

■ Studi di Impresa

Studio n. 155-2009/I

L'oggetto sociale della società di gestione di farmacia e riflessi notarili

Approvato dalla Commissione studi d'Impresa il 18 giugno 2009

Sommario: 1. La gestione di farmacia: sintesi di attività intellettuale e attività commerciale. - 2. La normativa originaria del settore farmaceutico: A) Il Testo Unico delle leggi sanitarie: il Regio Decreto 27 luglio 1934 n. 1265. B) La legge 2 aprile 1968 n. 475. - 3. Le riforme del settore: A) La legge 8 novembre 1991 n. 362. I) Le farmacie "private". a) La struttura della società di gestione di farmacia. b) L'oggetto. II) Le farmacie "comunali". - B) Il Decreto Legislativo 4 luglio 2006 n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006 n. 248. I) La gestione in forma societaria. II) I soggetti abilitati alla vendita di farmaci: ricadute sull'oggetto sociale. III) La vendita di farmaci da banco da parte dei "nuovi operatori". - 4. Le società di gestione di farmacia come novellate dalla riforma del 2006: nuove prospettive sulla ampiezza dell'oggetto sociale. - 5. L'intervento della Corte di Giustizia Europea e la conferma della legittimità dei limiti posti dalla nostra normativa.

1. La gestione di farmacia : sintesi di attività intellettuale e attività commerciale

Le attività professionali stanno rivestendo una importanza sempre maggiore nella realtà economica accompagnando in maniera diretta e rilevante lo sviluppo sociale. Al tempo stesso risentono degli influssi e delle spinte politico - sociali che l'elemento patrimoniale determina nei loro confronti, causando da un lato una auspicabile simbiosi e dall'altro una inevitabile antinomia.

Anche nel settore sanitario, ed in particolare nelle farmacie, assistiamo da tempo ad un costante aumento del fattore capitale a causa degli investimenti necessari per condurre l'attività, investimenti che pongono l'interrogativo sul ruolo da destinare all'aspetto patrimoniale.

Così il legislatore nel corso degli anni ha dovuto contemplare le due esigenze per conservare i ruoli spettanti a ciascuno: equilibrare cioè la attività professionale del farmacista - necessariamente "protetta" e individuale - con la necessità di reperire e utilizzare l'indispensabile capitale.

Nasce così l'esigenza di regolamentare la possibilità di gestire una farmacia in forma societaria, prevedendo la presenza di risorse patrimoniali.

La gestione di farmacia, dunque, costituisce una attività legata alla professione e collegata al servizio pubblico sanitario e per la sua rilevanza pubblicistica ed il suo esercizio è subordinata:

- 1) all'esistenza di specifici requisiti soggettivi;
- 2) al rispetto di determinati limiti oggettivi;
- 3) ad una concessione amministrativa.

La natura pubblica del servizio farmaceutico ⁽¹⁾ può essere considerata la "ragione politica" della specialità dell'attività, in quanto il suo delicato impatto sociale viene ritenuto di rilevante attenzione e quindi soggetto a regole e controlli.

Si tratta, però, di attività non solo professionale, ma anche "imprenditoriale" poiché prevede operazioni economiche - come le "vendite" - e, quindi, deve essere qualificata come "di impresa" sussistendo i requisiti indicati negli articoli 2082 e 2238 del codice civile.

Può, dunque, affermarsi che la gestione della farmacia mediante una società è sintesi di attività intellettuale e di attività commerciale, unificate dal pubblico interesse, ed è un atipico caso di esercizio della professione intesa come elemento di un'attività organizzata in forma di impresa.

L'attuale normativa si basa sul coordinamento fra la legge di riforma dell' 8 novembre 1991 n. 362 e il decreto legislativo 4 luglio 2006 n. 223, convertito giusta la legge 4 agosto 2006 n. 248 e risente inevitabilmente degli influssi politico - sociali che da sempre hanno caratterizzato la attività del legislatore in questo campo.

Come sempre in tali circostanze, assume particolare rilievo la figura del Notaio che con la sua opera di coordinamento, interpretazione e sintesi delle norme può offrire agli operatori gli elementi necessari per trovare le soluzioni più adatte alle varie fattispecie che si presentano nel "settore farmacia".

2. La normativa originaria del settore farmaceutico

A) Il Testo Unico delle leggi sanitarie: il Regio Decreto 27 luglio 1934 n. 1265

Il legislatore in passato consentiva, per la vendita al dettaglio di prodotti farmaceutici, solo l'attività individuale: l'unico possibile titolare della farmacia era una persona fisica, e cioè un professionista, laureato, abilitato e risultato idoneo nei concorsi per l'assegnazione delle nuove sedi.

Il Testo Unico delle leggi sanitarie - il Regio Decreto 27 luglio 1934 n. 1265 - nella parte dedicata all'esercizio del servizio farmaceutico, era quindi del tutto coerente e perfettamente in linea con il trattamento legislativo riservato in generale

all'esercizio della professione intellettuale che all'epoca era "protetta" e riservata esclusivamente ad una persona fisica in possesso di specifici requisiti: singolo professionista - così come stabilisce l'articolo 2232 c.c. - con l'obbligo di eseguire personalmente l'incarico assunto, salva una limitata possibilità di avvalersi, sotto la propria responsabilità, di sostituti e ausiliari.

Il Capo II del Titolo II del Testo Unico, intitolato "*Del servizio farmaceutico*" (artt. 104 ss.) sanciva, quindi, quale principio base, la regola inderogabile della personalità dell'autorizzazione amministrativa all'apertura e all'esercizio della farmacia, stabilendone, conseguentemente, l'incindibilità.

In particolare, l'articolo 112 stabiliva che "*L'autorizzazione ad aprire ed esercitare una farmacia è strettamente personale e non può essere ceduta o trasferita ad altri. E' vietato il cumulo di due o più autorizzazioni in una sola persona*" e, coerentemente, l'articolo 122 prevedeva che "*la vendita al pubblico di medicinali...non è permessa che ai farmacisti e deve essere effettuata nella farmacia sotto la responsabilità del titolare della medesima.*".

Quale diretta conseguenza della personalità della titolarità e dell'esercizio dell'attività in oggetto, l'articolo 119 ⁽²⁾ sanciva la responsabilità esclusiva e diretta del titolare autorizzato.

Il contesto legislativo appena richiamato confermava, in definitiva, la difficoltà di far convivere con tale obbligo qualsiasi imputazione non personale dell'attività farmaceutica che, a pieno titolo, rientrava nell'area riservata delle professioni intellettuali protette.

Unica eccezione era rappresentata - in via transitoria - dalle cooperative e dagli enti in possesso dei requisiti mutualistici, nonché dalle istituzioni di assistenza e beneficenza pubblica e dalle I.P.A.B. che poi sono state eliminate dagli elenchi dei titolari di farmacia da successive riforme.

B) La legge 2 aprile 1968 n. 475

Anche il successivo intervento legislativo, rappresentato dalla legge n. 475 del 2 aprile 1968, ha confermato tutti i principi enunciati in precedenza. In più, la struttura esclusivamente personalistica dell'attività di gestione della farmacia è stata ulteriormente potenziata: la normativa di riforma impose, infatti, l'eliminazione delle società sopravvissute alle varie vicende legislative, stabilendo all'articolo 20 che "entro un anno dall'entrata in vigore della presente legge, le farmacie....che risultino intestate a società di qualunque natura debbono essere trasferite a un farmacista iscritto all'albo." ⁽³⁾.

L'unico vero elemento di novità della riforma del 1968 fu l'introduzione della trasferibilità della farmacia ⁽⁴⁾, riconoscendo che al carattere professionale della farmacia si era venuto sempre più ad aggiungere l'elemento commerciale ⁽⁵⁾.

Il legislatore, infatti, si era reso conto che il potenziamento dell'attività delle farmacie e la necessità di capitali sempre più consistenti avevano cominciato a trasformare l'attività professionale in una con connotati più imprenditoriali, tali da poter causare enormi danni economici ai soggetti coinvolti in caso di cessazione dell'attività.

Anche per il legislatore, dunque, la farmacia aveva acquisito un rilevante aspetto patrimoniale, pur se non poteva assolutamente essere separato dall'elemento personalistico: l'articolo 11 ⁽⁶⁾ stabiliva infatti l'inscindibilità dell'esercizio dell'attività professionale con la gestione dei beni patrimoniali ad esso strumentali, entrambi facenti capo al titolare della farmacia, e l'articolo 12 ⁽⁷⁾ stabiliva l'invalidità del trasferimento della titolarità della farmacia se insieme con il diritto di esercizio non veniva trasferita anche la connessa azienda commerciale ⁽⁸⁾.

Veniva, comunque, confermato il divieto di gestione in forma societaria.

La legge del 1968, quindi, se da un lato riconosceva la sempre crescente rilevanza dell'aspetto patrimoniale nella gestione delle farmacie, dall'altro rifiutava ogni forma che desse a forze economiche, dotate di ingenti risorse patrimoniali e di capitali da investire, ma diverse da farmacisti – persone fisiche, la possibilità di acquisizione delle farmacie.

La giurisprudenza, pertanto, si era preoccupata di far rispettare la normativa, colpendo di nullità ⁽⁹⁾ – per violazione di legge o per simulazione – i vari strumenti contrattuali elusivi utilizzati per cercare di superare il divieto di rapporti associativi di fatto instaurati per la gestione condivisa della farmacia ⁽¹⁰⁾.

3. Le riforme del settore

A) La legge 8 novembre 1991 n. 362

Con la legge 8 novembre 1991 n. 362 il settore farmaceutico è stato completamente riordinato, introducendo per la prima volta in maniera organica l'ipotesi della gestione in forma societaria della attività della farmacia.

Le istanze economiche che la prassi aveva cercato fino ad allora di soddisfare attraverso il ricorso a soluzioni alternative allo strumento societario ⁽¹¹⁾ sono state recepite nel testo legislativo con una normativa orientata verso una valorizzazione dell'aspetto imprenditoriale del settore farmaceutico ⁽¹²⁾.

La natura pubblicistica del relativo servizio, peraltro, ha imposto al legislatore di mantenere una disciplina speciale, fortemente limitativa rispetto alle regole di diritto comune, al fine di garantire un corretto esercizio dell'attività di distribuzione al dettaglio di specialità medicinali.

L'analisi dell'oggetto sociale, dell'attività e delle strutture societarie, nonché delle peculiarità imposte dalla specialità del settore in cui esse operano e dei conse-

guenti limiti, impone un preliminare esame delle differenze tra le farmacie che l'articolo 7 della legge 362/1968 testualmente definisce "private" e quelle di cui sono titolari i comuni.

I) Le farmacie "private"

L'analisi delle norme relative alle farmacie "private" si può suddividere in due segmenti: nel primo rientrano quelle che introducono la ammissibilità di una società di gestione di farmacie, nel secondo viene esaminata la disciplina relativa al contenuto dell'oggetto di detta società.

a) La struttura della società di gestione di farmacia

L'articolo 7 ⁽¹³⁾ della legge 362/1991 introduce la possibilità che la titolarità dell'esercizio della farmacia sia consentita anche a società di persone ed a società cooperative a responsabilità limitata che gestivano farmacie anteriormente all'entrata in vigore della legge.

La norma ha, dunque, ampliato l'elenco dei potenziali titolari di farmacia, stabilendo che la farmacia possa essere "intestata", oltre che a una persona fisica, anche ad un ente societario collettivo ⁽¹⁴⁾ che abbia, però, i seguenti requisiti:

- deve avere per oggetto esclusivo la gestione di farmacie (II comma);
- il capitale deve essere posseduto da soci che siano farmacisti iscritti all'albo della provincia in cui ha sede la società stessa (II comma);
- la direzione deve essere affidata ad un socio, che ne è responsabile (III comma);
- il direttore può essere sostituito solo da un altro socio (IV comma);
- la società può essere titolare di una sola farmacia (V comma);
- la farmacia deve essere ubicata nella provincia ove ha sede legale la società (V comma);
- ciascun farmacista può essere socio soltanto di una sola società avente detto oggetto sociale (VI comma);

La prospettiva è stata quella di combinare l'apporto di capitale con il lavoro - quest'ultimo connotato qualificante (almeno fino alla riforma del diritto societario) solo le società di persone - per evitare che l'attività imprenditoriale prevalessesse su quella professionale.

Allo schema civilistico delle società di persone - con esclusione, naturalmente, delle società semplici - è stato poi necessario apportare modifiche, varianti e limitazioni al fine di renderlo compatibile con i principi base - sopravvissuti alla riforma - della legislazione farmaceutica anteriore. Il coordinamento tra le due discipline non appare, tuttavia, del tutto soddisfacente, segnalandosi al riguardo notevoli difficoltà interpretative e di assetto pratico. ⁽¹⁵⁾

Il legislatore, infatti, pur di difendere la peculiarità dell'oggetto ha sovvertito vari aspetti della normativa societaria tradizionale che ha così risentito di limiti atipici.

Con riferimento alle varianti che derogano alle regole delle società in nome collettivo, ad esempio, bisogna innanzitutto tener presente che ciascun socio deve necessariamente avere le caratteristiche di professionalità richieste al singolo farmacista per essere titolare di un esercizio e può partecipare a una sola società (divieto inconcepibile nelle altre società). Inoltre, la direzione della farmacia gestita dalla società deve essere affidata a uno solo dei soci che ne è responsabile.

Ed anche la figura del direttore – delineata nel diritto farmaceutico, come ruolo professionale con attribuzioni non delegabili – ha creato notevoli difficoltà di coordinamento e armonizzazione con la disciplina di diritto comune relativa all'amministrazione e la rappresentanza della società in nome collettivo che, salvo deroghe pattizie, spetta a tutti i soci.

La struttura della società in accomandita semplice, invece, potrebbe meglio prestarsi a quella diversificazione e "personalizzazione" di posizioni che il legislatore ha realizzato attraverso la figura del socio direttore responsabile, soluzione da suggerire normalmente tutte le volte in cui esistano tra i soci marcate differenze di apporti finanziari e ruoli. Anche per questo tipo di società, però, la normativa speciale prevede alcune varianti al generale schema civilistico, in quanto la distinzione tra conduzione economica e conduzione professionale – delineata dalla legge 362/1991 – rende possibile il superamento del divieto di immistione di cui all'articolo 2320 c.c.: in altri termini, la normativa specifica di riferimento prevede espressamente la possibilità di sostituzione nella direzione della farmacia (con conseguenze attribuzione di poteri gestionali e assunzione della relativa responsabilità) senza che sia necessario un corrispondente "riassetto" delle qualifiche societarie, ammettendo anche l'ipotesi in cui sia il socio accomandante ad assumere il ruolo e la posizione di direttore responsabile.

Per completezza si ricorda, infine, che i patti che regolano l'attività societaria sono sottoposti ad una serie di controlli delle autorità sanitarie e professionali: a tal fine ne è prevista la comunicazione, ai sensi dell'art. 8 co. 2° della legge 362/1991 ⁽¹⁶⁾ alla federazione degli ordini dei farmacisti, all'assessore alla sanità, all'ordine provinciale dei farmacisti e all'unità sanitaria locale.

L'effettuazione di tale formalità è a carico delle parti e non rientra tra i compiti del Notaio quale pubblico ufficiale; deve essere quindi oggetto di uno specifico incarico in tal senso da parte della società.

b) L'oggetto

Ma è nell'oggetto che si ritrovano le più significative deviazioni dalla disciplina

di diritto comune ⁽¹⁷⁾.

L'articolo 7 afferma, lapidariamente, che le società in questione hanno come "oggetto esclusivo la gestione di una farmacia".

Per gestione di farmacia deve intendersi la attività di vendita al dettaglio di specialità medicinali *latu sensu* intese, e quindi, prodotti industriali, preparazioni galeniche, prodotti omeopatici, veterinari e di erboristeria, nonché articoli parafarmaceutici.

E' necessario, a questo punto, interrogarsi sull'esatto significato e sulla portata di tale specialità ⁽¹⁸⁾ dell'oggetto sociale, imposto alle società di gestione di farmacia dalla medesima legge che le ha introdotte nel sistema giuridico-economico del servizio sanitario.

Esclusività dell'oggetto, nel nostro caso, vuol dire, innanzitutto, unicità, ovvero possibilità di compiere solo operazioni di gestione di farmacia, escludendo ogni altra forma di attività economica: la gestione di farmacia rappresenta cioè l'unico "scopo-mezzo" di cui la società può avvalersi per raggiungere il risultato economico della produzione di utili ⁽¹⁹⁾.

Esclusività dell'oggetto, poi, vuole dire gestione di "una" farmacia, ossia di una sola farmacia, con esclusione della possibilità di gestire più farmacie, ovvero più punti vendita dislocati sul territorio.

Quale ulteriore rafforzativo alla rigidità della limitazione enunziata, l'articolo 8 della legge del 1991 stabilisce espressamente l'incompatibilità tra la titolarità dell'esercizio della farmacia e "*...qualsiasi altra attività esplicata nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco*".

Il divieto di esercitare attività diverse ma rientranti comunque nel medesimo ambito, può giustificarsi con la considerazione che la professionalità necessaria per la vendita al pubblico di generi medicinali viene ritenuta incompatibile, cioè suscettibile di produrre un conflitto di interessi, con il sistema di produzione e distribuzione all'ingrosso (improntato a una visione esclusivamente imprenditoriale e del tutto scevro da caratterizzazioni di professionalità intellettuale) del quale, dunque, vuole evitarsi ogni sorta di contaminazione ⁽²⁰⁾.

Dunque, un significato per così dire "privativo", limitativo della libertà di scelta nella diversificazione dell'attività imprenditoriale, trasposizione nel campo societario dei principi e dei limiti imposti alla persona fisica nell'esercizio della titolarità di una farmacia ⁽²¹⁾.

L'esclusività e la specialità dell'oggetto delle società della legge 362/1991 vengono in tal modo ulteriormente specificati e delimitati, rendendole ancor più schemi associativi peculiari, soggetti a una disciplina propria, derogatoria delle regole di diritto comune, sia della libertà di iniziative della persona fisica, sia delle dinamiche regolate dal diritto societario.

Inoltre la specialità dell'oggetto e le ricadute di natura pubblicistica nel settore farmaceutico dovrebbero determinare - diversamente da ciò che di solito accade per le società di diritto comune il cui oggetto sociale è sovente solo genericamente determinato - una necessaria coincidenza tra la "enunciazione di principio" contenuta nella definizione statutaria dell'oggetto sociale e le operazioni economico-giuridiche concretamente poste in essere dalla società.

Quest'ultima affermazione va, tuttavia, coordinata con gli ormai consolidati principi elaborati in materia dalla dottrina commercialistica ⁽²²⁾ e dalla giurisprudenza; principi che si rendono senz'altro applicabili alla fattispecie concreta che, sia pur dotata di spiccate peculiarità, resta comunque una struttura associativa disciplinata (anche) dal libro V del codice civile. E infatti il divieto di esercitare attività diverse da quella legislativamente indicata come l'unica possibile, non significa assolutamente escludere operazioni non direttamente riconducibili all'attività di gestione della farmacia, eppure strumentali e ad essa connesse ⁽²³⁾.

Si pone allora all'interprete il delicato compito - nella specie reso ancor più problematico a causa dei limiti di ordine pubblicistico posti dalla legislazione sanitaria - di individuare gli atti pertinenti all'oggetto sociale ⁽²⁴⁾.

Al riguardo sembra potersi affermare - con sufficiente serenità e utilizzando i medesimi criteri elaborati in generale - che le società oggetto della presente indagine possono (meglio: potevano, fino alla Legge 248/2006 come vedremo in seguito) ritenersi legittimate a compiere non solo tutte le operazioni tipicamente e direttamente riconducibili alla titolarità e all'esercizio della professione farmaceutica, ma anche tutti quegli atti comunque strumentali all'attività protetta che si rendano necessari per una economica gestione dell'attività sociale e per la conseguente realizzazione dello scopo societario ⁽²⁵⁾.

In ogni caso, cioè, vale la regola generale secondo cui l'oggetto sociale, anche se in questa fattispecie normativamente imposto, non costituisce un limite alla capacità della società, che si reputa generale, ma rappresenta piuttosto un limite ai poteri legittimi degli amministratori ⁽²⁶⁾ i quali risponderanno nei confronti della società per il compimento degli atti ad esso estranei, fatta salva comunque la validità e l'efficacia dell'atto nei rapporti con i terzi ⁽²⁷⁾.

Si sottolinea, infine, che la specialità dell'oggetto delle società tra farmacisti - intesa come esclusività e unicità - se da un lato determina, come finora ricordato, una rilevante limitazione all'attività dell'organismo associativo, poteva, fino al D.L. 4 luglio 2006, essere considerata anche un privilegio: nelle intenzioni del legislatore l'oggetto speciale significava tutela della professione intellettuale e solo la presenza di determinati requisiti abilitava all'esercizio di tale attività, con un conseguente "ius excludendi" degli imprenditori che di tali requisiti erano privi.

Le società tra farmacisti si muovevano, quindi, in un area senz'altro circoscrit-

ta, ma protetta da "attacchi esterni".

II) Le farmacie "comunali"

Profondamente diverso era l'assetto strutturale ed organizzativo che la legislazione farmaceutica aveva ipotizzato per le società di gestione di farmacie partecipate dai comuni; notevolmente più elastica era, infatti, almeno fino al 2003, la griglia normativa dei limiti all'attività che costituisce il loro oggetto sociale.

Per le farmacie comunali l'articolo 10 ⁽²⁸⁾ della più volte citata legge 362/1991 ha indicato, quali possibili strutture da utilizzare, le società di capitali tra il comune e i farmacisti che prestino servizio presso le farmacie di titolarità comunale, e l'articolo 12 della legge 23 dicembre 1992 n. 498 ha consentito la costituzione di apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà maggioritaria dell'ente locale ⁽²⁹⁾.

Conseguentemente, le farmacie "comunali" – servizio di rilevanza economica ⁽³⁰⁾ ex art. 113 ⁽³¹⁾ T.U. Enti Locali – possono essere gestite da società per azioni o da società a responsabilità limitata a partecipazione pubblica maggioritaria o minoritaria, con la necessaria partecipazione al capitale, quali soci privati, di farmacisti scelti attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica (cd. società a capitale misto pubblico-privato) ⁽³²⁾.

In sostanza il legislatore ha previsto quattro strumenti giuridici per condurre una farmacia comunale:

- in economia;
- mediante la costituzione di una azienda speciale;
- mediante consorzi tra comuni;
- mediante società di capitali.

Resta invece aperto il problema del tipo di società utilizzabile dal comune per la gestione della farmacia quando il medesimo ente locale non ne abbia la maggioranza del capitale. Le difficoltà interpretative nascono dal difficile coordinamento tra le norme amministrative che si sono succedute e accavallate nel tempo: l'articolo 22 della legge 142/1990 (così come modificato dalla legge 127/1997), richiamato dalla legge 362/1991, fa riferimento alle società per azioni e alle società a responsabilità limitata, purché a prevalente capitale pubblico; l'articolo 12 della legge 498/1992 prevede invece che "le province e i comuni possono, per l'esercizio dei servizi pubblici, ... costituire apposite società per azioni ... senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al comma 3, lettera a) dell'art. 21 della legge 8 giugno 1990 n. 142" ⁽³³⁾.

Ai fini dell'indagine, l'attenzione va, poi, posta su un altro dato caratterizzante le farmacie comunali che ha determinato - fino al 2003, come in seguito si specifi-

cherà – una notevole differenziazione rispetto alle società “private”. Ci si riferisce, in particolare, alla circostanza che l’articolo 7 della legge 362/1991 limita solo l’attività di queste ultime società, rendendone “esclusivo” l’oggetto, mentre non contiene alcun riferimento alle farmacie a partecipazione comunale ⁽³⁴⁾. E l’articolo 8 comma 1°, lettera a) della medesima legge non prevede alcuna incompatibilità per le società di gestione di farmacie comunali.

La lettura dei relativi statuti conferma che la specialità dell’attività di gestione del servizio farmaceutico non vuol dire, per le società comunali, anche esclusività e unicità del loro oggetto, viceversa, quindi, estremamente variegato e composito: si segnalano, tra le tante, la previsione di vendita all’ingrosso di specialità medicinali, di attività di gestione di depositi, l’informazione e l’educazione sanitaria, l’assistenza in campo socio assistenziale, la produzione di prodotti farmaceutici, l’effettuazione di servizi di carattere sanitario. Tutte attività attinenti al settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco, precluse invece – attraverso l’espressa previsione di incompatibilità – alle società di persone titolari di farmacie private.

L’evidenziata disparità di trattamento è stata successivamente eliminata dalla Corte Costituzionale che con la sentenza n. 275 dell’11 febbraio/24 luglio 2003 ⁽³⁵⁾ ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’articolo 8, comma 1° lettera a) nella parte in cui non prevede che la partecipazione e la gestione di società titolari di farmacie comunali siano incompatibili con qualsiasi altra attività nei citati settori della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco.

L’intervento dei giudici di costituzionalità ha sottolineato nuovamente, e senza distinzione tra farmacie private e comunali, l’esclusività e l’unicità dell’oggetto di tutte le società di gestione.

B) Il Decreto Legislativo 4 luglio 2006 n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006 n. 248

Sul quadro normativo finora delineato è poi intervenuto il D.L. 4 luglio 2006, convertito nella Legge 248/2006, con un effetto oggettivamente dirompente ⁽³⁶⁾.

Il dichiarato intento “liberalizzante” ha coinvolto anche il settore della distribuzione e vendita dei farmaci. Ed infatti sono state introdotte modifiche significative alla legge 362/1991 riguardanti sia la struttura delle società che gestiscono farmacie, sia i requisiti soggettivi dei soci che i relativi limiti, ma soprattutto incidenti profondamente sulla specialità del loro oggetto, e con significative ricadute sul “livello di protezione” della professione legata alla distribuzione di farmaci.

La novella, dunque, ha inciso in due direzioni: una è relativa alla rielaborazione dei principi che regolano la forma societaria nella quale può esercitarsi l’attività

di gestione di farmacia, e l'altra tesa ad allargare il numero dei soggetti abilitati a vendere farmaci.

I) La gestione in forma societaria

Va innanzitutto sottolineato che – con l'eliminazione dal comma 1° dell'art. 7 della legge 362/1991 dell'inciso "*che gestiscano farmacie anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge*" – è stato stabilizzato il novero degli schemi associativi adottabili per la gestione in forma societaria dell'attività farmaceutica consentendo società di persone e cooperative, senza nessun tipo di limite. ⁽³⁷⁾

Inoltre la normativa più recente ha eliminato alcuni dei requisiti di carattere soggettivo e oggettivo previsti dalla Legge n. 362 del 1991 per la gestione di farmacie, che così non rappresentano più elementi, per la costituzione della società e per il successivo esercizio della sua attività.

In particolare sono state espunte dal dettato legislativo:

- la limitazione "territoriale" per i soci relativa all'iscrizione nell'albo della medesima provincia in cui ha sede la società (comma 2°);
- le limitazioni di ordine "quantitativo" relative al numero di farmacie delle quali la società può essere titolare e gestire (comma 5°);
- la possibilità per i soci di partecipare a una sola società (comma 6°).
- E quindi, in definitiva, riepilogando la norma, possiamo notare che l'art. 5 ha introdotto importanti novità, rispetto al testo dell'art. 7 della legge 362/1991, sovvertendone i principi caratterizzanti:
- è ammessa la titolarità dell'esercizio della farmacia privata a persone fisiche, società di persone e società cooperative, senza limitazione a strutture già esistenti (I comma);
- è sufficiente che il socio persona fisica sia farmacista iscritto all'albo, senza limitazione territoriale e quindi, senza necessaria coincidenza tra la provincia dell'albo di iscrizione, e quella della sede della farmacia (II comma);
- ciascuna società può essere titolare di quattro farmacie, e non più soltanto di una sola (IV comma);
- non esiste più il limite per ciascuno socio di partecipare ad una sola società (eliminazione del VI comma dell'art. 7 della L. 362/1991);
- è consentito il trasferimento della farmacia, senza limiti, salvo il decorso di tre anni dal rilascio della autorizzazione (VI comma);
- è stato riorganizzato e semplificato l'acquisto a titolo di successione (VII comma).

Queste le "interpolazioni" alla disciplina del 1991, attuate mediante una serie di "ritocchi" all'impalcatura legislativa previgente, i quali hanno completamente mo-

dificato il rapporto tra attività di farmacia e gestione societaria ⁽³⁸⁾.

II) I soggetti abilitati alla vendita di farmaci: ricadute sull'oggetto sociale

Altre novità significative sono, poi, state introdotte con riferimento all'attività di vendita dei farmaci: è venuta meno non solo l'esclusività, ma anche l'incompatibilità con le altre attività relative alla distribuzione dei prodotti medicinali (in particolare tra la distribuzione al pubblico e la vendita all'ingrosso): in un sol colpo è stato rivoluzionato l'intero sistema della commercializzazione.

Recita l'articolo 5 della legge 248/2006: *"Gli esercizi commerciali...possono effettuare attività di vendita al pubblico dei farmaci da banco o di automedicazione...e di tutti i farmaci o prodotti non soggetti a prescrizione medica, previa comunicazione al ministero della salute e alla regione in cui ha sede l'esercizio....La vendita è consentita durante l'orario di apertura dell'esercizio commerciale e deve essere effettuata nell'ambito di un apposito reparto, alla presenza e con l'assistenza personale e diretta al cliente di uno o più farmacisti abilitati...e iscritti."*

Si può notare, quindi, che con riferimento ai farmaci da banco in generale poco è rimasto della specialità ed esclusività dell'oggetto delle società tra farmacisti ⁽³⁹⁾.

Allo stato, dunque, volendo chiosare con un rapido riferimento all'attività sociale, al ruolo e alla responsabilità del notaio, qualsiasi società – già costituita o di nuova costituzione – potrà liberamente inserire nella previsione statutaria relativa all'oggetto sociale la vendita di farmaci OTC e SOP. Anzi, probabilmente, sarà addirittura sufficiente la generica indicazione, quale attività da svolgere, della vendita di prodotti non alimentari: tutte le condizioni richieste dall'art. 5 affinché i nuovi operatori possano esercitare tale attività dovranno infatti essere valutate dalle competenti autorità *ex post*, nella fase della concreta operatività dell'imprenditore societario.

Sembra utile perciò analizzare l'attuale assetto normativo da una duplice opposta prospettiva, quella dei cd. "nuovi operatori" abilitati – in presenza di determinate condizioni – alla commercializzazione di alcune specialità mediche, e quella propria delle farmacie "tradizionali" gestite in forma societaria, cercando di proporre una lettura coerente e unitaria.

III) La vendita di farmaci da banco da parte dei "nuovi operatori"

La possibilità di commercializzare al dettaglio alcuni tipi di medicinali al di fuori delle farmacie ha rappresentato, per il legislatore del 2006, una delle tante "misure urgenti" ritenute necessarie per lo sviluppo, la crescita e la promozione della con-

correnza e della competitività per la tutela dei consumatori e per la liberalizzazione dei settori produttivi.

Al fine di meglio comprendere la portata della prospettata liberalizzazione sembra opportuno ricordare i requisiti necessari e le limitazioni imposte alla nuova attività.

I "cd. nuovi operatori" ⁽⁴⁰⁾ autorizzati dalla legge 248/2006 alla vendita dei "farmaci da banco" sono:

- gli esercizi di vicinato aventi superficie di vendita non superiore a 150 mq. nei comuni con popolazione residente inferiore a 10.000 abitanti e a 250 mq. nei comuni con popolazione residente superiore a 10.000 abitanti;
- le medie strutture di vendita aventi superficie superiore ai limiti di cui al punto precedente e fino a 1500 mq. nei comuni con popolazione residente inferiore a 10.000 abitanti e a 250 mq. nei comuni con popolazione residente superiore a 10.000 abitanti;
- le grandi strutture di vendita aventi superficie superiore ai limiti di cui al punto precedente.

La vendita è consentita durante l'orario di apertura dell'esercizio commerciale (non è quindi possibile il servizio notturno) e deve essere effettuata nell'ambito di apposito reparto con l'assistenza di almeno un farmacista abilitato e iscritto.

Con tali limitazioni, evidentemente, si è cercato di garantire e mantenere un livello di professionalità sufficientemente adeguato alla particolarità del prodotto in vendita.

D'altra parte, si segnala che l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, in un suo intervento ⁽⁴¹⁾, dopo aver ribadito che i nuovi operatori non possono utilizzare la denominazione "farmacia" e i relativi simboli identificativi, ha ritenuto ingiustificabile la preclusione a identificarsi tramite denominazioni e simboli che evocano la nuova caratterizzazione imprenditoriale di vendita dei prodotti farmaceutici, dovendo i nuovi operatori essere messi in condizione di sfruttare le leve concorrenziali disponibili, incluse quelle relative alla promozione della propria attività, tramite insegne e simboli intesi a rendere edotti gli utenti sulle caratteristiche dei loro esercizi, sotto il profilo delle tipologie di prodotti offerti.

L'art. 5 della legge 248/2006 ⁽⁴²⁾ autorizza e liberalizza la vendita di farmaci da banco o di automedicazione ("OTC") e dei farmaci non soggetti a prescrizione medica ("SOP"), consentendola anche ai nuovi operatori.

Il Ministero della salute, con la circolare n. 3 del 3 ottobre 2006 ⁽⁴³⁾, ha precisato che al di fuori delle farmacie possono essere venduti i medicinali industriali SOP e OTC anche se inseriti nella cd. "Fascia A" ma, in tal caso, non a carico del Servizio Sanitario Nazionale perché le relative ricette possono essere accettate e-

sclusivamente dalle farmacie. Anche i medicinali per uso veterinario ed i prodotti omeopatici possono essere venduti dai nuovi operatori, mentre sembrerebbe ad essi preclusa la commercializzazione di preparazioni medicinali non industriali.

4. Le società di gestione di farmacia come novellate dalla riforma del 2006 n. 223: nuove prospettive sull'ampiezza dell'oggetto sociale

Nel mentre la riforma è stata salutata con favore dal settore imprenditoriale cui, fino ad allora, era stata preclusa la possibilità di distribuire al pubblico specialità farmaceutiche, e da quegli orientamenti politici ed economici tradizionalmente ostili alla "blindatura" legislativamente riservata all'esercizio delle professioni protette, gli operatori farmaceutici, per contro, si sono sentiti danneggiati dalla nuova impostazione normativa che ha sottratto loro il monopolio di una grossa fetta di mercato, ma soprattutto delegittimati, screditandone il loro ruolo professionale.

L'interprete, e il notaio in primo luogo, è allora chiamato - in una visione moderna della sua funzione - a fornire nuove soluzioni operative, adeguate al rinnovato assetto legislativo, che consentano alle società tra farmacisti di riqualificarsi, "sopravvivendo" agli improvvisi, e un po' scomposti, interventi normativi. Si ha l'impressione infatti che, da un'interpretazione "evolutiva" del rivoluzionato quadro che si presenta, possano ricavarsi moderne e più ampie prospettive imprenditoriali anche per le società di gestione di farmacie *ex lege* 362/1991, in prima battuta fortemente penalizzate.

Il legislatore ha incentrato la propria attenzione solo sui "nuovi operatori" - cui è espressamente dedicata la liberalizzazione - omettendo qualsiasi previsione in ordine alla posizione dei farmacisti titolari di società *ex art.* 7 L. 362/1991; ma, probabilmente, anche gli "operatori tradizionali" possono trovare giovamento dalle citate norme: ad essi era preclusa ogni possibilità di svolgere qualsiasi attività diversa da quella avente ad oggetto la gestione di una farmacia a causa della esclusività dell'oggetto sociale (art. 7) e incompatibilità con la distribuzione all'ingrosso (art. 8).

Oggi, forse, i rigidi limiti imposti dalla specialità e dalla rilevanza pubblicistica della legislazione farmaceutica sono venuti meno, anche se implicitamente.

All'uopo giova muovere dalle seguenti premesse:

- ogni società può essere titolare dell'esercizio di più di una farmacia fino al limite di quattro, ubicate nella provincia ove ha sede legale e dovrà nominare tra i propri soci un direttore per ciascuna farmacia; la stessa persona non potrà dirigere più di una farmacia e il socio di una società di farmacisti potrà partecipare a più società;
- qualsiasi società in possesso di partita I.V.A. può essere autorizzata all'apertura di un esercizio commerciale inoltrando apposita domanda al co-

mune di appartenenza;

- la partecipazione alle società di farmacisti non è più incompatibile con altre attività prestate nel settore della distribuzione del farmaco.

Alla luce di ciò ci si deve chiedere se tali società – regolate oggi da nuove norme - possano anch'esse aprire un esercizio commerciale per la vendita dei prodotti OTC e SOP.

La risposta sembrerebbe, a prima vista, essere negativa dal momento che l'articolo 7 della legge 362/1991, nella parte in cui dispone che le società di farmacisti abbiano ad oggetto esclusivo la gestione di farmacie (comma 2°), non è stata formalmente ed espressamente abrogata dal D.L. 248/2006.

Tale soluzione, tuttavia, risulta eccessivamente rigorosa e una lettura sistematica del nuovo contesto normativo fa, viceversa, propendere per il riconoscimento a dette società della possibilità di assumere la titolarità di altri esercizi commerciali, così come del resto auspicato dall'Autorità Garante per la concorrenza e il mercato nella citata nota "AS413" del 6 agosto 2007 indirizzata al parlamento, al governo, agli enti e alle istituzioni pubbliche coinvolte nella vicenda.

Sarebbe, infatti, singolare che il legislatore da un lato consenta ai singoli farmacisti di essere sia titolari di farmacie che responsabili dei nuovi esercizi (ovvero di prestare la propria attività presso entrambe le tipologie di esercizi) e, dall'altro, precluda alle società di farmacie già dotate dell'autorizzazione commerciale la stessa opportunità di attività parallele pur se nello stesso settore.

Lo stesso articolo 5 comma 1°, peraltro, prevedendo che "è abrogata ogni norma incompatibile", con ciò conferma che l'esclusività dell'oggetto sociale, pur non espressamente eliminata, risulta espunta dal sistema. Tale interpretazione appare confortata, altresì, dalla circostanza che il citato articolo 7 comma 2° della legge 362/1991 individua l'oggetto sociale esclusivo delle società di farmacie nella gestione di "una" farmacia, vincolo, quest'ultimo che, come visto, risulta essere stato abrogato dalla legge 248/06.

Potrebbe, dunque, affermarsi che anche le predette società possano chiedere di essere autorizzate all'apertura di un nuovo esercizio commerciale nel quale vendere i prodotti specificati nell'art. 5 istituendo come preposto al punto vendita un farmacista iscritto all'albo che potrà essere scelto tra i soci purchè non ricopra la carica di direttore di una farmacia.

Ci si può, forse, spingere oltre, affermando che il venir meno dell'esclusività e della specialità dell'oggetto, nonché delle incompatibilità previste dalla normativa previgente, possa coerentemente significare apertura verso qualsiasi tipologia di attività imprenditoriale svolta nel campo sanitario.

La proposta lettura sistematica della vigente disciplina delle società di farmacisti si presta a risolvere le incongruenze riscontrate, a eliminare ogni disuguaglian-

za tra le prerogative oggi riconosciute ai nuovi operatori e quelle spettanti alle dette società, dando ad esse la possibilità di utilizzare le opportunità imprenditoriali previste dall'attuale contesto normativo, con conseguenti vantaggi per il dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali nel settore, anche in termini di prezzi offerti agli utenti.

Una soluzione prudente – che tenga conto dell'inevitabile incertezza interpretativa, nelle more di un intervento normativo che miri a scongiurare ogni discriminazione e offrire "pari opportunità" a tutti gli operatori del settore – potrebbe essere quella di operare mediante la costituzione di apposita società (di persone o di capitale) diversa da quella che gestisce l'esercizio farmaceutico, ma non può escludersi l'utilizzo della società di farmacia preesistente.

5. L'intervento della Corte di Giustizia Europea e la conferma della legittimità dei limiti posti dalla nostra normativa

I limiti posti dalla novellata legislazione alla gestione di farmacia da parte di società sono stati recentemente posti al vaglio della Corte di Giustizia Europea, alla quale si è rivolta la Commissione delle Comunità Europee.

Con un articolato ricorso è stato chiesto di valutare se l'Italia fosse venuta meno agli obblighi imposti dagli artt. 43 e 56 CE laddove aveva mantenuto in vigore:

- una legislazione che riserva il diritto di gestire una farmacia privata alle sole persone fisiche laureate in farmacia ed alle società di gestione composte esclusivamente da soci farmacisti;
- disposizioni legislative che sanciscono la impossibilità per le imprese di distribuzione dei prodotti farmaceutici di acquisire partecipazioni nelle società di gestione di farmacie comunali.

Con una argomentata sentenza, la Corte ⁽⁴⁴⁾ ha ritenuto legittima la nostra normativa sulla base di tutte le considerazioni innanzi esposte, considerazioni che, anzi, ha rafforzato con attente valutazioni giuridiche.

Per la Corte, dunque, è legittimo riservare titolarità ed esercizio della farmacia a soggetti – privati e/o collettivi – che garantiscano standard minimi di competenza e responsabilità, finalizzati all'obiettivo di garantire un rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità.

I giudici europei hanno poi sostenuto un importante principio e cioè che i farmaci si distinguono sostanzialmente dalle altre merci per i loro effetti terapeutici, e che quindi devono essere oggetto di normativa di maggiore garanzia, ribadendo, così, in maniera esplicita e diretta tutti i principi che hanno ispirato il nostro legislatore per una normativa peculiare legata alla particolare fattispecie:

- i farmaci si distinguono sostanzialmente dalle altre merci per i loro effetti terapeutici;
- i farmaci possono nuocere gravemente alla salute se assunti senza necessità o in modo sbagliato;
- gli Stati membri possono riservare la vendita di medicinali al dettaglio ai soli farmacisti in considerazione delle garanzie che questi ultimi devono offrire e delle informazioni che essi devono essere in grado di dare al consumatore;
- i medicinali devono essere distribuiti da farmacisti che godano di effettiva indipendenza professionale;
- l'interesse privato del farmacista connesso alla finalità di lucro viene temperata dalla sua formazione, dalla sua esperienza professionale e dalla responsabilità ad esso incombente, considerato che una eventuale violazione delle disposizioni normative o deontologiche comprometterebbe non solo il valore del suo investimento, ma altresì la propria vita professionale;
- i non farmacisti non forniscono le stesse garanzie fornite dai farmacisti.

Alla luce di tutte le considerazioni di cui sopra, la Corte ha concluso che uno Stato membro può ritenere che la gestione di una farmacia da parte di un non farmacista possa rappresentare un rischio per la sanità pubblica.

Dopo questa sentenza, dunque, si può ritenere concluso il dibattito sui limiti posti alla distribuzione di farmaci, proprio a causa delle peculiarità dei beni e del superiore interesse pubblico alla salute collettiva.

Legittime pertanto vanno ritenute le restrizioni sia con riferimento alla gestione di farmacie, pubbliche e private, sia con riferimento alla grande distribuzione che non può valutare i farmaci come una merce qualunque.

Paolo Guida

-
- 1)** In generale sulla normativa del settore farmaceutico vedi: R. B. NICOLOSO, *Il sistema farmacia*, Milano, 2001; F. CINTIOLI – F. GUERRERA, *Gli effetti legali del trasferimento*, in F. GUERRERA (coordinato da), *I trasferimenti di azienda (Il diritto privato oggi*, a cura di Paolo Cendon), Milano, 2000, 211, spec. 367 ss.; G. MELEGARI, *Problematiche del trasferimento di farmacia*, in *L'azienda-Argomenti di interesse notarile (Nuovi quaderni n. 22 di Vita Notarile)*, Palermo, 1998, 105; G. LEOPARDI, (a cura di), *Guida professionale del farmacista*, Milano, 1994; G. FERRARI, *Riflessioni giurisprudenziali in tema di farmacia*, Roma, 1992; M. GOLA, voce *Farmacia e farmacisti*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI, Torino, 1991; R. FERRARA, voce *Farmacia*, in *Enc. Giur. Trecani*, vol. XIV.
 - 2)** L'articolo 119, comma 1°, prevedeva che "*Il titolare autorizzato di ciascuna farmacia è personalmente responsabile del regolare esercizio della farmacia stessa e ha l'obbligo di mantenerlo ininterrottamente secondo le norme che, per ciascuna provincia, sono stabilite dal prefetto con provvedimento definitivo, avuto riguardo alle esigenze dell'assistenza farmaceutica nelle varie località e tenuto conto del riposo settimanale.*"

- 3)** In particolare l'art. 20 stabilisce che il trasferimento debba avvenire a norma dell'articolo 12 della medesima legge (il cui testo è riportato *infra*) e, trascorso il termine di un anno senza che abbia avuto luogo il trasferimento, le farmacie anzidette devono essere assegnate secondo le modalità stabilite dagli articoli 9 e ss, quindi, ai comuni o all'amministrazione ospedaliera che possono esercitare la prelazione.
- 4)** Ai sensi dell'art. 12 comma 3 "il trasferimento del diritto di esercizio della farmacia deve essere riconosciuto con decreto del medico provinciale." Sulla natura giuridica del "riconoscimento" in oggetto vedi per tutti B.R. NICOLOSO, *Il sistema farmacia*, Roma, 2001, 228.
In giurisprudenza Cass. S.U. 2 giugno 1988 n. 3766, in *Rass. dir. farmaceutico*, 1989, 733; Cass. 27 dicembre 1994 n. 470 in *Foro amm.*, 1995, 417; Cass. 3 febbraio 1993 n. 1315, in *Foro it.* 1993, I, c. 1722; Cass. 26 ottobre 1988 n. 71, in *T.A.R.*, 1988, I, 3692; Cass. 9 novembre 1985 n. 5470, in *Foro it.*, 1986, I, c. 983; Cass. 9 novembre 1985 n. 5471, in *Foro it.*, 1986, I, c. 982; Cass. 10 ottobre 1984 n. 458, in *Foro amm.*, 1985, 575; Cass. 30 dicembre 1982 n. 915, in *Cons. Stato*, 1982, IV, 1540.
- 5)** In ordine alla determinazione del momento in cui può ritenersi avvenuto il trasferimento della titolarità di una farmacia vedi espressamente Cass. 8 novembre 1983, n. 6587, in *Foro it.*, 1984, I, 465. Per maggiori approfondimenti vedi C. ANGELICI, *Sul trasferimento di una farmacia*, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi e materiali*, 1995-1997, Milano 1998, 5.1, 89.
- 6)** Secondo il primo comma dell'articolo 11 "Il titolare della farmacia ha la responsabilità del regolare esercizio e della gestione dei beni patrimoniali della farmacia".
- 7)** L'articolo 12 recita testualmente: "E' consentito il trasferimento della titolarità della farmacia decorsi tre anni dalla conseguita titolarità. Il trasferimento può aver luogo solo a favore di farmacista che abbia conseguito la titolarità o che sia risultato idoneo in un precedente concorso. Il trasferimento del diritto di esercizio della farmacia deve essere riconosciuto con decreto del medico provinciale. Il farmacista che abbia ceduto la propria farmacia ai sensi del presente articolo non può concorrere all'assegnazione di un'altra farmacia se non sono trascorsi almeno dieci anni dall'atto del trasferimento. A tal fine, il medico provinciale della provincia in cui ha sede l'esercizio ceduto è tenuto a segnalare l'avvenuto trasferimento al Ministero della sanità. Il farmacista titolare al momento del trasferimento decade dalla precedente titolarità. Al farmacista che abbia trasferito la propria farmacia è consentito, per una volta soltanto nella vita, ed entro due anni dal trasferimento, di acquistare un'altra farmacia senza dover superare il concorso per l'assegnazione di cui al quarto comma. Al farmacista che abbia trasferito la titolarità della propria farmacia senza acquistarne un'altra entro due anni dal trasferimento, è consentito, per una sola volta nella vita, l'acquisto di una farmacia qualora abbia svolto attività professionale certificata dall'autorità sanitaria competente per territorio, per almeno 6 mesi durante l'anno precedente l'acquisto, ovvero abbia conseguito l'idoneità in un concorso a sedi farmaceutiche effettuato nei due anni anteriori. Il trasferimento di farmacia può aver luogo a favore di farmacista, iscritto all'albo professionale, che abbia conseguito l'idoneità o che abbia almeno due anni di pratica professionale certificata dall'autorità sanitaria competente. Il trasferimento della titolarità di farmacia, a tutti gli effetti di legge, non è ritenuto valido se insieme col diritto di esercizio della farmacia non venga trasferita anche l'azienda commerciale che vi è connessa, pena la decadenza."
- 8)** Sui risvolti tributari del trasferimento di farmacia vedi G. PETRELLI, *Trasferimento di farmacia, riconoscimento amministrativo e decorrenza dell'obbligo di denuncia dell'avveramento di condizione*, Studio n. 47/a/2002 T, approvato in Commissione Studi Tributari del CNN il 20 luglio 2002, in *Studi e Materiali del CNN*, Milano, 2003, pag. 163
- 9)** Per Cass. 14 marzo 1990 n. 2091, in *Foro It.* 1991, I, 555, sono radicalmente nulli i negozi (tra vivi o anche a causa di morte) in contrasto con la norma, precisando che si tratta di "nullità virtuale e non testuale"
- 10)** Per gli orientamenti giurisprudenziali vedi A. ASTOLFI, Relazione al Convegno svoltosi a Milano il 12 ottobre 1990 sul tema *Società ed associazione tra professionisti nella gestione della farmacia*, in *Rass. di dir. Farmaceutico*, 1991, p. 5 ss; G. MELEGARI, *Le società di gestione della farmacia*, in *Rivista del notariato*, 1992, p. 161 ss.
- 11)** La prassi in materia ad esempio, ha fatto utilizzare gli strumenti della impresa familiare e della associazione in partecipazione.

- 12)** Per una casistica relativa alla ipotesi di trasferimento di farmacie in generale vedi B.R. NICOLOSO, *op.cit.*, p. 240.
- 13)** Secondo l'articolo 7, commi 1-7, nel testo previgente, *"La titolarità dell'esercizio della farmacia privata è riservata a persone fisiche, in conformità alle disposizioni vigenti, a società di persone ed a società cooperative a responsabilità limitata che gestiscano farmacie anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge.*
Le società di cui al comma 1 hanno come oggetto esclusivo la gestione di una farmacia. Sono soci della società farmacisti iscritti all'albo della provincia in cui ha sede la società, in possesso del requisito dell'idoneità previsto dall'articolo 12 della legge 2 aprile 1968 n. 475, e successive modificazioni.
La direzione della farmacia gestita dalla società è affidata ad uno dei soci che ne è responsabile. Il direttore, qualora si verificano a suo carico le condizioni previste dal comma 2 dell'articolo 11 della legge 2 aprile 1968 n. 475, come sostituito dall'articolo 11 della presente legge, è sostituito temporaneamente da un altro socio.
Ciascuna delle società di cui al comma 1 può essere titolare dell'esercizio di una sola farmacia e ottenere la relativa autorizzazione purché la farmacia sia ubicata nella provincia ove ha sede legale la società.
Ciascun farmacista può partecipare ad una sola società di cui al comma 1.
La gestione delle farmacie private è riservata ai farmacisti iscritti all'albo della provincia in cui ha sede la farmacia."
- 14)** Vedi Trib. Udine, 11 maggio 1993, in *Giur. Comm.*, 1995, 268 ss, che in tal senso dispone che <<...Può essere omologato l'atto costitutivo di una cooperativa i cui soci siano soggetti titolari di farmacia, essendo ammissibili cooperative tra imprenditori di piccole o medie dimensioni ed essendo i farmacisti imprenditori commerciali piccoli o medi, a condizione che vengano esplicitamente escluse dallo statuto le prestazioni demandate dalla legge all'esclusiva competenza dei farmacisti in quanto professionisti (intellettuali) sanitari>>, con nota di E. ROCCHI, *"Qualche considerazione in tema di esercizio in forma associata delle attività inerenti o strumentali alle professioni intellettuali"*.
 Per converso, <<...l'attività di commercio al minuto di medicinali non è esercitabile da società di capitali...>> (art. 7 Legge 8 novembre 1991 n. 362) in *Raccolta delle massime, Commissione di studio per uniformare la giurisprudenza in materia di omologa di atti societari nel Triveneto*, 1998, 21.
- 15)** Si veda, al riguardo, P. MONTALENTI, *Gestione associata di una farmacia e modelli societari*, in *Rass. dir. Farmaceutico*, 1991, p. 26; G. MELEGARI, *op. cit.*, p. 161 ss..
- 16)** Art. 8 comma 2° L. 362/1991: *"Lo statuto delle società di cui all'articolo sette ed ogni successiva variazione sono comunicati alla federazione degli ordini dei farmacisti italiani nonché all'assessore alla sanità della competente regione o provincia autonoma, all'ordine provinciale dei farmacisti e alla unità sanitaria locale competente per territorio, entro sessanta giorni dalla data dell'autorizzazione alla gestione della farmacia."*
- 17)** Anche nel nostro caso occorre valutare i limiti posti dalla legislazione sull'oggetto sociale con riferimento ad astratta indicazione ed esercizio concreto.
- 18)** La circostanza che l'oggetto sociale debba ricondursi ad un'attività e non ad una o più tipologie di atti appare ormai pacificamente condivisa sia in dottrina che in giurisprudenza. Tra gli altri, F. DI SABATO, *Sull'oggetto sociale: problemi interpretativi e di coordinamento tra atto costitutivo e statuto*, in *Riv. Dir. Imp.*, 1994, 16 ss.; G. LA VILLA, *L'oggetto sociale*, Milano, 1974, 73 ss.; App. Genova 24 giugno 1988, in *Giur. It.*, 1988, I, 2, 623 ss.; Trib. Genova 11 luglio 1987, in *Società*, 1987, 1076 e in *Riv. Not.*, 1988, 451 ss..
- 19)** Per un esame delle società "senza oggetto sociale" vedi M. BIANCA, *Le società con oggetto sociale "unrestricted": un esempio da imitare?*, in *Giur. Comm.* 2009, I, 293.
- 20)** La Commissione Europea il 28 giugno 2006 aveva deferito l'Italia alla Corte di giustizia per incompatibilità delle disposizioni sulla titolarità delle farmacie al pubblico con alcune parti del Trattato comunitario (art. 43 in tema di libertà con stabilimento di imprese; art. 56 in tema di libera circolazione) (IP/06/858) denunciando la posizione eccessivamente restrittiva della legislazione farmaceutica in ordine al divieto d'acquisizione di partecipazioni da parte di imprese aventi un'attività di distribuzione di medicinali in società farmaceutiche private o in farmacie comunali

ed in ordine alla riserva di titolarità di farmacie private ai soli farmacisti o alle sole persone giuridiche composte da farmacisti. Per ulteriori approfondimenti vedi <http://www.europa.eu> e <http://www.farmacista33.it>. Con la sentenza del 19 maggio 2009 - analizzata nel successivo paragrafo 5) - la Corte ha poi ritenuto leciti tali limiti.

- 21)** Sul punto vedi E. ROCCHI, *op. cit.* 272 ss.
- 22)** Per tutti vedi V. ALLEGRI, *Gli amministratori*, in A.A.V.V., *Diritto commerciale*, Bologna, 1995, 363-364; E. BERTACCHINI, *Oggetto sociale e interesse tutelato nelle società per azioni*, Milano, 1995; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1992, p. 497; V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, 1991, IV, 188; F. GALGANO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura dello stesso GALGANO, Padova, 1988, 289; G. CASELLI, *Oggetto sociale e atti ultra vires*, Padova, 1970, 42; E. ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, 398, CERAMI, *Gli atti estranei all'oggetto sociale*, in *Riv. soc.*, 1959, 653 ss.; per i quali non esiste una categoria di atti che per loro natura possano qualificarsi rientranti nell'oggetto sociale, né tanto meno estranei allo stesso, dovendosi, di volta in volta, valutare la pertinenza dell'atto all'oggetto sociale, tenendo conto delle sue concrete caratteristiche e della situazione in cui l'atto si va ad inserire.
- 23)** Cass. 15 giugno 2000, n. 8159, in *Le società*, 2000, 1187; Cass. 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, 2317, con nota di P. MONTALENTI; in *Foro it.*, 2000, 2936, con nota di G. LA ROCCA; Cass. 13 febbraio 1992, n. 1759, in *Le società*, 1992, 794 con nota di S. RONCO, in *Corr. giur.*, 1992, 877 con nota di G. LOMBARDI; in *Giur. comm.*, 1993, II, 502, con nota di G. SPAGGIARI; in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, II, 503, con nota di M. LAMANDINI, in *Dir. fall.*, 1992, II, 685; App. Roma 22 febbraio 1996, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 643, con nota di SCALIA; in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, II, 530; in *Foro it.*, 1997, I, 1612; App. Genova 30 novembre 1987, in *Le società*, 1988, 371; Trib. Salerno 15 aprile 2000, in *Vita not.*, 2000, 1518; Trib. Treviso 22 novembre 1997, in *Dir. fall.*, 1998, II, 960; Trib. Milano 20 ottobre 1997, in *Giur. it.*, 1998, 965; in *Le società*, 1998, 427, con nota di F. ZUCCONI, in *Vita not.*, 1998, 1034; Trib. Milano 20 giugno 1991, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 854, con nota di R. WEIGMANN ed in *Giur. comm.*, 1992, II, 101.
- 24)** Per un'ampia ricostruzione delle posizioni in merito all'individuazione dei limiti dell'oggetto sociale si veda F. TASSINARI, *Validità della fideiussione prestata a favore di altra società dello stesso gruppo*, in *Notariato*, 1999, 8 ss.
- 25)** Nel senso che la soluzione adottata dal legislatore è quella dell'obbligo di individuazione del settore merceologico, soluzione che comunque consentirebbe ancora una certa genericità dell'atto costitutivo attraverso l'individuazione multipla di più settori merceologici cfr. Parere della II Commissione (Giustizia) del Senato, in *Riv. Soc.*, 2002, 1658.
- 26)** B. IANNIELLO, *La riforma del diritto societario. Guida sistematica e comparata alla nuova disciplina delle società di capitali e cooperative*, Milano, 2003, 69; in senso dubitativo V. SALAFIA, *Amministrazione e controllo delle società di capitali nella recente riforma societaria*, in *Le Società*, 2002, 1466, ritengono che la natura dell'oggetto, individuato nello statuto, in sé delimita il potere di rappresentanza dell'amministratore. Seguendo tale impostazione, l'unica differenza con la vecchia disciplina riguarderebbe, quindi, solo la posizione del terzo, al quale l'estraneità all'oggetto sociale sarà opponibile se sarà in dolo, non rilevando più la semplice mala fede. Di diverso avviso A. MAFFEI ALBERTI, *Il nuovo diritto delle società, Commento sistematico al D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, aggiornato al D. lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, Padova, 2005, 41 secondo il quale << l'art. 2384 c.c. nuovo testo attribuisce al rappresentante sociale una legittimazione generale a prescindere dall'inerenza o estraneità del singolo atto all'oggetto sociale indicato nell'atto costitutivo, superando il diverso sistema fino ad oggi vigente, secondo cui l'atto ultra vires era in linea di principio al di fuori della legittimazione del rappresentante, salvo il limite di opponibilità derivante dalla necessità della prova della mala fede del terzo.>>.
- 27)** Sul punto A. PUBUSA, *Poteri di rappresentanza degli amministratori di società per azioni e loro limiti ai sensi degli articoli 2384 e 2384 bis c.c.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1972, I, 387; E. GLIOZZI, *Gli atti estranei all'oggetto sociale nella società per azioni*, Milano, 1970, 125; Cass. 14 settembre 1976, n. 3150, in *Giur. Comm.*, 1977, II, 771; App. Bologna 26 marzo 1992, in *Giur. comm.*, 1993, II, 502, con nota di G. SPAGGIARI; Trib. Salerno 15 aprile 2000, in *Vita not.*, 2000, 1518;. In senso contrario cfr. Trib. Milano 20 ottobre 1997, in *Le società*, 1998, 4, 427, secondo

cui l'estraneità o meno di un negozio rispetto all'oggetto sociale deve essere apprezzato non ex ante, ma con valutazione incentrata sul singolo caso, in relazione alla concreta idoneità dell'atto al perseguimento dell'oggetto sociale; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2001, XI ed. a cura di C. ANGELICI e G. FERRI, 404; G. FERRI, *Fideiussione prestata da società, oggetto sociale, conflitto di interessi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1959, II, 27. In tal senso Cass. civ., Sez. I, 15 giugno 2000, n. 8159, in *La Legge (dvd-rom)*, Milano, 2003; App. Bologna, 26 marzo 1992, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 502, che sostengono la non estraneità all'oggetto sociale dell'atto compiuto dagli amministratori in nome della società se idoneo in concreto a soddisfare un interesse economico, sia pure mediato e indiretto, ma giuridicamente rilevante, della società.

28) Articolo 10 Legge 362/1991: "*Il primo comma dell'articolo 9 della legge 2 aprile 1968 n. 475, è sostituito dal seguente: <<la titolarità delle farmacie che si rendono vacanti e di quelle di nuova istituzione a seguito della revisione della pianta organica può essere assunta per la metà dal comune. Le farmacie di cui sono titolari i comuni possono essere gestite, ai sensi della legge 8 giugno 1990 n. 142, nelle seguenti forme:*

In economia;

A mezzo di azienda speciale;

A mezzo di consorzi tra comuni per la gestione delle farmacie di cui sono titolari;

A mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità. All'atto della costituzione della società, cessa di diritto il rapporto di lavoro dipendente tra il comune e gli anzidetti farmacisti.>>."

29) O. BOSSI – E. JORIO, *Nuove possibilità di gestione in forma societaria per le farmacie comunali: qualche osservazione*, in *Rass. Dir. Farm.*, 1993, 403; in generale, sul problema, B.R. NICOLOSO, *La privatizzazione delle farmacie comunali attraverso le società partecipate di gestione*, in *Sanità pubbl.*, 1993, 473.

30) Per maggiori approfondimenti circa la discussa definizione di "servizi di rilevanza economica" in dottrina vedi S. COLOMBARI, *Nuova disciplina dei servizi pubblici locali e farmacie comunali: indelegabilità, integrazione o specialità?*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1787 ss; T. TESSARO, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, in *Comuni d'Italia*, 2004, 20 ss.; in giurisprudenza vedi Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 2005, n. 1354 in [http://: www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che peraltro sembrerebbe escludere la rilevanza economica solo laddove la farmacia sia gestita senza produzione di profitto.

31) Si precisa che la disposizione è stata oggetto parzialmente di declaratoria di incostituzionalità (Corte Cost. sent 13 luglio 2004, n. 272, in [http://:www.giurcost.org/decisioni/2004](http://www.giurcost.org/decisioni/2004)) non rientrando l'intervento del legislatore in materia di servizi pubblici "privi di rilevanza economica" nella materia della concorrenza, assegnata dall'art. 117 lett. e) Cost. alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

32) Tale disposizione consente indifferentemente il ricorso – nell'ambito della categoria società di capitali – tanto al modello s.r.l., quanto al modello s.p.a., senza peraltro, che siano stabiliti particolari requisiti in ordine al capitale minimo della società stessa e al limite minimo di partecipazione del socio pubblico. Vedi A. RUOTOLO, *Costituzione di farmacia comunale*, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi e materiali*, Milano, 2006, 2051.

33) Contro la possibilità che per la gestione della farmacia comunale possa essere utilizzato lo schema della S.r.l. con partecipazione minoritaria del comune, si veda il provvedimento del Tribunale di Trento n. 164 del 7 aprile 1998, in [http://: www.farmacitta.it/RassDirFarm/](http://www.farmacitta.it/RassDirFarm/). Si è invece pronunciato a favore il T.A.R. Emilia Romagna, sentenza n. 271 del 13 luglio 1998 sempre in [http://: www.farmacitta.it/RassDirFarm/](http://www.farmacitta.it/RassDirFarm/). Nello stesso senso A. RUOTOLO, *op. cit.*, 2051; vedi anche P. MINGHETTI e M. MARCHETTI, *Legislazione farmaceutica*, Milano, 2006, p. 150 ss.

34) A. ASTOLFI, *Prime considerazioni in tema di costituzione di società per l'esercizio di una farmacia*, in *Rass. Dir. Farm.*, 1991, 835; G. MELEGARI, *op. cit.*, 165.

35) In *Giurisprudenza Costituzionale*, 2003, p. 2274 ss.

36) Per un esame di tutte le novità introdotte dalla normativa del 2006 in campo sanitario vedi P. GUIDA, *L'oggetto delle società nel settore sanitario: farmacie, vendita di farmaci, case di cura*, in *Notariato*, 2008, p. 68.

37) Allo stato, dunque, il testo dell'articolo 7 della legge 362/1991, così come modificato, è il seguente: "La titolarità dell'esercizio della farmacia privata è riservata a persone fisiche, in conformità alle disposizioni vigenti, a società di persone ed a società cooperative a responsabilità limitata.

Le società di cui al comma 1 hanno come oggetto esclusivo la gestione di una farmacia. Sono soci della società farmacisti iscritti all'albo, in possesso del requisito dell'idoneità previsto dall'articolo 12 della legge 2 aprile 1968 n. 475, e successive modificazioni.

La direzione della farmacia gestita dalla società è affidata ad uno dei soci che ne è responsabile.

Il direttore, qualora si verificano a suo carico le condizioni previste dal comma 2 dell'articolo 11 della legge 2 aprile 1968 n. 475, come sostituito dall'articolo 11 della presente legge, è sostituito temporaneamente da un altro socio.

Ciascuna delle società di cui al comma 1 può essere titolare dell'esercizio di non più di quattro farmacie ubicate nella provincia dove ha sede legale.

Il trasferimento della titolarità dell'esercizio di farmacia è consentito dopo che siano trascorsi tre anni dal rilascio dell'autorizzazione da parte dell'autorità competente.

A seguito di acquisto a titolo di successione di una partecipazione in una società di cui al comma 1, qualora vengano meno i requisiti di cui al secondo periodo del comma 2, l'avente causa cede la quota di partecipazione nel termine di due anni dall'acquisto medesimo.

Il termine di cui al comma 9 si applica anche alla vendita della farmacia privata da parte degli aventi causa ai sensi del dodicesimo comma dell'articolo 12 della legge 2 aprile 1968, n. 475".

Si sottolinea all'uopo che la normativa in questione sembra non aver tenuto conto che la riforma del diritto societario ha eliminato la distinzione tra società cooperative a responsabilità limitata e società cooperative a responsabilità illimitata.

38) Anche qui occorre tener ben presente la differenza tra requisiti per la costituzione di una società di gestione di farmacia e requisiti per ottenere la titolarità della gestione di una farmacia.

39) In ordine alla possibilità di prevedere nell'oggetto sociale di una S.r.l. accanto al commercio di prodotti di erboristeria, la vendita di "prodotti medicali da banco e di automedicazione" vedi A. PAOLINI, *Oggetto sociale: prodotti di erboristeria e vendita di prodotti medicali da banco e automedicazione*", risposta al Quesito n. 34-2007/I del 2 aprile 2007, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi e materiali*, Milano, 2007, p. 1485 ss.

40) Vedi art. 4, comma 1°, lettere d), e) e f) del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 114

41) Nota "AS413" del 6 agosto 2007 in: <http://www.mnlf.it>. (movimento nazionale liberi farmacisti)

42) Ai sensi della norma citata "Gli esercizi commerciali di cui all'articolo 4, comma1, lettere d), e) e f), del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 114, possono effettuare attività di vendita al pubblico dei farmaci da banco o di automedicazione, di cui all'articolo 9-bis del decreto legge 18 settembre 2001 n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 novembre 2001 n. 405, e di tutti i farmaci o prodotti non soggetti a prescrizione medica, secondo le modalità previste dal presente articolo. E' abrogata ogni norma incompatibile.

La vendita di cui al primo comma è consentita durante l'orario di apertura dell'esercizio commerciale e deve essere effettuata nell'ambito di un apposito reparto, con l'assistenza di uno o più farmacisti abilitati all'esercizio della professione ed iscritti al relativo ordine. Sono, comunque, vietati i concorsi, le operazioni a premio e le vendite sotto costo aventi ad oggetto farmaci.

Ciascun distributore al dettaglio può determinare liberamente lo sconto sul prezzo indicato dal produttore o dal distributore sulla confezione del farmaco, purché lo sconto sia esposto in modo leggibile e chiaro al consumatore e sia praticato a tutti gli acquirenti. Ogni clausola contrattuale contraria è nulla. Sono abrogati l'articolo1, comma4, del decreto legge 27 maggio 200 n. 87 convertito, con modificazioni, dalla legge 26 luglio 2005 n.149, e ogni altra norma incompatibile."

43) Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 232 del 5 ottobre 2006 e in www.ministerosalute.it.

44) Corte di Giustizia Europea 19 maggio 2009, nelle cause C-531/06, *Notariato* 2009 pag. 368 con nota di C. LICINI, *Corte di Giustizia CE sui farmacisti italiani: paradigma delle professioni fra mercato e interesse pubblico comunitari*.