri per risolvere i potenziali conflitti con altri soggetti interessati e le regole per il relativo procedimento di riconoscimento”.