

Requisito della iscrizione all'albo per la gestione di attività farmaceutica in titolarità individuale

Autore: Tiziana Tagliatela

In: Giurisprudenza commentata

Commento alla ordinanza del Tar Campania-Napoli-Sez. V N. 01285/2018 che, in riferimento ad una sede **farmaceutica in titolarità individuale ed in ipotesi di sospensione sanzionatoria dell'autorizzazione all'esercizio, ha ribadito l'obbligo del requisito dell'iscrizione all'Albo del farmacista unico titolare**, non valendo per tale fattispecie la distinzione tra titolarità e gestione dell'attività, introdotta dalla legge 124/2017 (art. 43 del DPR n. 221 del 5/4/1950; D.L. n. 223 del 4/7/2006; art. 7, comma 7, Legge n. 362 del 8/11/1991; art. 1 c. 157 e ssg Legge n. 124 del 4/8/2017).

Volume

Premessa

L'ordinanza in oggetto, per quanto di non recentissima adozione, merita una doverosa evidenziazione in quanto, pur nella obbligata concisione delle pronunzie cautelari, ha rappresentato un (ad oggi isolato ma compiuto) tentativo di definizione dei limiti di estensione della legge n. 124 del 4/8/2017 e segnatamente in riferimento all'inapplicabilità alle farmacie a titolarità individuale delle figure gestionali introdotte dalla predetta riforma, costituendo un significativo e limpido chiarimento ricostruttivo per la successiva produzione giurisprudenziale.

Ed invero la recente giurisprudenza che si è pronunciata sui requisiti dei partecipanti delle società titolari dell'esercizio di farmacie, ed in particolare, tra le tante, la sentenza del Tar Lazio n. 5557 del 2/5/2019 (che ha ritenuto che i soci farmacisti, anche se di meri capitali e non coinvolti nella direzione della farmacia, siano comunque soggetti alle incompatibilità di cui all'articolo 8, comma 1, lett. c), della legge n. 375 del 1965[1]) ha preso atto dell'attualità delle problematiche determinate dall'avvenuto dirompente innesto della disciplina societaria nel sistema dell'esercizio delle farmacie[2], per effetto della legge 4 agosto 2017, n. 124 (art. unico, commi 157 e ss.)[3].

Com'è noto, con la novella del 2017 è stata infatti introdotta l'estensione anche alle società di capitali[4] della possibilità di esser titolari dell'esercizio delle farmacie private, nonché si è determinata l'abrogazione della previsione (già dell'art. 7 c. 2 legge 362/1991) relativa alla limitazione della partecipazione alla compagine a soli farmacisti iscritti all'albo ed in possesso dei requisiti di idoneità, così venendo tale requisito oggi richiesto esclusivamente per il farmacista, anche non socio, che abbia la

direzione della farmacia gestita dalla società, nella affermata separazione, frutto della novella, tra titolarità e gestione delle farmacie[5]

L'avvenuto inserimento di una disciplina di rottura, in bilico tra apertura concorrenziale[6] e la stratificata cultura normativa sul carattere professionale-personale dell'esercizio delle farmacie[7], ha determinato una serie di problematiche di definizione di ambito e di limiti (soprattutto in riferimento alla separazione, introdotta dalla legge, della titolarità rispetto alla gestione), che se da un lato hanno inevitabilmente involto una serie di profili di analisi sui requisiti dei soggetti societari e dei partecipanti all'attività[8], farmacisti e non, dall'altro potrebbero, come è capitato nel caso in esame, anche precludere a forzature volte ad estendere alcuni profili del modello societario anche alle farmacie individuali.

Sotto tale ultimo aspetto assume assoluta rilevanza la ricostruzione operata dalla ordinanza qui in commento.

La vicenda in esame

Con il provvedimento cautelare n. 1285/2018, il Tar Campania Napoli, Sez. V, ha rigettato la domanda del titolare di un **esercizio farmaceutico in un Comune della provincia di Napoli, che aveva impugnato il decreto dirigenziale regionale n. 257 del 11 maggio 2018, con il quale era stata disposta la sospensione della titolarità dell'esercizio farmaceutico e la chiusura ad horas della farmacia.**

Tale atto regionale era stato adottato in conseguenza della presa d'atto della nota dell'Ordine dei Farmacisti di comunicazione dell'avvenuta irrogazione della sanzione ordinistica della sospensione dall'Albo, a sua volta determinata dall'esecuzione della misura cautelare del divieto di esercitare la attività per la durata di un anno, emessa dal GIP del Tribunale di Napoli.

Con il proposto ricorso, il ricorrente aveva contestato il provvedimento regionale di presa d'atto della sospensione comminata dall'Ordine dei farmacisti, assumendo che, essendo solo il titolare dell'attività, il provvedimento interdittivo nei propri confronti non avrebbe comunque privato l'esercizio farmaceutico del collegamento ad un soggetto iscritto all'Albo, in quanto tale requisito sarebbe stato posseduto dal gestore della farmacia. A tali fini aveva postulato che l'intervenuta abrogazione dell'art. 7 comma 6 della legge 362/1991 disposta dall'art. 5 comma 6 del dl 223/2006 (che, abrogando il comma 7 della legge 362/1991, ha eliminato l'obbligo di iscrizione agli albi provinciale territorialmente corrispondenti alla sede della farmacia) [9] avrebbe escluso la necessità della iscrizione all'Albo professionale per i soggetti titolari degli esercizi, facendo permanere tale obbligo solo nei confronti di coloro che sono preposti alla direzione professionale delle farmacie.

Nonostante la sommaria delibazione della sede cautelare, il Tar Napoli ha rigettato sostanzialmente il

merito del ricorso, ritenendo lucidamente di specificare alcuni fondamentali presupposti e parametri di inquadramento della materia.

L'ambito normativo di riferimento

La modifica attuata dall'art. 5 c. 6 del DL n. 223 del 4/7/2006 (decreto convertito, con modificazioni nella legge 4 agosto 2006, n. 248) ha riguardato la eliminazione della obbligatorietà dell'iscrizione all'Albo della Provincia in cui ha sede la farmacia, lasciando così libero il professionista di scegliere un albo istituito presso qualsiasi sede del territorio nazionale, al quale deve comunque obbligatoriamente iscriversi. Tant'è che la successiva Legge 124 del 2017[10] ha confermato la normativa generale in tema di requisiti e presupposti indispensabili ai fini dell'apertura di un esercizio farmaceutico.

Rispetto alla residua vigenza di tali disposizioni, l'abrogazione dell'art. 7 comma 7 legge 362/1991 ha quindi avuto l'effetto esclusivo di elidere, in attuazione dei principi comunitari di concorrenza (e quindi di superamento degli effetti localistici dei titoli abilitanti), il solo riferimento al contesto territoriale provinciale dell'iscrizione all'albo, senza in alcun modo inficiare il diverso ambito (afferente alla qualificazione professionale, quale strumento di tutela del servizio all'utenza[11]) degli ineludibili presupposti per l'autorizzazione all'esercizio di cui agli artt. 4 e 8 della stessa legge 362/1991, che consistono nell'iscrizione agli Albi (non più provinciali), sia per l'esercizio individuale[12] che per le attività svolte in forma societaria.

Come ritenuto dalla Ordinanza in commento, rispetto a tali obblighi di iscrizione è evidente che non ha alcun pregio la distinzione (dedotta nel rigettato ricorso) tra una pretesa gestione/direzione professionale della farmacia (in riferimento alla quale sarebbe residuo l'obbligo di iscrizione agli Albi), ed invece la titolarità aziendale, per la quale non sarebbe viceversa più richiesta ex lege l'iscrizione, atteso che ai sensi della normativa vigente la differenziazione tra titolarità e gestione sussiste solo in ipotesi di un esercizio in forma societaria, cioè in fattispecie diverse dalla figura del farmacista unico titolare iscritto all'Albo.

Difatti, per quanto qui interessa, le modifiche apportate in tema di composizione societaria delle farmacie dalla Legge 124 del 2017 hanno riguardato solo il coordinamento tra la disciplina relativa al farmacista/persona fisica e quella inerente la farmacia/società, lasciando inalterato (anche formalmente tramite la locuzione contenuta nell'articolo 7 c. 1 legge 362/1991 "in conformità delle disposizioni vigenti"), il tessuto paradigmatico/normativo in cui si incardina la fattispecie gestoria della farmacia a titolarità individuale.

Considerazioni

Su tali presupposti, considerato che la legge 124/2017 ha lasciato inalterato il regime delle farmacie a titolarità individuale, l'ordinanza del Tar Campania 1285/2018 ha correttamente ritenuto la vigenza per tali fattispecie della necessaria interdipendenza tra la titolarità e gestione dell'esercizio di cui all'art. 11 c. 1 della legge 2/4/1968 n. 475 (" Il titolare della farmacia ha la responsabilità del regolare esercizio e della gestione dei beni patrimoniali della farmacia").

Tale interdipendenza è altresì evincibile dal disposto dell' art. 8, comma 3 ("Se è sospeso il socio che è direttore responsabile, la direzione della farmacia gestita da una società è affidata ad un altro dei soci."), che, prevedendo nella gestione societaria delle farmacie che la sostituzione del direttore possa avvenire solo attraverso la nomina a tale ruolo di un socio, limita l'effetto sostitutivo in favore esclusivo dei componenti la compagine societaria titolare dell'esercizio.

Se tali sono i limiti posti da una disciplina speciale è evidente che non è postulabile per estensione analogica che, nella diversa ipotesi della titolarità individuale dell'esercizio, il farmacista sospeso possa essere sostituito dalla non normativamente prevista figura del direttore, il quale, come tale e quale soggetto privo del rapporto concessorio cui beneficia il farmacista-datore di lavoro, sia legato da un mero rapporto interno con il titolare, estraneo agli atti istituzionali di preposizione all'esercizio della farmacia[13]

Mentre nell'ambito della gestione societaria della farmacia la individuazione di un socio direttore è infatti indispensabile ai fini della possibilità (prima ancora che della correttezza) dello svolgimento dell'attività in esame (di qui le opportune differenziazioni effettuali derivanti dall'eventuale sospensione dall'albo professionale previste dal citato art. 8), a fronte di una sicura imputazione del rapporto concessorio in favore del soggetto societario, viceversa, nell'ambito della gestione monosoggettiva, l'autorizzazione viene rilasciata in forza di un rapporto istituzionale di affidamento del servizio, che si basa sul riscontro del possesso di vari requisiti - tra cui appunto l'iscrizione all'Albo- che devono appartenere all'unico interlocutore/richiedente, che si propone e pone (rectius: deve porsi) come titolare "in quanto" gestore, la cui sospensione dall'Albo evidentemente esclude ogni possibilità di sostituzione di fatto.

Invero, va considerato che anche a seguito delle novità previste dalla legge sulla Concorrenza 124/2017 possono aprire una farmacia ed esserne titolari (art. 7 c. 1 legge 362/1991), oltre a società di persone, capitali e cooperative a responsabilità limitata, anche : "i farmacisti iscritti all'albo e forniti di idoneità professionale"

Poichè la norma stabilisce che solo i farmacisti idonei e iscritti all'albo possono essere titolari di una o più farmacie in forma individuale, ne consegue che l'autorizzazione a una persona fisica presuppone che il titolare sia responsabile della gestione patrimoniale e della conduzione tecnico-professionale della farmacia. Titolarità della farmacia e proprietà dell'azienda sono, quindi, inseparabili e seguono il medesimo destino amministrativo[14].

I rilievi del Tar Campania

Le predette argomentazioni sono state tutte suggellate dall'ordinanza della Sezione Quinta del Tar Campania, in oggetto, che, con straordinaria sintesi chiarificatrice, ha riassunto l'intera disciplina applicabile, specificando che le modifiche apportate dall'abrogazione dell'obbligo di iscrizione territoriale non hanno alterato i requisiti di qualificazione professionale e di appartenenza agli albi in capo ai titolari di farmacie, nonché ha affermato la natura di atto dovuto della dichiarata sospensione del titolo autorizzativo.

Infine, a rigetto della dedotta prospettazione di incostituzionalità per il caso che la separazione tra titolarità e gestione operata dalla legge 124/2017 non consentisse anche al farmacista in titolarità individuale di avvalersi di un direttore che lo potesse sostituire in caso di sua sospensione, ha ritenuto manifestamente infondata la sollevata questione di legittimità costituzionale quanto alla dedotta disparità di trattamento tra farmacisti individuali e farmacisti soci, quanto alle sostituzioni, trattandosi di fattispecie diverse e non rientrando il caso di specie nemmeno tra le ipotesi tassativamente previste.

Conclusioni

Da quanto normativamente ripercorso, emerge palmare e inconfutabile un dato fattuale e normativo assieme: il "titolare/gestore" di un esercizio farmaceutico in titolarità individuale deve essere iscritto nell'Albo per potere espletare l'attività di farmacista. E ciò sia alla luce della vigenza della richiamata normativa ex artt. 4,7 e 8 Legge 362/1991, sia del principio generale della ineludibilità del possesso del requisito della iscrizione all'albo professionale al fine di potere esercitare qualsivoglia attività professionale, a fortiori quelle che, come nel caso in esame, sono finalizzate alla tutela della salute pubblica.

Volume consigliato

Note

[1] P. Leopardi, Farmacie. Per il Tar Lazio le incompatibilità nell'assegnazione delle sedi restano valide anche se riguardano i soci di solo capitale, quotidianosanità.it, 7/5/2019.

[2] C. Duchi, Quali sono le incompatibilità compatibili?, Iusfarma 19 settembre 2017

[3] P. Guido, A., Ruotolo, D. Boggiali, Le Società per la gestione delle farmacie private, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n.75-2018/I

[4] A. Bramante, Società titolare di farmacia e di parafarmacia: limiti e ammissibilità, 14/03/2019, iusinitinere.it

[5] Art. 7 c. 3 legge 362/1991: “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”

[6] G. A. Ferro, Concorrenza “a l'Italienne” Osservazioni sulla recente apertura della titolarità di farmacie alle società di capitali e sul regime di incompatibilità dei soci, con precipuo riguardo al divieto di svolgere qualsiasi attività lavorativa, Università degli Studi di Enna Kore', unikore.it. L'A. definisce sotto alcuni profili l'intervento normativo comunque come consacrazione “di un mercato essenzialmente oligopolistico, rigidamente autoreferenziale e ostile all'entrata di potenziali newcomers”.

[7] Per il sistema previgente cfr. C. Angelici, Sul trasferimento di una farmacia, Studi e materiali, 5.1, 1995-1997, Milano 1998, 89.

[8] Si consideri che il Consiglio di Stato, con un parere espresso dalla Commissione Speciale, nominata dal suo Presidente con Decreto 9 novembre 2017, n. 136, nella adunanza del 22 dicembre 2017, su sollecitazione del Ministero della Salute con nota prot. 12257 del 3 novembre 2017, ha ritenuto che anche per le società di persone di gestione di farmacie è ammessa la partecipazione di soci non farmacisti, in quanto da un lato la lettera della norma non distingue tra società di capitali e società di persone, e dall'altro perché resta ferma la distinzione tra direzione della farmacia (prerogativa rimasta al farmacista) e gestione economica della azienda farmacia.

[9] Il comma 7 del previgente art. 7 della legge n. 362 del 08/11/1991 recitava: “La gestione delle farmacie è riservata ai farmacisti iscritti all'Albo della Provincia in cui ha sede la farmacia ”.

[10] Cfr. art. 1 c. 157 legge 124/2017 “ 157. All'articolo 7 della legge 8 novembre 1991, n. 362, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni: a) il comma 1 e' sostituito dal seguente: «1. Sono titolari dell'esercizio della farmacia privata le persone fisiche, in conformita' alle disposizioni vigenti, le societa' di persone, le societa' di capitali e le societa' cooperative a responsabilita' limitata».

[11] Per la Corte Costituzionale n. 216 del 9/7/2014 il regime delle farmacie rientra nella materia «tutela della salute», ma tale collocazione non esclude che «alcune delle relative attività possano essere sottoposte alla concorrenza». Le scelte legislative eventualmente volte ad implementare il mercato concorrenziale non devono, tuttavia, tradursi in un'alterazione del sistema stesso «che è posto, prima di tutto, a garanzia della salute dei cittadini»

[12] cfr. art. 4 legge n. 362 del 8/11/1991 “1. Il conferimento delle sedi farmaceutiche vacanti o di nuova istituzione che risultino disponibili per l'esercizio da parte di privati ha luogo mediante concorso provinciale per titoli ed esami bandito entro il mese di marzo di ogni anno dispari dalle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano. Sono ammessi al concorso di cui al comma 1 i cittadini di uno Stato membro della Comunità economica europea maggiori di età, in possesso dei diritti civili e politici e iscritti all'albo professionale dei farmacisti.....”

[13] T.A.R. Ancona, (Marche) sez. I, 09/10/2015, n.733 “ ... il titolare, se perde, anche solo per un periodo, i requisiti per l'esercizio dell'attività farmaceutica non può sostituire altri a sé stesso in quanto la sostituzione per motivi di salute del titolare di esercizio farmaceutico ex art. 11, l. 8 novembre 1991, n. 362, non comporta un trasferimento della concessione e costituisce solo lo strumento giuridico per ovviare all'esistenza di meri impedimenti materiali (e non giuridici) che inibiscono al titolare della farmacia di esercitare l'attività; la necessità della persistenza in capo al titolare dei requisiti necessari per l'espletamento dell'attività farmaceutica quale presupposto per l'esercizio della facoltà di sostituzione prevista dall'art. 11, l. 2 aprile 1968, n. 475, comporta che, ove, nel corso del rapporto, tali requisiti vengano meno per qualunque motivo, cessa la legittimazione anche del sostituto per il nesso di derivatività che caratterizza la sua posizione giuridica rispetto a quella del titolare...)

[14] T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 11 novembre 2009, n. 11085 e n. 11087; T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 21 marzo 2007, n. 2612

<https://www.diritto.it/requisito-della-iscrizione-allalbo-per-la-gestione-di-attivita-farmaceutica-in-titolarita-individuale/>