ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 21/11/2014

All'indirizzo http://www.diritto.it/docs/36685-brevi-cenni-sulla-natura-giuridica-del-servizio-farmaceutico-e-sulla-gestione-per-mezzo-di-societ-mista

Autore: Barbara Fenni

Brevi cenni sulla natura giuridica del servizio farmaceutico e sulla gestione per mezzo di società mista

Barbara Fenni

BREVI CENNI SULLA NATURA GIURIDICA DEL SERVIZIO FARMACEUTICO E SULLA GESTIONE PER MEZZO DI SOCIETA' MISTA

La prima disciplina legislativa del settore farmaceutico risale alla Legge Crispi n. 5849 del 1888 che ne evidenzia la rilevanza pubblicistica, "sia pure ispirata ai principi del libero esercizio della farmacia come impresa commerciale, esercitabile da chiunque, con la mera osservanza *dell'obbligo di affidare la direzione alla responsabilità di un farmacista*"[1].

Con la legge Giolitti n. 468 del 1913 il servizio farmaceutico viene a configurarsi come servizio pubblico esercitato dai Comuni direttamente o mediante concessione ai privati selezionati tramite pubblico concorso. Tale impostazione viene mantenuta anche nei successivi interventi legislativi[2], mentre è con la l. n. 833 del 1978 che, esplicitamente, il legislatore fa rientrare l'assistenza farmaceutica tra le funzioni affidate al Sistema Sanitario Nazionale[3].

Il servizio farmaceutico è dunque un servizio pubblico diretto ad assicurare, attraverso l'adeguata e razionale distribuzione dei farmaci ai cittadini, la tutela della salute, ex art. 32 della Costituzione[4].

Tale servizio è affidato, ai sensi dell'art. 8 del d. lgs. 502 del 1992, a farmacie pubbliche e private che lo erogano per conto dalle Aziende Sanitarie Locali, sulla base di convenzioni di durata triennale, conformi ad accordi collettivi nazionali stipulati con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative[5].

---

[1] R. FERRARA, Salute e sanità, Giuffré, 2010, p. 233.
[2] Il riferimento è alle Leggi Mariotti nn. 221 e 475 del 1968, alla l. n. 892 del 1984 e da ultimo alla l. n. 362 del 1991.
[3] Art. 14, comma 3, della l. n. 833 del 1978.
[4] Molto ampia la dottrina sull'assetto e la disciplina del servizio farmaceutico. Tra gli altri si veda: M.S. GIANNINI, Le farmacie (problemi generali), in Rass. Amm. Sanità, 1963, p. 171 e ss; M. ANGELICI, *L'organizzazione del servizio* farmaceutico, Milano, Giuffré, 1972; R. FERRARA, voce *"Farmacia e farmacisti"*, in Enc. giur. Treccani, XIV, Roma, Ed. Enc. it., 1989; B. R. NICOLOSO, La farmacia tra impresa e pubblico servizio, in Ragiufarm, 1998, n. 46, p. 44 e ss; G. FERRARI, *Farmacie e farmacisti nell'ordinamento giuridico italiano e nell'elaborazione* giurisprudenziale, Roma, Istituto Editoriale Regioni Italiane, 2003; L. IANNOTTA, *L'assistenza farmaceutica come servizio pubblico*, in Servizi pubblici e appalti, 2003, p. 49 e ss.
[5] M. MARCHETTI, Servizio sanitario nazionale e sistema farmaceutico, in I rapporti tra le Usl e i presidi sanitari ed il sistema delle convenzioni in attuazione della legge di riforma sanitaria, Atti del Convegno (Bologna-Faenza 1981), Milano, Giuffrè, 1982, p. 95 e ss.

Il rapporto che intercorre tra il titolare della farmacia e la A.S.L. per effetto della convenzione non ha carattere privatistico integrando, al contrario, una concessione di pubblico servizio[6], come riconosciuto dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 652 del 3 febbraio 1986, che si caratterizza per gli ampi poteri di vigilanza e di controllo spettanti all'amministrazione.

Si tratta, dice la dottrina[7], di "un servizio pubblico in senso oggettivo"[8], ovvero "*di un'attività* pubblica che non appartiene a quelle di spettanza necessaria della pubblica amministrazione, ma che può essere gestita dai comuni (e dalle aziende ospedaliere) e dai privati sotto la direzione e il *controllo di un pubblico potere (...)*".

L'esercizio della farmacia, sia come servizio pubblico che come servizio sociale, è dunque possibile grazie ad una concessione costitutiva di un diritto che non rientra nella sfera giuridica della pubblica amministrazione ma che riguarda un settore sottoposto al suo controllo, a cui è correlata una posizione di interesse legittimo del destinatario rispetto al provvedimento di concessione ma di diritto soggettivo relativamente al rapporto patrimoniale che allo stesso consegue.

Quanto detto trova conferma anche nella recente giurisprudenza. Si legge nella sentenza del Tar Piemonte, sez. II, n. 767 del 14 giugno 2013 che "la gestione delle farmacie comunali da parte *degli Enti locali deve considerarsi realizzata "in nome e per conto" del Servizio Sanitario Nazionale, come tale non essendo riconducibile né nell'ambito dei servizi di interesse generale* nella d*efinizione comunitaria, né alla disciplina sui servizi pubblici locali secondo l'ordinamento* italiano; *piuttosto deve ritenersi che l'attività di gestione delle farmacie comunali costituisca esercizio di un servizio pubblico, trattandosi di un'attività rivolta a fini sociali ai sensi dell'art. 112 del d.lgs. n. 267/2000 (...)*"[9].

---

[6] Sulla natura concessoria o autorizzatoria del provvedimento che legittima l'apertura di una farmacia si veda in dottrina, tra gli altri, G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in Primo Trattato di diritto amministrativo italiano, a cura di V. E. ORLANDO, Milano, 1935, p. 433; A. AMORTH, Persona giuridica privata e servizio pubblico, in Foro lomb., 1932, I, p. 297; G. CATALDI, Il conferimento delle farmacie, Roma, 1947, p. 19; A. M. SANDULLI, Manuale di diritto amministrativo, X ed., Napoli, 1969, p. 362 e 631; G. LANDI, voce Farmacia, in Enc. Dir., vol. XVI, Milano, 1966, p. 836; F. FRANCHINI, Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti tra *l'amministrazione ed i privati*, Milano, 1957, p. 96 e ss.; R. VILLATA, Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata, Milano, Giuffrè, 1974, p. 212.

[7] M. SESTA, Erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie, Maggioli, 2014, p. 505.

[8] In senso critico si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui "nuovi" servizi pubblici*, in Riv. it. dir. pubb. com., 2002, p. 945.

[9] Nello stesso senso si veda Tar Campania Napoli, sez. V, sentenza 1 giugno 2011, n. 2939. Considera, invece, il servizio farmaceutico come servizio pubblico locale la Sezione controllo della Corte dei Conti per la Regione Lombardia (deliberazioni n. 195/2009/PAR e n. 196/2009/PAR) e il Tar Lazio nella sentenza n. 11697 del 2008.

Tuttavia se la differenza di tale servizio da quelli di interesse economico generale appare piuttosto evidente e pacifica[10], qualche problema in più pone la distinzione rispetto ai servizi pubblici locali[11], se non altro perché ad essa fa espresso rinvio la normativa di settore, ovvero la l. n. 475 del 1968.

In particolare, a proposito delle forme di gestione della farmacia comunale, l'art. 9 della l. 475 del 1968, come modificato dalla l. 8 novembre 1991, n. 362, afferma che "le farmacie di cui sono titolari i comuni possono essere gestite, ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142, nelle seguenti forme:

a) in economia;

b) a mezzo di azienda speciale;

c) a mezzo di consorzi tra comuni per la gestione delle farmacie di cui sono unici titolari;

d) 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".

La normativa di settore richiama, dunque, le forme organizzative previste dalla l. n. 142/1990 per i servizi pubblici di rilevanza economica, seppur con evidenti esclusioni e limitazioni[12].

Il riferimento alla l. n. 142 del 1990 è stato inteso dalla dottrina come un richiamo dinamico alla normativa che di volta in volta disciplina i modelli di gestione dei servizi pubblici locali, pur nel rispetto della disciplina di settore[13]. In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza[14].

---

[10] Il servizio di interesse economico generale come risulta dalla normativa comunitaria è inteso come quello diretto a soddisfare bisogni della collettività, come tali pubblici, ma non ha nulla a che vedere con quella funzionalizzazione dell'intervento pubblico che, al contrario, connota i servizi pubblici. In tal senso si veda D. SORACE, Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità, in Dir. pubb., 1999, p. 424. Sulla configurazione del servizio farmaceutico come servizio economico di interesse generale si veda M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata* (il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico), op. cit., pag. 96 e ss.

[11] A sostegno della tesi che esclude la configurazione del servizio farmaceutico dalla disciplina relativa ai servizi pubblici locali milita la circostanza che il comune, una volta esercitato il diritto di prelazione, non può cedere a terzi la titolarità della farmacia. In tal senso Cons. St., sez. V, 21 marzo 2011, n. 1724.

[12] Nello specifico non è prevista l'istituzione come modulo di gestione delle farmacie comunali, né la concessione di servizi, disciplinata ora dall'art. 30 del d.lgs. 163/2006, e rispetto al modello societario si precisa che la compagine sociale privata può essere costituita solo da farmacisti già dipendenti di farmacie di cui il comune è titolare.

[13] S. COLOMBARI, Nuova disciplina dei servizi pubblici locali e farmacie comunali: inderogabilità, integrazione o specialità?, in La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici, a cura di D. DE PRETIS, Trento, 2006; D. DE PRETIS, La gestione delle farmacie comunali in forma societaria. Modelli generali e modelli di settore, in La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici, a cura di D. DE PRETIS, Trento, 2006. In senso contrario si segnala D. DE GRAZIA-S. MENICHETTI, *Il "servizio farmaceutico" e le forme di gestione delle farmacie comunali tra* riforma dei servizi pubblici locali e nuovo titolo V della Costituzione, in Sanità pubblica e privata, 2003, p. 803.

[14] Cons. St., sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207.

Per quanto concerne nello specifico il modello societario, questo è stato introdotto al comma 1 lett. d) dell'art. 9 della l. 475 del 1968 dall'art. 10 della l. n. 362 del 1991. La norma, come innovata, introduce la formula della società mista da costituire tra il comune ed i farmacisti che all'atto della costituzione sono già dipendenti di farmacie di cui il comune è titolare[15]. La disciplina di settore nulla dice in merito al requisito della partecipazione pubblica maggioritaria che trova, tuttavia, applicazione in virtù del richiamo alla legge n.142 del 1990[16].

L'elencazione contenuta nella Legge Mariotti del 1968, tuttavia, non deve ritenersi tassativa perché a tale modello previsto specificamente dalla normativa di settore si sono affiancati nel tempo altre forme societarie, introdotte di volta in volta dalle diverse modifiche alla l. n.142 del 1990.
Si legge nella pronuncia della Corte dei Conti, sezione Lombardia, n. 489 del 26 settembre 2011 che "la previsione di uno schema societario non rientrante nel novero delle modalità di resa del *servizio elencate nella legge "Mariotti" non può che essere irrilevante ai fini della validità dello* strumento giuridico prescelto dalla pubblica amministrazione per perseguire i propri fini. I modelli di *gestione del servizio di farmacia comunale previsti dall'art. 9 della legge 2 aprile* 1968, n.475, non hanno, dunque, carattere tassativo".

In tal senso, l'art. 12 della legge 23 dicembre 1992 n. 498 aveva consentito la partecipazione anche minoritaria del comune alla società mista e la possibilità che il socio privato fosse soggetto diverso dal farmacista dipendente.
La disposizione era stata successivamente abrogata con l'entrata in vigore del d.lgs. 267/2000 ma riprodotta nell'art. 116 dello stesso T.U.E.L., secondo cui la gestione dei servizi privi di rilevanza industriale di cui all'art. 113-bis[17] poteva avvenire a mezzo di "società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria anche in deroga ai vincoli derivanti da disposizioni di legge specifiche"[18].
Secondo la dottrina[19] l'abrogazione operata dal d.lgs. n. 267/2000 avrebbe riguardato, seppur implicitamente, anche lo stesso art. 9 della l. 475 del 1968, cosicché sarebbe venuto meno non solo

---

[15] Un primo tentativo di ampliare l'ambito soggettivo di applicazione c'è stato con la l'art. 12 della l. 498 del 1992 che ha previsto la possibilità di costituire società con soggetti diversi dai farmacisti dipendenti. Tale norma, abrogata in parte dall'art. 274 del T.U.E.L, che ne ha soppresso i commi 1, 3, 4, 5, 7 e 8, è stata riprodotta dall'art. 116 del d. lgs. n. 267/2000.
[16] D. DE PRETIS, La gestione delle farmacie comunali in forma societaria, op. cit., p. 71 e ss.
[17] Il servizio farmaceutico, secondo la distinzione all'epoca vigente tra servizi a rilevanza industriale o meno, era privo di rilevanza industriale ed in quanto tale disciplinato dall'art. 113-bis e non dal 113 del d.lgs. 267/2000.
[18] Il Consiglio di Stato nella sentenza n. 4280 del 2005 ha sostenuto che l'art. 116 deroga l'art. 10 della l. 362/1991 e consente la formazione di società di capitali con soci privati diversi di farmacisti impiegati presso le farmacie di cui è già titolare il comune.
[19] G. FORMICHETTI, Sulle incongruenze in materia di servizio farmaceutico esercitato a mezzo di società miste e sulla necessità opinabile di partecipare ad una gara per impugnarne il bando, in Foro amm., TAR, 2004, p. 679.

il vincolo della partecipazione pubblica maggioritaria ma anche quello che ammetteva quali soci privati della società mista solo farmacisti dipendenti di farmacie di cui il comune fosse già titolare.

A partire dalla riforma introdotta dal d. lgs. 269 del 2003 il criterio della rilevanza industriale è stato sostituito da quello della rilevanza economica. Per tale ragione la normativa di riferimento per le farmacie comunali è divenuta l'art. 113 e non più il 113-bis del T.U.E.L e, conseguentemente, l'affidamento della farmacia comunale poteva avvenire a favore di società di capitali totalmente private, individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, a favore di società miste con socio privato selezionato tramite gara o, infine, a società a capitale interamente pubblico, secondo il modello dell'in house providing[20].

L'art. 113 del d.lgs. 267/2000 afferma al comma 1 che "le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore", sancendo così la prevalenza di tale disciplina generale su tutte le discipline speciali con essa incompatibili.

Tale prevalenza è stata riconosciuta dalla stessa giurisprudenza amministrativa. "Le farmacie comunali, oltre che secondo le modalità di cui al citato art. 10, possono essere gestite anche da società per azioni (a proprietà pubblica maggioritaria o minoritaria) senza alcuna predeterminazione legale dei soci (farmacisti dipendenti del Comune), risultando in tal modo rimossa una situazione di privilegio in favore di questi ultimi assicurata dalla normativa preesistente (v. T.A-R. Emilia Romagna, Bologna, li, 7 aprile 1998, n. 164). Ed anche il rinvio (operato dall'art, 10 della legge n. 362 del 1991, sopra riportato) alla legge n. 142 del 1990 va inteso non solo e non tanto come applicabilità al servizio farmaceutico delle disposizioni recate dalla legge n. 142 in ordine alle forme gestionali (in economia, a mezzo di azienda speciale) tradizionali e comuni a tutti i servizi pubblici in generale, quanto, soprattutto, come applicabilità al servizio stesso di quelle 'nuove' forme (S.p.A- a proprietà pubblica, anche minoritaria) previste per la gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica ed imprenditoriale; ciò ferma restando, peraltro, la possibilità, lasciata alla scelte discrezionali dei Comuni, di costituire per tale servizio una società per azioni con i farmacisti dipendenti"[21].

Ancora, nella sentenza n. 637 del 2007, la V sezione del Consiglio di Stato ha affermato che "il *testo unico 18 agosto 2000 n. 267 del 2000 ha regolato l'intera materia delle forme giuridiche di*

[20] F. MASTRAGOSTINO, I servizi pubblici in concessione ed il servizio farmaceutico, in Sanità pubbl., 1995, p. 427. Si ricorda che il comma 5 dell'art. 113 del d.lgs. 267/2000 relativo alle forma di gestione dei servizi pubblici locali è stato abrogato dall'art. 12, comma 1, lett. a) del d. P.R. n. 168/2010, ma il riferimento al modulo della società mista trova conferma all'art. 116 del d.lgs. 267/2000 non modificato, sul punto, dai successivi interventi normativi.
[21] Tar Lombardia, Milano, n. 5373 del 12 giugno 2002.

prestazione dei servizi pubblici locali, determinando l'abrogazione delle leggi anteriori che regolavano le forme di prestazione *di singoli servizi, come appunto l'articolo 9, primo comma,* della legge n. 475 del 1968"[22].

Infatti, "*la normativa di cui all'art. 9 della l. 475/1968, nei limiti in cui è rimasta in vigore, può* comunque applicarsi solo nei limiti in cui è compatibile con la disciplina generale prevista in *materia di t.u.e.l. e nelle forme previste da esso (...)*"[23].

Sulle forme di gestione dei servizi pubblici ha poi inciso l'art. 23-bis del d. l. n. 122 del 2008, rubricato "servizi pubblici di rilevanza economica" che al comma 11 afferma esplicitamente che "l'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo".

La norma, dopo la modifica apportata dall'art. 15 del d. l. n. 135 del 25 settembre 2009, individua come modalità ordinaria di gestione dei servizi l'affidamento a privati selezionati tramite procedura ad evidenza pubblica[24] o a società mista[25], per limitare l'affidamento in house solo ad ipotesi eccezionali, ed esclude dall'ambito di applicazione di tale disciplina la gestione delle farmacie comunali, rinviando così implicitamente all'originaria regolamentazione di cui all'art. 9 della l. 475 del 1968.

Il disposto dell'art. 23-bis, venuto meno per effetto dell'esito referendario del giugno 2011, è stato nella sostanza reintrodotto dall'art. 4 del d. l. n. 138 del 2011 che, al comma 34, ha di nuovo escluso dall'ambito di applicazione della nuova normativa in materia di gestione dei servizi pubblici locali le farmacie comunali[26].

---

[22] Nello stesso senso si ricorda Cons. St., sez. V, n. 2110 dell'8 maggio 2007.

[23] Cons. St., sez. III, n. 3647 del 9 luglio 2013. Nello stesso senso si veda Tar Marche, Ancona, 3 marzo 2004, n. 103; Tar veneto, Venezia, sez. II, 17 giugno 2005 n. 2502; Tar Puglia, Bari, sez. I, n. 1085 del 17 aprile 2007; Cons. St., sez. V, n. 7336 del 6 ottobre 2010; Tar Campania, Salerno, sez. I, 27 ottobre 2011, n. 1729. In senso contrario si ricordano due recenti pronunce della magistratura contabile: Corte dei Conti, Marche, sez. contr., 7 agosto 2013, n. 57, e Corte dei Conti, Lombardia, sez. contr., 22 ottobre 2013, n. 456.

[24] Una parte della dottrina evidenzia come l'obbligo di esperire la gara imposto dal diritto comunitario per gli appalti pubblici di servizi, lavori e forniture sia spesso rispettato solo formalmente, dal momento che le amministrazioni procedenti inseriscono requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione sproporzionati che limitano la partecipazione di imprese alle gare, favorendo così quelle più legate all'ente locale.
Così affermano M. CLARICH-L. ZANETTINI, Servizi pubblici, in G. CORSO, V. LOPILATO (a cura di) Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali, Parte speciale, vol. II, Milano, 2006.

[25] C. VOLPE, Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione di un modello, in www.giustizia-amministrativa.it; G. PICCININI, Le società strumentali possono anche gestire servizi pubblici locali-Società miste, *inapplicabilità del divieto di cui all'art. 13 d. l.* 223/2006, in www.gazzettaamministrativa.it.

[26] Fanno eccezione oltre alla gestione delle farmacie comunali anche il servizio idrico integrato, salvo quanto previsto dai commi 19-27 dell'art.4, il servizio di distribuzione di gas naturale, il servizio di distribuzione di energia elettrica, il servizio di trasporto ferroviario regionale.

Tuttavia, la reintroduzione di norme nella sostanza identiche a quelle abrogate, ha posto le basi per l'intervento della Corte costituzionale che nella sentenza n. 199 del 2012 ne ha dichiarato l'illegittimità per violazione dell'art. 75 della Costituzione[27].

Ciò ha rideterminato la piena operatività del d.lgs. n. 267/2000, nel combinato disposto degli art. 113, 113-bis, 115 e 116, confermando così la possibilità anche per il farmacista privato di partecipare alla società mista per la gestione della farmacia comunale.

Sulla disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum abrogativo si veda in dottrina: S. STAIANO, I servizi pubblici locali nel decreto legge n. 138/2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario, in www.federalismi.it; G. PIPERATA, La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica, in Giornale di diritto amministrativo, 1/2012, p. 23 e ss.

[27] Per un commento alla sentenza si veda V. LEPORE, La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012, in www.amministrazioneincammino.it; C. VOLPE, *La "nuova normativa" sui servizi pubblici locali di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto "Lazzaro". Ma è vera resurrezione?*, in www.giustizia-amministrativa.it.