

SEZ. III QUATER; R.G.N. 14639/2022

MOTIVI AGGIUNTI DI RICORSO

CON ISTANZA DI SOSPENSIONE CAUTELARE DEGLI EFFETTI

DEI PROVVEDIMENTI IMPUGNATI EX ART. 55 C.P.A.

nell'interesse della **Burke & Burke S.p.A.**, con sede legale in Assago (MI), Via Albert Einstein, n. 32, (C.F./P.Iva 02737030151 - 01059590107), in persona dell' Amministratore Delegato p.t. dott. Giusto Bonandrini, rappresentata e difesa dall'Avv. Prof. Diego Vaiano e dall'Avv. Francesco Cataldo giusta procura speciale in atti, elettivamente domiciliata presso lo Studio Legale Vaiano Cataldo in Roma, Lungotevere Marzio, 3 (recapiti: FAX 06.6874870; PEC: diegovaiano@ordineavvocatiroma.org; francescocataldo@ordineavvocatiroma.org);

CONTRO

- il **Ministero della Salute**, in persona del Ministro in carica, legale rappresentante *pro tempore*;
- il **Ministero dell'Economia e delle Finanze**, in persona del Ministro in carica, legale rappresentante *pro tempore*;
- la **Presidenza del Consiglio dei Ministri**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
- la **Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;
- la Regione **Abruzzo**, la Regione **Basilicata**, la Regione **Calabria**, la Regione **Campania**, la Regione **Emilia Romagna**, la Regione **Friuli-Venezia Giulia**, la Regione **Lazio**, la Regione **Liguria**, la Regione **Lombardia**, la Regione **Marche**, la Regione **Molise**, la Regione **Piemonte**, la Regione **Puglia**, la Regione **Sardegna**, la Regione **Siciliana**, l'**Assessorato alla Salute della Regione Siciliana**, la Regione **Toscana**, la Regione **Umbria**, la Regione **Valle d'Aosta**, la Regione **Veneto**, la **Provincia Autonoma di Trento**, la **Provincia Autonoma di Bolzano**, tutte in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*;

PER L'ANNULLAMENTO, PREVIA SOSPENSIVA

- del Decreto adottato dal Ministro della Salute di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze in data 6 luglio 2022, recante *Certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie generale, n. 216 del 15 settembre 2022;
- del Decreto adottato dal Ministro della Salute in data 6 ottobre 2022, recante *Adozione delle linee guida propedeutiche all'emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali in tema di ripiano del superamento del tetto per i dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie generale, n. 251 del 26 ottobre 2022;
- dell'Accordo rep. atti n. 181/CSR del 7 novembre 2019 sottoscritto tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano sulla proposta del Ministero della Salute di attuazione dell'art. 9-ter, del d.l. 19 giugno 2015, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2015, n. 125, di *Individuazione dei criteri di definizione del tetto di spesa regionale per l'acquisto di dispositivi medici e di modalità di ripiano per gli anni 2015-2016-2017 e 2018 (doc. 3)*;
- della Circolare del Ministero della Salute prot. n. 22413 del 29 luglio 2019, recante *"Indicazioni operative per l'applicazione delle disposizioni previste dall'articolo 9-ter, commi 8 e 9, del decreto-legge 18 giugno 2015, n. 78"*;
- di qualsiasi altro atto presupposto, connesso e/o conseguente a quelli sopra indicati, finalizzato direttamente o indirettamente a richiedere all'azienda di ripianare *pro quota* il predetto superamento dei tetti di spesa, ivi inclusa, ove occorrer possa, l'Intesa della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome del 14.9.2022 e l'Intesa della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano del 28.9.2022;
- dei provvedimenti delle Regioni e delle Province Autonome già impugnati nel presente giudizio con i quali sono state avanzate le richieste di ripiano, nonché dei relativi allegati.

FATTO

1. – Con il ricorso introduttivo del presente giudizio e i successivi motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato i provvedimenti con i quali è stata data attuazione, nel nostro ordinamento, al meccanismo del c.d. *payback* per il settore dei dispositivi medici, introdotto dall'art. 9-ter del d.l. 19 giugno 2015, n. 78, nonché i provvedimenti delle Regioni e delle Province Autonome con i quali sono state avanzate le specifiche richieste di ripiano poste a suo carico, richiedendone l'annullamento sia a cagione della loro illegittimità derivata per l'illegittimità costituzionale delle norme istitutive del meccanismo del *payback* stesso, sia per numerosi profili di illegittimità propria.

Le impugnazioni erano state, altresì, corredate di specifiche istanze cautelari, posto che l'entità delle somme richieste a titolo di ripiano – da corrispondere ai sensi dell'articolo 18 del Decreto legge 9 agosto 2022, n. 115, *“entro trenta giorni dalla pubblicazione dei provvedimenti regionali e provinciali”* – era tale da compromettere in maniera irreversibile la stessa sopravvivenza aziendale. Nelle more della trattazione delle predette istanze, peraltro, è accaduto che con decreto legge in data 11 gennaio 2023, n. 4, recante *“Disposizioni urgenti in materia di procedure di ripiano per il superamento del tetto di spesa per i dispositivi medici”*, il termine per *“l'assolvimento delle obbligazioni gravanti in capo alle aziende interessate”* è stato posticipato al 30 aprile 2023, con conseguente venir meno delle esigenze cautelari a fronte di pericoli attuali, gravi e irreparabili.

2. – Prima della scadenza del suddetto termine, precisamente in data 30 marzo 2023, è stato poi adottato il decreto legge n. 34/2023, convertito con modificazioni dalla legge 26 maggio 2023, n. 56, pubblicata sulla G.U., Serie Generale, del 29 maggio 2023 n. 124, i cui articoli 8 e 9 hanno nuovamente inciso sulla disciplina del *payback*, prevedendo innanzitutto un ulteriore differimento del termine per il pagamento in favore delle Regioni e delle Province Autonome degli importi di ripiano, che è stato in tale decreto ulteriormente posticipato al 30 giugno 2023. Con le suddette previsioni normative, tuttavia, il legislatore ha altresì nella sostanza offerto uno sconto del 52% sugli importi delle originarie richieste di ripiano sia alle aziende che avevano prestato acquiescenza ai relativi provvedimenti che a quelle che, pur avendo

proposto ricorso, si fossero dichiarate disponibili alla rinuncia all'azione giurisdizionale pendente.

Con l'**art. 8 del decreto legge n. 34/2023**, infatti:

(i) si è prevista l'assegnazione alle Regioni di una dotazione pari ad € 1.085.000.000, corrispondente al 52% dello sfondamento accertato, aumentandosi così fundamentalmente il livello del tetto di spesa previsto dalla Conferenza delle Regioni per l'acquisto dei dispositivi medici per gli anni che vanno dal 2015 al 2018;

(ii) si è consentito alle aziende che non hanno proposto ricorso ed a quelle che intendono abbandonarlo di versare, entro il 30 giugno 2023, il 48% degli originari importi ad esse addossati a titolo di ripiano;

(iii) si è stabilito che l'integrale e tempestivo versamento del suddetto importo *"estingue l'obbligazione gravante sulle aziende fornitrici per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, precludendo loro ogni ulteriore azione giurisdizionale connessa con l'obbligo di corresponsione degli importi relativi agli anni predetti [...] determinando la cessazione della materia del contendere nei giudizi di cui al primo periodo, con compensazione delle spese di lite"*;

(iv) si è infine ribadito che, per le aziende fornitrici di dispositivi medici che non si avvalgono della suddetta facoltà, *"resta fermo l'obbligo del versamento della **quota integrale** a loro carico, come determinata dai richiamati provvedimenti regionali o provinciali"* e che, in caso di omesso pagamento entro il 30 giugno 2023, restano ferme le disposizioni di cui al quinto e sesto periodo del medesimo articolo 9-ter, comma 9-bis del d.l. n. 78/2015, secondo cui *"i debiti per acquisti di dispositivi medici delle singole regioni e province autonome, anche per il tramite degli enti del servizio sanitario regionale, nei confronti delle predette aziende fornitrici inadempienti sono compensati fino a concorrenza dell'intero ammontare"*.

3. – L'art. 8, comma 3, del d.l. n. 34/2023, dunque, ha tra l'altro stabilito che le aziende che hanno proposto ricorso avverso i provvedimenti regionali e provinciali di ripiano, per poter ottenere lo "sconto" del 52% rispetto a quanto originariamente richiesto, devono rinunciare al ricorso giurisdizionale, ponendo la ricorrente di fronte alla seguente, e veramente poco

apprezzabile, alternativa: continuare ad esercitare il proprio diritto di difesa costituzionalmente garantito ovvero ottenere la riduzione del 52% dell'importo di ripiano ad essa originariamente addossato.

Ebbene, la ricorrente non intende rinunciare ad esercitare i propri diritti costituzionali, non rinuncia pertanto alla propria azione in sede giurisdizionale e con il presente atto introduce in giudizio un nuovo motivo di ricorso censurando l'illegittimità derivata delle richieste di ripiano impugnate anche a causa dell'illegittimità costituzionale del suddetto art. 8, comma 3, del d.l. n. 34/2023, come nella legge n. 56/2023, per le seguenti ragioni di

DIRITTO

1. – Illegittimità derivata dei provvedimenti impugnati per l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, commi 1, 2 e 3 del d.l. 30 marzo 2023, n. 34, convertito con modificazioni con la legge 26 maggio 2023, n. 56, pubblicata sulla G.U., Serie Generale, del 29 maggio 2023, n. 124, per violazione dei principi costituzionali di cui agli articoli 3, 24 e 113 Cost.

1.1. – Come si è anticipato in narrativa, l'art. 8 del d.l. n. 34/2023, convertito con modificazioni con la L. n. 56/2023, in relazione a quanto disposto dall'articolo 9-ter, comma 9-bis, del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78, ha previsto, al comma 1, l'istituzione di "un fondo con dotazione pari a 1.085 milioni di euro per l'anno 2023" e, al successivo comma 2, che "a ciascuna regione e provincia autonoma è assegnata una quota del fondo" che potrà essere utilizzata "per gli equilibri dei servizi sanitari regionali dell'anno 2022".

Il comma 3 della suddetta previsione ha poi stabilito che:

(i) "le aziende fornitrici di dispositivi medici, che non hanno attivato contenzioso o che intendono abbandonare i ricorsi esperiti avverso i provvedimenti regionali e provinciali di cui all'articolo 9-ter, comma 9-bis, del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78, e contro i relativi atti e provvedimenti presupposti, versano a ciascuna regione e provincia autonoma, entro il 30 giugno 2023, la restante quota rispetto a quella determinata dai provvedimenti regionali e provinciali di cui all'articolo 9-ter, comma 9-bis, del citato decreto-legge n. 78 del 2015 nella misura pari al 48 per cento dell'importo indicato nei predetti provvedimenti regionali e provinciali;

(ii) “per le aziende fornitrici di dispositivi medici che non si avvalgono della facoltà di cui al primo periodo, resta fermo l’obbligo del versamento della quota integrale a loro carico, come determinata dai richiamati provvedimenti regionali o provinciali”;

(iii) “l’integrale e tempestivo versamento dell’importo pari alla quota ridotta [...] estingue l’obbligazione gravante sulle aziende fornitrici per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, precludendo loro ogni ulteriore azione giurisdizionale connessa con l’obbligo di corresponsione degli importi relativi agli anni predetti”;

(iv) “le regioni e le province autonome accertano il tempestivo versamento dell’importo pari alla quota ridotta di cui al primo periodo con provvedimenti pubblicati nei rispettivi bollettini e siti internet istituzionali e comunicati senza indugio alla segreteria del tribunale amministrativo regionale del Lazio, determinando la cessazione della materia del contendere nei giudizi di cui al primo periodo, con compensazione delle spese di lite.

(v) “in caso di inadempimento da parte delle aziende fornitrici di dispositivi medici a quanto disposto dal primo periodo e dal secondo periodo del presente comma, restano ferme le disposizioni di cui al quinto e sesto periodo del medesimo articolo 9-ter, comma 9-bis”.

Ebbene, la norma è chiaramente incostituzionale per violazione delle disposizioni di cui all’**art. 3 Cost.**, recante il fondamentale *canone dell’eguaglianza di fronte alla legge dei soggetti che versano in situazioni giuridiche soggettive analoghe*, ed agli **art. 24, 103 e 113 Cost.**, che garantiscono a tutti i soggetti dell’ordinamento l’altrettanto fondamentale **diritto di azione giurisdizionale** (**Art. 24 Cost.**: *“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”*), ulteriormente declinato e precisato per quel che attiene alla giustizia amministrativa nell’**art. 113 Cost.**, che stabilisce che *“contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa”* (comma 1) e che *“tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”* (comma 2). Le suddette norme costituzionali vanno naturalmente lette, nel caso di specie, nel loro combinato disposto, risultando veramente evidente il contrasto con esse, nel loro insieme, di una disposizione come il citato **art. 8 comma 3** che distingue illegittimamente la posizione di

fronte alla legge di imprese che, muovendo da una situazione giuridica soggettiva identica, quella di essere aziende tenute al ripiano del c.d. pay back per i dispositivi medici, si vedono poi assoggettate ad una disciplina legislativa diversa a seconda che abbiano o meno esercitato il diritto costituzionale di azione giurisdizionale nei confronti di atti della pubblica amministrazione ad essi garantito dagli artt. 24 e 113 Cost.

Più chiara di così una violazione di norme costituzionali si ritiene che non possa essere. Rammentiamo comunque che, secondo la costante ed univoca giurisprudenza costituzionale, situazioni giuridiche soggettive aventi contenuto analogo (e in questo caso persino identico: obbligo di ripiano dello sfondamento del tetto di spesa pro quota di mercato) non possono essere trattate dal legislatore in maniera differenziata a meno che non sussistano ragionevoli motivi per negare che si tratti di situazioni effettivamente analoghe e quindi per affermare che esse siano, come tali, meritevoli di disciplina differenziata (si cfr. tra le altre, Corte Cost. n. 114/2005; n. 255/2006; n. 366/2007, che ribadiscono tutte il principio secondo cui *se eguaglianza significa trattare in modo eguale situazioni eguali e in modo diverso situazioni diverse, sono illegittime le norme che istituiscono un trattamento differenziato tra situazioni eguali e quelle che disciplinano in modo uguale situazioni che in realtà risultano diversificate*).

È questo il senso e la logica del principio della ragionevolezza delle leggi enucleato dalla giurisprudenza costituzionale dai contenuti dell'art. 3 della Costituzione.

Ebbene, che nel caso di specie questi ragionevoli motivi per differenziare tra loro la posizione delle aziende tenute al pagamento del pay back per i dispositivi medici non possano ritenersi in alcun modo sussistenti, a pena di generare davvero un *vulnus* nei fondamentali principi sui quali si regge uno Stato di diritto, è chiarissimo nel fatto che l'elemento che ha preso in considerazione il legislatore per operare tale differenziazione è l'oggetto di un diritto costituzionale, il diritto di azione giurisdizionale. Il che non è ammissibile. Sarebbe come ammettere la possibilità costituzionale di differenziare la posizione dei lavoratori in relazione alla loro disponibilità o meno a rinunciare al proprio diritto di sciopero o al diritto di associazione sindacale (art. 40 Cost.). Premiando addirittura in termini economici chi rinuncia a tali diritti. Quasi a dire: chi non sciopera paga la metà delle tasse. È decisamente troppo. Oltre

certi limiti il legislatore non può permettersi di andare. Norme come quelle qui in contestazione costituiscono espressione di un esercizio prepotente del potere che si pone al di là di principi costituzionali inderogabili e da difendere.

1.2. – Riteniamo che quanto si è fin qui detto potrebbe già bastare per convincere dell'illegittimità costituzionale della norma di legge qui censurata. Sempre nella prospettiva della violazione dell'art. 3 Cost. e del principio della ragionevolezza delle leggi ivi affermato, ed ancora una volta in combinato disposto con gli artt. 24 e 113 Cost., peraltro, ci pare che vi sia la possibilità di richiamare a sostegno delle suddette conclusioni anche un altro, parzialmente differente filone della giurisprudenza costituzionale (ma solo parzialmente, venendo pur sempre applicato in esso il medesimo schema di sindacato), che è quello riguardante lo scrutinio stretto di costituzionalità da riservarsi alla c.d. leggi provvedimento. Come la Consulta ha ripetutamente chiarito, infatti, la fattispecie della legge-provvedimento, o norma-provvedimento, ricorre quando *"con previsione dal contenuto puntuale e concreto, una legge o una sua disposizione incidono su un numero limitato di destinatari"* (Corte Cost. sentenze n. 181 del 2019, n. 24 del 2018, n. 231 del 2014), *"attraendo nella sfera legislativa quanto normalmente affidato all'autorità amministrativa"* (Corte Cost. sentenze n. 168 del 2020 e n. 114 del 2017).

Ci si trova di fronte ad una legge-provvedimento o norma-provvedimento, in altri termini, ogni volta in cui in un atto avente forza di legge si trova una disposizione che presenta il contenuto tipico di un atto provvedimentale, la cui adozione è di norma rimessa alla pubblica amministrazione.

Ebbene, ci pare che l'art. 8 del d.l. n. 34/2023 integri gli estremi di una norma-provvedimento in quanto (i) *"incide su un numero limitato di destinatari"*, visto che la previsione è destinata ad applicarsi alle sole aziende produttrici di dispositivi medici coinvolte nel procedimento di *payback* che accetteranno di rinunciare all'azione giurisdizionale pendente; (ii) *"attraendo nella sfera legislativa quanto normalmente affidato all'autorità amministrativa"*, in quanto tale disposizione di legge sostanzialmente istituisce un Fondo destinato a coprire una parte

degli oneri di ripiano che *ex lege* erano stati addossati alle aziende – e per questa parte è sicuramente un provvedimento amministrativo e non una norma a carattere generale e astratto – e prevede i requisiti per poter beneficiare dei fondi che sono stati attraverso di esso stanziati, ossia l’aver rinunciato al contenzioso giurisdizionale. La sostanza della norma, dunque, coincide con quella di un provvedimento che istituisce un Fondo per concedere dei contributi ad imprese che pongano in essere determinati comportamenti: e sia la prima parte (l’istituzione del Fondo) che la seconda (la concessione del contributo) sono chiaramente provvedimenti aventi natura sostanzialmente amministrativa.

Ancor di più: la concessione *ex lege* del contributo a riduzione del pay back è un atto amministrativo che produce l’effetto giuridico di disporre una riduzione dell’entità dello sfondamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 e degli importi di ripiano richiesti alle aziende calcolati in altri atti amministrativi, dapprima nazionali e poi regionali e provinciali: ed anche l’identità degli effetti prodotti da tali atti, alcuni aventi forma legislativa, altri amministrativa, conduce a concludere che nella sostanza ci troviamo di fronte ad una norma-provvedimento.

Ebbene, con riguardo a disposizioni legislative di questo genere, la Corte Costituzionale ha evidenziato che esse non sono di per sé incompatibili con l’assetto dei poteri stabilito dalla Costituzione. Tuttavia, *“in considerazione del pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di questo tipo, esse devono soggiacere a uno scrutinio stretto di costituzionalità, sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta legislativa”* (*ex plurimis*, Corte Cost. sentenze n. 186 del 2022, n. 116 del 2020, n. 181 del 2019, n. 182 del 2017, n. 275, n. 154 e n. 85 del 2013, n. 20 del 2012): aggiungendosi altresì talvolta che lo scrutinio deve essere *“tanto più rigoroso quanto più marcata sia la natura provvedimentale della disposizione”* (Corte Cost. sentenze n. 275 del 2013, n. 137 del 2009, n. 241 del 2008 e n. 267 del 2007).

Nell’ambito di tale scrutinio stretto di costituzionalità, inoltre, ha avuto modo di precisare la Corte che la legittimità costituzionale deve essere *“valutata in relazione al loro specifico contenuto e devono risultare i criteri che ispirano le scelte con esse realizzate, nonché le relative modalità*

di attuazione (Corte Cost. sentenza n. 49 del 2021); inoltre, tali leggi devono rispettare “il limite specifico costituito dal rispetto della funzione giurisdizionale in ordine alla decisione delle cause in corso” (tra le molte, Corte Cost. sentenza n. 94/2009 e 267/2007)

Ebbene, riteniamo che, nel caso di specie, i suddetti limiti siano stati palesemente superati dalla censurata previsione di legge.

La norma in quesitone, infatti, interferisce in maniera evidente con la funzione giurisdizionale in ordine alla decisione delle cause in corso: sul punto, non v'è evidentemente da aggiungere nulla. Richiede la rinuncia al contenzioso in essere per poter accedere al contributo di cui al menzionato Fondo statale. Diciamo anzi che il suo obiettivo è proprio quello di contribuire a risolvere un problema amministrativo concreto oggetto di un imponente contenzioso giurisdizionale. L'interferenza con la funzione giurisdizionale in corso non potrebbe essere più chiara.

Né in una situazione migliore si trova l'art. 8, comma 3, del d.l. n. 34/2023 dal punto di vista dei criteri che ispirano le scelte con esse realizzate: perché anche in questa prospettiva la scelta legislativa è ispirata unicamente dall'obiettivo di [tentare di] chiudere un contenzioso scomodo al fine di risolvere i problemi di chiusura dei bilanci delle Regioni ed evitare i piani di rientro. Ma le spese, prima di tutto, le hanno decise le Regioni, hanno ecceduto nella spesa le Regioni, i capitolati di gara da cui è derivata la spesa li hanno fatti le Regioni così come sempre le Regioni hanno fissato autonomamente i prezzi a base d'asta (e le Province autonome, naturalmente). Se hanno sbagliato tutto, che vadano in piano di rientro e siano commissariate. Oppure, su un piano politico, copra il disavanzo il Governo. Non è affare delle aziende: ma in ogni caso, se sia legittimo o meno che queste somme vengano richieste alle aziende, deve poter essere sindacato dinanzi ad un giudice. La scelta legislativa di concedere il contributo solo a chi decide di rinunciare al contenzioso è ispirata da un criterio che non può ritenersi idoneo a giustificare la norma-provvedimento.

Ancora da ultimo, del resto, la Corte Costituzionale ha chiarito sul punto che, nei riguardi delle leggi provvedimento, “il sindacato non si arresta alla valutazione del proposito del legislatore cioè alla verifica di una “ragion sufficiente”, che basti a giustificare la scelta di intervenire con legge

provvedimento, ma si estende al giudizio di congruità del mezzo approntato rispetto allo scopo perseguito e al giudizio di proporzionalità della misura selezionata in vista dell'ottenimento di quello scopo", nel senso che occorre "saggiare la ragionevole proporzione tra lo strumento prescelto e le esigenze da soddisfare, in vista del minor sacrificio possibile di altri principi o valori costituzionalmente protetti" (Corte Cost. n. 186/2022).

Ebbene, nella fattispecie, il fatto che la disposizione abbia escluso dalla riduzione del payback accordata solo coloro che intendono continuare ad esercitare il diritto costituzionale di azione giurisdizionale ex art. 24 Cost. dimostra come non sia stata affatto rispettata questa ragionevole proporzione tra il mezzo e il fine, né a maggior ragione rispettato il canone del minor sacrificio possibile di altri valori costituzionalmente protetti, con conseguente irragionevolezza e illegittimità costituzionale della contestata previsione di legge in relazione ai fondamentali principi di civiltà giuridica di cui agli art. 3 e 24 Cost..

2. – Illegittimità derivata dei provvedimenti impugnati per l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, commi 1, 2 e 3 del d.l. 30 marzo 2023, n. 34, convertito con modificazioni con la legge 26 maggio 2023, n. 56, pubblicata sulla G.U., Serie Generale, del 29 maggio 2023, n. 124, per violazione dei principi costituzionali di cui agli articoli 3 e 41 Cost., oltre che per il suo contrasto con le norme a tutela della concorrenza presenti del Trattato dell'Unione europea.

Quella che precede non è peraltro l'unica questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, commi 1-3, del d.l. n. 34/2023 che si ritiene debba essere considerata rilevante e non manifestamente infondata e che si chiede, dunque, a codesto Ecc.mo TAR di voler rimettere in via pregiudiziale alla Corte Costituzionale.

L'art. 8, comma 3, del d.l. n. 34/2023, in effetti, è costituzionalmente illegittimo anche per la violazione sotto altro profilo del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Cost. nel combinato disposto, questa volta, con il principio di libera iniziativa economica di cui all'art. 41 della Cost.

La norma, infatti, ha dettato una disciplina di legge tale da alterare chiaramente ed irragionevolmente la concorrenza nel mercato, conferendo un doppio vantaggio competitivo

alle aziende che non hanno fatto ricorso giurisdizionale, le quali si vedranno riconosciuto lo sconto *ex lege* pari ad oltre la metà del pay back originariamente richiesto e si gioveranno altresì delle scelte che molte aziende loro concorrenti opereranno nel senso di non voler rinunciare ai ricorsi giurisdizionali proposti. Il che genera un effetto distorsivo che si pone al di là dei limiti entro i quali si può ritenere costituzionalmente legittimo un intervento del legislatore avente effetti sulla corretta dinamica della concorrenza in un determinato settore di mercato.

Si richiama anche per questi profili la costante giurisprudenza costituzionale in materia, con particolare riferimento a quella formatasi in ipotesi di interventi distorsivi del mercato realizzati tramite agevolazioni fiscali indebitamente e irragionevolmente concesse dal legislatore [Corte cost. n. 242/2017, da cui si trae che *“La discriminazione nel conferimento dell’agevolazione fiscale pone obiettivamente in essere un’irragionevole e immotivata deroga al principio di eguaglianza e una contestuale violazione dell’art. 41 Cost. sotto il profilo della libertà di concorrenza, una delle manifestazioni della libertà d’iniziativa economica privata (sentenza n. 94 del 2013)”*] ovvero proprio tramite contributi altrettanto irragionevolmente concessi, come avviene anche caso di cui qui ci occupiamo: fattispecie in ordine alla quale la Corte ha avuto modo di pronunciarsi assai di recente, nella decisione n. 186/2022, dove viene correttamente affermato che *“l’assegnazione di un aiuto finanziario ... a un destinatario ... pone un problema di differenziazione delle condizioni degli operatori nel mercato L’impresa beneficiaria è avvantaggiata, rispetto a chi non ha ricevuto fondi straordinari, dato che può investire tali fondi ... migliorando la propria posizione nel settore di riferimento”* sicché *“una volta accertata l’irragionevolezza del contributo, viene a mancare la giustificazione della differenziazione che il legislatore ha operato: essa assume, così, la valenza di un’alterazione della concorrenza nel mercato ed è ragione di contrasto tra la norma censurata e l’art. 41 Cost.”*

Di qui l’irragionevolezza della norma anche sotto tale profilo, nella parte in cui non ha assegnato il contributo per il pagamento del pay back a tutte le aziende chiamate al ripiano, senza distinzioni di sorta, generando in violazione dell’art. 3 Cost. un’ingiustificata disparità di trattamento suscettibile di alterare il mercato concorrenziale in violazione della libertà di concorrenza, coesistente alla libertà di iniziativa economica garantita dall’art. 41 Cost.

ISTANZA CAUTELARE

Quanto al *fumus boni iuris* necessario all'accoglimento della presente istanza cautelare, si richiamano le considerazioni già articolate nel ricorso introduttivo e nei successivi motivi aggiunti alle quali, per spirito di economia processuale, si rinvia integralmente; alle suddette ragioni di *fumus* deve altresì aggiungersi l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 del d.l. n. 34/2023, generando la previsione una situazione di ingiustificata (e ingiustificabile) diseguaglianza di fronte alla legge tra chi non ha presentato il ricorso giurisdizionale o vi ha rinunciato e chi lo ha invece proposto e non lo ha ritirato, che si pone in violazione dell'art. 3 Cost., che afferma il principio d'eguaglianza dinanzi alla legge, anche nel combinato disposto con gli artt. 24, 113 e 41 Cost.. Quanto al *periculum in mora*, grave e irreparabile sarebbe il pregiudizio che la ricorrente verrebbe a subire in assenza di un pronunciamento che sospenda l'efficacia dei provvedimenti impugnati, che hanno imposto alla ricorrente il pagamento di un pay back pari alla considerevole somma di **1.262.060,22 Euro**. La mancata sospensione dei provvedimenti impugnati, infatti, farà sì che la ricorrente verrà assoggettata alla misura della compensazione tra i crediti dalla stessa vantati nei confronti delle singole Regioni e Province Autonome e i presunti debiti dati dalle somme ad essa addossate a titolo di ripiano. Non venendo più pagate le sue fatture, dunque, essa rischierebbe di non essere più in grado di assicurare le forniture richieste dal SSN alle condizioni pattuite, risultando i relativi oneri – a quel punto – insostenibili dal punto di vista economico. Un tale rischio, del resto, è già stato considerato concreto e meritevole di tutela da codesto Ecc.mo Tribunale, essendosi accolte in sede monocratica analoghe istanze cautelari proprio sul presupposto che “*da un lato, l'approssimarsi della predetta data rende concreto, per la parte ricorrente, il rischio effettivo che le amministrazioni regionali operino direttamente la compensazione prevista dall'art. 9 ter, comma 9 bis, del D.L. n. 78/2015 e richiamata nella normativa di riferimento e avuto riguardo, dall'altro, all'asserita incidenza del pagamento delle somme di cui trattasi o della predetta compensazione sulla continuità aziendale*”(si cfr. TAR Lazio, Sez. III Quater, decreto Presidenziale in data 13 giugno 2023, n. 3023). D'altra parte, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, la sospensione dei

provvedimenti gravati non potrebbe in alcun modo pregiudicare l'interesse pubblico, come dimostra il fatto che per molti anni il meccanismo del payback è rimasto inattuato senza alcuna particolare conseguenza economica per gli enti del servizio sanitario nazionale. Si chiede dunque che codesta Ecc.ma Sezione, in accoglimento della presente istanza ex art. 55 c.p.a., sospenda l'efficacia dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo e con i successivi motivi aggiunti.

* * *

Per i motivi sopra esposti si conclude per l'accoglimento del ricorso, dei motivi aggiunti e del presente ulteriore motivo aggiunto e, per l'effetto, per l'annullamento degli atti impugnati, **previa sospensiva** ed eventualmente:

- previa sospensione del giudizio e rimessione degli atti alla Corte costituzionale affinché questa dichiari l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di cui all'art. 17, comma 1, lett. c) del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, all'art. 1, comma 131, lettera b), della legge 24 dicembre 2012, n. 228, e all'art. 9-ter, commi 1, lett. b), 8, 9 e 9-bis, del d.l. 19 giugno 2015, n. 78 per violazione degli artt. 3, 23, 41, 42, 53 e 117 comma 1, Cost., in relazione all'art. 1, del Primo Protocollo addizionale alla CEDU e agli artt. 16 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea per le ragioni descritte nel corpo dell'atto;
- previa disapplicazione della normativa nazionale ovvero, in via subordinata, previa sospensione del giudizio e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 del TFUE, affinché la stessa si pronunci sui quesiti esposti nel ricorso;
- previa sospensione del giudizio e rimessione degli atti alla Corte costituzionale affinché questa dichiari l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di cui all'art. 8, commi 1, 2 e 3 del d.l. 30 marzo 2023, n. 34, convertito con modificazioni con la legge 26 maggio 2023, n. 56, pubblicata sulla G.U., Serie Generale, del 29 maggio 2023, n. 124, per violazione dei principi costituzionali della non interferenza del potere normativo con il potere giudiziario, del diritto di difesa, dell'eguaglianza di fronte alla legge, della parità di trattamento e non discriminazione, della libera iniziativa economica di cui agli art. 3, 24, 113, 41 Cost.

Si dichiara che il contributo unificato non è dovuto non essendo stati impugnati nuovi provvedimenti.

Con ogni effetto e conseguenza di legge e con vittoria di spese e di onorari.

Roma, 28 giugno 2023

Prof. Avv. Diego Vaiano

Avv. Francesco Cataldo