

DOTT. VALERIA AVETA
LA CASSAZIONE IN MATERIA DI APERTURA DI FARMACIE E DI PATTI IN DEROGA
(NOTA A SENTENZA)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez III, 8 febbraio 2013, n. 3080 – Pres. AMATUCCI, REL. DE STEFANO.

“Non può costituire comportamento illegittimo - e, quindi, tanto meno sanzionabile in via disciplinare - per un appartenente ad un ordine professionale, avvalersi di una facoltà riconosciuta da una norma di legge e disattendere le prescrizioni di un'intesa, pur liberamente raggiunta con gli altri professionisti, che, in quanto contratto atipico, siccome diretto a restringere e limitare convenzionalmente l'esercizio di facoltà legittimamente spettanti all'imprenditore, non supera il vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti”

“Il farmacista si sussume nella nozione di imprenditore rilevante ai fini della tutela della libertà della concorrenza: in relazione alla normativa nazionale e comunitaria, per "impresa" deve intendersi qualsiasi entità, la quale eserciti in modo organizzato e durevole un'attività economica sul mercato, al di là del suo status giuridico e della definizione che di essa diano i singoli ordinamenti nazionali”

“La garanzia del contingentamento territoriale dei turni, intesi come minimi di apertura e non anche di obbligatoria chiusura, sopperisce adeguatamente all'esigenza di una fruibilità diffusa sul territorio del mercato o servizio farmaceutico, oltretutto caratterizzato da una sempre maggiore fungibilità e liberalizzata reperibilità delle prestazioni e degli stessi beni offerti”

“L'aspetto di promozione della concorrenza costituisce una delle leve della politica economica pubblica e pertanto non può essere intesa solo in senso statico,, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quella accezione dinamica che giustifica misure volte a ridurre gli squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato.”

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Concorrenza, liberalizzazioni e obblighi di servizio pubblico nel settore farmaceutico. – 3. La recente riforma della normativa nazionale di settore verso una reale liberalizzazione. – 4. Validità e portata degli accordi tra professionisti nel regime di concorrenza dinamica.

1. Premessa

Con la sent. n. 3080/13 la Corte di Cassazione, sez. III, ha inteso sciogliere il nodo delle presunte questioni ostative alla liberalizzazione degli orari di apertura e

chiusura delle farmacie, anche chiarendo portata e validità degli accordi tra professionisti che, nel campo farmaceutico, hanno l'effetto di regolare, vincolandola, la turnazione degli esercizi commerciali.

Oggetto del giudizio innanzi alla S.C. era la richiesta di cassare una decisione della Commissione Centrale per gli esercenti le Professioni Sanitarie, con la quale era stata confermata la sanzione disciplinare disposta dall'Ordine dei Farmacisti della Provincia di Caserta nei confronti della titolare di una farmacia che non aveva rispettato gli orari di servizio e il riposo del sabato stabiliti da un accordo (limitativo) liberamente siglato con i colleghi, e successivamente cristallizzato all'interno di un provvedimento amministrativo dell'Asl di riferimento.

Il primo dei motivi di ricorso era la violazione della normativa regionale che regola gli orari di apertura e chiusura delle farmacie. Secondo parte ricorrente, l'Ordine aveva ignorato, infatti, che la riforma operata dalla L.R. Campania n.1/2007 aveva limitato – in ossequio alle indicazioni fornite dall'AGCM e in applicazione della normativa comunitaria antitrust – la disciplina delle modalità di erogazione del servizio alla sola previsione dell'orario di turno minimo. La riforma regionale sembrava mirare, in tutta evidenza, a liberalizzare gli orari massimi, lasciando ai farmacisti la libertà di incrementare l'offerta oltre il limite minimo stabilito per legge¹.

La previgente normativa prevedeva, infatti, all'art. 2, un orario settimanale non inferiore a 40 ore e non superiore a 44; essendo venuto il massimale, la previsione di un calendario di apertura obbligatoria assume i connotati di un "*obbligo minimo*"² di prestazione del servizio in capo alle farmacie destinatarie dell'ordine.

Proprio su quest'aspetto interveniva il suddetto accordo, reintroducendo i limiti che la legge aveva rimosso, resi poi coercibili attraverso l'uso di strumenti disciplinari. La limitazione andava a confondere fasi dell'organizzazione d'impresa rispondenti a logiche diverse non conciliabili: la previsione dell'orario minimo era finalizzata a disciplinare l'erogazione del servizio pubblico per garantire i diritti dell'utenza nell'accesso alle prestazioni socio-sanitarie, giustificando così limitazioni alle libertà d'impresa strettamente proporzionate alle esigenze di interesse generale; l'attività restante, invece, rientrava nell'alveo dell'iniziativa economica privata, oggetto di specifica garanzia costituzionale (art. 41) e comunitaria (art. 86 TFUE).

La S. C. si pronunciava nel senso che non può costituire comportamento illegittimo - e quindi tanto meno sanzionabile in via disciplinare - per un appartenente ad un ordine professionale, avvalersi di una facoltà riconosciuta da una norma di legge, anche disattendendo le prescrizioni di un'intesa tra professionisti. Quest'ultima, tra l'altro, in quanto contratto atipico - siccome diretto a restringere e limitare convenzionalmente l'esercizio di facoltà legittimamente spettanti al farmacista - non

¹ L'art. 3 l. b) L.R. Campania n. 7 /1980 , come inizialmente modificata dall'art. 36, L.R.Campania n. 1/2007, prevedeva che, fermo restando l'obbligo di garantire il numero di farmacie di servizio, le farmacie non di turno hanno la facoltà di restare aperte. Ulteriori modifiche di senso inverso hanno interessato la norma in oggetto (art. 1, comma 2 L.R. Campania n. 1 del 15 gennaio 2010; art. 2, L.R. Campania n. 15 del 1 dicembre 2010, art. 1 L.R. Campania n. 10 del 27 giugno 2011), reintroducendo limiti di apertura.

² Sentenza annotata

supera il vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti, ai sensi dell'art. 1322, cpv c.c. Afferma la Corte, al riguardo, che l'autonomia negoziale e il giudizio di meritevolezza degli interessi, aventi ad oggetto la cd. causa concreta³ del contratto, devono essere parametrati ai valori costituzionali, così come interpretati e reciprocamente influenzati dai principi dell'ordinamento dell'Unione Europea⁴.

Il mancato superamento del vaglio preliminare di meritevolezza del contratto atipico, pur non incidendo sulla struttura intrinseca dell'accordo, "*impedisce in radice di ricollegare ad esso qualsiasi effetto giuridico, tanto che l'accordo in parola non assurge, dal rango di mero fatto naturalisticamente inteso, a quello produttivo di effetti giuridici e resta estraneo all'ordinamento, tanto da non poter fondare alcuna pretesa, da quest'ultimo riconosciuta e coercibile dall'ordinamento stesso.*"⁵

2. Concorrenza, liberalizzazioni e obblighi di servizio pubblico nel settore farmaceutico.

Il servizio farmaceutico territoriale rappresenta, nei suoi profili organizzativi e funzionali, un significativo punto di emersione delle tensioni che coinvolgono alcuni ambiti dell'intervento pubblico nell'economia, tra volontà protezionistiche, spinte liberali e obblighi di prestazione⁶. Convergono, inoltre, in questo campo, profili disciplinari estremamente diversificati che, nel garantire il rispetto di «obblighi di servizio»⁷ - ossia di modalità di produzione e fornitura del servizio all'utenza - sono funzionali al raggiungimento di un alto livello qualitativo della prestazione erogata.

Nell'ambito degli obblighi di servizio rientrano sicuramente le prescrizioni riguardanti i tempi di apertura e chiusura degli esercizi⁸, tema fino ad oggi oggetto di una variegata e contrastante giurisprudenza e di un'ancor più variegata legislazione che, attraverso normative regionali spesso distoniche rispetto ai principi dell'ordinamento comunitario, ha reso il settore parzialmente impermeabile al vento di liberalizzazione europeo⁹.

In prima approssimazione, si potrebbe ipotizzare un'influenza diretta del diritto europeo sulla disciplina di settore, alla luce del criterio della disapplicazione delle

³ Corte di Cassazione, Sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 5.

⁴ Corte di Cassazione, Sez. III, 19 giugno 2009, n. 14343, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 6, 948

⁵ Sentenza annotata

⁶ Su questo punto si vedano: L. BOSCHI, *Gli effetti dei recenti interventi legislativi sulla disciplina del servizio farmaceutico* in *Sanità pubblica e privata*, 2012, fasc. 4, 103 ss.; S. COLOMBARI, *Specialità della disciplina amministrativa sulle farmacie comunali*, in *Dir. Amm.*, 2011, 419 ss; B. R. NICOLOSO, *Da un'apodittica liberalizzazione ad un'acritica razionalizzazione del sistema farmacia* in *Sanità Pubblica e Privata* 2012, fasc. 5, 5 ss; A. ANSELMO *I servizi farmaceutici* in *Rass. Avv Stato*, 2011, 54 ss.

⁷ Corte Costituzionale, 28 dicembre 2006, n. 448 in G. U. 03 gennaio 2007.

⁸ R. Lombardi, *La disciplina delle farmacie tra servizio pubblico e libera concorrenza*, in *www.giustamm.it*, 2009.

⁹ Come noto, di contro, nell'ambito della regolazione dei mercati, l'influenza del diritto comunitario appare dirompente. Su questo punto si rinvia a: G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010; G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europea*, tomo I, Milano, 1997; A. Gozi, *Il Governo dell'Europa. Istituzioni e politiche dopo Lisbona*, Bologna, 2011.

norme confliggenti in materia di obblighi di chiusura, oraria e giornaliera, delle farmacie. Il dato non sembra però univoco né convincente per la giurisprudenza comunitaria, che esclude di inquadrare l'imposizione di modalità generalizzate di commercializzazioni di beni come violazione diretta alla libera circolazione delle merci¹⁰.

Una diversa incidenza sull'ordinamento interno si riscontra quando la tutela della libertà di concorrenza viene attuata con l'intervento mediato dell'ente nazionale deputato al controllo *antitrust*. Ed in tema di farmacie l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non ha mancato di far sentire il suo peso nel sanzionare le prassi anticoncorrenziali riscontrate, ma soprattutto nell'indicare al legislatore gli squilibri del sistema, auspicandone una riforma.

Il tema non è affatto recente: già a partire dalla Indagine Conoscitiva sugli Ordini e Collegi Professionali del 1997¹¹, l'autorità indipendente aveva manifestato l'esigenza di promuovere la concorrenza nel settore farmaceutico e, nel caso specifico, di assicurare una maggiore elasticità negli orari di apertura e chiusura (segnalazione del 18 giugno 1998). In quella occasione l'Antitrust metteva in luce gli effetti restrittivi della concorrenza derivanti da un disciplina in materia di orari e turni delle farmacie che imponesse uniformità degli orari di vendita e obblighi di chiusura giornaliera degli esercizi: *"Se appare quanto mai opportuno che la regolamentazione delle farmacie sia volta a garantire al consumatore il servizio farmaceutico attraverso la previsione di un orario minimo di vendita nonché di un numero minimo di esercizi aperti anche nei giorni festivi e nella fascia notturna, non dovrebbe tuttavia essere interdetta l'apertura degli esercizi al di là degli orari minimi previsti e dei turni prefissati, circostanza che consentirebbe alle farmacie di incrementare il livello minimo di servizio."* Il sistema non consentiva, quindi, al consumatore di poter usufruire agevolmente del servizio in orari diversi da quelli stabiliti; di contro, la previsione di una obbligatorietà circoscritta ad orari e turni minimi e non fissi, avrebbe assicurato quel livello minimo di servizio ritenuto idoneo a garantire le esigenze dei consumatori, e avrebbe al contempo consentito alle farmacie di meglio adattarsi alle caratteristiche della domanda. *"Una maggiore apertura in questa direzione avrebbe quindi l'effetto di accrescere le possibilità di concorrenza tra le imprese, nonché di aumentare l'offerta del servizio oltre il minimo garantito, a vantaggio del consumatore."*¹²

Una tensione, quindi, verso il raggiungimento di uno *standard* qualitativo più elevato, da ottenersi proprio attraverso quella liberalizzazione che si riteneva collidere con la necessità di assicurare il servizio pubblico sanitario.

Il problema potrebbe, invero, sembrare apparente: l'esigenza di contemperare la garanzia del servizio pubblico con le evoluzioni di mercato è già insita nella normativa europea, che tenta di connotare il processo di liberalizzazione in funzione di interessi collettivi. L'art. 86 (oggi art. 106 del TFUE) del Trattato – nel disporre che

¹⁰ Corte di Giustizia UE, 1 luglio 2010, C- 393/2008 in *Racc.* 505, 513

¹¹ *Indagine conoscitiva IC 15, del 9 ottobre 1997, in Bollettino n. 42/1997.*

¹² Segnalazione *"Regolamentazione degli esercizi farmaceutici"*, in Bollettino n. 23 del 1998

"le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata" – sintetizza la ricerca dell'equilibrio tra le diverse esigenze, trovato caso per caso da una giurisprudenza, comunitaria e nazionale, sempre più sensibile alla tutela degli interessi dei consumatori o degli utenti, riflesso della dimensione sociale di matrice comunitaria.

Nel caso di specie, però, tale dettato si è dimostrato insufficiente: le difficoltà di stabilire linee guida per la liberalizzazione nel settore farmaceutico vanno ricercate nella peculiarità di tale mercato, che è, *in primis*, posto a tutela della qualità e della dignità umana attraverso la cura della salute¹³.

Ancora una volta, sono state le linee guida fornite dall'Antitrust a colmare il *gap*, accompagnando l'evoluzione giurisprudenziale e normativa - fino alla sentenza annotata - e contribuendo così ad una ponderata e prudente liberalizzazione.

Invero, numerose censure, tramite segnalazioni, hanno avuto ad oggetto le discipline regionali, valutate come "ingiustificate e discriminatorie" nella parte in cui prevedevano un limite massimo di apertura settimanale¹⁴.

Da ultimo, nella recente segnalazione del 1 settembre 2012, ribadendo il proprio consolidato orientamento, l'Antitrust ha auspicato ancora una volta la revisione delle normative regionali affinché esse, *"pur mantenendo gli esistenti obblighi di apertura minima, eliminassero i limiti e le distorsioni della concorrenza derivanti inter alia dalla fissazione di limiti minimi di ferie annuali: la possibilità di prestare servizio al di là di tali limiti consentirebbe infatti agli operatori del settore di articolare la propria offerta anche in termini di apertura al pubblico, rendendola più congeniale alle esigenze dei consumatori ed evitando così che il bacino d'utenza di ciascuna farmacia venga a cristallizzarsi artificialmente"*¹⁵. Peraltro, l'ingresso sul mercato di nuovi operatori per effetto dell'articolo 5 della l. 248/2006 (che consente la vendita di farmaci da banco da parte di esercizi commerciali diversi dalle farmacie), rende ancora più pressante la necessità per le attività farmaceutiche di disporre di una maggiore libertà nel compimento delle proprie scelte commerciali.

Più di recente, sulla spinta di esigenze premiali di allineamento alla normativa europea e di competitività dei mercati, il legislatore nazionale, ha dato prova di volere rivedere il sistema previgente, riorganizzandone alcuni profili essenziali, ma

¹³ B.R. NICOLOSO, *La farmacia come unicum di professione, struttura e servizio a tutela di un diritto di libertà e un dovere di salute*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2006, fasc. 4, 5 ss.

¹⁴ In questo senso si esprime nella segnalazione dell'11 novembre 2009 (AS637, in Bollettino 42/2009) indirizzata alla Regione Calabria, censurando l'art. 2 della L.R. Calabria n. 2 del 23 marzo 1984, che prevedeva testualmente: *L'orario ordinario di apertura delle farmacie pubbliche e private, tanto urbane che rurali è stabilito rispettivamente in quaranta e trentacinque ore diurne settimanali, equamente distribuite in cinque giorni della settimana, tenendo conto di un intervallo giornaliero per riposo pomeridiano*". Sul punto si veda anche la segnalazione AS871 del 1 settembre 2011, in Bollettino 9/2011.

¹⁵ Parla di *"artificiosa cristallizzazione"* anche la Suprema Corte, nella sentenza che qui si annota.

soprattutto avendo riguardo ai contenuti del rapporto di servizio pubblico che lega le farmacie territoriali con la sanità.

In Campania, prima che in altre Regioni¹⁶, la normativa si conformava alle nuove esigenze: la riforma introdotta con L.R. n. 1 del 22 gennaio 2007, primo correttivo apportato alla L.R. Campania n. 7 del 1980, limitava la regolamentazione alla previsione dell'apertura di un numero minimo di farmacie, a garanzia del servizio sanitario, lasciando alle farmacie non di turno la facoltà autodefinire i propri orari.

L'apertura verso la liberalizzazione di mercato non era però definitiva: le successive modifiche¹⁷, caratterizzate da oscillazioni incongruenti, riflettevano lo scontro di interessi confluiti nella regolamentazione di settore. Un deciso passo indietro rispetto alle prime modifiche si riscontra, da ultimo, nell'intervento introdotto dal legislatore regionale con la L.R. Campania n. 10 del 27 giugno 2011¹⁸ che reintroduceva ancora una volta un massimale orario settimanale e il giorno di riposo obbligatorio, disciplina poi superata dalla sopravvenuta normativa nazionale.

3. La recente riforma della normativa nazionale di settore verso una reale liberalizzazione.

Le novità di maggior rilievo, intervenute nelle more del giudizio in esame- e pertanto inapplicabili alla fattispecie in oggetto, sebbene ampiamente richiamate in sentenza - sono state introdotte dal legislatore nazionale, con il D.L. n. 1 del 24 gennaio 2012¹⁹, che ha uniformato la disciplina in materia di orari di apertura e chiusura della farmacie, non lasciando alcun margine di autonomia in capo agli organi regionali. L'art. 11 comma 8 prevede, infatti, che: *"i turni e gli orari di farmacia stabiliti dalle autorità competenti in base alla vigente normativa non impediscono l'apertura della farmacia in orari diversi da quelli obbligatori."*; impedendo in tal modo che un qualsiasi provvedimento amministrativo o accordo privato possa intervenire imponendo obblighi diversi.

È necessario, a questo punto, effettuare qualche precisazione sul riparto di competenze tra Stato e Regioni nel settore farmaceutico, onde meglio comprendere la portata, i limiti e le problematiche che hanno seguito l'entrata in vigore della vigente normativa statale.

La pianificazione delle farmacie è affidata, sin dal 1913, allo strumento della pianta organica, attraverso cui la Regione, su parere e, di fatto, iniziativa del Comune, sentite la Aziende Sanitarie Locali e l'Ordine professionale, individua il numero complessivo in base a criteri demografici e geografici.

¹⁶ Si vedano, ad esempio: L.R. Calabria, n. 2 del 2 marzo 1984; L.R. Lazio, N. 26 del 30 luglio 2002; L.R. Puglia n. 19 del 22 luglio 1998.

¹⁷ L'art. 1, comma 2 L.R. Campania n. 1 del 15 gennaio 2010 (in B.U.R. 18 gennaio 2010, n.5); L.R. Campania, n.15 del 01 dicembre 2010 (in B.U.R. 06 dicembre 2010, n.79).

¹⁸ in B.U.R. 28 giugno 2011, n.40.

¹⁹ Convertito con modificazioni nella l. 24 marzo 2012, n. 27, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività.*

Sul contingentamento²⁰ delle farmacie sia la Commissione Europea²¹ sia l'Antitrust²² avevano espresso non poche riserve, soprattutto con riferimento alla ragionevolezza dei limiti alla concorrenza tra gli operatori autorizzati e sulla conseguente necessità di assicurare, pur all'interno di un regime eccezionale, la libertà di impresa e la parità di trattamento tra gli operatori.

Sebbene permanga, dunque, il regime del numero chiuso, si è cercato di dare una spinta in favore di un sistema maggiormente concorrenziale, attraverso le previsioni della generalizzata facoltà di apertura degli esercizi ad orari e turni prolungati oltre quelli obbligatori.

La previsione, però, è potenzialmente idonea a far sorgere conflitti di competenza tra Stato e Regioni. Sul punto, occorrono ulteriori precisazioni. È oramai pacifico che la materia dell' "organizzazione del servizio farmaceutico" sia da ricondursi nell'ambito della tutela della salute, di competenza concorrente²³. Premesso ciò, si può desumere che compito del legislatore statale sia la determinazione dei principi fondamentali, mentre la disciplina di regolazione e di dettaglio resta di competenza regionale. In questa direzione si muoverebbe anche la legge n. 833 del 1978 nel riconoscere alla competenza regionale ampi spazi decisionali circa la disciplina dell'esercizio concreto delle farmacie.

Su queste basi, le Regioni – sulla spinta di critiche provenienti dagli operatori di settore²⁴, interessati a mantenere inalterato il sistema della cristallizzazione dei flussi di clientela – potrebbero non accettare l'intervento statale, in quanto intrusivo di uno spazio ad esse precedentemente riservato.

C'è da considerare, però, che quella sanitaria non è una materia del tutto assimilabile agli altri settori, poiché il fondamentale principio di tutela della salute può legittimare interventi statali penetranti e diffusi²⁵ nonché una minore rigidità del riparto di competenze di cui all'art. 117 Cost.

Proprio negli ultimi anni, infatti, la Corte Costituzionale ha teso – sulla base di diverse argomentazioni - ad assecondare la tendenza del legislatore nazionale improntata ad un maggiore accentramento.

La regolamentazione del servizio farmaceutico, infatti, non attiene alla sola materia concorrente di tutela della salute, ma anche ai settori – di competenza esclusiva statale – di *tutela della concorrenza*²⁶ e di *determinazione dei livelli essenziali di*

²⁰ Si intende per contingentamento una forma di intervento pubblico nell'economia, con la quale il legislatore introduce un limite quantitativo agli operatori che agiscono in un determinato settore, in base ad una scelta organizzativa di programmazione. Il contingentamento ricorre quando, per cause obiettive, l'intervento singolo fallirebbe lo scopo voluto di una regolazione coordinata e unitaria. (in questo senso, M. DELSIGNORE, *La proclamata liberalizzazione e le questioni in tema di farmacie*, in *Il diritto dell'economia*, vol. 25, n. 78 (2-2012), 305-322

²¹ Corte di Giustizia, 11 settembre 2008, causa C- 141/07 e 19 maggio 2009, C-531/06, Commissione c. Italia in *Racc.* I-21

²² Segnalazione n. AS453/2008, in *Bollettino* n. 17/2008

²³ In tal senso, Corte Costituzionale, 10 marzo 2006, n. 87.

²⁴ Si fa qui riferimento alla stampa di settore, che in più occasioni ha avanzato critiche al sistema vigente, tentando un ridimensionamento della portata innovativa della normativa citata.

²⁵ D. DE PRETIS, *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, Trento, 2006

²⁶ Art. 117, comma 2 lett. e) Cost.

*prestazioni concernenti diritti civili e sociali da assicurare su tutto il territorio nazionale*²⁷. Valorizzando questi dati costituzionali – anche sulla base delle disposizioni in materia in unità economica - è agevole ricomprendere i livelli minimi di assistenza farmaceutica nei livelli minimi di assistenza sanitaria²⁸ e prevedere l'abolizione dei massimali orari in forza della competenza nel regolamentare la concorrenza²⁹.

Anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha dato, nell'ordinanza n. 3555 del 1 settembre 2012³⁰, una chiara lettura dell'art. 11 cit., legittimando ancora una volta l'intervento statale: la disposizione *“è inequivoca in quanto, da un lato, richiama e fa salve nel loro complesso tutte le disposizioni vigenti in materia di turni e di orari delle farmacie e insieme ad esse i provvedimenti amministrativi emanati ed emanandi; ma dall'altro lato innova il sistema precisando che detti provvedimenti sono vincolanti solo nella parte in cui fanno obbligo, alle singole farmacie, di rimanere aperte in un determinato orario e/o in un determinato turno, ma non sono (più) vincolanti nella parte in cui prevedono che esse rimangano chiuse in orari e/o turni diversi; che la norma è altrettanto chiara ed univoca nel senso che attribuisce direttamente a ciascun esercente (titolare di farmacia) la piena facoltà di programmare a sua discrezione l'orario e il calendario dell'apertura del proprio esercizio, salvo il rispetto degli obblighi di apertura imposti dall'autorità; e ciò senza il bisogno della intermediazione di appositi provvedimenti amministrativi”*.

Il medesimo principio – così come esposto dal Consiglio di Stato - è stato, da ultimo, richiamato dal T.A.R. Campania³¹, che, sulla base della normativa vigente, ha dichiarato l'illegittimità del provvedimento con cui l'ordine dei farmacisti della provincia di Napoli aveva deliberato la preclusione ai titolari di farmacie di avvalersi della facoltà di assicurare il servizio durante il riposo domenicale.

In base a quanto detto, è facile riscontrare che la disciplina del servizio farmaceutico italiano, nonostante il suo impianto originario e le tendenze protezionistiche nei confronti degli esercizi presenti nel mercato, ha conosciuto con le ultime innovazioni tentativi di liberalizzazione tutt'altro che timidi. La legislazione vigente, infatti, si sta gradualmente allontanando dalla concezione della assoluta recessività dell'elemento commerciale rispetto a quello professionale e sta lanciando un settore finora isolato e capace di sfuggire al recepimento dei principi europei, -sterilizzandone la portata innovativa con vincoli artificiosi - verso le regole del libero mercato.

L'attività farmaceutica, investendo rilevanti profili di interesse pubblico, primo fra tutti la cura della salute, deve essere oggetto di programmazione, anche nazionale, al pari dell'assistenza sanitaria, ma le relative disposizioni intanto si giustificano in quanto il legislatore le ha considerate il mezzo più efficace per il conseguimento

²⁷ Art. 117, comma 2 lett. m) Cost.

²⁸ Corte Costituzionale, sent. 13 luglio 2004, n. 272, in G.U. 4 agosto 2004

²⁹ Corte Costituzionale, 3 novembre 2010, n. 325, in G. U. 24 novembre 2010

³⁰ Cons. Stato, Sez III, in www.giustizia-amministrativa.it

³¹ T.A.R. Campania, Sez. V, sentenza n. 1125 del 26 febbraio 2013, in www.giustizia-amministrativa.it

delle finalità di pubblico interesse cui è rivolto il regime amministrativo del settore, nonché in funzione della promozione dell'iniziativa economica privata³².

Il percorso però è appena iniziato. Come rilevato dall'AGCM, nell'ambito del proprio potere di proposta per la legge annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2013, *"Nonostante le importanti misure di liberalizzazione introdotte negli ultimi tempi e nonostante il grande sforzo compiuto da Governo e Parlamento nell'attuale legislatura, per rimuovere vincoli e barriere che ancora, in alcuni mercati, ostacolano il gioco concorrenziale e frenano l'ingresso di nuovi attori, l'economia italiana resta stagnante e la crescita non parte. Questa situazione potrebbe alimentare, in alcuni settori dell'opinione pubblica, dubbi sull'efficacia delle politiche di liberalizzazione. Un simile atteggiamento può rafforzare il potere di interdizione delle lobbies e inceppare il processo di apertura dei mercati. Questi dubbi possono essere superati considerando che la recessione italiana affonda le sue radici nella crisi dell'economia mondiale e soprattutto di quella europea e quindi risente fortemente di fattori esterni al nostro Paese e che, se i mercati non fossero stati sufficientemente aperti, probabilmente gli effetti della crisi sarebbero stati ancora più gravi."*³³

Critiche e polemiche circa la portata e l'immediata applicabilità della novità introdotte dal decreto "Cresci Italia" – prontamente superate, come si è visto, dalla giurisprudenza – mettono in luce un ulteriore aspetto: i maggiori ostacoli al processo di liberalizzazione derivano dal peculiare "federalismo" italiano, *"confuso e irresponsabile"*³⁴, connotato da una moltitudine di attori istituzionali, con competenze sovrapposte e interferenti tra di loro, sostanzialmente dotati di poteri di veto, ma privi di responsabilità.

Non è dubbio che il decentramento abbia avuto senz'altro il merito di avvicinare le decisioni al cittadino, in attuazione di quel principio di sussidiarietà, di derivazione comunitaria, entrato a far parte dei nostri principi costituzionali³⁵. Le difficoltà attuative dei nuovi sistemi di mercato alle realtà regionali e le molteplici resistenze hanno, però, dimostrato come la preferenza per l'attribuzione delle funzioni all'ente più vicino al cittadino non sempre determini effetti positivi, atteso che talvolta esigenze di adeguatezza richiedono l'attribuzione a livello centrale di questo tipo di funzioni.

Nella stessa direzione bisogna leggere anche la giurisprudenza nazionale: al fine della attuazione degli interventi liberalizzatori, occorre andare oltre le rigide ripartizioni e improntare un'azione congiunta, sulla base della piena cooperazione di tutti i livelli dell'Amministrazione territoriale, nonché delle istituzioni e dei soggetti privati coinvolti³⁶. Ciò è tanto vero che la precedente regolamentazione regionale in materia resta valida, limitatamente, però, alla parte in cui impone alle singole

³² Corte Costituzionale, sent. n. 272/2004 cit.

³³ Segnalazione AS988, *proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza*, comunicato stampa del 2 ottobre 2012, in Bollettino n. 38/2012

³⁴ Ancora in segnalazione AS988, in Bollettino n. 38/2012

³⁵ Sul punto si vedano: G. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale tra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione Europea*, Torino, 2010; L. FRANZESE, *Percorsi della sussidiarietà*, Milano, 2010; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2007.

³⁶ Corte Costituzionale, sent. n. 325/2010 cit.

farmacie di restare aperte in determinati orari o turni - così da mantenere la garanzia continuativa per la generalità degli utenti della reperibilità di una farmacia aperta ed accessibile entro un ragionevole margine di distanza – lasciando all'iniziativa economica privata la scelta se offrire un servizio qualitativamente e quantitativamente superiore.

4. Validità e portata degli accordi tra professionisti nel regime di concorrenza dinamica.

Parimenti degna di nota è, nella sentenza in esame, l'analisi circa la portata e la rilevanza degli accordi tra professionisti – farmacisti, nel caso di specie – e i parametri di valutazione della meritevolezza degli interessi che tali intese perseguono.

A giudizio della Suprema Corte, le fattispecie in oggetto sono inquadrabili nella categoria del contratto atipico e sottoposte pertanto a giudizio di meritevolezza della "causa concreta". L'oggetto di tale giudizio, che risulta essere la ragione concreta o pratica³⁷ del contratto, postula un'indagine sulla funzione che il singolo negozio giuridico è teso a realizzare e quindi sull'interesse precipuo da soddisfare. Tale ricostruzione della causa, concernente il significato pratico (effettivo) – funzione determinante - dell'operazione con riguardo a tutte le finalità che sono entrate nel contratto, alla ricerca del *concreto e dinamico assetto di interessi*³⁸ tenuto presente dalle parti con l'adozione di un particolare contratto, indipendentemente dallo schema adottato.

Nel caso di ricorso al contratto atipico, la causa viene considerata sintesi di *interessi* e non di *effetti* negoziali³⁹: il Giudice è chiamato a constatare se il programma negoziale, che quel dato accordo intende perseguire, sia compatibile con l'assetto normativo vigente, postulando, peraltro, un'analisi non solo formale, ma effettiva della causa concreta dello schema negoziale adottato, che comporta una graduazione attenta di tutti gli interessi coinvolti.⁴⁰

Ciò premesso, nel caso in esame, la Suprema Corte riscontra che *"la finalità perseguita è meramente economica e personale ed idonea a vanificare il perseguimento dei principi generali dell'ordinamento di effettività della concorrenza"*. Questa particolare fattispecie di contratto atipico *"persegue solamente una finalità di*

³⁷ Corte di Cassazione, 8 maggio 2006, n. 10490 in in *Giust. civ. Mass.* 2006, 5; Corte di Cassazione, 12 novembre 2009, n. 23941, in *Red. Giust. civ. Mass.* 2009, 11

³⁸ Corte di Cassazione, n. 7557 del 2011, in *Guida al diritto* 2011, 20, 63

³⁹ S. Rossi, *Riflessioni sulla nozione di meritevolezza dell'art. 1322*, in *Riv. notariato* 2010, 03, 621

⁴⁰ Invero, su questo punto, non vi è da sempre stata unanimità. Diversamente dalla tesi appena esposta, altra dottrina - muovendo da una matrice ideologica diversa, contemporanea all'entrata in vigore del Codice – propugna una lettura della causa in termini di strumento di controllo dell'utilità sociale dello schema negoziale prescelto, in favore, quindi, di una ricostruzione del giudizio di meritevolezza in termini di funzione economico- sociale (non già individuale) del contratto. L'obiettivo da raggiungere – lontano da logiche garantiste - diviene il rispetto dell'interesse pubblico e la causa diviene essa stessa criterio di controllo della meritevolezza degli atti giuridici espressioni dell'autonomia privata. (sul punto: S. PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002)

regolazione dei flussi di clientela a beneficio esclusivo dei partecipanti all'accordo, con positiva frustrazione delle finalità di incremento della concorrenza insite nell'ordinamento regionale e comunque imposte dall'ordinamento nazionale e comunitario." Esso pertanto, non produce alcun effetto virtuoso nel sistema economico, che viceversa, ne esce danneggiato, essendo mortificata la possibilità di scelta in capo agli utenti. Fermi restando gli obblighi di servizio sanitario, di cui si è ampiamente discusso, l'accordo in oggetto mira ad isolare il settore farmaceutico dal "rischio d'impresa"⁴¹ che concerne ogni attività commerciale: rischio, cioè, di progressiva scomparsa degli esercizi minori, che è, viceversa, conseguenza del normale e fisiologico sviluppo di mercato.

L'accordo è, pertanto, non solo privo di meritevolezza dell'interesse perseguito, ma è idoneo a violare le garanzie di legge in ordine alla tutela del consumatore e della concorrenza.

Non vi è ragione, infatti, per non sussumere la farmacia nell'ampia nozione comunitaria di impresa, che comprende qualsiasi entità – persona giuridica o fisica – che svolga un'attività economicamente rilevante, industriale, commerciale o di prestazione di servizi⁴². Di tal guisa, anche gli *accordi* liberamente siglati tra farmacisti assumono la stessa rilevanza e lo stesso impatto sul mercato di quelli di cui all'art. 101 TFUE, e sono parimenti insuscettibili di produrre effetti, qualora violino o restringano la concorrenza.

La nozione di *accordo* abbracciata dal diritto europeo guarda al contenuto, più che alla forma: è sufficiente, per tale configurazione, che sia stata manifestata l'intenzione comune, di due o più imprese indipendenti, di comportarsi e agire secondo una specifica linea⁴³. Non è necessario che l'accordo sia giuridicamente valido o vincolante: basta che esso abbia come oggetto o come effetto, quello di operare una distorsione rilevante della concorrenza. La normativa antitrust contenuta nel TFUE⁴⁴, indirizzata ai rapporti tra imprese, si applica, peraltro, senza che sia necessaria l'adozione di norme speciali: il diritto della concorrenza è *self executing*⁴⁵ e, nel contempo, sufficientemente generale ed astratto da potersi adattare alle peculiarità dei vari mercati.

Per questi motivi, non si vedono ostacoli per inquadrare l'accordo in oggetto tra le intese vietate ai sensi dell'art. 101 TFUE⁴⁶, essendo ormai pacifico che esso abbia l'effetto di restringere/falsare la concorrenza, creando flussi artificiali di clientela.

⁴¹ G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2008

⁴² Commissione c/ Italia, C-35/96, sent. CG 18 giugno 1998, *Racc.* p. I-3851

⁴³ Corte di Giustizia, 17 dicembre 1991, *Racc.* p.II-1623

⁴⁴ Artt. 101-109 TFUE

⁴⁵ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010

⁴⁶ Ai sensi del quale, "Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:

a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;

b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;

Anche in questo caso, è agevole rilevare che le nozioni di intesa, accordo e pratica concordata costituiscono il patrimonio concettuale talmente ampio da poter essere perfettamente traslato anche ad un settore complesso come quello farmaceutico.

L'Unione Europea, attraverso l'interpretazione di questa norma, ha espresso, in numerose occasioni⁴⁷, la propria determinazione ad agire con rigore contro tutte le misure che abbiano l'effetto, anche indiretto, di falsare o restringere la concorrenza mediante *accordi tra imprese*. L'intesa rilevante, in tale senso, è quella relativa a rapporti concorrenziali, sancita, cioè, tra imprese che si trovano sullo stesso piano del processo economico, a condizione che rechino pregiudizio al commercio intracomunitario o che alterino le condizioni della concorrenza.

Tali accordi sono *nulli di pieno diritto*⁴⁸, non producono alcun tipo di effetto e non possono far sorgere obblighi in capo ai contraenti⁴⁹.

Questa fattispecie, peraltro – e qui la S. C. si dimostra lungimirante nel prevenire future obiezioni – è assolutamente diversa da quella decisa con sentenza 9 marzo 2012, n. 3707: la confusione, nata dalle difese del contro interessato, andava ad equiparare la violazione di una norma di legge⁵⁰ - legittima fonte di provvedimenti disciplinari - inerente la chiusura estiva delle farmacie, con la violazione degli orari di apertura, prevista convenzionalmente da un accordo privo di effetti!

Con la sentenza annotata, la Cassazione finisce per sottolineare l'importanza – in un sistema economico ormai segnato dalla liberalizzazione di mercato – degli aspetti dinamici della concorrenza, soprattutto nei settori contingentati. Proprio in tali mercati, dove le pratiche distorsive della concorrenza tendono ad aumentare e proliferare - a causa del numero limitato di imprese in posizione di simmetria e di barriere all'accesso – è essenziale un approccio dinamico⁵¹ al problema: creare, cioè, una concorrenza caratterizzata dalla presenza e dal mantenimento di condizioni idonee a consentire le più ampie possibilità organizzative e commerciali, fatta salva, ovviamente, la primaria tutela degli eventuali interessi pubblici prevalenti coinvolti.

L'auspicio è quello di attuare una liberalizzazione da intendersi – non come libertà, ma piuttosto – come “razionalizzazione della regolazione” in funzione della promozione di una concorrenza capace di produrre effetti virtuosi sul circuito economico.

c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;

d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;

e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.”

⁴⁷ *Ambulanz Glockner*, C-475/99, sent. 25 ottobre 2001, Racc. p. I-8089; *Manfredi*, C-295-298/04, sent. 13 luglio 2006, Racc. p. I-6619.

⁴⁸ Art. 101 par. 2 TFUE

⁴⁹ È quanto rileva la Suprema Corte nella sentenza in oggetto.

⁵⁰ Nella specie, l'art. 9 L.R. Lazio 30 luglio 2002, n. 26

⁵¹ Sugli aspetti dinamici della concorrenza, si veda anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale: *ex multis* sentenza Corte Cost. n. 45 del 2010; sentenza Corte Cost. n. 401 del 2007

