



Roma, 15.04.2022

Ufficio: DAR/AB
Protocollo: 202200005265/AG
Oggetto: **Consiglio di Stato – Adunanza Plenaria 5/2022 su profili di incompatibilità nella gestione di farmacia da parte di società composta da medici.**
Circolare n. 13660
SS
8.3
IFO SI

AI PRESIDENTI DEGLI ORDINI
DEI FARMACISTI

e p.c.

AI COMPONENTI IL COMITATO
CENTRALE DELLA F.O.F.I.

LORO SEDI

L'Adunanza Plenaria si pronuncia sui profili di incompatibilità nella gestione di farmacia da parte di società composta da medici.

L'[Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 5/2022](#) si è pronunciata sulla questione rimessa dalla sez. III del Consiglio con sentenza non definitiva 27 dicembre 2021, n. 8634, a seguito del ricorso presentato avverso la sentenza n. 106/2021 del Tar Marche, relativa alla sussistenza dell'incompatibilità di un medico socio di una società quest'ultima a sua volta socia di altra società titolare di farmacia ([cfr. circolare federale n. 12825 del 16 febbraio 2021](#)).

I principi affermati dall'Adunanza Plenaria, a seguito delle questioni sollevate dalla Terza Sezione sulle modalità di esercizio dell'attività farmaceutica e il regime di titolarità e di gestione delle farmacie, all'indomani della riforma della legge n. 124/2017, sono i seguenti:

- *la nozione di “esercizio della professione medica”, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 7, comma 2, secondo periodo, della l. 362/1991, deve ricevere un'interpretazione funzionale ad assicurare il fine di prevenire qualunque potenziale conflitto di interessi derivante dalla commistione tra questa attività e quella di dispensazione dei farmaci, in primo luogo a tutela della salute; in tal senso deve ritenersi applicabile la situazione di incompatibilità in questione anche ad una casa di cura, società di capitali e quindi persona giuridica, che abbia una partecipazione in una società, sempre di capitali, titolare di farmacia;*
- *una società concorre nella “gestione della farmacia”, per il tramite della società titolare cui partecipa come socio, qualora, per le caratteristiche quantitative e qualitative di detta partecipazione sociale, siano riscontrabili i presupposti di un controllo societario ai sensi dell'art. 2359 c.c., sul quale poter fondare la presunzione di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c.*

Federazione Ordini Farmacisti Italiani

00185 ROMA – VIA PALESTRO, 75 – TELEFONO (06) 4450361 – TELEFAX (06) 4941093

CODICE FISCALE n° 00640930582

PEC: posta@pec.fofi.it e-mail: posta@fofi.it – sito: www.fofi.it

I Giudici chiariscono che la riforma del 2017 ha disciplinato anche il regime delle incompatibilità, modificando l'art. 7, comma 2, secondo periodo, della legge n. 362/1991, *“prevedendo che «La partecipazione alle società di cui al comma 1 (si intendono le società titolari dell'esercizio di farmacie private) 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.»*

In precedenza, una regola di incompatibilità (solo) parzialmente simile era dettata all'art. 8, comma 1, della medesima legge, prevedendosi che «1. La partecipazione alle società di cui all'articolo 7, salvo il caso di cui ai commi 9 e 10 di tale articolo, è incompatibile:

a) con qualsiasi altra attività esplicata nel settore della produzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco.»”.

La nuova normativa include quindi tra le incompatibilità anche l'esercizio della professione medica. La necessità di tale previsione deriva dalla possibilità, introdotta nel 2017, che i soci non siano più farmacisti, laddove in precedenza potevano ritenersi sufficienti – quanto all'esercizio della professione medica - i divieti posti dal r.d. n. 1256 del 1934 (in specie agli artt. 102 e 112) dettati per i farmacisti persone fisiche titolari ovvero esercenti (da soli o in società di persone) di farmacia.

Il Consiglio di Stato ribadisce l'esistenza di due distinte e separate regole di incompatibilità. La prima definisce la partecipazione (societaria) alle società titolari di farmacie private incompatibile con qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonché con l'esercizio della professione medica; la seconda, *“valorizzando l'inciso “per quanto compatibili”, fa rinvio alle disposizioni del successivo art. 8 che, per quanto più rileva in questa sede, definiscono quella medesima partecipazione (societaria) incompatibile, tra le altre cose, “con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato”.*

Punto decisivo nella quesitone in esame- sottolinea il Consiglio di Stato - riguarda il rapporto tra la clinica privata e i medici che in essa (e per essa) svolgono la loro attività.

Per i Giudici, infatti, *“tale rapporto vede pur sempre rispondere la struttura a titolo contrattuale per il comportamento dei medici della cui collaborazione si avvale per l'adempimento della propria obbligazione, ancorché possano non essere suoi dipendenti, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costoro effettuata e l'organizzazione aziendale della casa di cura, il che giustifica l'applicazione della regola posta dall'art. 1228 c.c. (come ribadito da ultimo dall'art. 7 della l. n. 24 del 2017)”.*

Pertanto, anche una persona giuridica, in particolare una clinica privata, può considerarsi esercitare, nei confronti dei propri assistiti, la professione medica ai fini della previsione di cui all'art. 7, comma 2, secondo periodo, della l. 362/1991.

Si tratta di un'interpretazione funzionale e sistematica, coerente con la ratio ispiratrice della veduta regola di incompatibilità che mira ad evitare commistioni di interessi *“tra medici che prescrivono medicine e farmacisti interessati alla vendita, in un'ottica di tutela del diritto alla salute di rango costituzionale”*.

L'Adunanza Plenaria ricorda che la ratio tradizionale, riconosciuta anche dalla sentenza della Corte cost. n. 275/2003, è quella di *“evitare eventuali conflitti di interesse, che possano ripercuotersi negativamente sullo svolgimento del servizio farmaceutico e, quindi, sul diritto alla salute”* e che ha sempre caratterizzato la disciplina in materia, come dimostrato anche dalle disposizioni penali che ancora puniscono il cd. reato di comparaggio.

Consentire ad una casa di cura, che offre prestazioni mediche composite e nel cui ambito si prescrivono medicinali, di partecipare ad una società che ha la titolarità di una farmacia e che come tale dispensa e rivende medicinali previa prescrizione medica, potrebbe determinare privilegi ed abusi di posizione, oltre che conflitti di interesse ed un esubero nel consumo farmaceutico, con evidenti riflessi anche sulla spesa pubblica.

Pertanto, *“una volta rinvenuto nella fattispecie in esame l'elemento dell'esercizio della professione medica, ne consegue che sussiste l'incompatibilità di cui all'art. 7, comma 2, secondo periodo, nel senso che la casa di cura non può avere partecipazioni in una società titolare dell'esercizio della farmacia. Non può avere – giova precisare – alcuna partecipazione, ovvero non può esserne socio in nessun modo, senza che occorra distinguere in ragione della natura e della incidenza della singola partecipazione, essendo la disposizione di legge sufficientemente chiara nel legare questa incompatibilità alla partecipazione in quanto tale, nella misura in cui ad essa si correla comunque la prospettiva di ricavarne degli utili”*

Diversa può essere la conclusione, sulla scorta della sentenza n. 11 del 2020 della Corte Costituzionale, per incompatibilità differenti, segnatamente quella di essere il socio titolare di rapporti di lavoro pubblico o privato, rispetto a cui si può valorizzare la formula *“per quanto compatibili”* impiegata all'art. 7, comma 2, terzo periodo, senza della quale un'interpretazione rigorosamente letterale finirebbe per consentire la partecipazione solo (o quasi) a studenti, disoccupati o pensionati.

Nella soluzione del caso di specie, invece, vi è un fenomeno di riduzione della compagine sociale ad un solo soggetto *“sovrano”* che ne determina o comunque ne condiziona, attraverso l'organo amministrativo che egli (solo) nomina (e revoca), tutte le principali scelte. Un fenomeno così forte da rendere in questo caso non necessario il richiamo alla categoria dei gruppi di società e all'attività di direzione e coordinamento, concetti non del tutto coincidenti ma nella pratica (e anche nella previsione di legge, cfr. art. 2497 sexies c.c.) ricavabili a partire dalla nozione di controllo, interno od esterno, di cui all'art. 2359 c.c.

Differentemente, in assenza di una società unipersonale e quindi di una partecipazione totalitaria, (ma sempre ragionando in relazione ad un diverso tipo di incompatibilità) dovrebbe assumere rilevanza una partecipazione che comunque

permetta di concorrere nella gestione della farmacia, nel senso di influenzarne le scelte aziendali. Non rileverebbe quindi qualunque partecipazione sociale ma quella che possa dare al socio il controllo della società, nei modi gradatamente indicati dal citato art. 2359 e in presenza dei quali, come si è già osservato, opera la presunzione di direzione e coordinamento (ricavabile anche aliunde, in specie dall'essere la società tenuta al consolidamento del proprio bilancio). Non sono possibili quindi soluzioni fondate su un automatismo, apparendo imprescindibile la valutazione del singolo caso rimessa al prudente apprezzamento dell'amministrazione.

Si tratta di una pronuncia rilevante che giunge all'esito di un articolato iter giurisdizionale, nel quale è stato significativo l'intervento della Federazione degli Ordini, che ha inteso promuovere il giudizio in oggetto in via diretta alla luce dell'importanza professionale della questione oggetto di contenzioso, che presenta non solo aspetti di valenza nazionale, ma anche la natura di principio generale di diritto.

Cordiali saluti.

IL SEGRETARIO
(Dr. Maurizio Pace)

IL PRESIDENTE
(On. Dr. Andrea Mandelli)