

COMMERCIO: Farmacia - Gestione - Società partecipata da società di capitale di professionisti sanitari - Incompatibilità - Rimessione alla Adunanza plenaria.

Cons. Stato, Sez. III, 27 dicembre 2021, n. 8634

“[...] 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.

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 [...].

E’ dunque evidente il riverbero che la questione posta assume sul piano delle delicata composizione tra le esigenze del libero mercato e quelle della tutela della salute, poste tra loro in un relazione dialettica potenzialmente proficua a condizione, tuttavia, che i benefici del regime concorrenziale vadano a vantaggio di una maggiore efficienza del servizio.

Tanto considerato, stanti i profili di attuale e possibile contrasto giurisprudenziale sopra evidenziati ed avuto riguardo alla rilevanza che i punti controversi di diritto rivestono nel settore farmaceutico, il Collegio ritiene necessario deferire il presente ricorso all’esame dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell’art. 99, comma1, c.p.a. [...].

I quesiti che si sottopongono all’attenzione dell’Adunanza Plenaria sono volti a chiarire quale interpretazione debba trovare l’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 e avente i caratteri sopra segnalati; ed, 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” [...].

FATTO

1. Le impugnative di primo grado esitate nella pronuncia del Tar Marche qui appellata si sono indirizzate avverso gli atti con i quali l'ASUR Marche, Area vasta n. 5, ha autorizzato il trasferimento della Farmacia Comunale n. 1 del Comune di Ascoli Piceno alla società "Farmacia San Marco s.r.l.", individuata quale soggetto acquirente a seguito di pubblico incanto indetto, in data 12 ottobre 2018, ai sensi degli artt. 73, lettera a), e 74 del R.D. n. 827 del 1924.

2. Ad agire in giudizio era stata, in un primo momento, la Federazione Regionale dei farmacisti privati della Regione Marche (di seguito anche Federfarma Marche), mossasi a tutela dell'interesse "istituzionalizzato" al rispetto delle procedure e delle norme che regolano il trasferimento delle farmacie.

L'impugnativa (n. 251/2019) si era appuntata sull'asserita incompatibilità della società acquirente ai sensi dell'art. 7, comma 2, della legge n. 362 del 1991, poiché partecipata come unico socio da altra società di capitali (la Casa di Cura Privata Villa San Marco s.r.l.), a sua volta dedita, per oggetto sociale, alla gestione di case di cura e di assistenza.

3. Il Tar Marche, con sentenza n. 105 del 2021, ha dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di legittimazione della parte ricorrente, sostenendo che l'azione era intesa ad intercettare una problematica di rilievo nazionale, riferibile all'intera categoria dei farmacisti titolari di farmacie private, quindi deducibile dalla sola Federfarma Nazionale, in coerenza con i suoi scopi statutari e requisiti di rappresentatività.

4. La stessa impugnativa è stata quindi replicata mediante due autonomi ricorsi straordinari al capo dello Stato intentati il primo, in via collettiva, dalla Federfarma Italia, dalla Federazione Ordine Farmacisti Italiani e dalla Farmacia Tamburrini; ed il secondo, in forma individuale, dalla Federazione Ordine Farmacisti Italiani.

A seguito della opposizione formalizzata, ai sensi dell'art. 10, co. 1, D.P.R. n. 1199/1971, dal Comune di Ascoli Piceno, dall'Asur e dalla società San Marco, le due impugnative sono state trasposte in sede giurisdizionale (assumendo rispettivamente i numeri di ruolo n. 452 e 447/2019) ed, infine, riunite ed accolte con sentenza n. 106 del 2021.

5. La decisione ha ravvisato la sussistenza della dedotta incompatibilità e ha imputato la responsabilità della carenza, sul punto, di istruttoria procedimentale, sia al Comune cedente la farmacia, quale soggetto responsabile dell'asta pubblica; sia all'Asur, quale ente preposto al trasferimento di titolarità e all'autorizzazione all'apertura della farmacia, all'esito della sua definitiva aggiudicazione.

Il conseguente annullamento degli atti gravati è maturato a valle di un'articolata delibazione della portata del principio di incompatibilità fissato dall'art. 7 della legge n. 362 del 1991, che le parti

ricorrenti avevano dedotto essere stato violato sia nella parte in cui intende impedire l'accesso indiretto alla farmacia da parte di altri operatori nel settore sanitario, in grado di condizionare l'indipendenza professionale del farmacista e, quindi, il libero esercizio della sua attività nell'interesse esclusivo del pubblico; sia nella parte in cui sancisce la necessità del rispetto del principio dell'esclusività dell'oggetto sociale, tale per cui le società titolari dell'esercizio delle farmacie devono avere come oggetto esclusivo la gestione di una farmacia.

6. Lo svolgimento logico della decisione ha tratto spunto decisivo dal fatto che la Casa di Cura Privata Villa San Marco, oltre ad essere socio unico della San Marco s.r.l., annovera un socio medico (dott. De Bernardinis) ed un componente del C.d.A. anch'egli medico (dott. Di Simone). Le due società, inoltre, condividono la stessa sede legale e un comune amministratore (il dott. Romani), investito del duplice ruolo di presidente del C.d.A. della Casa di Cura e di Amministratore unico della San Marco s.r.l..

Tanto dimostrerebbe, secondo il Tar, l'impropria commistione in capo al medesimo soggetto giuridico (la Casa di cura) di attività gestionali in potenziale conflitto di interessi, in quanto afferenti ad ambiti professionali (l'attività farmaceutica e quella medico/sanitaria) tra di loro non compatibili. Detta commistione rilevarebbe sul piano giuridico in quanto, nel caso in cui una società intenda acquisire la proprietà di una farmacia, l'insussistenza di situazioni di incompatibilità deve essere verificata, oltre che nei confronti della società stessa, anche nei confronti del socio persona giuridica che su quest'ultima esercita il controllo.

7. Il presente grado di appello è stato promosso dalla società San Marco, soccombente in primo grado.

8. Si sono costituiti l'Asur, la Federfarma, la Federazione Ordini Farmacisti Italiani, l'Ordine Interprovinciale Farmacisti Ascoli Piceno e Fermo, esprimendosi tutti a favore della conferma della sentenza gravata. Il Comune di Ascoli Piceno – nell'ottica di una applicazione pragmatica del regime delle incompatibilità, orientata sulle specificità del caso concreto – ha invocato il correttivo della facoltà, per il soggetto interessato, di rimuovere, entro un certo lasso temporale, la situazione originante il potenziale conflitto di interessi.

9. A seguito dell'accoglimento dell'istanza cautelare (ord. n. 3771/2021), la causa è stata discussa e posta in decisione all'udienza pubblica del 16 dicembre 2021.

10. All'esito della camera di consiglio, il Collegio ritiene di poter respingere il primo, il secondo e il quarto motivo di appello, involgenti questioni preliminari di carattere processuale. Al contempo, reputa necessario interpellare l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato su due questioni di

massima, afferenti a profili di diritto di particolare importanza, che hanno dato o potranno dare luogo a contrasti giurisprudenziali (art. 99, comma 1, Cod. proc. amm.).

DIRITTO

I motivi di carattere processuale.

1. - Il primo motivo di appello investe il tema della pretesa irrivalenza della fase di trasposizione dei ricorsi straordinari al capo dello Stato, sotto il profilo dell'omessa notifica dell'avviso di avvenuto deposito dei ricorsi (art. 48 c.p.a.).

1.1. - Il rilievo si è appuntato sul fatto che le ricorrenti, ricevuta la notifica dell'atto di opposizione ex art. 10 DPR n. 1199/1971, si sono limitate a notificare ai resistenti l'atto di costituzione innanzi al Tar, avente il medesimo contenuto del ricorso straordinario, e a depositarlo in cancelleria, senza provvedere a notificare anche l'avviso di avvenuto deposito (passaggio pure previsto dall'art. 48, comma 1, c.p.a. che così dispone: *“Qualora la parte nei cui confronti sia stato proposto ricorso straordinario ai sensi degli articoli 8 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, proponga opposizione, il giudizio segue dinanzi al tribunale amministrativo regionale se il ricorrente, entro il termine perentorio di sessanta giorni dal ricevimento dell'atto di opposizione, deposita nella relativa segreteria l'atto di costituzione in giudizio, dandone avviso mediante notificazione alle altre parti”*).

1.2 - Il Tar ha ritenuto gli adempimenti attuati sufficienti alla traslazione del giudizio in sede giurisdizionale, sposando un orientamento più sostanzialista che reputa indifferente la sequenza dei passaggi formali di notifica e deposito, purché rispettosi del termine dei 60 giorni, e ciò in quanto *“la ratio dell'art. 48 c.p.a., [...] è appunto quella di rendere edotta la controparte della reale volontà del ricorrente di proseguire l'impugnazione in sede giurisdizionale”*.

1.3. - La San Marco censura la sentenza di primo grado sia per *“l'omessa motivazione, non risultando in nessuna parte della sentenza la ragione per cui il Tar abbia ritenuto «(...) chiare la vocatio in ius, la trasposizione del ricorso straordinario e la volontà di instaurazione del giudizio..”*; sia perché la soluzione accolta *“..si discosta dall'altro orientamento, conforme al dato letterale della norma e che si ispira al principio della certezza del diritto, secondo il quale è necessaria, così come previsto esplicitamente dalla normativa, la notifica dell'avviso di avvenuto deposito ex art. 48 c.p.a, a nulla rilevando che la parte abbia notificato un atto di costituzione nel quale risulta trascritto il ricorso straordinario”*.

1.4 - Il motivo va respinto, risultando corretta la linea argomentativa tracciata in sentenza sulla scorta dei precedenti conformi.

1.5. - Nell'esaminare una fattispecie speculare a quella qui il rilievo, è stata proprio questa sezione a chiarire - con indirizzo alternativo ad altro più rigorista - che ai fini della corretta trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale possono ritenersi utili tanto la sola notifica del semplice avviso del deposito del ricorso innanzi al Tar, in quanto comunque sufficiente a rendere la controparte edotta della volontà del ricorrente di insistere nell'impugnazione (di contenuto già noto alle controparti) e, quindi, a soddisfare la *ratio* sostanziale delle prescrizioni formali imposte dall'art. 48; quanto la notifica dell'intero ricorso e della *vocatio* in giudizio, pur non seguita da quella dell'avviso dell'avvenuto deposito, anche in tal caso potendosi dire rispettata l'essenziale finalità conoscitiva dei richiesti adempimenti (v. Cons. Stato, sez. III, nn. 2830/2016 e 859/2014; nello stesso senso, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, n. 6124/2018).

1.6. - Il richiamo ai precedenti è esaustivo, poiché dagli stessi si trae conferma dell'idoneità della *vocatio in ius* effettuata mediante notifica dell'atto di costituzione, quale inequivoca manifestazione della volontà di prosecuzione del giudizio in sede giurisdizionale. Dunque, il parallelismo istituito con la menzionata casistica non necessitava di alcuna ulteriore esplicitazione sul tema della "*idoneità*" della forma processuale esperita.

1.7. - Poiché tutte le formalità di legge si sono compiute ben prima dello spirare del termine dei 60 giorni stabilito dall'art. 48 c.p.a. (e coincidente con il 10 novembre 2019) - essendo il ricorso in riassunzione stato notificato in data 17 ottobre 2019 e depositato in data 18 ottobre 2019 - non può che concludersi per la piena ritualità della trasposizione sia sotto il profilo temporale che della regolare instaurazione del contraddittorio.

1.8. - Diventa a questo punto superfluo il richiamo alla valenza sanante della costituzione delle parti intime, quale circostanza che pure sarebbe valsa ad anestetizzare ex art. 156, comma 3, c.p.c., il vizio di notifica (dell'avviso di deposito), ove effettivamente rilevante.

2. - Con il secondo mezzo di impugnazione la San Marco censura (con riguardo al ricorso n. 452/2019) la mancata estensione dell'impugnazione al bando di gara, quale atto "*presupposto*" e "*direttamente lesivo degli interessi delle ricorrenti*", quindi meritevole di essere impugnato *illico et immediate* in vista della contestazione dei provvedimenti ad esso conseguenti.

La stessa censura viene replicata (con riguardo al ricorso n. 447/2019) sotto il profilo della mancata impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria di cui alla determinazione n. 3596 del 7.12.2018. Sarebbe questo, infatti, l'atto conclusivo, almeno dal punto di vista sostanziale, della procedura di affidamento; ed il suo carattere dispositivo e direttamente lesivo non verrebbe meno in ragione della sua qualificazione quale atto "provvisorio", trattandosi di una provvisorietà determinata dal

condizionamento degli effetti dell'aggiudicazione al decorso del termine per l'esercizio del diritto di prelazione e per la ricezione dei certificati antimafia.

2.1. - Anche questo duplice rilievo non persuade.

2.2. - Sotto il primo profilo merita osservare che è sì vero che il bando indicava esattamente le dichiarazioni che dovevano essere rese dai partecipanti quanto al rispetto degli artt. 7 e 8 della l. n. 362 del 1991; ma è altresì chiaro che l'interpretazione che di tali disposizioni ha reso l'amministrazione - nel quadro di una variegata alternative di possibili letture (come si vedrà infra) - si è palesata solo con l'aggiudicazione definitiva, primo atto inequivocabilmente lesivo degli interessi delle ricorrenti. Il tutto in linea con la previsione dell'art. 12 del bando di gara secondo la quale *“l'aggiudicazione definitiva a favore dell'aggiudicatario provvisorio [...] avverrà [...] previa verifica d'ufficio della veridicità di quanto dichiarato nelle dichiarazioni sostitutive e del possesso dei requisiti previsti”*.

Va quindi confermata la soluzione in tal senso accolta dal Tar.

2.3. - Sotto il secondo profilo, il primo giudice ha escluso l'esistenza di *“un onere di immediata impugnazione nei termini decadenziali dei verbali di gara e dell'aggiudicazione provvisoria - che costituiscono meri atti endoprocedimentali inidonei a produrre la definitiva lesione dell'interesse - ben potendo l'interessato impugnare la sola aggiudicazione definitiva, in quanto è con quest'ultima che l'Amministrazione esprime la propria volontà provvedimentale”*.

La soluzione si avvalora alla luce dell'orientamento conforme della giurisprudenza in materia di gare pubbliche, applicabile *mutatis mutandis* anche al caso di specie, secondo il quale il provvedimento di aggiudicazione provvisoria è un atto endoprocedimentale, privo di valore decisorio, che necessita di conferma attraverso l'aggiudicazione definitiva, unico provvedimento impugnabile. A tanto occorre unicamente aggiungere che la tipologia dei controlli o degli adempimenti che condizionano la conferma dell'aggiudicazione provvisoria non vale ad alterarne la sostanza di atto endoprocedimentale.

3. - In coerenza con esigenze di tassonomia processuale, è opportuno anticipare la trattazione del quarto motivo di appello, afferente all'omesso esame da parte del Tar dell'eccezione di inammissibilità e/o irricevibilità delle impugnative di primo grado, poi riunite.

3.1. - Le stesse vengono tacciate di *“esercizio abusivo dello strumento processuale”*, per essere state intraprese, da soggetti collegati a Federfarma Marche, al solo fine di byappare le eccezioni sollevate nei confronti di quest'ultima nel primo giudizio poi definito, con declaratoria di inammissibilità del ricorso, dalla sentenza n. 105/2021.

3.2. - Il motivo è infondato.

3.3. - Va premesso che l'unica tematica che viene posta in questione - e sulla quale è quindi necessario soffermarsi - è quella concernente lo sviluppo consecutivo e succedaneo dei ricorsi straordinari, in funzione suppletiva rispetto alle carenze della prima impugnazione di Federfarma Marche.

Non viene eccepita, invece, la carenza di autonoma legittimazione dei singoli attori processuali (oggetto del capo decisorio di cui al par. 6 della sentenza, oramai intangibile perché passato in giudicato).

Che Federfarma (nazionale) sia dotata di una personalità giuridica indipendente da quella di Federfarma Marche, e che l'Associazione provinciale abbia a sua volta una sua distinta soggettività, autonoma da quella delle altre due organizzazioni, è un punto sul quale la parte appellante non solleva rilievo alcuno. Stessa legittimazione ed interesse ad agire vanno riconosciuti alla Farmacia Tamburrini, quale presidio prossimo a quello da poco attivato (dal quale si distanzia per soli 2,1 Km) e, quindi, ad esso interrelato per vincolo di concorrenza che ne differenzia e qualifica la posizione e legittimazione processuale.

3.4. - E, tuttavia, è proprio questa autonoma legittimazione a rilevare quale elemento dirimente il nodo dell'esercizio asseritamente abusivo dei mezzi processuali: una volta che l'ordinamento abilita un soggetto giuridico ad esperire l'azione processuale, non vi è margine per sindacare l'esercizio di quella facoltà in ragione delle distinte iniziative assunte da ulteriori e autonomi soggetti giuridici e per il solo fatto che gli atti impugnati siano i medesimi. I precedenti giurisprudenziali menzionati in senso contrario dalla parte appellante si rivelano non pertinenti, in quanto riferiti ad iniziative plurime avviate dal medesimo soggetto giuridico.

3.5. - Non si può, quindi, che convenire con quanto statuito sul punto dal Tar Marche, il quale ha ben argomentato sulla *“legittimazione ad agire in capo a Federfarma Nazionale, la cui posizione è autonoma e scindibile rispetto a quella delle altre parti ricorrenti”* e sul fatto che *“la stessa società San Marco s.r.l., nel formulare l'eccezione di difetto di legittimazione attiva in capo a Federfarma Marche nel coevo giudizio RG n. 251 del 2019, (aveva) in quel caso affermato che detta legittimazione dovesse spettare tutt'al più a Federfarma Nazionale ovvero a Federfarma Ascoli Piceno, quest'ultima territorialmente più prossima”*.

Le questioni di merito: il quadro normativo.

4. - Il terzo motivo di appello investe il merito della controversia, il quale si iscrive in un quadro regolativo di cui è utile fornire un essenziale riepilogo.

-- L'art. 7 della l. n. 362 del 1991, come modificato dall'art. 1, comma 157, lett. b), della l. n. 124 del 2017, rubricato «*Titolarietà 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».

-- Il successivo art. 8, comma 1, come modificato dall'art. 1, comma 160, lett. a), della l. n. 124 del 2017, rubricato «*Gestione societaria: incompatibilità*», 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».

-- Infine, l'art. 102 del r.d. n. 1265 del 1934 (Testo Unico delle Leggi Sanitarie - TULLSS), dispone che:

«Il conseguimento di più lauree o diplomi dà diritto all'esercizio cumulativo delle corrispondenti professioni o arti sanitarie, eccettuato l'esercizio della farmacia che non può essere cumulato con quello di altre professioni o arti sanitarie».

4.1. - La pronuncia di primo grado non si è soffermata sui presupposti applicativi dell'art. 7 comma 2 nella parte in cui prevede che “*Le società di cui al comma 1 hanno come oggetto esclusivo la gestione di una farmacia*”), probabilmente a cagione del fatto che la norma è riferita alla sola società titolare della farmacia ed, in questo caso, è pacifico e documentale che la San Marco ha come oggetto esclusivo la gestione di una farmacia (doc. 4).

4.2 - La sentenza appellata ha invece fatto applicazione della successiva previsione contenuta al comma 2 dell'art. 7 (“*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*”), ovvero ha messo a frutto il principio per cui l'esercente l'attività di farmacista non può anche svolgere la professione medica.

Detta incompatibilità - motivata dalla confliggenza di interessi che si determina nel contemporaneo esercizio dell'attività di “prescrizione” e di “dispensazione” dei medicinali - punta a salvaguardare l'interesse pubblico al corretto svolgimento del servizio farmaceutico e, in ultima analisi, l'interesse primario alla tutela della salute pubblica (v. Corte Cost. n. 275/2003).

4.3. - La posizione conflittuale è di facile constatazione nel caso in cui sia una persona fisica a svolgere le due funzioni di farmacista e medico; appare, invece, di meno agevole riscontro nel caso in cui la titolarità della farmacia faccia capo ad una società e quest'ultima sia a sua volta detenuta da altra società. È il caso di specie, in cui la farmacia è detenuta dalla San Marco s.r.l., partecipata quale socio unico dalla Casa di cura s.r.l..

Per quanto si dirà meglio nel prosieguo, sono due i presupposti al ricorrere dei quali il regime delle incompatibilità può estendersi anche al campo delle farmacie detenute da società partecipate. Occorre cioè che la società controllante possa dirsi (con gli adattamenti del caso): *a*) implicata nella “*gestione*” della farmacia ed *b*) esercente la “*professione medica*”.

Su questi due nodi problematici si è sviluppato il contraddittorio tra le parti in lite di cui si darà conto tra breve e sul quale si innestano i quesiti di orientamento posti all'Adunanza Plenaria.

4.4. - E' tuttavia sin d'ora opportuno anticipare che l'adattamento dei menzionati parametri al sistema delle partecipazioni societarie pone una questione interpretativa di massima rilevanza, acuita nella sua problematicità dal fatto che, a seguito della l. n. 124 del 2017, il sistema normativo ha sì 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, in particolar modo chiarendo cosa debba intendersi, nel caso di società partecipate, per “*gestione della farmacia*” e per “*esercizio della professione medica*”. Al contempo, le disposizioni in commento sembrano avere mantenuto una impostazione “tipizzante”, incentrata su previsioni determinate e tassative che, tuttavia, ove così intese e applicate, finirebbero per intercettare solo una parte del fenomeno da regolamentare, con il rischio di lasciarne scoperta altra parte. Da qui ulteriori difficoltà esegetiche che rendono asfittica, se ragguagliata alle peculiarità del caso, la schematica alternativa tra tendenze interpretative di tipo restrittivo o estensivo.

5. - Detto del quadro regolativo di riferimento e dei nodi interpretativi ad esso sottesi, è necessario dare conto delle impostazioni di parte prospettate in atti.

5.1. - L'appellante San Marco osserva come tutte le norme recanti ipotesi di incompatibilità ed implicanti, quindi, conseguenti limitazioni all'esercizio di diritti soggettivi, siano insuscettibili di interpretazione analogica o estensiva; e, sulla base di questa premessa, assume che anche la normativa delle incompatibilità di cui all'art. 8 non possa che applicarsi ai casi espressamente regolamentati, ovvero al solo socio (Casa di Cura) della società titolare della farmacia (San Marco), sempre che questi (alla luce dell'intervenuta sentenza della Corte Cost. n. 11/2020) gestisca effettivamente la farmacia. Dalla ricognizione delle posizioni incompatibili esulerebbero, quindi, quelle dei soci e dei componenti del CdA della società controllante (Casa di Cura).

Indizi a favore di una lettura restrittiva della normativa si ricaverebbero dagli artt. 7, comma 2 e 8, comma 1, sia nella parte in cui menzionano l' "*esercizio della professione medica*", quale attività riferibile ai soli soggetti persone fisiche; sia nella parte in cui affermano che le incompatibilità dell'art. 8, comma 1 si applicano alle società titolari della farmacia solo "*in quanto compatibili*" (art. 7, comma 2, terzo periodo).

5.2. - Questi i conseguenti rilievi svolti dalla parte appellante con riferimento al caso di specie:

- i)* la società San Marco ha come oggetto esclusivo la gestione di una farmacia (doc. 4);
- ii)* la stessa è partecipata (esclusivamente) dalla Casa di Cura che non esercita né attività di produzione e informazione scientifica del farmaco, né, tantomeno, la professione medica (doc. 5). Trattasi, invero, di società commerciale (e non di società di professionisti), che gestisce "*mezzi economici*" e organizza "*fattori produttivi*"; ma gestire fattori produttivi, quand'anche afferenti all'ambito sanitario, non vuol dire esercitare la professione medica (quindi effettuare diagnosi o emettere cure e ricette);
- iii)* l'esercizio dell'attività medica non potrebbe ricavarsi neppure dal fatto che tra i componenti del suo CdA vi è un medico (dott. Di Simone), avendo questi cessato la sua attività il 31.12.2016 (doc. 6), ben prima che San Marco acquistasse la farmacia. Quanto al dr. De Berardinis, unico socio medico di Casa di Cura, egli non è in grado di determinare alcuna situazione di conflitto di interesse, posto che si è cancellato dall'albo il 7.11.2019 (doc. 10) e non esercita più la professione dal 18.12.2012 (doc. 7), oltre a risultare beneficiario di pensione di invalidità (doc. 9) e di amministrazione di sostegno dal 18.1.2018 (doc. 8);
- iv)* la Casa di Cura è poi "*socio di capitale*" della San Marco e, pertanto, ad essa non è applicabile il regime di incompatibilità, poiché riferibile esclusivamente ai "*soci gestori*". La farmacia è gestita unicamente dalla San Marco che ne è il titolare ed ha un farmacista che ne è il direttore responsabile, come previsto dall'art. 7, comma 3, l. 362/91;
- v)* anche il fatto che le due società abbiano la medesima sede sociale e che l'Amministratore unico dell'una sia anche Presidente del CdA dell'altra (il dott. Romani), non integra quegli indizi gravi, precisi e concordanti che potrebbero condurre a ritenere l'esistenza di una gestione della farmacia da parte della socia. Semmai, ai fini di un possibile conflitto di interessi, potrebbe assumere rilevanza l'unicità di sede con la farmacia, coincidenza, tuttavia, assente nel caso di specie;
- vi)* dalla sua qualità di socio unico della San Marco non può desumersi neppure un potere di direzione e coordinamento sulla società controllata, anche perché detto potere dovrebbe risultare dalle iscrizioni nel registro delle imprese, mentre le visure delle società di cui trattasi nulla annoverano in tal senso (docc. 4 e 5).

5.3. - In via logicamente subordinata, la parte appellante ripropone la questione di legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 l. n. 362/1991 - in controluce agli artt. 3, 35 e 41, Cost - nella parte in cui non prevedono un termine congruo entro il quale i soci della società (socio della società di farmacia) possono rimuovere la causa di incompatibilità nel corso ovvero all'esito della procedura di evidenza pubblica. Il difetto di uno *spatium deliberandi* mortificherebbe il diritto al lavoro e all'impresa e segnerebbe una discriminazione irrazionale rispetto ad altre incompatibilità - ad esempio quella in materia di elezioni comunali - sostanzialmente simili alla prima ma, diversamente da questa, assistite da strumenti correttivi qui del tutto mancanti.

5.4. - A queste considerazioni le parti appellate, oltre a reiterare gli elementi posti a base della pronuncia gravata, replicano che:

-- la Casa di Cura ha come oggetto sociale esclusivamente la gestione di case di cura e di assistenza per ammalati: come tale essa, operando indiscutibilmente nel campo sanitario e precisamente in ambito medico, incorre nella incompatibilità di legge;

-- la 'cessazione' dall'attività del dott. Di Simone datata 31.12.2016 (doc. 6) attiene ad una chiusura di partita IVA, ma nulla ha a che vedere con l'iscrizione all'Albo (ed i medici iscritti all'Albo sono pur sempre potenziali prescrittori di farmaci); mentre la cancellazione dall'albo del dott. De Bernardinis Giuseppe risale al 7 novembre 2019 (doc. 10), sicché non rileva in quanto successiva ai fatti di cui si discute;

-- l'estensione del regime di incompatibilità previsto dagli artt. 7 e 8 legge n. 362 del 1991 anche al socio persona giuridica che controlla la società titolare della farmacia trova supporto nel parere di questo Consiglio di Stato n. 69/2018; nelle pronunce del medesimo Consiglio n. 474/2017 (affermativa del principio per cui persino un medico non iscritto nell'albo professionale - e dunque non esercente la professione medica - non può essere socio di una società titolare di farmacia) e della Corte Cost. n. 275/2003;

-- è vero poi che la Corte costituzionale, con pronuncia n. 11/2020, ha interpretato la causa di incompatibilità prevista dall'art. 8, comma 1, lett. c), cit., ossia quella dell'incompatibilità tra titolarità della farmacia ed altri rapporti di lavoro pubblico o privato, affermando che essa non opera nei confronti di quei soci persona fisica "*che si limitino ad acquisirne quote, senza essere ad alcun titolo coinvolti nella gestione della farmacia*". Tuttavia, l'affermazione ha riguardato una disposizione diversa da quella qui rilevante (art. 7 comma 2) e, comunque, non si attaglia al caso, qui in esame, di controllo societario con risvolti gestionali;

-- non avrebbe alcun fondamento, dunque, il tentativo dell'appellante di considerare la Casa di cura quale mero "*socio di capitale*", poiché essa, lungi dall'aver acquistato semplici quote di una società

di gestione di farmacie, è socio unico della Società San Marco, titolare della farmacia, sicché non può che esercitare un potere decisorio totale sulla conduzione e sugli indirizzi del presidio farmaceutico. Altrimenti detto, la San Marco è una mera appendice totalmente dipendente dalla Casa di cura, la quale svolge attività sanitaria o, comunque, - il che è lo stesso ai fini che qui interessano - organizza l'attività di prescrizione dei farmaci da parte dei propri medici;

-- d'altra parte, la Casa di Cura, come si evince dal suo sito internet, “è *accreditata presso il Servizio Sanitario Nazionale per l'erogazione, sia in regime di ricovero che ambulatoriale, di servizi e prestazioni di diagnosi e cura*”; dispone dell'Unità funzionale di Medicina (con tre medici in organico) e dell'Unità funzionale di Chirurgia, a sua volta suddivisa in numerose Sezioni, nelle quali svolgono la loro attività numerosi medici; offre numerosi Servizi diagnostici e ambulatoriali, tutti con la presenza di medici. In sostanza, “*tra i fattori produttivi organizzati*” dalla Casa di cura vi sono “*anche i numerosi medici prescrittori*” di cui la stessa si avvale, il che ne determina l'operatività in un ambito, sanitario e medico, non compatibile con quello della “*gestione della farmacia*”;

-- infine, ove si seguisse l'interpretazione contraria a quella fatta propria dal Tar, sarebbe sin troppo facile aggirare i limiti di legge, poiché i soggetti incompatibili potrebbero agevolmente costituire una società al solo scopo di farla divenire socia di una società titolare di farmacia, in tal modo vanificando del tutto la disciplina posta a contrasto dei conflitti di interesse.

Il primo dubbio interpretativo: la “gestione della farmacia”.

6. - Le premesse consentono di approfondire le due questioni di diritto controverse, concernenti: a) il tema della “*gestione della farmacia*” e b) “*l'esercizio della professione medica*”.

Rispetto ad esse, 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 (v. CGUE, quarta sezione, 19 dicembre 2019, C-465/18).

6.1. - Sul primo dei due profili rilevanti (il potere di gestione della farmacia) è di recente intervenuta la pronuncia n. 11/2020 della Corte costituzionale.

Oggetto del giudizio costituzionale era l'art. 8, comma 1, lett. c), della l. n. 362 del 1991, il quale dispone l'incompatibilità “*con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato*”. Nel giudizio a

quo si controverteva della possibilità per una professoressa universitaria di essere socia di una società di capitali titolare di farmacia. La Corte ha dichiarato non fondata la questione fornendo, con sentenza interpretativa di rigetto, una lettura diversa da quella resa dal giudice remittente.

L'impostazione licenziata come conforme a costituzione è quella per cui *“la causa di incompatibilità di cui alla lettera c) del comma 1 dell'art. 8 della legge n. 362 del 1991 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”* (par. 4), ma può applicarsi *“solo al socio che risulti fattivamente coinvolto nella gestione della farmacia”* (par. 4.1). A giudizio della Corte il punto decisivo per determinare l'incompatibilità è, pertanto, proprio il collegamento o meno con la effettiva *“gestione”* della farmacia.

In aggiunta ad argomenti di esegesi testuale, la Corte ha osservato, su un piano sistematico, come *“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 legge 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. Ragion 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 lettera c) del comma 1 dell'art. 8 della legge n. 362 del 1991”.

6.2. - La pronuncia in commento contiene un'enunciazione di assoluto rilievo, secondo la quale il “*fattivo coinvolgimento*” della gestione del presidio farmaceutico costituisce criterio orientativo nel discriminare il conflitto di interessi, e ciò anche nell'ipotesi dei soci di società di capitali titolari di farmacie.

Resta da intendere in cosa si sostanzia la “*gestione della farmacia*” e se questa possa ravvisarsi in un caso, come quello di specie, in cui la società titolare di farmacia è detenuta in modo totalitario da altra società di capitali.

6.3. - Ai fini della delibazione del tema, paiono sprovviste di consistenza le due principali obiezioni mosse dalla parte appellante.

- *i*) Con la prima si sostiene che la relazione di direzione e coordinamento non potrebbe ricavarsi dal solo fatto che la Casa di Cura è socio unico della San Marco, e ciò in quanto detto potere dovrebbe risultare dalle iscrizioni nel registro delle imprese, mentre le visure delle società di cui trattasi nulla annoverano in tal senso (docc. 4 e 5).

In senso contrario rileva osservare che la relazione in questione si presume come effetto della posizione di controllo (art. 2947 sexies c.c.: “*si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'articolo 2359*”).

Nel caso di specie sussiste certamente una posizione di controllo rilevante ai sensi dell'art. 2359 c.c., la quale innesca una presunzione di direzione e coordinamento non contraddetta da alcun elemento deduttivo o probatorio di segno contrario.

Quanto alla sua mancata rappresentazione nel registro delle imprese, vale considerare il carattere recessivo che in materia assumono le formalità attinenti all'iscrizione e alle altre forme di pubblicità previste dall' art. 2497-bis c.c., in quanto prive di efficacia costitutiva del gruppo e, quindi soccombenti rispetto al principio di effettività e, dunque, alla situazione di fatto esistente al momento dell'inizio, dello svolgimento e della cessazione dell'attività del gruppo (Cass. Civ., sez. I, n. 24943/2019).

- *ii*) Resta da considerare il secondo anello della catena di comando, che correla la San Marco alla farmacia di cui essa è titolare. Qui sovviene il secondo argomento della parte appellante, secondo il quale la farmacia - essendo gestita da un farmacista che ne è il direttore responsabile, come previsto dall'art. 7, comma 3, l. 362/91 - giammai potrebbe dirsi sottoposta a conduzione della San Marco e, indirettamente, della sua controllante.

L'argomento appare inconferente. 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 (art. 7 comma 3 legge 361/1991: *“La direzione della farmacia gestita dalla società è affidata a un farmacista in possesso del requisito dell'idoneità previsto dall'articolo 12 della legge 2 aprile 1968, n. 475, e successive modificazioni, che ne è responsabile”*).

Ferme, poi, le responsabilità del direttore quanto all'organizzazione complessiva della farmacia, è innegabile il potere di direttiva del titolare, in capo al quale permane la facoltà di imprimere gli indirizzi di gestione imprenditoriale ed economica che ne fanno il vero regista della strategia aziendale. A lui, quale datore di lavoro, è chiamato a rispondere, in ultima analisi, il direttore responsabile.

D'altra parte, dando adito all'argomentazione della parte appellante, il regime delle incompatibilità avrebbe scarsissime possibilità di applicazione in tutti i casi di scissione tra proprietà e direzione, poiché basterebbe l'incarico di direzione in capo ad un terzo professionista abilitato ad elidere ogni relazione di continuità gestoria tra proprietà e farmacia.

Quella illustrata è la posizione accolta, peraltro, nel parere n. 69/2018 della Commissione speciale di questo Consiglio del 22 dicembre 2017, ove si legge (punto 13) che *“se la titolarità dell'esercizio della farmacia è in capo ad una società (alternativamente: di persone, di capitali o cooperativa a responsabilità limitata), la stessa deve avere ad oggetto esclusivo la gestione della farmacia e la direzione della farmacia deve essere affidata ad un farmacista, anche non socio, che ne è responsabile”*.

6.4. - Sgombrato il campo dalle più agevoli obiezioni, 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”*.

-- Di possibile intralcio a questa conclusione è il fatto che l'amministrazione della società mediana (in questo caso la San Marco) fa capo ad un soggetto (l'amministratore unico Romani) distinto e diverso dagli amministratori (i cinque componenti del Cda, del quale è parte il suddetto Romani) della società Casa di cura. Si tratta pertanto di stabilire quale rilievo conferire alla sfera di autonomia decisionale (in linea di principio intangibile) di cui gode l'organo amministrativo.

Ed, invero, in applicazione delle regole generali del codice civile in tema di amministrazione delle società per azioni (applicabili in via analogica anche alle s.rl.), 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.

-- A bilanciare l'argomento sin qui delibato si pone la già vista 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.

Nella lettura giurisprudenziale, la fattispecie della direzione e coordinamento viene appunto 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 (Tribunale Roma Sez. spec. in materia di imprese, 18 febbraio 2021).

Detta 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 (v. Trib. Milano 20 marzo 2014; Trib. Milano, Sez. Impr., 20 dicembre 2013 e, sulla distinzione tra attività di direzione e coordinamento e amministrazione di fatto, Cass. Civ. 23 giugno 2015, n. 12979).

In via di estrema 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 altra società, ma anche degli ulteriori presupposti di cui all'art. 2497, comma 1, c.c. (ovvero, della violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, dell'agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, del pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale e/o della lesione al patrimonio della società, nonché del nesso causale tra la condotta di eterogestione e il pregiudizio prospettato).

6.5. - Ciò posto, nel valutare in quali casi ed a quali condizioni la società controllante possa dirsi coinvolta, per il tramite della società controllata, nella "*gestione della farmacia*", la Sezione

intravede tre possibili soluzioni, tutte astrattamente plausibili ma diversamente apprezzabili sul piano della loro razionalità regolativa.

a) Non priva di difficoltà applicative è quella che imporrebbe la valutazione del singolo caso, al fine di accertare qual 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.

È chiaro che una metodologia di questo tipo - 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 ad escludere che il condizionamento, sol 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.

Le due residuali alternative sono quelle che conducono ad assegnare un rilievo aprioristicamente decisivo: b) alla presunzione di direzione e coordinamento, in quanto tale assumibile quale fattore di rischio per la corretta gestione della società titolare di farmacia; c) 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. In quest'ultima prospettiva rileverebbe, nel caso di specie, la distinta composizione degli organi gestionali delle due società qui all'attenzione (un consiglio di amministrazione composto da cinque componenti per la Casa di Cura; ed un amministratore unico per la San Marco).

La strada percorsa dalla sentenza di primo grado è assimilabile alla prima delle alternative da ultimo menzionate, in quanto tende a valorizzare gli indici sintomatici del potenziale conflitto di interessi (la posizione della Casa di cura quale socio totalitario della San Marco; la coincidenza di sedi delle sue società; la coincidenza del Presidente del Cda della Casa di Cura con l'Amministratore unico della San Marco) e a valutarli in modo cumulativo, secondo una logica di tipo "indiziario".

Il carattere potenziale del conflitto di interessi, ravvisabile anche in capo al cd. "socio di capitale", trova riscontro nel già menzionato parere del Consiglio di Stato n. 69/2018 (par. 41), nella circolare FOFI n. 10747 del 18 dicembre 2017 e nella pronuncia della Corte Cost. n. 275/2003.

Si tratta, tuttavia, di enunciazioni in parte precedenti alla riforma del 2017 e comunque contraddette dalla più recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 11/2020 che, come si è visto, ha circoscritto la posizione incompatibile a quella del solo socio "gestore".

Va tuttavia riconosciuto che il caso esaminato dalla Corte nel 2020, per la maggiore semplicità della fattispecie esaminata, si prestava ad una nettezza di affermazioni difficilmente traslabile, tal quale, nel contesto dell'attuale controversia; d'altra parte, la soluzione in quel caso proposta lascia irrisolto

il tema delle condizioni concrete al ricorrere delle quali può sostenersi che la società controllante “gestisce” la società controllata.

Gli altri precedenti citati dalle parti fanno riferimento a fattispecie non sovrapponibili a quella qui all’esame, in quanto: Cons. Stato, sez. III, n. 4747/2017 tratta il tema della compatibilità tra il ruolo di titolare di farmacia privata e quella di socio nella gestione di una farmacia comunale; Tar Umbria, sez. I, n. 78/2018, concerne il caso dell’affidamento della farmacia comunale a società concessionaria attiva nella gestione di strutture sanitarie e non costituita da farmacisti abilitati. Si tratta quindi di fattispecie incentrate sulla posizione della società direttamente investita della titolarità della farmacia e non su quella del relativo socio di controllo.

Ciò detto, la difficoltà nella quale 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”; e 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 (e sui suoi amministratori), 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 (pur suscettibili di bilanciamento, in questo settore, con l’interesse alla salute).

Quanto all’opzione (*lettera c*) centrata sull’autonoma gestionale dell’organo amministrativo, essa 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.

Il secondo dubbio interpretativo: “L’esercizio della professione medica”.

7. - Il giudice di primo grado ritiene “*innegabile che la società Casa di Cura Privata Villa San Marco svolga attività medica erogando servizi di diagnosi e cura .. trattandosi appunto di una*

società che pacificamente gestisce case di cura e impiega medici per lo svolgimento della propria attività”.

Questa conclusione viene ricavata sia dalla tipologia delle attività della Casa di cura, sia dalla presenza al suo interno (nel ruolo di socio e di componente del Cda) di due medici (“*A tanto aggiungasi che, sebbene sia vero che non vi sia un espresso divieto normativo a che i componenti del Consiglio di amministrazione di società titolare di farmacia possano esercitare la professione di medico, è tuttavia indubbio che la partecipazione di un medico in un organo a cui spetta la gestione della società, che a sua volta è socio unico della società titolare di farmacia, non esclude quella commistione fra gestione di una farmacia e gestione, diretta o indiretta, di attività medica, che può dar vita ad un potenziale conflitto di interessi*”).

7.1. - La deduzione operata dal primo giudice si presta ad una serie di possibili rilievi, che così si riassumono:

-- 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;

-- quanto ai medici presenti nella compagine societaria della Casa di Cura, essi vi figurano con ruoli (di socio o di componente del Cda) del tutto avulsi dalla loro attività medica, il che non consentirebbe di traslare sulla società il connotato della loro estrazione professionale;

-- l'oggetto sociale della società si definisce, infatti, alla stregua del suo statuto e non per effetto dell'attività d'origine dei suoi soci o amministratori, i quali assumono compiti limitati ai loro compiti sociali;

-- risulta quindi frutto di forzatura interpretativa (pur comprensibile in un'ottica di più ampia prevenzione del rischio di conflitto di interessi) il tentativo di enfatizzare l'abilitazione professionale del singolo componente del C.d.a. e di superare il dato concernente la composizione plurisoggettiva dell'organo e la specificità e intangibilità delle sue autonome funzioni, non interferenti con quelle del professionista chiamato a farne parte;

-- di possibile intralcio alla impostazione seguita dal Tar è anche il fatto che la normativa dettata dalla legge n. 362 del 1991 estende il regime della incompatibilità solo ai soci (in questo caso la Casa di Cura) della società titolare della farmacia (San Marco) ma non anche ai soci o amministratori della prima;

-- è motivo di dubbio anche l'assimilazione dell'attività medica (“*l'esercizio della professione medica*”) a qualunque altra generica attività in ambito medico o sanitario. In questo senso, è vero

che “*tra i fattori produttivi organizzati*” dalla Casa di cura vi sono “*anche i numerosi medici prescrittori*” di cui la stessa si avvale (memoria Federfarma del 15.11.2021, pag. 18); ma è altresì vero che la Casa di cura in quanto tale non ha alcun potere di prescrizione di cure e medicinali.

7.2. - Le opposte ragioni che portano ad una lettura ampliativa del regime delle incompatibilità rimandano alla *ratio* della normativa e al suo inquadramento sistematico.

Esse evidenziano che:

-- sotto il primo profilo, rileva l'esigenza di garantire appieno l'indipendenza e l'autonomia dell'attività di dispensazione dei farmaci. Ciò 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 del rischio, ovvero mirano a disinnescare in modo anticipato il pericolo di attività indebite e abusive;

-- potrebbe quindi sostenersi che la normativa dettata dalla legge n. 361/1992, impostata su un modello personalistico ormai superato, vada attualizzata alla nuova realtà delle società detentrici di farmacia e che, dunque, il concetto di incompatibilità debba essere esteso, in un'ottica sistematica, alla più ampia congerie delle varie attività comunque insistenti in ambito sanitario;

-- in questo senso, 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, come nel caso qui in discussione;

-- su questa linea interpretativa sembra essersi posizionato il già citato parere n. 69/2018 della Commissione speciale di questo Consiglio del 22 dicembre 2017. Nel commentare l'incompatibilità di cui all'articolo 7, comma 2, secondo periodo, la Commissione speciale, infatti, pur esaminando un profilo diverso da quello qui in esame, comunque predilige una interpretazione lata del concetto di “*esercizio della professione medica*” e, per l'effetto, “*ritiene preferibile, nonché più facilmente attuabile, la soluzione che amplia l'ambito di applicazione della detta incompatibilità a qualunque medico, sia che eserciti la professione sia che non eserciti e sia solo iscritto all'albo professionale*”.

7.3. - Per segnalare, infine, la portata sistematica e l'impatto riflesso delle questioni all'esame è utile ricordare che 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.

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.

Anche la Corte Costituzionale ha avuto modo di evidenziare come la professione di farmacista debba a pieno titolo essere considerata un’attività imprenditoriale finalizzata, al tempo stesso, all’erogazione ai cittadini di un servizio di fondamentale rilevanza (Corte. Cost. nn. 87/2006 e 216/2014). Tale impostazione è stata ripresa anche da importanti decisioni della Corte di Giustizia con le quali, una volta ribadito il carattere di funzionalità del servizio farmaceutico rispetto alla tutela del bene “salute”, si è affermata la natura economica della funzione del farmacista svolta dietro retribuzione e, per questo motivo, assoggettabile alle disposizioni europee in materia (v. CGUE, grande sezione, 19 marzo 2009, n. 171 e quarta Sezione, 19 dicembre 2019, C-465/18).

E’ dunque evidente il riverbero che la questione posta assume sul piano delle delicata composizione tra le esigenze del libero mercato e quelle della tutela della salute, poste tra loro in un relazione dialettica potenzialmente proficua a condizione, tuttavia, che i benefici del regime concorrenziale vadano a vantaggio di una maggiore efficienza del servizio.

8. Tanto considerato, stanti i profili di attuale e possibile contrasto giurisprudenziale sopra evidenziati ed avuto riguardo alla rilevanza che i punti controversi di diritto rivestono nel settore farmaceutico, il Collegio ritiene necessario deferire il presente ricorso all’esame dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell’art. 99, comma1, c.p.a.

9. I quesiti che si sottopongono all’attenzione dell’Adunanza Plenaria sono volti a chiarire quale interpretazione debba trovare l’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 e avente i caratteri sopra segnalati; ed, 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*”.

10. Allo stato, il presente giudizio può quindi essere definito solo in senso parziale, ai sensi dell'art. 36, comma 2, cod. proc. amm., con il rigetto dei motivi primo, secondo e quarto.

11. Ogni ulteriore statuizione sul terzo motivo di appello rimane per contro subordinata all'esito della pronuncia dell'Adunanza plenaria sui punti di diritto oggetto di contrasto.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

- a) respinge i motivi primo, secondo e quarto;
- b) dispone il deferimento all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sui profili precisati nei quesiti sopra formulati;
- c) riserva all'esito l'esame del terzo motivo d'appello ed ogni ulteriore decisione, anche in ordine alle spese.

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'Adunanza plenaria.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Massimiliano Nocelli, Presidente FF

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

L'ESTENSORE

Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE

Massimiliano Nocelli

IL SEGRETARIO

