

# REPUBBLICA ITALIANA

N. 5473/06 REG.DEC.

## IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.442- 443

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione) 444/04 REG.RIC.

ha pronunciato la seguente

### DECISIONE

sui ricorsi riuniti in appello n. 442, 443 e 444 del 2004, proposti : 1) dalla società WYETH LEDERLE s.p.a., PFIZER ITALIA s.p.a., BRISTOL MYERS SQUIBB s.p.a., ELI LILLY ITALIA s.p.a., SANOFI-SYNTHELABO s.p.a., PHARMACIA s.p.a., MERCK SHARP & DOMME (Italia) s.p.a., SCHERING s.p.a.; 2) dalla società WYETH LEDERLE s.p.a.; 3) dalla società, PFIZER ITALIA s.p.a., BRISTOL MYERS SQUIBB s.p.a., ELI LILLY s.p.a., SANOFI-SYNTHELABO s.p.a., PHARMACIA ITALIA s.p.a., MERCK SHARP & DOMME (Italia) s.p.a., SCHERING s.p.a., tutte in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dall'avv. Paolo Vaiano e dal prof. Avv. Diego Vaiano ed elettivamente domiciliate presso il loro studio sito in Roma, Lungotevere Marzio n. 3;

contro

la PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri p.t.

il MINISTERO DELLA SALUTE in persona del Ministro p.t.

il MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE in persona del Ministro p.t., tutti rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato presso i cui uffici di Roma, Via dei Portoghesi n. 12 sono domiciliati per legge

la REGIONE LAZIO in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio.

per la riforma

delle sentenze del TAR del Lazio, sez. terza, 12 giugno 2003, n. 8010, n. 8011 e n. 8012;

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Esaminate le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 16 maggio 2006 il Consigliere Aldo Fera;

Udito per la parte ricorrente l'avv. D.Vaiano come indicato nel verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

Oggetto degli appelli proposti dalle società farmaceutiche indicate in epigrafe sono le sentenze n. 8010, n. 8011 e n. 8012 del 12 giugno 2003, con le quali il Tar del Lazio ha respinto i ricorsi da esse proposti per l'accertamento del loro diritto alla commercializzazione dei farmaci di propria produzione e titolarità al prezzo di vendita al pubblico fissato antecedentemente all'entrata in vigore dell'art. 3 comma 1 del D.L. 15/4/02 n. 63, convertito con l. 15/6/02 n. 112, nonché per la condanna delle Amministrazioni intimate al risarcimento dei danni subiti e subendi in ragione della disciplina riduttiva del prezzo di vendita al pubblico dei farmaci di cui al citato D.L. 63/02; nonché per l'annullamento della nota in data 17 aprile

2002, rivolta alle associazioni di categoria delle aziende farmaceutiche, dei farmacisti e dei grossisti, con la quale il Direttore Generale del Dipartimento per le politiche di sviluppo e di coesione del Ministero dell'Economia e delle Finanze ha dato disposizioni per l'applicazione delle riduzioni del prezzo dei medicinali recata dall'art. 3, comma 1, del DL. 63/02.

Il primo giudice, dopo aver premesso che le ricorrenti hanno concentrato i motivi di ricorso intorno a *"due serie di censure, rivolte l'una a far constare l'illegittimità dell'art. 3, c. 1 del DL 63/2002 per violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., l'altra il contrasto di tale norma nazionale con la Dir. n. 89/105/CE e con l'art. 30 Tratt. UE"*, argomenta la propria decisione sostenendo:

quanto alla legittimità costituzionale della norma, *"la natura meramente provvisoria ed interinale (della stessa), ossia di misura di finanza straordinaria, assunta nell'ambito di un'ampia manovra di contenimento, razionalizzazione e miglioramento della spesa pubblica sanitaria"*;

quanto al contrasto con la normativa comunitaria, che, caso di specie, *"s'applica l'art. 4 della Dir. n. 89/105/CE, il cui tenore, però, è ben diverso dal preteso divieto indicato dalla ricorrente, perché impone allo Stato membro soltanto di verificare, almeno una volta all'anno, se le condizioni macroeconomiche giustifichino la continuazione senza modifiche del blocco"*.

Le appellanti contestano le motivazioni contenute nella sentenza, sostenendo:

1. Errore di giudizio nella parte in cui la sentenza appellata ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità

costituzionale del combinato disposto degli articoli 3, comma uno, del decreto-legge 15 aprile 2002, n. 63, (convertito con legge n. 112 del 2002) e 52, comma 11, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, sollevata sotto diversi profili con riferimento agli atti di 3 e 41 della Costituzione. Il primo giudice non avrebbe tenuto nel debito conto l'incoerenza delle disposizioni legislative censurate rispetto ai sistemi di calcolo del prezzo dei medicinali oggi vigenti, che sono rivolti *"alla ricerca caso per caso, e cioè con riferimento a ciascun singolo prodotto, del corretto valore di equilibrio (prezzo) in ragione degli indici direttamente riferibili a tale specifico prodotto."* L'incoerenza sarebbe resa ancora più evidente dal fatto che, ai sensi dell'articolo 52 comma 11 della legge 27 dicembre 2002 n. 289, *"la riduzione imposta è divenuta la regola valevole a tempo indeterminato"*. Né le disposizioni legislative in discorso possono configurarsi come *"misure di finanza straordinaria"*, sia perché hanno perduto il carattere della temporaneità sia perché, comunque, la loro costante ripetizione nel tempo fa sì che, oltre all'irragionevolezza della deroga ai principi generali di sistema, emerge anche una compressione ingiustificata del diritto di impresa.

2. In via espressamente subordinata, le imprese appellanti denunciano l'errore di giudizio nella parte in cui la sentenza appellata ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli articoli 3, comma uno, del decreto-legge 15 aprile 2002, n. 63, (convertito con legge n. 112 del 2002) e 52, comma 11, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, sollevata sotto i profili degli articoli 3 e 41 della Costituzione, con specifico riferimento alle specialità medicinali che avevano visto il loro prezzo determinato secondo

il metodo della cosiddetta contrattazione. In questo caso, infatti, l'incoerenza del sistema sarebbe ancora più macroscopica.

3. Errore di giudizio nella parte in cui la sentenza appellata non ha rilevato l'illegittimità del combinato disposto degli articoli 3, comma uno, del decreto-legge 15 aprile 2002, n. 63, (convertito con legge n. 112 del 2002) e 52, comma 11, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, per contrasto con la direttiva 89/105/CEE e con l'articolo 30 del Trattato.

Concludono quindi chiedendo l'annullamento della sentenza appellata e, per l'effetto, l'accoglimento delle domande proposte con il ricorso di primo grado, previa remissione della controversia alla Corte costituzionale e, ove occorra, alla Corte di giustizia della CE.

Sono costituiti in giudizio i Ministeri della Salute e dell'Economia e Finanze, che controbattono le tesi avversarie sostenendo in particolare come l'applicazione di una percentuale generalizzata di riduzione dei prezzi non modifica il metodo di calcolo dei prezzi né altera in alcun modo il rapporto che intercorre fra il costo del farmaco ed il suo prezzo. La misura, inoltre, troverebbe giustificazione, nella necessità di salvaguardare sotto il profilo finanziario il sistema di assistenza farmaceutica, e legittimazione costituzionale, nell'art. 41 della Costituzione. Concludono infine per il rigetto dell'appello.

#### DIRITTO

I ricorsi di cui all'epigrafe possono essere riuniti in quanto oggettivamente connessi.

Le tre sentenze, con le quali il Tar del Lazio ha respinto i ricorsi presentati dalle imprese farmaceutiche oggi appellanti, si sono pronunciate su azioni sostanzialmente di accertamento del

diritto alla commercializzazione dei farmaci, di propria produzione e titolarità, al prezzo di vendita al pubblico fissato precedentemente all'entrata in vigore dell'art. 3 comma 1 del D.L. 15/4/02 n. 63, convertito con l. 15/6/02 n. 112 nonché di condanna delle Amministrazioni intimate al risarcimento dei danni cagionati dalla disciplina riduttiva del prezzo di vendita al pubblico dei farmaci di cui al citato D.L. 63/02.

L'unica azione di annullamento svolta nei confronti della nota in data 17 aprile 2002, rivolta alle associazioni di categoria delle aziende farmaceutiche, dei farmacisti e dei grossisti, con la quale il Direttore Generale del Dipartimento per le politiche di sviluppo e di coesione del Ministero dell'Economia e delle Finanze ha dato istruzioni per l'applicazione delle riduzioni del prezzo dei medicinali recata dall'art. 3, comma 1, del DL. 63/02, in sé considerata non appare, peraltro, ascrivibile alla giurisdizione generale di legittimità, in quanto l'atto non scaturisce dall'esercizio di un potere amministrativo ma è atto meramente esplicativo di disposizioni direttamente discendenti dalla legge. E come tale è considerato dagli stessi appellanti, che difatti non muovono contro l'atto censure autonome ma ne ricavano l'illegittimità direttamente dalla legge di cui l'atto fa applicazione, legge che essi sostengono essere in contrasto con la Costituzione della Repubblica e con il Trattato di adesione all'Unione Europea e le norme comunitarie.

Le azioni proposte in primo grado, pertanto, non incidono su situazioni di interesse legittimo, in ordine alle quali si faccia questione del corretto uso di un potere amministrativo, ma su situazioni di diritto soggettivo che danno corpo nell'ordinamento interno alla libertà di iniziativa economica privata ( art. 41

Cost.); situazioni che avrebbero potuto essere comprese nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici introdotta dall'art. 33 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, nel testo sostituito dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205. Sennonché, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 204 del 6 luglio 2004, ha affermato l'illegittimità costituzionale di tale disposizione legislativa " *nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "tutte le controversie in materia di pubblici servizi , ivi compresi quelli" anziché "le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi , escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla p.a. o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. n. 241 del 1990, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore"*. La Corte è giunta a tale conclusione attraverso una ricostruzione storica del sistema costituzionale di riparto della giurisdizione dalla quale può ragionevolmente ricavarsi " *che il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non*

*fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie. Tale necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive - e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa - è espresso dall'art. 103 laddove statuisce che quelle materie devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo."*

Tornando alla controversia oggetto del presente appello, la situazione soggettiva dedotta nei giudizi di primo grado, come si è detto, risulta incisa direttamente dalla legge, contro la quale d'altro canto si appuntano le censure di incostituzionalità dedotte dalle ricorrenti, e non è caratterizzata dalla mediazione di un atto di esercizio di un potere amministrativo, che consenta di far emergere la presenza di un interesse legittimo.

Ne consegue che, a seguito dell'intervento correttivo apportato dalla Corte Costituzionale all'art. 33 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, la controversia in questione non può essere risolta dal Giudice Amministrativo ma rientra nella giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria.

Gli appelli pertanto vanno respinti a causa dell'inammissibilità dei ricorsi di primo grado per difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo.

Appare equo compensare, tra le parti, le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, previa riunione dei ricorsi in epigrafe respinge gli appelli per l'inammissibilità dei ricorsi di primo grado.

Compensa le spese del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 16 maggio 2006, con l'intervento dei signori:

Raffaele Iannotta	Presidente
Paolo Buonvino	Consigliere
Aldo Fera	Consigliere estensore
Nicola Russo	Consigliere
Michele Corradino	Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Aldo Fera

F.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**Il 19 settembre 2006**

**(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)**

***IL DIRIGENTE***

***f.to Antonio Natale***