

1^a SERIE SPECIALE

*Spediz. abb. post. 45% - art. 2, comma 20/b
Legge 23-12-1996, n. 662 - Filiale di Roma*

Anno 150° — Numero 37



**GAZZETTA UFFICIALE
DELLA REPUBBLICA ITALIANA**

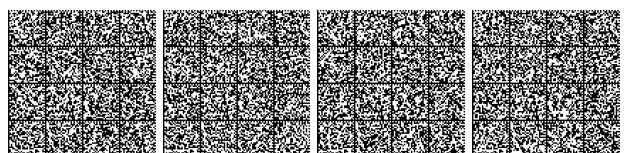
PARTE PRIMA

Roma - Mercoledì, 16 settembre 2009

SI PUBBLICA IL MERCOLEDÌ

**DIREZIONE E REDAZIONE PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - UFFICIO PUBBLICAZIONE LEGGI E DECRETI - VIA ARENULA 70 - 00186 ROMA
AMMINISTRAZIONE PRESSO L'ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO - LIBRERIA DELLO STATO - PIAZZA G. VERDI 10 - 00198 ROMA - CENTRALINO 06-85081**

CORTE COSTITUZIONALE





S O M M A R I O

ATTI DI PROMOVIMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

N. **48.** Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 14 luglio 2009 (del Presidente del Consiglio dei ministri).

Pesca - Turismo - Norme della Regione Calabria - Esercizio delle attività di pesca turismo e ittiturismo - Disciplina di semplificazione dei relativi procedimenti autorizzatori - Estensione alle imprese di acquacoltura - Contrasto con il codice dell'ambiente che per l'attività di piscicoltura prevede procedure di valutazione di impatto ambientale - Lamentata carenza di una norma di salvaguardia in materia di valutazione di impatto ambientale - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza legislativa statale esclusiva in materia di ambiente.

- Legge della Regione Calabria 30 aprile 2009, n. 15, art. 3, comma 4.
- Costituzione, art. 117, comma secondo, lett. *s*); d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 7, comma 4, e Allegato IV, art. 1, lett. *e*).

Pesca - Turismo - Professioni - Norme della Regione Calabria - Esercizio delle attività di pesca turismo e ittiturismo - Prevista subordinazione dell'esercizio delle attività medesime alla iscrizione in appositi elenchi regionali, previa acquisizione di un attestato di frequenza con esito positivo di corsi formativi organizzati dalla Regione - Contrasto con il principio fondamentale per cui spetta allo Stato l'individuazione dei titoli necessari per l'esercizio delle attività professionali e l'istituzione di albi ed elenchi, lamentata introduzione di limitazioni al libero svolgimento delle attività medesime - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della potestà legislativa statale nella materia concorrente delle professioni, lesione dei principi della libera prestazione dei servizi e della libera concorrenza.

- Legge della Regione Calabria 30 aprile 2009, n. 15, artt. 4, 6, comma 1, lett. *c*), e 8, comma 5.
- Costituzione, art. 117, comma secondo, lett. *e*), e comma terzo; legge 29 marzo 2001, n. 135; d.P.C.m. 13 settembre 2002; d.P.R. 27 aprile 2004.....

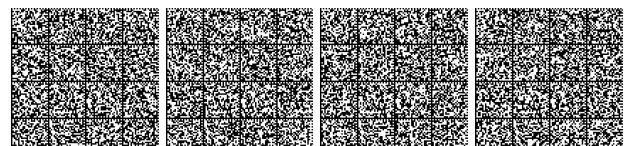
Pag. 7

N. **222.** Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria del 28 maggio 2009.

Elezioni - Operazioni per le elezioni dei consiglieri provinciali - Ricorso avverso gli atti endoprocedimentali attualmente lesivi anteriormente alla proclamazione degli eletti - Esclusione secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato costituente diritto vivente - Irrazionalità - Lesione del diritto di azione e del principio di tutela giurisdizionale - Violazione del diritto di elettorato attivo e passivo, del diritto di partecipare alla formazione della volontà politica degli enti locali e del principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto del Presidente della Repubblica 16 maggio 1960, n. 570, art. 83-*undecies*, aggiunto dall'art. 2 della legge 23 dicembre 1966, n. 1147.
- Costituzione, artt. 3, 24, 48, 49, 51, 97 e 113.

» 10



N. 223. Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio del 27 maggio 2009.

Impresa e imprenditore - Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi - Operazioni di concentrazione effettuate entro il 30 giugno 2009, tra imprese operanti nei servizi pubblici essenziali connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato, relativo alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza - Esclusione della necessità di autorizzazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 - Obbligo delle stesse imprese di notificare le suddette operazioni all'Autorità garante della concorrenza e del mercato unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione - Previsione dell'adozione da parte dell'Autorità, entro trenta giorni dalla comunicazione dell'operazione, della prescrizione delle predette misure con le modificazioni ed integrazioni ritenute necessarie, nonché della definizione del termine, non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare - Sanzioni in caso di inottemperanza - Violazione del principio di uguaglianza - Lesione del principio di libertà di iniziativa economica privata e di concorrenza.

- Decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, art. 4, comma 4-*quinquies*, convertito, con modificazioni, nella legge 18 febbraio 2004, n. 39, aggiunto dall'art. 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito, con modificazioni, nella legge 27 ottobre 2008, n. 166.
- Costituzione, artt. 3 e 41.

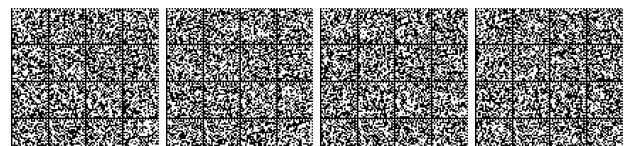
Pag. 15

N. 224. Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio del 27 maggio 2009.

Impresa e imprenditore - Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi - Operazioni di concentrazione effettuate entro il 30 giugno 2009, tra imprese operanti nei servizi pubblici essenziali connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato, relativo alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza - Esclusione della necessità di autorizzazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 - Obbligo delle stesse imprese di notificare le suddette operazioni all'Autorità garante della concorrenza e del mercato unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione - Previsione dell'adozione da parte dell'Autorità, entro trenta giorni dalla comunicazione dell'operazione, della prescrizione delle predette misure con le modificazioni ed integrazioni ritenute necessarie, nonché della definizione del termine, non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare - Sanzioni in caso di inottemperanza - Violazione del principio di uguaglianza - Lesione del principio di libertà di iniziativa economica privata e di concorrenza.

- Decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, art. 4, comma 4-*quinquies*, convertito, con modificazioni, nella legge 18 febbraio 2004, n. 39, aggiunto dall'art. 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito, con modificazioni, nella legge 27 ottobre 2008, n. 166.
- Costituzione, artt. 3 e 41.

» 27



N. 225. Ordinanza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio del 27 maggio 2009.

Impresa e imprenditore - Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi - Operazioni di concentrazione effettuate entro il 30 giugno 2009, tra imprese operanti nei servizi pubblici essenziali connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato, relativo alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza - Esclusione della necessità di autorizzazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 - Obbligo delle stesse imprese di notificare le suddette operazioni all'Autorità garante della concorrenza e del mercato unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione - Previsione dell'adozione da parte dell'Autorità, entro trenta giorni dalla comunicazione dell'operazione, della prescrizione delle predette misure con le modificazioni ed integrazioni ritenute necessarie, nonché della definizione del termine, non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare - Sanzioni in caso di inottemperanza - Violazione del principio di uguaglianza - Lesione del principio di libertà di iniziativa economica privata e di concorrenza.

- Decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, art. 4, comma 4-*quinquies*, convertito, con modificazioni, nella legge 18 febbraio 2004, n. 39, aggiunto dall'art. 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito, con modificazioni, nella legge 27 ottobre 2008, n. 166.
- Costituzione, artt. 3 e 41.

Pag. 40

N. 226. Ordinanza del Tribunale di Catania del 17 luglio 2008.

Reati e pene - Disposizioni in materia di riciclaggio dei capitali di provenienza illecita - Esercizio delle attività di intermediazione finanziaria specificate nei decreti legislativi emanati ai sensi dell'art. 15, comma 1, lett. c) della legge delega n. 52 del 1996, in assenza di iscrizione nell'elenco degli operatori abilitati - Limiti edittali di pena superiori a quelli indicati nella legge delega - Individuazione della fattispecie di reato del trasferimento di fondi, con conseguente disciplina sanzionatoria - Eccesso di delega - Violazione del principio della riserva di legge in materia penale.

- Decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 153, art. 5, comma 3.
- Costituzione, artt. 25, 76 [in relazione all'art. 15, comma 1, lett. c), legge 6 febbraio 1996, n. 52] e 77.

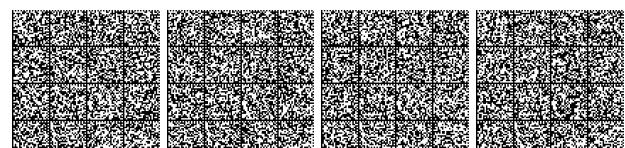
» 47

N. 227. Ordinanza della Commissione tributaria regionale per la Lombardia del 3 luglio 2008.

Giurisdizioni speciali - Giurisdizione tributaria - Appello proposto da contribuente - Deposito di copia dell'atto di appello presso la segreteria della commissione tributaria provinciale oltre i trenta giorni dalla data di notifica dell'impugnazione all'amministrazione finanziaria - Previsione della sanzione di inammissibilità dell'appello nel caso in cui, non essendo stato notificato il ricorso a mezzo di ufficiale giudiziario, l'appellante abbia omesso di depositare copia dell'appello presso l'ufficio di segreteria della commissione tributaria che ha pronunciato la sentenza impugnata - Irragionevolezza - Afferita irrazionalità della detta sanzione processuale, siccome sproporzionata e sganciata dalla previsione di un termine perentorio per il deposito dell'appello presso la segreteria della commissione *a quo* - Ingustificata disparità di trattamento rispetto alla fattispecie dell'appello tributario notificato a mezzo di ufficiale giudiziario e alla disciplina delle impugnazioni nel processo civile - Incidenza sul diritto di difesa.

- Decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, art. 53, comma 2, secondo periodo, aggiunto dall'art. 3-*bis*, comma 7, del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, nella legge 2 dicembre 2005, n. 248.
- Costituzione, artt. 3 e 24.

» 48





ATTI DI PROMOVIMENTO DEL GIUDIZIO DELLA CORTE

N. 48

*Ricorso per questione di legittimità costituzionale depositato in cancelleria il 14 luglio 2009
(del Presidente del Consiglio dei ministri)*

Pesca - Turismo - Norme della Regione Calabria - Esercizio delle attività di pesca turismo e ittiturismo - Disciplina di semplificazione dei relativi procedimenti autorizzatori - Estensione alle imprese di acquacoltura - Contrasto con il codice dell'ambiente che per l'attività di piscicoltura prevede procedure di valutazione di impatto ambientale - Lamentata carenza di una norma di salvaguardia in materia di valutazione di impatto ambientale - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della competenza legislativa statale esclusiva in materia di ambiente.

- Legge della Regione Calabria 30 aprile 2009, n. 15, art. 3, comma 4.
- Costituzione, art. 117, comma secondo, lett. s); d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 7, comma 4, e Allegato IV, art. 1, lett. e).

Pesca - Turismo - Professioni - Norme della Regione Calabria - Esercizio delle attività di pesca turismo e ittiturismo - Prevista subordinazione dell'esercizio delle attività medesime alla iscrizione in appositi elenchi regionali, previa acquisizione di un attestato di frequenza con esito positivo di corsi formativi organizzati dalla Regione - Contrasto con il principio fondamentale per cui spetta allo Stato l'individuazione dei titoli necessari per l'esercizio delle attività professionali e l'istituzione di albi ed elenchi, lamentata introduzione di limitazioni al libero svolgimento delle attività medesime - Ricorso del Governo - Denunciata violazione della potestà legislativa statale nella materia concorrente delle professioni, lesione dei principi della libera prestazione dei servizi e della libera concorrenza.

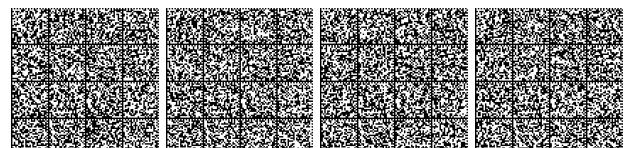
- Legge della Regione Calabria 30 aprile 2009, n. 15, artt. 4, 6, comma 1, lett. c), e 8, comma 5.
- Costituzione, art. 117, comma secondo, lett. e), e comma terzo; legge 29 marzo 2001, n. 135; d.P.C.m. 13 settembre 2002; d.P.R. 27 aprile 2004.

Ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato presso la quale ha il proprio domicilio in Roma alla via dei Portoghesi n. 12, nei confronti della Regione Calabria in persona del presidente della Giunta regionale *pro tempore* per la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 4, dell'art. 4, dell'art. 6, comma 1, lettera c) e 8, comma 5 della legge regionale 30 aprile 2009, n. 15 della Regione Calabria, recante «Norme per l'esercizio delle attività di pesca turismo e ittiturismo», pubblicata nel B.U.R. n. 5 del 9 maggio 2009, giusta delibera del Consiglio dei ministri in data 26 giugno 2009.

Con la legge regionale n. 15 del 30 aprile 2009, che consta di nove articoli, la Regione Calabria ha emanato norme in materia di attività di attività di pesca turismo e ittiturismo.

L'art. 2, comma 1, della legge definisce la pescaturismo come l'attività «connessa a quella di pesca, intrapresa da pescatori professionisti, da imprenditori ittici, singoli o associati, consistente nell'imbarco di persone non appartenenti all'equipaggio sulle navi da pesca per iniziative a scopo turistico-ricreativo.».

L'art. 2, comma 4, identifica l'ittiturismo con l'attività connessa a quella principale di pesca, svolta attraverso l'utilizzo della propria abitazione o di strutture di cui l'imprenditore ittico abbia la disponibilità (ospitalità, ristorazione, erogazione di servizi, a carattere ricreativo o culturale, finalizzati alla corretta fruizione degli ecosistemi acquatici e delle risorse della pesca ed alla valorizzazione culturale del mondo dei pescatori acquatici, vendita dei prodotti della pesca, allestimento di piccoli musei della pesca gestiti direttamente dai pescatori o loro cooperative). L'art. 3 contiene la disciplina del procedimento autorizzatorio dell'esercizio dell'attività di pescaturismo e di ittiturismo, la cui applicabilità è estesa alle imprese di acquacoltura (art. 3, comma 4).



L'art. 4 subordina l'iscrizione nell'elenco regionale delle imprese interessate all'attività di ittiturismo al conseguimento di un'attestazione di frequenza con esito positivo ad un corso di formazione di almeno 30 ore (delle quali 20 ore teoriche e 10 ore di stages), organizzato e curato dalla regione, in collaborazione con le associazioni delle imprese ittiche più rappresentative.

L'art. 6, comma 1, nell'attribuire alla giunta regionale il potere di adottare, previo parere vincolante della competente Commissione permanente, un regolamento di attuazione della legge regionale in questione, indica, tra le materie da disciplinare mediante tale regolamento, alla lettera *c*), quella delle procedure per l'iscrizione degli elenchi regionali di cui al successivo art. 8, della loro tenuta ed aggiornamento, nonché della verifica della persistenza dei requisiti per l'iscrizione.

L'art. 8, comma 1, prevede l'istituzione da parte della Regione di elenchi separati degli operatori che svolgono attività di pescaturismo, ittiturismo o di entrambe, distinti per territorio provinciale; l'art. 8, comma 5 stabilisce che l'iscrizione in tali elenchi è condizione necessaria per l'esercizio dell'attività di pesca turismo ed ittiturismo.

È avviso del Governo che, con le norme denunciate in epigrafe, la Regione Calabria abbia ecceduto i limiti dalla propria competenza legislativa in violazione della normativa costituzionale, come si confida di dimostrare in appresso con l'illustrazione dei seguenti

M O T I V I

1) *Violazione dell'articolo 117, secondo comma, lett. s), della Costituzione con riferimento all'art. 3, comma 4 della legge n. 15/2009 della Regione Calabria.*

La norma contenuta nell'art. 3, comma 4, della legge regionale in questione estende l'applicabilità della disciplina di semplificazione dei procedimenti autorizzativi per l'esercizio dell'attività di pescaturismo e di ittiturismo di cui al medesimo articolo 3 alle imprese di acquacoltura.

Pur non contenendo la legge regionale in questione una definizione della nozione di acquacoltura, si può affermare che ad essa è certamente riconducibile l'attività di piscicoltura per la quale la normativa nazionale vigente (*cfr.* il combinato disposto dell'art. 7, comma 4 e dell'art. 1, lettera *e*) dell'allegato IV del d.lgs. n. 152/2006) prevede procedure di valutazione di impatto ambientale limitatamente ai progetti che abbiano una superficie complessiva eccedente i 5 ettari.

L'art. 3, comma 4 della legge in questione, assoggettando gli impianti di acquacoltura alle disposizioni dettate per le attività di pesca turismo e di ittiturismo, senza prevedere norme di salvaguardia in materia di valutazione di impatto ambientale, introduce una deroga non consentita alla legislazione statale vigente in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema.

Ne consegue l'incostituzionalità della norma *de qua* per lesione della competenza legislativa esclusiva spettante allo Stato *in subiecta materia, ex art. 117, secondo comma, lettera s)* della Costituzione.

2) *Violazione dell'art. 117, terzo comma della Costituzione, con riferimento agli articoli 4, 6, comma 1, lettera c) e 8 comma 5 della legge n. 15/2009 della Regione Calabria.*

Si premette che, nonostante la spettanza alle regioni di una competenza legislativa residuale in materia di «turismo», così come stabilito dall'art. 117, quarto comma, Cost. e confermato da una consolidata giurisprudenza costituzionale (per tutte la sentenza n.197/2003), il settore delle professioni turistiche ricade nella materia «professioni», nella quale Stato e regioni esercitano una competenza legislativa concorrente *ex art. 117, terzo comma, Cost.* In presenza, infatti, della materia concorrente delle professioni e in base alla configurazione ampia che ne scaturisce dalle pronunce della Corte costituzionale, è inevitabile l'attrazione in siffatta materia anche del settore delle professioni turistiche che, pertanto, deve ritenersi anch'esso sottratto alla materia residuale del turismo.

Tale assunto è stato confermato anche dal Consiglio di Stato che, nel parere n. 3165/2003, reso nell'Adunanza del 3 dicembre 2003, chiamato a pronunciarsi su alcune disposizioni del d.P.C.m. 13 settembre 2002, concernente il recepimento dell'Accordo fra lo Stato, le regioni e le province autonome sui principi per l'armonizzazione, la valorizzazione e lo sviluppo del sistema turistico, in attuazione della legge n. 135/2001, ha affermato che rientrano nella competenza esclusiva statale, per l'esigenza di garantire l'uniformità sul territorio nazionale e in applicazione del principio del c.d. «parallelismo invertito», espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 303/2003, la disciplina e l'accertamento dei requisiti per l'esercizio delle professioni turistiche tradizionali ed



emergenti, la loro qualificazione professionale, nonché i criteri uniformi per l'espletamento degli esami di abilitazione all'esercizio delle professioni turistiche. Sulla base di tale parere è intervenuto il d.P.R. 27 aprile 2004, con il quale è stato disposto il parziale annullamento del d.P.C.m. del 2002 citato, adeguandolo a quanto statuito dal Consiglio di Stato.

Ciò premesso, si ritiene che siano censurabili l'art. 4, l'art. 6, comma 1, lettera c) e 8, comma 5 della legge in questione, in quanto subordinano l'esercizio delle attività di pescaturismo e di ittiturismo alla iscrizione in appositi elenchi regionali, iscrizione che è possibile solo in presenza di un attestato di frequenza con esito positivo di corsi formativi organizzati dalla regione.

Tali norme contrastano palesemente con l'art. 117, terzo comma, della Costituzione, che attribuisce competenza legislativa concorrente allo Stato ed alle regioni in materia di professioni, violando il principio fondamentale per cui spetta allo Stato l'individuazione dei titoli necessari per l'esercizio delle attività professionali e l'istituzione di albi ed elenchi.

Le norme regionali in esame, istituendo elenchi professionali ed individuando i requisiti minimi necessari per ottenere l'iscrizione a tali elenchi, eccedono la sfera della potestà legislativa regionale in materia di professioni, alla stregua dell'orientamento ormai consolidato di codesta Corte (sentenza n. 353/2003; sentenza n. 57/2007; sentenza n. 179/2008; sentenza n. 222/2008).

Costituisce ormai *ius receptum* l'affermazione della necessità che nell'esercizio della potestà legislativa concorrente le regioni devono osservare il principio secondo cui l'individuazione delle figure professionali, con i relativi profili e titoli abilitanti è riservata, per il suo carattere necessariamente unitario allo Stato, rientrando nella competenza delle regioni la disciplina di quegli aspetti che presentano uno specifico collegamento con la realtà regionale.

La violazione di tale principio comporta l'incostituzionalità delle norme regionali calendate, alla stregua dell'art. 117, terzo comma della Costituzione.

3) *Violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e) della Costituzione, con riferimento all'art. 4, all'art. 6, comma 1, lettera c) ed all'art. 8, comma 5 della legge n. 15/2009 della Regione Calabria.*

La disciplina dettata dall'art. 4, l'art. 6, comma 1, lettera c) e 8, comma 5 della legge in questione è censurabile dal punto di vista costituzionale, anche sotto un altro profilo.

Le limitazioni introdotte dagli articoli censurati al libero svolgimento dell'attività di pescaturismo e di ittiturismo si risolvono anche in una lesione del principio della libera prestazione dei servizi nonché della libera concorrenza la cui tutela.

La tutela del mercato e della libera concorrenza rientrando nella competenza esclusiva statale, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e) Cost., risulta evidente l'incostituzionalità, anche sotto tale profilo delle norme regionali denunciate.

P. Q. M.

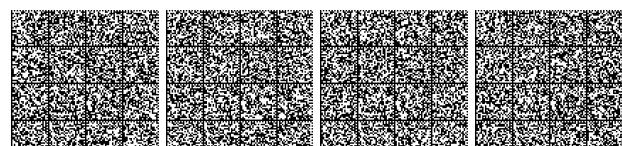
Per i suesposti motivi si conclude perché gli articoli 3, commi 4, 6, comma 1, lettera c), 8, comma 5 della legge regionale 30 aprile 2009, n. 15 della Regione Calabria, siano dichiarati costituzionalmente illegittimi.

Si produce l'estratto della deliberazione del Consiglio dei ministri del 26 giugno 2009.

Roma, addì 6 luglio 2009

L'Avvocato dello Stato: Massimo GIANNUZZI

09C0500



*Ordinanza del 28 maggio 2009 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per la Liguria
sul ricorso proposto da Bussalai Luigi ed altri contro Ufficio elettorale centrale ed altri*

Elezioni - Operazioni per le elezioni dei consiglieri provinciali - Ricorso avverso gli atti endoprocedimentali attualmente lesivi anteriormente alla proclamazione degli eletti - Esclusione secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato costituente diritto vivente - Irrazionalità - Lesione del diritto di azione e del principio di tutela giurisdizionale - Violazione del diritto di elettorato attivo e passivo, del diritto di partecipare alla formazione della volontà politica degli enti locali e del principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

- Decreto del Presidente della Repubblica 16 maggio 1960, n. 570, art. 83-undecies, aggiunto dall'art. 2 della legge 23 dicembre 1966, n. 1147.
- Costituzione, artt. 3, 24, 48, 49, 51, 97 e 113.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la presente ordinanza sul ricorso numero di registro generale 491 del 2009, proposto da: Luigi Bussalai, Bruno Robello De Filippis, Valeria Calcagno, rappresentati e difesi dagli avv. Piergiorgio Alberti, Andrea Mozzati, con domicilio eletto presso Piergiorgio Alberti, in Genova, via Corsica, 2/11;

Contro Ufficio elettorale centrale, Ministero dell'interno, Prefetto di Savona, rappresentati e difesi dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata per legge in Genova, v.le Brigate Partigiane 2; Provincia di Savona, nei confronti di Durante Ottaviano, Luisa Caristo, per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia, decreto dell'ufficio elettorale centrale per l'elezione diretta del presidente della provincia e del consiglio provinciale datato 9 maggio 2009 di ricusazione lista denominata «il popolo della libertà - Berlusconi per Vaccarezza» nonché del decreto del medesimo ufficio datato 12 maggio 2009 di reiezione del ricorso e conferma della predetta ricusazione, e di ogni altro atto connesso.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ufficio elettorale centrale;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'interno;

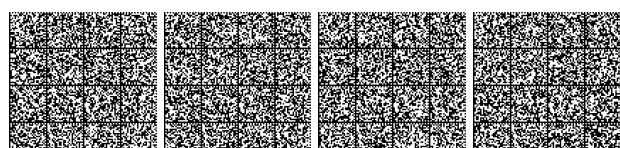
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Prefetto di Savona;

Relatore nella Camera di consiglio del giorno 28 maggio 2009 il dott. Antonio Bianchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Con il ricorso in epigrafe i ricorrenti, in qualità di elettori, delegati alla presentazione di lista e candidati per la carica di Consigliere provinciale di Savona per la lista n. 12 denominata «Il popolo della Libertà - Berlusconi per Vaccarezza», hanno impugnato i provvedimenti in epigrafe con cui è stata ricusata la lista stessa.

A tal fine deducono quattro articolati motivi di censura, chiedendo l'annullamento degli atti impugnati con concessione di adeguate misure cautelari provvisorie, atte a salvaguardare i loro diritti elettorali nelle more della decisione della causa nel merito.

Si è costituita in giudizio l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Genova la quale, con specifica memoria, ha eccepito l'inammissibilità del gravame dovendo escludersi l'immediata impugnabilità degli atti elettorali endoprocedimentali, anche se immediatamente lesivi come quello di ricusazione di una lista.



Più precisamente, richiamando la regola affermata dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella decisione n. 10/2005, la difesa erariale deduce che i gravami avverso le operazioni elettorali possono essere proposti, a norma dell'art. 83/II del T.U. n. 570 del 1960 (introdotto dall'art. 2 della legge n. 1147/1966, le cui norme di carattere procedurale sono tuttora vigenti in quanto richiamate dall'art. 19 della legge n. 1034/1971), solamente dopo la proclamazione degli eletti, ossia ad operazioni elettorali concluse.

Sul punto, il Collegio rileva come anche la successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato abbia costantemente escluso la possibilità di un'autonoma impugnativa degli atti endoprocedimentali del procedimento elettorale, anteriormente alla proclamazione degli eletti.

In particolare si sono pronunciati nei termini suddetti il Consiglio di Stato (V, 11 dicembre 2007, n. 6382; 31 ottobre 2007, n. 5653; 7 novembre 2006, n. 6544; 6 febbraio 2007, n. 482; 17 febbraio 2006, n. 619; 20 marzo 2006, n. 1441;) ed il C.G.A. (23 settembre 2008, n. 776; 21 luglio 2008, n. 652; 3 ottobre 2007, n. 907; 22 giugno 2006, n. 287; 23 marzo 2006, n. 115).

L'insegnamento appena indicato della giurisprudenza del Consiglio di Stato, induce pertanto il Collegio a dover esaminare l'odierno gravame alla stregua di quella che è oramai una regola di diritto vivente, ossia la regola della inammissibilità del gravame avverso le operazioni elettorali, proposto prima della proclamazione degli eletti.

Il Collegio dovendo applicare tale regola, tratta dall'art. 83/11 del d.P.R. n. 570/1960, deve rilevare che essa non sfugge a gravi dubbi di incostituzionalità e pertanto va sollevata la questione di legittimità costituzionale della predetta disposizione, in quanto impeditiva della immediata esperibilità di tutela giurisdizionale contro atti elettorali endoprocedimentali, ancorchè lesivi.

La questione costituzionale che si pone in relazione alla norma in esame, a giudizio del Collegio, è rilevante e non manifestamente infondata per le seguenti ragioni.

Sulla rilevanza della questione.

Il ricorso ha per oggetto gli atti di ricusazione di una lista dalla competizione elettorale.

La rilevanza della questione è evidente, non essendosi ancora svolte le consultazioni elettorali.

L'applicazione della norma della cui legittimità costituzionale si dubita costringerebbe questo giudice a dichiarare l'inammissibilità del gravame e della accessiva istanza cautelare, precludendo definitivamente ai ricorrenti la partecipazione alla attuale competizione elettorale con conseguente compressione dei diritti elettorali costituzionalmente garantiti. Infatti anche l'eventuale ripetizione delle consultazioni elettorali non costituirebbe idonea misura riparatoria attesi gli oggettivi ed inevitabili mutamenti che, *medio tempore*, si determinerebbero nelle opinioni del corpo elettorale.

Occorre, peraltro, rilevare come il ricorso, al primo esame consentito nella sede cautelare, evidenzi la sussistenza del requisito del *fumus boni iuris*.

Invero l'esclusione della lista è fondata sulla circostanza che l'autenticazione delle firme dei sottoscrittori non conterebbe l'indicazione del luogo ove l'autenticazione è avvenuta.

Peraltro, a prescindere dalla circostanza che tale indicazione possa assumere rilievo di elemento sostanziale nell'economia dell'atto di autentica, occorre rilevare come risulti depositata presso l'Ufficio elettorale centrale, nel termine di presentazione della lista, una dichiarazione del consigliere comunale che ha autenticato le firme, attestante il luogo in cui è avvenuta l'autenticazione, senza che tale circostanza sia stata positivamente delibata dall'Ufficio centrale elettorale.

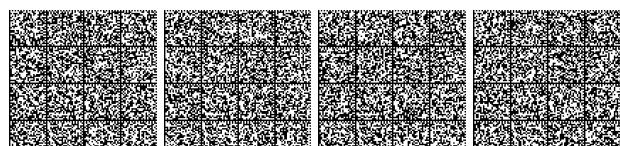
Tutto ciò induce ad una prognosi favorevole sull'esito del ricorso, corroborando ulteriormente la rilevanza della questione di legittimità costituzionale.

In conclusione l'applicazione della norma in questione condurrebbe a negare la tutela cautelare, dichiarando l'inammissibilità del ricorso in relazione ad un pretesa, *prima facie*, fondata.

Sulla non manifesta infondatezza della questione.

Quanto al requisito della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità di cui si discute, ritiene il Collegio che l'art. 83/11 del d.P.R. n. 570/1960, introdotto dall'art. 2 della legge 23 dicembre 1966, n. 1147 limitando la proponibilità immediata del giudizio contro l'atto di esclusione o di ammissione di una lista o di un candidato alle elezioni, appaia illegittimo per violazione degli artt. 3, 24, 48, 49, 51, 97 e, particolarmente, 113 della Costituzione.

1. — Violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione.



La norma tratta dall'art. n. 83/11 citata è in contrasto con l'art. 24 della Costituzione, che recita: «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento...» e con l'art. 113 della Costituzione, che recita: «contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa... tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o a particolari categorie di atti».

L'impeditimento a proporre il ricorso *ex art. 83/11* cit., unico caso nell'Ordinamento di preclusione processuale all'esercizio dell'azione in presenza di fatto o evento o atto lesivo, costituisce una limitazione del diritto di difesa a particolari mezzi di impugnazione (e cioè soltanto alla tutela di merito, con esclusione della tutela cautelare) ed a particolari categorie di atti (e cioè soltanto quelli conclusivi del procedimento, con esclusione di quelli endoprocedimentali immediatamente lesivi, posti in essere prima della proclamazione degli eletti nell'ambito del procedimento elettorale).

In sostanza, a giudizio del Collegio, la norma determina l'inammissibile elisione della tutela cautelare e con essa della salvaguardia di interessi sostanziali, perché per quanto provvisoria, la tutela interinale risponde comunque a precisi requisiti e presupposti, riassunti nella formula del «danno grave ed irreparabile»: in questi casi, invero, o la tutela è interinale o, per definizione, non c'è tutela.

Al riguardo, devono peraltro essere svolte le seguenti ulteriori considerazioni.

In primo luogo, va rilevato che, con la disciplina dell'istituto di cui al citato art. 83/11, il legislatore ha espunto la tutela cautelare dal giudizio elettorale, impedendo l'esperibilità di uno strumento di tutela, componente essenziale del diritto di difesa, senza che sussistano motivate ed effettive ragioni di tutela di interessi pubblici prevalenti su quest'ultimo diritto, costituzionalmente garantito.

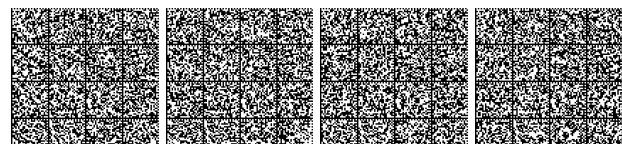
Tale limitazione deriva, da un primo angolo visuale, in via di fatto: pure ammettendo formalmente che dopo la proclamazione degli eletti il ricorrente elettorale possa chiedere la sospensione cautelare dell'atto conclusivo del procedimento elettorale, per vizi attinenti alla fase dell'ammissione delle liste, è facilmente intuibile come, una volta celebratesi le elezioni e venuti così ad esistenza i rinnovati organi amministrativi elettori, l'efficacia dei provvedimenti lesivi relativi alla ammissione o alla esclusione di candidati o liste sia definitivamente consumata e quindi qualsiasi esigenza di tutela di posizioni dei singoli candidati o delle singole formazioni politiche sarà logicamente recessiva, nel bilanciamento degli interessi, di fronte all'esigenza di pubblico interesse di consentire il funzionamento degli organi elettori proclamati in carica a fronte della richiesta di sospendere atti i cui effetti si sono oramai completamente prodotti.

Inoltre, sotto un profilo di rigorosa interpretazione della disciplina dell'istituto del processo elettorale come disciplinato dall'art. 83/11 cit., la tutela cautelare di cui all'art. 21 della legge n. 1034/1971 non solo diviene praticamente impossibile, ma è anche formalmente inapplicabile: se il termine per ricorrere viene fatto decorrere dalla proclamazione degli eletti (e si considerano quindi come non oppugnabili in sè gli atti infraprocedimentali lesivi, ossia come se non fossero produttivi di un «arresto») tale deroga al sistema ordinario di tutela processuale amministrativa non può che condurre l'interprete a ritenere che la disciplina del processo elettorale è esaustivamente contenuta nella disposizione in esame che non contempla alcuna previsione di misure cautelari.

Considerazione quest'ultima facilmente sostenibile, se solo si pone attenzione al fatto che la genesi dell'istituto risale ad un contesto storico e normativo completamente differente dall'attuale, che, invece, conosce uno sviluppo della misura cautelare giudiziale amministrativa particolarmente articolato e complesso.

A giudizio del Collegio, la non manifesta infondatezza della questione, nei termini esposti, è dimostrata anche dalla recentissima pronuncia della Corte costituzionale, n. 403 del 30 novembre 2007, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 5 dicembre 2007, emessa in relazione all'art. 1, comma 11 della legge 31 luglio 1997, n. 249, nella parte in cui inibisce la proposizione del ricorso giurisdizionale prima del tentativo obbligatorio di conciliazione e, con essa, anche la tutela cautelare: in questa fattispecie, strutturalmente non dissimile da quella all'odierno esame del tribunale, la Corte, richiamando la propria giurisprudenza in materia di tutela cautelare, ha respinto la questione sollevata, affermando (nonostante la dizione espressa della norma) che essa è comunque possibile anche prima del tentativo di conciliazione obbligatoria (ricorrendone i presupposti). Tale principio, applicato alla questione della impugnabilità immediata degli atti elettorali endoprocedimentali, dovrebbe condurre a confermare la incostituzionalità della norma.

2. — Violazione degli artt. 24 e 113 sotto altro profilo; violazione degli artt. 48, 49 e 51 della Costituzione (violazione del diritto di elettorato passivo ed attivo). Violazione art. 3 della Costituzione e del principio di egualanza sostanziale. Violazione dell'art. 97 della Costituzione.



Consegue a quanto esposto che il legislatore, in caso di esito vittorioso della lite, limita il risarcimento in forma specifica (costituito dalla partecipazione al procedimento elettorale) di colui o coloro i quali sono stati lesi dal provvedimento illegittimo dell'autorità, solo al rinnovo delle operazioni elettorali, che avverrà per ovvi motivi in un tempo successivo a quelle comunque già celebratesi.

In questo modo viene gravemente compromesso, oltre che il diritto di difesa, anche il diritto di elettorato attivo e passivo, ed il diritto, connesso, di partecipare alla formazione della volontà politica dei Corpi amministrativi locali, secondo la disciplina legislativa che trova i propri referenti costituzionali negli artt. 48, 49 e 51 della Costituzione.

Conseguentemente, viene altresì lesa anche l'art. 97 della Costituzione, in quanto il deficit di tutela cautelare impedisce alle parti di ottenere l'azione correttiva del giudice quando ancora è possibile intervenire per ripristinare la legittimità dell'azione amministrativa, a maggiore garanzia della stabilità del risultato elettorale e degli organi eletti in carica.

Deve evidenziarsi come per i competitori politici, ottenere la ripetizione in un tempo successivo della competizione elettorale, non è realmente satisfattivo.

Invero la competizione elettorale avviene in un contesto specifico, nel tempo mutevole, che costituisce specifico e peculiare oggetto di interesse per chi vi partecipa, nella sua attualità e concretezza storica.

Inoltre il competitor elettorale sa bene, che preparare la candidatura implica una disposizione di risorse ed energie, sia organizzative che finanziarie ed economiche, non facilmente ripetibili (specie per le formazioni politiche minori, colme i piccoli partiti nazionali o le liste civiche locali); in ogni caso, la loro reiterazione è sicuramente un impegno ed un onere rilevante che già di per sé incide, limitandolo senza ragione, sul diritto di elettorato passivo.

A ciò aggiungasi che l'elettorato è esposto a comunemente noti fattori di influenza che alterano il quadro politico: si pensi, specie nelle elezioni comunali, a quanto varie si rivelano le disparate questioni locali; ma anche a quale incidenza esercitano sugli elettori quelle nazionali, o la percezione della situazione economica o del contesto sociale, gli avvenimenti di particolare clamore, e finanche gli scenari internazionali, a tacere poi degli schieramenti e delle alleanze politiche.

Infine, ciò che dimostra l'assoluta non omogeneità tra due procedimenti elettorali reiterati nel tempo — con conseguente violazione del principio di egualianza sostanziale, del principio di pari opportunità nell'accesso alle cariche eletive e nell'esercizio del diritto di elettorato passivo — è che, nelle more del giudizio, chi ha ottenuto la vittoria nelle elezioni invalide continua a conservare l'amministrazione locale per un determinato periodo di tempo (il tempo necessario a concludere il processo), il che non è ovviamente senza effetto sul consolidamento di posizioni di vantaggio politico ottenute a danno di chi da quelle elezioni è stato illegittimamente escluso o, di chi, in esse, si è dovuto confrontare — subendoli — con candidati o formazioni che non avrebbero dovuto esservi ammessi.

Il decorrere del tempo, nella materia elettorale, non è dunque un fattore neutrale.

Le ricadute negative sull'elettorato della reiterazione delle votazioni per motivi di illegittimità nell'ammissione o esclusione di liste, sono virtualmente irreparabili e ciò comporta la violazione delle norme costituzionali in epigrafe sotto l'aspetto della lesione del diritto di elettorato attivo, connesso alla esigenza di tendenziale certezza nella stabilità e nell'affidabilità degli schieramenti che si sottopongono al giudizio dell'elettorato.

Si pensi, all'impatto negativo in termini di sfiducia da parte degli elettori nei confronti del sistema elettorale (e delle regole democratiche che lo connotano), che si determinerebbe in chiunque fosse chiamato a ritornare nuovamente alle urne dopo poco tempo dalla precedente consultazione e magari, dopo un lungo lasso di tempo con il comune retto da organismi commissariali.

Da altro punto di vista sottrarre l'interesse al ricorso del cittadino elettore alla possibilità di una tutela immediata, significa costringere colui che, nella espressione del voto, sente di essere leso dall'ammissione o dalla esclusione che reputa illegittima a sopportare la celebrazione di una competizione elettorale che egli chiederà di annullare e, in definitiva, concorre a scoraggiare l'affluenza alle urne e la partecipazione al voto.

Per le suesposte ragioni appare evidente anche il profilo di illegittimità che induce a ritenere violato l'art. 97 della Costituzione: il differire l'impugnazione degli atti endoprocedimentali all'esito della competizione elettorale finisce con il fare gravare con assoluta sicurezza il rischio della invalidità dell'intero procedimento e della invalidità dell'insediamento dei nuovi organi rappresentativi, con necessità di ricorrere a gestioni commissariali che interrompono il naturale andamento del governo dell'ente locale (il commissario è un organo di governo per definizione straordinario, perché non legittimato da una votazione popolare e dunque derogante al principio della democraticità del governo dell'ente).



3. — Violazione dell'art. 3 della Costituzione — irrazionalità della norma — disparità di trattamento processuale — disparità di trattamento sostanziale tra i candidati alle elezioni locali e violazione degli artt. 3, 51, primo comma, primo inciso, e 97 della Costituzione.

La norma in esame, come visto, è causa di limitazioni del diritto di difesa, nonché dei diritti politici attivi e passivi; essa causa, inoltre, grave disparità di trattamento e si rivela affetta da illogicità oltre che contraddittorietà con la materia del processo amministrativo e la più generale connotazione dei principi processuali generali sotto vari aspetti.

In ipotesi che, rispetto alla materia elettorale, sono di altrettanta gravità ed importanza per l'interesse pubblico ad esse connesso (*cfr.* le materie di cui all'art. 23-*bis* della legge n. 1034/1971) rispetto agli atti endoprocedimentali immediatamente lesivi è oggi possibile una intensa e celere tutela sia cautelare che di merito, ed addirittura la tutela *ante causam* con la possibilità del ricorso al decreto monocratico di cui all'art. 21, legge t.a.r.

Si pensi, ad esempio, al caso paradigmatico della impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria o di altro atto intermedio del procedimento di gara (o di pubblico concorso), la quale viene considerata dalla giurisprudenza «mera facoltà del controinteressato» che può anche attendere l'emanazione del successivo provvedimento di aggiudicazione definitiva al fine di gravare quest'ultimo con tutti i provvedimenti presupposti precedenti.

Ad avviso del Collegio, dunque, l'esigenza di tutela che la norma dovrebbe assicurare non giustifica, sotto l'aspetto costituzionale in esame, né la restrizione dei diritti di difesa, né la disparità di trattamento processuale, per più ordini di ragioni che possono essere esaminate come segue.

Ferma restando l'esigenza di tutelare la maggiore stabilità possibile del risultato elettorale, osserva il Collegio che la vulnerazione di tale interesse pubblico, ossia ciò che può falsare l'andamento corretto e tempestivo della scansione procedimentale elettorale non è l'intervento del giudice, ma il provvedimento (di esclusione o di ammissione) illegittimo dell'Autorità.

Questa semplice considerazione è del tutto pretermessa dal legislatore quando impedisce la immediata tutela giurisdizionale di chi viene leso dall'esclusione o dalla ammissione illegittima, nel timore di azioni strumentali alla alterazione del procedimento elettorale.

Il legislatore ha considerato che, stante la serrata cadenza procedimentale che scandisce la tempistica elettorale, l'intervento del giudice non trova materiali spazi di operatività (C.G.A. n. 907/2007); che, anzi, non essendo possibile nei termini del procedimento elettorale una pronuncia definitiva e stante la naturale precarietà della tutela cautelare, tale intervento introduce un elemento di instabilità nell'andamento della procedura elettorale, utilizzabile *secundum eventum litis* (A.P. n. 10/2005).

Inoltre, deve osservare il Collegio che non è condivisibile l'opinione secondo cui la tutela cautelare non possa essere assicurata compiutamente in breve termine o comunque con tempi tali da inserirsi nella scansione procedimentale, orientandola e non alterandola.

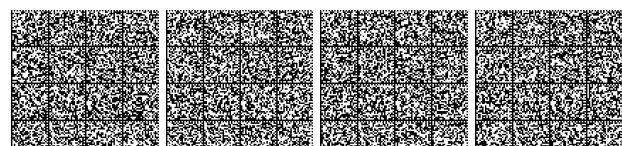
D'altro lato, pare evidente che la norma sacrifica i diritti effettivi di difesa non già per assicurare la corretta consultazione elettorale e la correlativa formazione della volontà del Corpo elettorale, ma per assicurare, invece, solo la cadenza dei tempi procedurali e quindi, in definitiva, per tutelare il lavoro e l'attività degli organi preposti al governo del procedimento elettorale medesimo.

Sul piano sostanziale, infatti, ammettere o meno la esperibilità dei rimedi giurisdizionali immediatamente o dopo la proclamazione degli eletti non aumenta, né diminuisce, la possibilità che le elezioni siano travolte dall'accoglimento dei gravami o dal loro rigetto (a seconda dei casi).

Ciò che può incidere sulla stabilità del risultato elettorale, invero, è solo il concreto andamento delle procedure elettorali ed il loro riflesso diretto sulle consultazioni e sulla campagna elettorale, in particolare circa i tempi della pubblicata elettorale ed il correlativo grado di affidabilità l'elettore può raggiungere circa la legittima partecipazione alle competizioni elettorali delle liste e dei candidati.

Per le suesposte considerazioni, a norma dell'art. 23, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, va disposta l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale per la risoluzione della questione incidentale di costituzionalità di cui trattasi, disponendosi conseguentemente le sospensione del giudizio instaurato col ricorso in epigrafe.

Atteso infine, per ciò che riguarda la richiesta misura cautelare, che sussiste il pregiudizio grave ed irreparabile allegato dai ricorrenti e che il gravame appare assistito dal necessario *fumus* in quanto, a prescindere dalla circostanza che l'indicazione del luogo ove è avvenuta l'autenticazione delle firme dei sottoscrittori possa assumere rilievo di elemento sostanziale nell'economia dell'atto di autentica, va rilevato che risulta depositata presso l'ufficio elettorale centrale, nel termine di scadenza per la presentazione della lista, una dichiarazione del consigliere comunale che ha autenticato le firme, attestante il luogo in cui è avvenuta l'autenticazione stessa, senza che tale documento sia stato positivamente apprezzato dal predetto ufficio.



P. Q. M.

Vista la legge 9 febbraio 1948, n. 1 e la legge 11 marzo 1953, n. 87;

Ritenuta rilevante ai fini della decisione della controversia e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3, 24, 48, 49, 51, 97 e 113 Cost., dell'art. 83/11 del d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570, nella parte in cui esclude la possibilità di un'autonoma impugnativa degli atti endoprocedimentali del procedimento elettorale, ancorché immediatamente lesivi, anteriormente alla proclamazione degli eletti;

Sospende il giudizio in corso;

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

Ordina che la presente ordinanza sia notificata a cura della segreteria alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicata al Presidente del Senato della Repubblica ed al Presidente della Camera dei deputati.

Accoglie la suindicata domanda incidentale di sospensione, ad tempus, fino alla restituzione degli atti del giudizio da parte della Corte costituzionale.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Genova, nella Camera di consiglio del giorno 28 maggio 2009.

Il Presidente: Di SCIASCIO

L'estensore: BIANCHI

09C0541

N. 223

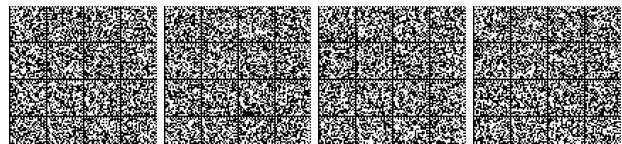
*Ordinanza del 27 maggio 2009 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio
sul ricorso proposto da Eurofly S.p.A. contro Autorità Garante della concorrenza e del mercato ed altri*

Impresa e imprenditore - Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi - Operazioni di concentrazione effettuate entro il 30 giugno 2009, tra imprese operanti nei servizi pubblici essenziali connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato, relativo alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza - Esclusione della necessità di autorizzazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 - Obbligo delle stesse imprese di notificare le suddette operazioni all'Autorità garante della concorrenza e del mercato unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione - Previsione dell'adozione da parte dell'Autorità, entro trenta giorni dalla comunicazione dell'operazione, della prescrizione delle predette misure con le modificazioni ed integrazioni ritenute necessarie, nonché della definizione del termine, non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare - Sanzioni in caso di inottemperanza - Violazione del principio di uguaglianza - Lesione del principio di libertà di iniziativa economica privata e di concorrenza.

- Decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, art. 4, comma 4-quinquies, convertito, con modificazioni, nella legge 18 febbraio 2004, n. 39, aggiunto dall'art. 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito, con modificazioni, nella legge 27 ottobre 2008, n. 166.
- Costituzione, artt. 3 e 41.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la presente ordinanza sul ricorso numero di registro generale 1224 del 2009, proposto da Soc. Eurofly S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Cristoforo Osti, Romolo Persiani, Aldo Travi, con domicilio eletto presso Romolo Persiani in Roma, via Toscana n. 10;



Contro Autorità garante concorrenza e mercato, rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

Nei confronti di Soc. Alitalia Compagnia Aerea Italiana S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Guido Bellini, Filippo Lattanzi, Gian Michele Roberti, Marco Serpone, con domicilio eletto presso Gian Michele Roberti in Roma, Foro Troiano n. 1/A; Soc. Air One S.p.A., Soc. Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A. in amm. straordinaria, Soc. Alitalia Servizi S.p.A. in amministrazione straordinaria, Soc. Alitalia Airport S.p.A. in amministrazione straordinaria, Soc. Alitalia Express S.p.A. in amministrazione straordinaria, Soc. Volare S.p.A. in amministrazione straordinaria, per l'annullamento del provvedimento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, adottato nell'adunanza del 3 dicembre 2008 a conclusione del procedimento n. C/9812.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorità garante della concorrenza e del mercato;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc. Alitalia Compagnia Aerea Italiana S.p.A.;

Visto il ricorso incidentale condizionale proposto da Soc. Alitalia Compagnia Aerea Italiana S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio proposto dal ricorrente incidentale, rappresentato e difeso relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2009 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

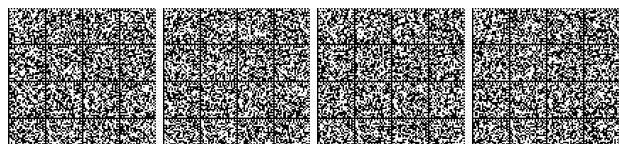
La Società ricorrente premette di operare nel trasporto aereo di linea in concorrenza, tra gli altri, con le Società Alitalia ed AirOne, per cui ritiene di essere titolare di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere amministrativo in merito ad operazioni di concentrazione relative ai suoi principali concorrenti e di avere interesse ad impugnare i provvedimenti che assegnino vantaggi ad essi.

Con l'impugnato provvedimento adottato nell'adunanza del 3 dicembre 2008, l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato — vista la comunicazione della società CAI S.p.A., ai sensi dell'art. 4, comma 4-quinquies del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, recante «Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza» convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39, come modificato dal decreto legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito con modificazioni in legge dall'art. 1, comma 1, legge 27 ottobre 2008, n. 166, con la quale la società ha notificato preventivamente l'operazione di concentrazione relativa all'acquisizione di alcuni rami d'azienda delle società Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A. in amministrazione straordinaria, Alitalia Servizi S.p.A. in amministrazione straordinaria, Alitalia Airport S.p.A. in amministrazione straordinaria, Alitalia Express S.p.A. in amministrazione straordinaria, Volare S.p.A. in amministrazione straordinaria (gruppo AZ) e delle società AirOne S.p.A., AirOne City Liner S.p.A., European Avia Service S.p.A., Air One Technic S.p.A. e Challey Ltd (gruppo AP) — ha deliberato di rendere obbligatori alcune misure comportamentali per prevenire il rischio di imposizione di prezzi ed altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori a seguito dell'operazione, fissando al 31 dicembre 2011 la data prima della quale sarà stabilito il successivo termine, di cui all'art. 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, come modificato dalla legge di conversione, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi a seguito dell'operazione devono cessare, previo avvio di idoneo procedimento istruttorio.

La ricorrente, ritenendo che all'esito di tale provvedimento sia stata ammessa un'operazione di concentrazione in violazione dei principi basilari in tema di concorrenza e di garanzia del mercato, ha proposto il presente ricorso, articolato nei seguenti motivi di impugnativa:

Vizi attinenti ai contenuti del provvedimento impugnato.

Illegittimità degli atti impugnati, per illegittimità del d.l. 28 agosto 2008, n. 134, convertito in legge 27 ottobre 2008, n. 166 (c.d. decreto Alitalia).



Il provvedimento impugnato sarebbe illegittimo in quanto adottato in applicazione di una disciplina legislativa a sua volta viziata per illegittimità costituzionale. In particolare, sussisterebbe la violazione dei principi sulla concorrenza, rappresentati nella libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. che trovano riscontro anche nell'art. 117 Cost. La disciplina, infatti, inibirebbe i controlli antitrust sulle concentrazioni tra imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, determinando una situazione di mercato inidonea a produrre extraprofitti a favore del soggetto egemone, con grave pregiudizio dei concorrenti e dei consumatori.

Lo strumento legislativo risulterebbe utilizzato per introdurre una disciplina che nessun atto amministrativo avrebbe potuto tollerare per il suo carattere oggettivamente discriminatorio a danno degli altri operatori del settore aereo. La disciplina legislativa avrebbe introdotto una disparità di trattamento irragionevole, perché in contrasto con valori costituzionali di rilievo, come quello della concorrenza, per cui si configurerebbe la violazione dell'art. 3 Cost. e la violazione risulterebbe ancora più palese per il fatto che il legislatore sarebbe intervenuto sostanzialmente con una legge-provvedimento.

La ricorrente ha pertanto chiesto che sia sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 10, d.l. 23 agosto 2008, n. 134, convertito in legge 27 ottobre 2008, n. 166, per violazione degli artt. 3 e 41 Cost.

Illegittimità degli atti impugnati, per violazione del d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, e succ. mod. e del d.l. 28 agosto 2008, n. 134, conv. in legge 27 ottobre 2008, n. 166.

Il provvedimento impugnato non rispetterebbe neppure la disciplina e i vincoli imposti dalla legislazione in materia di amministrazione straordinaria. L'eccezione alla necessità di previa autorizzazione dell'operazione di concentrazione sarebbe limitata alle «imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali» e, ai sensi dell'art. 1, legge n. 146/1990, solo i servizi aerei per i/ collegamento con le isole potrebbero essere considerati «servizi pubblici essenziali», così come, al momento di concludere l'operazione CAI non avrebbe disposto nemmeno di una concessione ad esercitare l'attività di trasporto aereo, sicché la concentrazione non rientrerebbe nell'ambito di applicazione della legge e l'Autorità conserverebbe pieni poteri di verifica degli effetti anticoncorrenziali dell'operazione sul mercato.

Al momento della comunicazione dell'operazione, inoltre, Alitalia non avrebbe posseduto i requisiti di solidità finanziaria richiesti, considerato che il 29 agosto 2008, aveva chiesto la dichiarazione dello stato di insolvenza e l'ammissione all'amministrazione straordinaria e che il 5 settembre era stato dichiarato il suo stato di insolvenza, ed avrebbe posseduto esclusivamente una licenza provvisoria concessa il 2 settembre 2008 e valida fino al 10 marzo 2009.

Illegittimità degli atti impugnati, per violazione dell'art. 86 del Trattato CE: illegittimità degli atti impugnati, perché fondati su norme di diritto interno da disapplicare per il loro contrasto con il diritto comunitario.

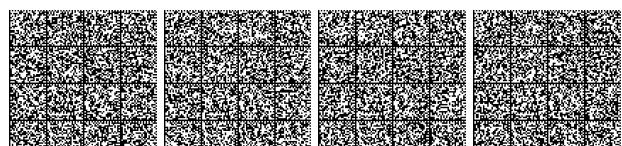
Il provvedimento impugnato sarebbe stato emanato sulla base di una normativa nazionale in contrasto con le norme comunitarie ed i principi del Trattato CE, per cui sarebbe illegittimo in quanto emanato in ragione di una normativa nazionale che sarebbe dovuta essere disapplicata.

Sussisterebbe la violazione dell'art. 86 del Trattato CE e, in particolare, della deroga contenuta nell'art. 86, par. 2, perché il «decreto Alitalia» avrebbe attribuito a CAI un monopolio *ex lege*, non sindacabile da parte della competente Autorità di concorrenza, non giustificato dallo svolgimento di servizi di interesse generale. Anche volendo ipotizzare che ai soggetti coinvolti nell'operazione fosse stato affidato formalmente un identificabile servizio di interesse economico generale, non sarebbe chiaro come l'applicazione della legge nazionale sul controllo delle concentrazioni avrebbe potuto ostacolare la prestazione di tale specifico servizio e come l'assicurazione di un periodo minimo di tre anni di un monopolio *ex lege* possa essere considerato necessario a tal fine. Né la circostanza che l'operazione in discorso non abbia dimensione comunitari potrebbe escludere l'applicabilità dell'art. 86 del Trattato in quanto la violazione contestata consisterebbe nella creazione di una situazione di monopolio non sottoposta ad una valutazione degli effetti anticoncorrenziali e non giustificata da preminenti interessi economici generali.

La ricorrente, in via subordinata, ha chiesto che sia sottoposta alla Corte di giustizia delle Comunità europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, la questione se l'art. 1, comma 10, legge n. 166/2008, il quale crea un monopolio o quasi monopolio legale su rotte fortemente commerciali, possa essere considerato una misura necessaria e proporzionata, ai sensi dell'art. 86 del Trattato, e in particolare del suo par. 2, per assicurare lo svolgimento di servizi di interesse economico generale su tratte onerate da obblighi di servizi pubblici, senza che gli scambi comunitari siano pregiudicati in misura contraria agli interessi della Comunità.

Illegittimità degli atti impugnati, perché fondati su norme di diritto interno da disapplicare per il loro contrasto con gli artt 3, lettera g), 10 e 82 del Trattato.

Sussisterebbe la violazione del combinato disposto delle norme comunitarie in epigrafe in quanto l'acquisto, da parte di CAI, di Alitalia e di AirOne comporterebbe un'ipotesi di sfruttamento abusivo di posizione dominante determinato da un comportamento dello Stato. La Corte di giustizia avrebbe dichiarato che può costituire abuso, in violazione dell'art. 82, il fatto che un'impresa in posizione dominante rafforzi tale posizione tramite l'incorporazione di un



concorrente, al punto che il grado di dominio così raggiunto rappresenti un sostanziale ostacolo per la concorrenza. Il rafforzamento di una posizione dominante, insomma, potrebbe costituire di per sé stesso un abuso di posizione dominante, ove ostacoli la concorrenza in maniera sostanziale. L'Autorità avrebbe avuto il potere-dovere di esaminare la questione anche sotto il profilo dell'art. 82 e dell'effetto utile.

In subordine, ha chiesto che sia sottoposta alla Corte di giustizia delle Comunità europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, la questione se la emanazione di una legge nazionale che induca un soggetto ad abusare della sua posizione dominante tramite l'acquisto del suo principale concorrente sia contraria al principio di effetto utile delle norme del Trattato e debba essere, pertanto, disapplicata.

Illegittimità degli atti impugnati, per incompetenza dell'Autorità garante a valutare l'operazione di concentrazione.

La valutazione dell'operazione di concentrazione sarebbe stata di competenza della Commissione europea in quanto: sussisterebbe una situazione di controllo congiunto di fatto su CAI; CAI sarebbe una scatola vuota e, quindi, le «imprese interessate» ai fini del calcolo del fatturato sarebbero i singoli soci di CAI; l'acquisto di Alitalia, ed AirOne da parte di CAI e l'ingresso di un partner straniero in CAI dovrebbero essere valutati alla stregua di operazioni interdipendenti, ai sensi del Regolamento CE n. 139/04.

In subordine, ha chiesto che sia sottoposta alla Corte di giustizia delle Comunità europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, la questione se: una situazione di controllo congiunto di fatto possa sussistere nel caso sia provata l'esistenza di una forte comunione di interessi; nel caso di acquisto del controllo congiunto tramite una «scatola vuota» imprese interessate debbano considerarsi le imprese madri e non la società veicolo; l'acquisto del controllo di CAI e l'ingresso del socio straniero debbano essere considerati quale unica operazione di concentrazione.

Illegittimità degli atti impugnati in relazione ai contenuti degli «obblighi imposti».

L'Autorità, come da previsione legislativa, ha esaminato le misure comportamentali proposte da CAI per verificare la loro idoneità a scongiurare il rischio di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori, ma gli impegni imposti sarebbero incongrui rispetto a tale finalità. Il compito demandato all'Autorità dalla norma di legge non sarebbe stato quello di far salvi pochi consumatori avveduti, ma di tutelare i consumatori nel loro complesso dall'esercizio di un potere di mercato sottratto all'ordinario presidio antitrust.

L'Avvocatura dello Stato ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione ad agire, atteso che le misure comportamentali previste dal d.l. n. 134/2008 sono, per espressa previsione normativa, a tutela dei consumatori; nel merito, ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del gravame:

L'Alitalia - Compagnia Aerea Italiana S.p.A. ha proposto ricorso incidentale condizionato avverso il provvedimento impugnato per l'ipotesi in cui questo Tribunale dovesse accogliere, anche solo parzialmente, le censure dedotte nei confronti della decisione autorizzatoria dell'Autorità.

Il ricorso incidentale condizionato, premesso che l'Autorità non avrebbe correttamente esaminato l'impatto dell'operazione sottoposta al suo scrutinio avendo erroneamente definito il mercato rilevante, è articolato nei seguenti motivi d'impugnativa:

Eccesso di potere, difetto di motivazione, contraddizione intrinseca e contrarietà alla prassi nazionale e comunitaria con riferimento alla definizione del mercato rilevante quanto alla sostituibilità fra aeroporti.

I tre scali del comprensorio del capoluogo lombardo (Malpensa, Linate e Orio al Serio) sarebbero intercambiabili tra loro, per cui l'analisi-concorrenziale dovrebbe essere condotta con riferimento a mercati rilevanti identificati con i collegamenti tra la catchment area milanese (che ricomprende i tre scali indicati) e la catchment area dei luoghi di destinazione; analoghe considerazioni varrebbero per il sistema aeroportuale di Roma che includerebbe sia l'aeroporto di Fiumicino che quello di Ciampino.

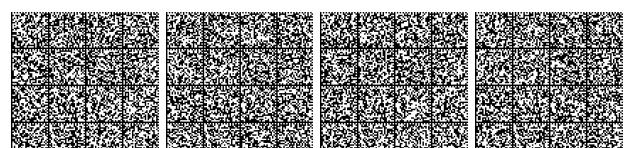
Eccesso di potere, difetto di motivazione contrarietà alla prassi comunitaria e difetto di istruttoria con riferimento alla definizione del mercato rilevante quanto alla concorrenza intermodale.

Il provvedimento non avrebbe correttamente valutato un altro essenziale parametro di analisi concorrenziale, la c.d. concorrenza intermodale, atteso che su tratte di media lunghezza è plausibile che il treno costituisca l'alternativa prevalente all'aereo.

Ulteriori vizi dell'analisi svolta nel provvedimento: violazione di legge, eccesso di potere, violazione del principio di proporzionalità, difetto di istruttoria e di motivazione.

La valutazione sarebbe dovuta essere limitata ai mercati in cui, a seguito dell'operazione, si sarebbero potute creare situazioni di monopolio.

L'Autorità non avrebbe dovuto subordinare l'autorizzazione al rispetto di rimedi aggiuntivi rispetto a quelli proposti da Alitalia - CAI in quanto tali rimedi addizionali sarebbero privi di fondamento e sproporzionati.



Nel merito, la controinteressata, con ampia ed articolata memoria, ha contestato la fondatezza delle censure dedotte.

La ricorrente ha depositato altra memoria, con cui ha contestato la fondatezza delle censure proposte da Alitalia - Compagnia Aerea Italiana S.p.A. con il ricorso incidentale condizionato, insistendo per l'accoglimento del ricorso.

All'udienza pubblica del 20 maggio 2009, la causa è stata trattenuta per la decisione.

D I R I T T O

1. — L'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione ad agire formulata dall'Avvocatura dello Stato è infondata.

Il diritto al ricorso nel processo amministrativo sorge in conseguenza della lesione attuale di un interesse sostanziale e tende ad un provvedimento giurisdizionale idoneo, se favorevole, a rimuovere quella lesione.

Condizioni soggettive per agire in giudizio sono la legittimazione ad agire (detta anche legittimazione processuale) e l'interesse a ricorrere: la prima spetta a colui che affermi di essere titolare della situazione giuridica sostanziale in ipotesi ingiustamente lesa dal provvedimento amministrativo, mentre l'interesse al ricorso consiste in un vantaggio pratico e concreto, anche soltanto eventuale o morale, che può derivare al ricorrente dall'accoglimento dell'impugnativa.

La possibilità di proporre un'azione impugnatoria di provvedimenti amministrativi, al di là di specifiche ipotesi contemplate dalla legge, non è concessa a chiunque in qualità di cittadino intenda censurare l'esercizio del potere pubblico, vale a dire *uti cives*, ma soltanto al titolare di una posizione di interesse legittimo e cioè di una posizione qualificata e differenziata rispetto alla posizione di tutti gli altri membri della collettività, vale a dire *uti singulus*.

La posizione legittimante alla proposizione del ricorso, quindi, è caratterizzata dalla differenziazione e dalla qualificazione.

La prima qualità può discendere dall'atto amministrativo quando esso incide immediatamente nella sfera giuridica del soggetto ovvero può rinvenirsi nel collegamento tra la sfera giuridica individuale ed il bene della vita oggetto della potestà pubblica quando l'atto esplica effetti diretti nella sfera giuridica altrui e, in ragione di tali effetti, è destinato ad interferire sulla posizione sostanziale del ricorrente.

Peraltra, ai fini della configurazione della posizione sostanziale legittimante l'azione, non è sufficiente che sussista un qualsiasi interesse differenziato, rispetto a quello di altri soggetti, al corretto esercizio del potere amministrativo, ma il necessario anche che l'interesse individuale sia qualificato, sia cioè considerato dalla norma attributiva del potere, nel senso che tale norma o l'ordinamento nel suo complesso deve prendere in considerazione oltre l'interesse pubblico che è precipuamente preordinata a soddisfare anche l'interesse individuale privato su cui va ad incidere l'azione amministrativa.

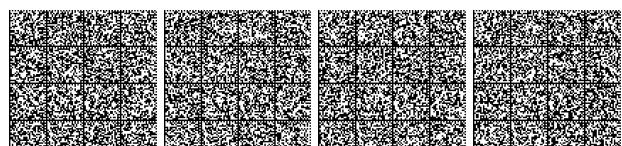
Nella fattispecie in esame, la posizione dell'impresa ricorrente, in quanto concorrente delle imprese che hanno posto in essere l'operazione di concentrazione, è ovviamente differenziata, mentre occorre indagare sulla sua qualificazione.

L'art. 4, comma 4-*quinquies*, d.l. n. 347/2003 prevede che le misure comportamentali che l'Autorità deve prescrivere sono finalizzate a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione, per cui la norma attributiva del relativo potere ha avuto in considerazione l'interesse dei consumatori e non anche quello dei concorrenti con la conseguenza che, difettando sotto tale profilo la qualificazione della posizione, le censure proposte avverso le misure comportamentali prescritte dall'Autorità si rivelano inammissibili per carenza di legittimazione.

Diversamente, con gli altri motivi di impugnativa, la ricorrente non mira a censurare le prescrizioni comportamentali individuate dall'Autorità a tutela dei consumatori, ma intende mettere in discussione la legittimità della stessa operazione di concentrazione, operazione presupposta dal provvedimento in quanto consentita dalla norma di legge.

Sotto tale profilo le censure proposte sono senz'altro ammissibili in quanto la ricorrente ha ovviamente una posizione non solo differenziata ma anche qualificata, in ragione della finalità della disciplina legislativa in materia di concentrazione dettata anche e soprattutto a tutela della libertà di concorrenza tra le imprese.

D'altra parte, ove si disconoscesse la sussistenza della legittimazione ad agire in capo ad un'impresa concorrente, si arriverebbe allo paradossale e non accettabile conclusione che, a fronte di un'operazione di concentrazione disposta dalla legge in «deroga» alla, normale disciplina in materia, le imprese concorrenti sarebbero prive di ogni forma di tutela giurisdizionale.



2. — L'art. 4, comma 4-*quinquies*, del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in legge, con modificazioni, con legge 18 febbraio 2004, n. 39, aggiunto dall'art. 1, comma 10, decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, come modificato, dalla legge di conversione 27 ottobre 2008, n. 166, ha previsto che, con riferimento alle imprese di cui all'art. 2, comma 2, secondo periodo (imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali), le operazioni di concentrazione, effettuate entro il 30 giugno 2009, connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato di cui al comma 2 dello stesso articolo, ovvero nel provvedimento di autorizzazione di cui al primo comma dell'art. 5, rispondono a preminenti interessi generali e sono escluse dalla necessità dell'autorizzazione dell'autorizzazione di cui alla legge n. 287/1990, fermo quanto previsto dagli artt. 2 e 3 della stessa legge; fatto salvo quanto previsto dalla normativa comunitaria, qualora le suddette operazioni di concentrazione rientrino nella competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, le parti sono, comunque, tenute a notificare preventivamente le suddette operazioni all'Autorità unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione; l'Autorità, con propria deliberazione adottata entro trenta giorni dalla comunicazione dell'operazione, prescrive le suddette misure con le modificazioni ed integrazioni ritenute necessarie e definisce altresì il termine, comunque non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare; in caso di inottemperanza si applicano le sanzioni di cui all'art. 19 della legge n. 287/1990.

L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, nell'adunanza del 3 dicembre 2008, ha deliberato:

di rendere obbligatoria la misura comportamentale relativa al programma di fidelizzazione di cui paragrafo 25, con cui la CAI si è impegnata a garantire su tutte le rotte piena e ampia copertura del proprio programma di fidelizzazione (frequent flyer), salvo specifiche iniziative promozionali relative alla commercializzazione *una tantum* di particolari tariffe scontate su rotte sulle cali si registra un significativo livello di concorrenza;

di integrare la misura precedente nei termini descritti ai paragrafi 36, 37 e 38, vale a dire che CAI: garantisca che i propri listini tariffari mantengano un'articolazione tale da assicurare ampia copertura rispetto a tutti i segmenti di mercato, con particolare riguardo alle tariffe scontate che dovranno essere adeguatamente accessibili in tutti i periodi dell'anno, per tutte le rotte, su ogni volo; dovrà garantire su ogni volo la disponibilità di almeno il 10% dei biglietti alla tariffa economy più conveniente tra quella offerta dal gruppo AZ e dal gruppo AP sulla medesima rotta, nella corrispondente stagione LATA precedente; si adoperi ad attivare, entro un mese dall'inizio dell'operatività del nuovo vettore aereo, un numero verde gratuito dedicato alla gestione dei disservizi in caso di cancellazione o grave ritardo dei voli, nonché uno spazio informativo sul sito web della società dedicato all'andamento dell'operativo dei voli, da cui sia desumibile per il consumatore, lo stato del proprio volo in relazione a cancellazione e ritardi; attivi un servizio di messaggistica per telefonia mobile, che garantisca in tempo reale la piena disponibilità delle informazioni sul volo ai consumatori che ne facciano richiesta; garantisca, al di là di quanto reso obbligatorio dal regolamento comunitario 261/2004/CE, il pagamento di un indennizzo, proporzionale al prezzo del biglietto pagato, in caso di cancellazione del volo per i passeggeri che non ricevano adeguata riprotezione (arrivo a destinazione non oltre 2 ore successive all'orario previsto di atterraggio) o nel caso di ritardo prolungato del volo che comporti l'atterraggio del passeggero a destinazione oltre 2 ore successive all'orario previsto;

alle misure di cui ai punti precedenti la società CAI dia applicazione per un periodo di tre anni dalla data di inizio delle attività della stessa società;

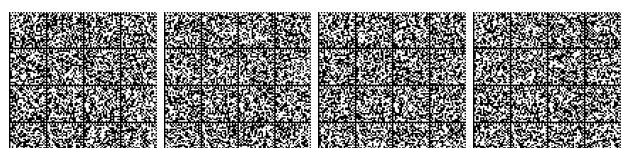
di fissare al 3 dicembre 2011 la data prima della quale sarà stabilito il successivo termine, di cui all'art. 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, come modificato dalla relativa legge di conversione, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi a seguito dell'operazione devono cessare, previo avvio di idoneo procedimento istruttorio.

La ricorrente ha articolato una pluralità di doglianze, deducendo sia l'illegittimità dell'atto per vizi propri, di carattere sostanziale o derivanti dalla violazione di norme comunitarie, sia l'illegittimità dell'atto in via derivata dall'illegittimità costituzionale della norma di legge applicata.

3. — I motivi di impugnativa con cui sono stati dedotti vizi propri dell'atto sono in parte infondati ed in parte inammissibili.

3.1. — Il Collegio ha già rilevato l'inammissibilità per carenza di legittimazione delle doglianze afferenti ai caratteri e ai contenuti degli «obblighi imposti», ossia delle misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o alle condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione.

3.2. — La doglianza afferente alla circostanza che, non trattandosi di imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, la concentrazione non rientrerebbe nell'ambito di applicazione della legge e l'Autorità conserverebbe pieni poteri di verifica degli effetti anticoncorrenziali dell'operazione sul mercato non può essere condivisa.



In primo luogo, occorre considerare che, ai sensi della legge n. 146/1990, sono considerati servizi pubblici essenziali, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro, anche se svolti in regime di concessione mediante convenzione, quelli volti a garantire, tra l'altro, il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati alla libertà di circolazione e che, per quanto concerne la tutela della libertà di circolazione, la legge, sia pure a determinati fini, indica i trasporti pubblici urbani ed extraurbani, autoferrotranvieri, ferroviari, aerei, aeroportuali e quelli marittimi limitatamente al collegamento con le isole.

Di talché, essendo la limitazione al collegamento con le isole riferita esclusivamente ai trasporti marittimi, il servizio di trasporto aereo, già nella disciplina legislativa del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, è qualificabile come servizio pubblico essenziale.

La circostanza che CAI, al momento di concludere l'operazione, non disponeva nemmeno di una concessione ad esercitare l'attività di trasporto aereo, inoltre non può assumere un rilievo sostanziale in sede di interpretazione della norma, in quanto costituisce fatto notorio, ripetutamente sottolineato dalla stessa ricorrente, che la norma di legge sia stata emanata proprio con riferimento alla vicenda «Alitalia», tanto che la ricorrente indica la fonte legislativa come «decreto Alitalia» e qualifica la stessa come legge singolare o legge provvedimento.

Pertanto, non può nutrirsi alcun dubbio che la *voluntas legis* sia stata quella di consentire la concentrazione in un'unica compagnia aerea dei due principali operatori aerei del mercato nazionale, Alitalia ed AirOne, a prescindere dal procedimento relativo alle operazioni di concentrazione, che l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato è tenuta ordinariamente a svolgere, ai sensi degli artt. 5, 6 e 16 della legge n. 287/1990, e che potrebbe concludersi anche con il divieto dell'operazione.

3.3. — La complessa censura — con cui è stata contestata la competenza dell'Autorità nazionale in quanto, per un verso, la valutazione dell'operazione di concentrazione sarebbe stata di competenza della Commissione europea sussistendo una situazione di controllo congiunto di fatto su CAI, per altro verso, l'acquisto di Alitalia ed AirOne da parte di CAI e l'ingresso di un partner straniero in CAI dovrebbero essere valutati alla stregua di operazioni interdipendenti, ai sensi delle norme di competenza di cui al Regolamento CE n. 139/04 (c.d. Regolamento Merger) — non è persuasiva.

Il Collegio, premesso che nel caso di specie non sussiste un'ipotesi di controllo di diritto ed anche a prescindere dal fatto che la Commissione europea, pur a conoscenza della vicenda, non ha sollevato osservazioni sulla competenza dell'Autorità nazionale, rileva che la Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, fornisce utili indicazioni per rilevare l'eventuale presenza di un controllo congiunto di fatto sul soggetto giuridico derivante dall'operazione di concentrazione.

In particolare, il punto 76 della Comunicazione indica che «eccezionalmente una condotta comune può verificarsi di fatto, laddove tra gli azionisti di minoranza esistano interessi comuni talmente forti da impedire uno scontro nell'esercizio dei diritti di voto nel contesto dell'impresa comune. Quanto più elevato è il numero delle imprese madri dell'impresa comune, tanto più diminuisce la probabilità che tale situazione si verifichi».

Da tale indicazione, può già cogliersi che il controllo congiunto di fatto costituisce una circostanza eccezionale e che un consistente numero di soggetti tra cui è distribuito il capitale sociale dell'impresa comune (il capitale sociale di CAI, al momento dell'adozione del provvedimento, risultava ripartito tra 16 persone giuridiche) rende poco probabile il verificarsi della situazione.

Il successivo punto 27 fa presente che «indicativo per una comunanza di interessi di questo tipo è un elevato grado di dipendenza reciproca tra le società madri per raggiungere gli obiettivi strategici dell'impresa comune. Ciò avviene in particolare quando ciascuna impresa madre fornisce all'impresa comune un contributo indispensabile al suo funzionamento (tecnologie specifiche, know-how specializzato o accordi di fornitura). In tali circostanze, anche qualora non siano esplicitamente previsti diritti di voto, le imprese madri sono in grado di bloccare le decisioni strategiche dell'impresa comune e, pertanto, possono gestirla in spirito di piena cooperazione solo a condizione di essere d'accordo su tali decisioni strategiche. Le società madri dovranno pertanto cooperare. Ulteriori fattori sono i processi decisionali strutturati in modo da permettere alle società madri di esercitare il controllo congiunto anche in assenza di accordi esplicativi che conferiscano diritti di voto o di altri collegamenti tra gli azionisti di minoranza relativi all'impresa comune».

Nel caso di specie, non è stata dimostrata la sussistenza di nessuna delle due ipotesi esemplificativamente prospettate dalla Commissione, atteso che non risulta che ciascuna delle società tra cui è diviso il capitale sociale di CAI fornisce un contributo indispensabile al suo funzionamento in termini di tecnologie specifiche, know how specializzato o accordi di fornitura, né risulta che i processi decisionali siano stati strutturati in modo tale da permettere l'esercizio del controllo congiunto.



Anzi, la Comunicazione al punto 79, fa presente che «questi criteri si applicano alla costituzione di una nuova impresa comune nonché alle acquisizioni di partecipazioni azionarie di minoranza, che conferiscono assieme il controllo congiunto. Nel caso di acquisizioni di partecipazioni, vi è una maggiore probabilità di una comunanza di interessi se le partecipazioni azionarie vengono acquisite mediante un'azione concordata. Tuttavia, un'acquisizione mediante un'azione concordata non è di per sé sufficiente per instaurare un controllo congiunto di fatto. In generale, un interesse comune al rendimento dell'investimento in quanto investitori finanziari in (o creditori di) un'impresa non costituisce una comunanza di interessi che determina un controllo congiunto di fatto».

In definitiva, l'orientamento della Commissione europea è che un'acquisizione mediante un'azione concordata non costituisce una comunanza di interessi che determina un controllo congiunto di fatto in assenza di altri elementi oggettivamente rilevanti che, nella fattispecie in esame, non sembrano sussistere.

Infatti, nel provvedimento, al par. 27, è evidenziato che «dai documenti e dalle informazioni in possesso dell'Autorità risulta che, allo stato, CAI non è controllata da alcuno degli attuali azionisti, dal momento che non si ravvisano maggioranze prestabilite, alla luce dello Statuto e in assenza di patti parasociali» ed inoltre, al par. 8, che «la maggioranza necessaria ai fini dell'adozione delle decisioni gestionali può ... essere formata da diverse combinazioni di voto dei 15 consiglieri espressione dei gruppi di interesse degli azionisti, configurando quella che viene definita una maggioranza variabile (shifting majority)».

Per quanto attiene all'ingresso nella società di un partner straniero, il Collegio fa presente che, al momento dell'adozione del provvedimento, tale circostanza non avrebbe potuto rilevare ai fini della qualificazione dell'operazione come di dimensione comunitaria anziché nazionale, atteso che il Consiglio di Amministrazione di CAI non aveva assunto alcuna decisione in merito alla scelta.

D'altra parte, è stato precisato al par. 10 del provvedimento che «laddove l'attuale composizione della compagine azionaria e, conseguentemente, l'assetto di controllo di CAI dovessero mutare in modo tale da configurare l'operazione in esame come una diversa fattispecie concentrativa, l'Autorità si riserva di procedere ad una valutazione dell'operazione, anche ai fini di definire la competenza giurisdizionale».

3.4. — I motivi d'impugnativa con cui la ricorrente ha dedotto che il provvedimento sarebbe stato emanato sulla base di una normativa nazionale in contrasto con le norme comunitarie ed i principi del Trattato CE, per cui sarebbe illegittimo in quanto emanato in ragione di una normativa nazionale da disapplicare, non possono essere condivise.

La ricorrente ha dedotto in particolare il contrasto con l'art. 86 e con gli artt. 3, lettera g), 10 e 82 del Trattato.

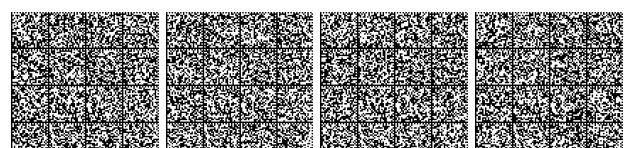
L'art. 86 prevede che gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 12 e da 81 a 89 inclusi; le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del Trattato, 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; lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità; la Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni dell'articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni.

Il Collegio rileva che la norma nazionale di cui all'art. 4, comma 4-*quinquies*, non inibisce in assoluto i controlli a tutela della concorrenza e del mercato, ma ne disciplina, transitoriamente il loro esercizio con modalità diverse, escludendo in particolare la necessità dell'autorizzazione delle operazioni di concentrazione, di cui alla legge n. 287/1990, nel settore dei servizi pubblici essenziali per le operazioni effettuate entro il 30 giugno 2009.

Diversamente, resta ferma, sia l'applicazione degli artt. 2 (divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza) e 3 (divieto di abuso di posizione dominante) della legge n. 287/1990, sia l'applicazione della normativa comunitaria.

Nella fattispecie, lo Stato italiano non ha riconosciuto alle imprese, o, meglio, all'impresa di nuova costituzione, un diritto esclusivo, atteso che non ha attribuito a CAI una riserva *ex lege* di fornire i servizi di trasporto aereo nel territorio nazionale, ma ha attribuito alla stessa un diritto speciale in quanto l'operazione di concentrazione Alitalia - AirOne è stata sottratta all'applicazione della normativa nazionale in materia antitrust la quale, agli artt. 6 e 16 della legge n. 287/1990, disciplina il: procedimento che l'Autorità competente è tenuta a svolgere, disponendo il divieto delle operazioni di concentrazione restrittive della libertà di concorrenza.

Tuttavia, la norma nazionale non può ritenersi violativa della norma comunitaria in quanto il richiamato art. 86 non esclude che gli Stati membri possano riconoscere diritti speciali; stabilendo di contro che, In tal caso, non deve essere emanata alcuna misura contraria alle norme del trattato istitutivo della Comunità europea.



In altri termini, l'invocato art. 86 del Trattato parte proprio dal presupposto che gli Stati membri hanno il potere di riconoscere ad imprese, pubbliche o non, diritti speciali o di esclusiva (ponendosi poi eventualmente il problema della compatibilità costituzionale di tali norme), stabilendo però, a garanzia del corretto svolgimento della concorrenza in ambito comunitario, che, ove sussista tale ipotesi, gli Stati membri non possono prevedere misure contrarie alle norme del Trattato in materia di concorrenza.

Nel caso di specie, il legislatore nazionale ha espressamente fatto salvo quanto previsto dalla normativa comunitaria, per cui non sussiste un contrasto della norma con l'art. 86 del Trattato.

D'altra parte, il terzo comma dell'art. 86 prevede quale forma di tutela ulteriore che la Commissione, vigilando sull'applicazione dell'articolo, possa rivolgere agli Stati membri opportune direttive o decisioni e, dagli atti del giudizio, non risulta che la Commissione europea abbia agito ritenendo la norma dello Stato italiano incompatibile con le norme contenute nell'art. 86 del Trattato.

Analogamente, non sussiste la violazione dell'art. 82 del Trattato, secondo cui è incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

L'art. 82 indica che tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

nell'imporre direttamente o indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non equie;

nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;

nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;

nel 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.

La ricorrente, anche sulla base della giurisprudenza comunitaria, ha sostenuto che il rafforzamento di una posizione dominante può concretare un abuso di posizione dominante.

Il Collegio rileva che tale considerazione non è esaustiva in quanto non sussiste un automatismo tra rafforzamento ed abuso di posizione dominante, ma occorre valutare in concreto se il rafforzamento si sia tradotto anche in abuso.

Il punto centrale della questione, in sostanza, è costituito dal fatto che l'abuso di posizione dominante è il risultato di una valutazione effettuata *ex post* dall'organo competente, mentre il procedimento autorizzatorio relativo all'operazione di concentrazione, la cui norma è stata: derogata dalla norma nazionale in esame, anche quando l'operazione stessa consiste in un rafforzamento di posizione dominante, valuta *ex ante* gli eventuali effetti restrittivi della concorrenza, sicché i due concetti, rafforzamento ed abuso, si pongono su livelli diversi e la norma che consente un'operazione di concentrazione, anche quando attraverso di essa si produce un rafforzamento di posizione dominante, non consente di per sé un abuso, potendo quest'ultimo essere accertato solo a seguito di una valutazione effettuata *ex post* ed in concreto dall'Autorità competente.

Ne consegue che non sussiste la violazione dell'art. 82 del Trattato, richiamato unitamente all'art. 3, lett. g), ed all'art. 10 dello stesso, in quanto la norma nazionale non deroga affatto alla norma che vieta e reprime l'abuso di posizione dominante, facendo espressamente salva la normativa comunitaria nonché l'art. 3, legge n. 287/1990 il quale, vietando in ambito nazionale l'abuso di posizione dominante, rappresenta la trasposizione nell'ambito dello Stato membro dello stesso divieto posto dall'art. 82 in ambito comunitario.

Va da sé, quindi, che, ove fosse effettivamente riscontrabile a seguito dell'operazione di concentrazione un abuso di posizione dominante da parte del soggetto risultante dalla concentrazione, la ricorrente, come qualunque altro operatore, potrebbe segnalare alla Commissione europea, in caso di supposta infrazione intracomunitaria, o all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, in caso di ipotizzata infrazione in ambito nazionale, i comportamenti abusivi originati dal rafforzamento della posizione dominante.

3.5. — In conclusione, i motivi di impugnativa con cui la ricorrente ha dedotto vizi propri dell'atto sono in parte infondati ed in parte inammissibili.

4. — Il Collegio, invece, ritiene che sia rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 10, d.l. 28 agosto 2008, n. 134, conv. in legge 27 ottobre 2008, n. 166, nella parte in cui ha aggiunto il comma 4-*quinquies* all'art 4 del d.l. 23 dicembre 2003, n. 347.

La norma in discorso può essere qualificata come norma provvedimento in quanto si riferisce alle operazioni di concentrazione, effettuate entro il 30 giugno 2009, tra imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato, relativo alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, per cui ha un limitatissimo ambito di applicazione ed è da ritenere, inoltre, che sia stata dettata con riferimento alla vicenda Alitalia, tanto che il decreto in cui è contenuta la norma è comunemente noto come c.d. «decreto Alitalia».



D'altra, parte, la stessa amministrazione resistente, nella propria memoria, ha evidenziato come sia agevole constatare che, con l'operazione CAI-Alitalia-AirOne, nella sostanza, «sia stato salvato da sicuro e imminente collasso un sistema integrato di trasporti pubblici, via aerea su scala nazionale», così come, nella memoria della contointeressata, è specificato che «Le vicende sottese all'adozione del provvedimento legislativo sono a tutti ben note ... I rischi di scomparsa della compagnia di bandiera e di disoccupazione di migliaia di lavoratori hanno spinto il Governo ad intervenire con misure drastiche che consentissero la continuità operativa delle imprese incaricate dello svolgimento di servizi pubblici essenziali entrate in crisi e, in particolare, di Alitalia, già posta in regime di amministrazione straordinaria e di AirOne» e che il caso di specie è «caratterizzato da un intervento legislativo giustificato ... al fine di consentire la continuità del servizio di trasporto aereo».

La norma esclude le operazioni di concentrazione anzidette dalla necessità dell'autorizzazione di cui alla legge n. 287/1990, per cui incide su un numero determinato di destinatari ed ha un contenuto particolare e concreto.

La Corte costituzionale ha più volte ribadito che non è preclusa alla legge ordinaria la possibilità di attrarre nella propria sfera di disciplina materie normalmente affidate all'Autorità amministrativa, non sussistendo un divieto di adozione di leggi a contenuto particolare e concreto.

Tuttavia, tali leggi sono ammissibili entro limiti non solo specifici, qual è quello del rispetto della funzione giurisdizionale in ordine alla decisione delle cause in corso, ma anche generali, ossia quello del rispetto del principio di ragionevolezza e di non arbitrarietà (Corte costituzionale, sentenze 4 maggio 2009, n. 137, 2 aprile 2009, n. 94, 13 luglio 2007, n. 267).

La legittimità costituzionale delle leggi provvedimento, quindi, deve essere valutata in relazione al loro specifico contenuto e, in considerazione del pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tipo particolare o derogatorio, è soggetta ad uno scrutinio rigoroso di costituzionalità essenzialmente sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta del legislatore (*cfr.* la citata sentenza della Corte costituzionale 4 maggio 2009, n. 137, che richiama le altre, le sentenze n. 241/2008 e n. 429/2002).

In definitiva, dalla giurisprudenza costituzionale è possibile ricavare che, se è vero che non è configurabile, in base alla Costituzione, una riserva di amministrazione, altrettanto vero che lo stesso legislatore, qualora emetta leggi a contenuto provvedimentale, deve applicare con particolare rigore il canone della ragionevolezza, affinché il ricorso a detto tipo di provvedimento non si risolva in una modalità per aggirare i principi di uguaglianza ed imparzialità, sicché la mancata previsione costituzionale di una riserva di amministrazione e la conseguente possibilità per il legislatore di svolgere un'attività a contenuto amministrativo, non può giungere fino a violare l'uguaglianza tra i cittadini e, qualora il legislatore ponga in essere un'attività a contenuto particolare e concreto, devono risultare i criteri ai quali sono ispirate le scelte e le relative Modalità di attuazione.

L'art. 3 Cost., infatti, stabilisce il principio di uguaglianza dei cittadini impedendo che siano operate dalla legge discriminazioni arbitrarie.

In altri, termini, la norma costituzionale non obbliga il legislatore a fissare per tutti una identica disciplina, ma la discrezionalità legislativa trova sempre un limite nella ragionevolezza delle statuzioni volte a giustificare la disparità di trattamento fra cittadini.

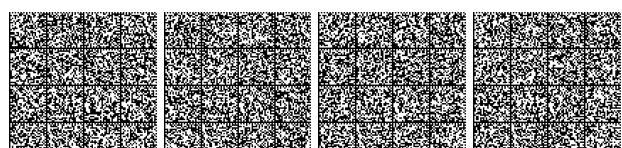
In particolare, l'uso del canone della ragionevolezza implica che le discipline normative che contengono o determinano disparità di trattamento tra categorie di soggetti siano, valutate, anche con riferimento al bilanciamento di valori costituzionali diversi e contrastanti.

Nel caso di specie, l'art. 4, comma 4-quinquies, stabilisce che le operazioni di concentrazione de quibus rispondono a preminenti interessi generali e sono escluse dalla necessità di autorizzazione di cui alla legge n. 287/1990.

Le norme che risultano derivate sono gli artt. 6 e 16, legge n. 287/1990.

L'art. 16, comma 1, prevede che le operazioni di concentrazione di cui all'art. 5 (secondo cui l'operazione di concentrazione si realizza anche quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune) devono essere preventivamente comunicate all'Autorità qualora il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a determinate soglie ed il successivo comma 4 stabilisce che se l'Autorità ritiene che un'operazione di concentrazione sia suscettibile di essere vietata ai sensi dell'art. 6, avvia entro trenta giorni dal ricevimento della notifica, o dal momento in cui ne abbia comunque avuto conoscenza, l'istruttoria, mentre, qualora non ritenga necessario avviare l'istruttoria, deve dare comunicazione alle imprese interessate ed al Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato delle proprie conclusioni in merito.

L'art. 6, comma 1, dispone che nei riguardi delle operazioni di concentrazione soggette a comunicazione ai sensi dell'art. 16, l'Autorità valuta se comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza; il secondo comma indica



che l'Autorità, al termine dell'istruttoria di cui all'art. 16, comma 4, quando accerti che l'operazione comporta le conseguenze di cui al primo comma, vieta la concentrazione ovvero l'autorizza prescrivendo le misure necessarie ad impedire tali conseguenze.

La norma di cui all'art. 4, comma 4-*quinquies*, in sostanza ha sottratto all'Autorità Garante delle concorrenza e del mercato il compito di svolgere il procedimento di cui alla legge n. 287/1990, stabilendo «a monte» che l'operazione di concentrazione può realizzarsi e che l'Autorità deve prescrivere misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione ed escludendo, quindi, sia la possibilità che l'operazione sia vietata sia l'imposizione di altre misure a tutela delle imprese concorrenti.

Peraltro, la circostanza che l'operazione di concentrazione abbia dei significativi effetti in termini di concorrenza è percepibile dallo stesso provvedimento impugnato, in cui, al par. 13, è espressamente indicato che «CAI, a seguito dell'operazione, sarà l'unico vettore ad offrire servizi di trasporto aereo passeggeri di linea su numerose tratte, tra cui alcune fra le più importanti in temi di trasportato, mentre sulle alce rotte risulterà fortemente ridotta la presenza di operatori concorrenti, con poche eccezioni» ed al par. 31, ove è indicato «... considerata la situazione concorrenziale che verrà a determinarsi a seguito dell'operazione, con la creazione di un vettore che potrà gestire una rete di collegamenti capillare su tutto il territorio nazionale, detenendo sui singoli collegamenti posizioni di assoluto rilievo — se non di unica offerta — in termini di frequenze allo stato disponibili ...».

Se a ciò si aggiunge che la norma della cui legittimità costituzionale si dubita stabilisce che l'Autorità definisce il termine, comunque non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare, per cui le posizioni di monopolio, ove *ex lege* determinatesi, sono destinate comunque a durare per un minimo di tre anni, è verosimile ritenere che la norma di legge abbia discriminato i vettori aerei prevedendo un trattamento più favorevole per le compagnie aeree che - realizzando la suddetta operazione di concentrazione senza il preventivo esame della competente Autorità antitrust sull'eventuale costituzione o rafforzamento di una posizione dominante e soprattutto co esclusione della possibilità che l'operazione stessa sia vietata perché restrittiva della libertà di concorrenza — hanno incrementato la propria posizione in termini concorrenziali, con contestuale discriminazione per le altre compagnie aeree operanti sul mercato del servizio di trasporto aereo nazionale o che in prospettiva potrebbero operare su quel mercato.

Il Collegio ritiene che tale discriminazione non sia ragionevole e, pertanto, risolvendosi in una disparità di trattamento, possa violare l'art. 3 Cost. perché, mentre si rivela lesiva del principio della libertà di concorrenza, che rappresenta un valore costituzionale essendo una delle articolazioni fondamentali della libertà di iniziativa economica privata, la norma di legge non dà conto di quali siano i valori costituzionali perseguiti e, quindi, le ragioni che, in un'ottica di bilanciamento di valori, possano giustificare la deroga operata al principio costituzionale della *par condicio* ed al valore costituzionalmente rilevante della libertà di concorrenza.

L'art. 4, comma 4-*quinquies*, infatti, si limita ad indicare che le operazioni di concentrazione in discorso rispondono a preminenti interessi generali, ma di quali siano questi preminenti interessi non fornisce una precisa spiegazione e soprattutto non dà conto del perché, nel bilanciamento degli interessi, questi prevalgono su altri valori costituzionalmente tutelati e del perché non sia possibile perseguire gli stessi con altre modalità non discriminatorie e non lesive del principio di uguaglianza e del principio di tutela della concorrenza.

Né a ciò può supplire la generica formulazione contenuta nelle premesse al d.-l. n. 134/2008, relativamente all'importanza che i servizi forniti dalle società operanti nei settori dei servizi pubblici essenziali non subiscano interruzioni, atteso che, ferma restando l'oggettiva ed assoluta rilevanza della continuità dei servizi pubblici essenziali, non è agevole comprendere né dal testo di legge né aliunde perché tale risultato debba essere perseguito attraverso una norma discriminatoria per gli altri operatori del settore aereo che forniscono lo stesso servizio pubblico essenziale e lesiva del principio di tutela della libertà di concorrenza.

La norma di legge, per quanto esposto, sembra violare anche l'art. 41 Cost., che garantisce la libertà dell'iniziativa economica privata, atteso che, come detto, la tutela della concorrenza costituisce una delle articolazioni fondamentali della libertà di iniziativa economica privata.

L'art. 1, legge n. 287/1990, infatti, fa presente che le disposizioni della legge si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante ed alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione delle norme comunitarie, in attuazione dell'art. 41 Cost. a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica.

Sulla base di tali considerazioni, il Collegio Ritiene che non sia manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per violazione degli attt. 3 e 41 Cost., dell'art. 1, comma 10, decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito, con modificazioni, in legge 27 ottobre 2008, n. 166 nella parte in cui ha aggiunto il comma 4-*quinquies*



all'art. 4 del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39.

La questione è rilevante ai fini del presente giudizio, atteso che, sulla base delle considerazioni in precedenza esposte e di quanto indicato nel successivo capo 5, il Collegio ha respinto l'eccezione in rito formulata dall'Avvocatura dello Stato, ha in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibili i motivi di impugnativa con cui la ricorrente ha dedotto vizi propri dell'atto impugnato ed ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale condizionato proposto dalla controinteressata.

L'eventuale annullamento della detta norma di legge, pertanto, si rifletterebbe inevitabilmente sulla legittimità dell'impugnato provvedimento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato che, nel prescrivere le misure comportamentali per la CAI, ha applicato la norma di legge della cui costituzionalità si dubita, postulando l'avvenuta realizzazione dell'operazione di concentrazione.

Di conseguenza, occorre sospendere il giudizio e rimettere gli atti alla Corte costituzionale affinché si pronunci sulla questione.

5. — L'esito, sia pure parziale, dell'impugnativa proposta con il ricorso principale determina l'inammissibilità del ricorso incidentale condizionato con cui Alitalia - Compagnia Aerea Italiana S.p.A. ha dedotto l'illegittimità del provvedimento impugnato in via principale in quanto l'Autorità non avrebbe dovuto subordinare l'autorizzazione al rispetto di rimedi aggiuntivi rispetto a quelli proposti da Alitalia-CAI, che sarebbero obiettivamente privi di fondamento e sproporzionati.

La specifica qualificazione del ricorso incidentale come subordinato all'accoglimento, anche solo parziale, dell'impugnativa principale, comporta l'inammissibilità del gravame proposto in via incidentale, atteso che le censure afferenti ai vizi propri dell'atto non sono state accolte; per quanto attiene, invece, all'accoglimento del ricorso che dovesse conseguire all'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma di legge applicata con il provvedimento impugnato, l'interesse all'esame delle censure proposte con il ricorso incidentale condizionato si presenta carente poiché con lo stesso si è inteso sostanzialmente contestare l'eccessiva pervasività delle misure comportamentali prescritte e tale argomento non avrebbe alcun rilievo ove il ricorso fosse accolto per l'illegittimità del provvedimento derivata dall'illegittimità costituzionale della norma di rango primario applicata.

P. Q. M.

Riservata al definitivo ogni ulteriore decisione, così provvede sul ricorso in epigrafe:

respinge l'eccezione in rito formulata dall'Avvocatura dello Stato;

in parte respinge ed in parte dichiara inammissibili i motivi di impugnativa con cui la ricorrente ha dedotto vizi propri dell'atto;

dichiara inammissibile il ricorso incidentale condizionato proposto dalla controinteressata;

dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3 e 41 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 10, decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito, con modificazioni, in legge 27 ottobre 2008, n. 166 nella parte in cui ha aggiunto il comma 4-quinquies all'art. 4 del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39;

dispone la sospensione del giudizio e ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

ordina che, a cura della segreteria della Sezione, la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri nonché comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del giorno 20 maggio 2009.

Il Presidente: GIOVANNINI

L'estensore: CAPONIGRO

09C0542



Ordinanza del 27 maggio 2009 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio sul ricorso proposto da Meridiana S.p.A. contro Autorità garante della concorrenza e del mercato ed altri

Impresa e imprenditore - Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi - Operazioni di concentrazione effettuate entro il 30 giugno 2009, tra imprese operanti nei servizi pubblici essenziali connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato, relativo alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza - Esclusione della necessità di autorizzazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 - Obbligo delle stesse imprese di notificare le suddette operazioni all'Autorità garante della concorrenza e del mercato unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione - Previsione dell'adozione da parte dell'Autorità, entro trenta giorni dalla comunicazione dell'operazione, della prescrizione delle predette misure con le modificazioni ed integrazioni ritenute necessarie, nonché della definizione del termine, non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare - Sanzioni in caso di inottemperanza - Violazione del principio di uguaglianza - Lesione del principio di libertà di iniziativa economica privata e di concorrenza.

- Decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, art. 4, comma 4-quinquies, convertito, con modificazioni, nella legge 18 febbraio 2004, n. 39, aggiunto dall'art. 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito, con modificazioni, nella legge 27 ottobre 2008, n. 166.
- Costituzione, artt. 3 e 41.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la presente ordinanza sul ricorso numero di registro generale 1223 del 2009, proposto da: Soc Meridiana S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Cristoforo Osti, Romolo Persiani, Aldo Travi, con domicilio eletto presso Romolo Persiani in Roma, via Toscana, 10;

Contro Autotità garante concorrenza e mercato, rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12, nei confronti di Soc. Alitalia Compagnia Aerea Italiana S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Guido Bellitti, Filippo Lattanzi, Gian Michele Roberti, Marco Serpone, con domicilio eletto presso Gian Michele Roberti in Roma, Foro Traiano 1/A; Soc. Air One S.p.A., Soc. Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A. in amministrazione straordinaria, Soc. Alitalia Servizi S.p.A. in amministrazione straordinaria, Soc. Alitalia Airport S.p.A. in amministrazione straordinaria, Soc. Volare S.p.A. in amministrazione straordinaria, per l'annullamento:

del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, adottato nell'adunanza del 3 dicembre 2008, a conclusione del procedimento n. C/9812;

di ogni altro atto preparatorio, presupposto o conseguente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Soc. Alitalia Compagnia Aerea Italiana S.p.A.;

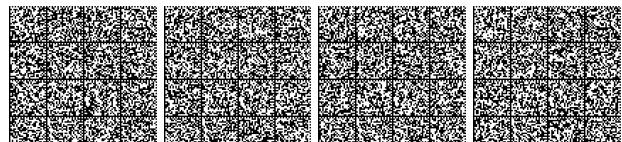
Visto il ricorso incidentale condizionato proposto dalla Soc. Alitalia Compagnia Aerea Italiana S.p.A.;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2009 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.



F A T T O

La società ricorrente premette di operare nel trasporto aereo di linea e di avere avuto fino ad oggi come principali concorrenti società Alitalia ed Airone, per cui ritiene di essere titolare di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere amministrativo in merito ad operazioni di concentrazione relative ai suoi principali concorrenti e di avere interesse ad impugnare i provvedimenti che assegnino vantaggi ad essi.

Con l'impugnato provvedimento adottato nell'adunanza del 3 dicembre 2008, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato — vista la comunicazione della società CAI S.p.A., ai sensi dell'art. 4, comma 4-*quinquies* del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, recante «Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza» convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39, come modificato dal decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito con modificazioni in legge dall'art. 1, comma 1, legge 27 ottobre 2008, n. 166, con la quale la società ha notificato preventivamente l'operazione di concentrazione relativa all'acquisizione di alcuni rami d'azienda delle società Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A. in amministrazione straordinaria, Alitalia Servizi S.p.A. in amministrazione straordinaria, Alitalia Airport S.p.A. in amministrazione straordinaria, Alitalia Express S.p.A. in amministrazione straordinaria (gruppo AZ) e delle società AirOne S.p.A., AirOne City Liner S.p.A., European Avia Service S.p.A., AirOne Technic S.p.A. e Challey Ltd. (gruppo AP) — ha deliberato di rendere obbligatorie alcune misure comportamentali per prevenire il rischio di imposizione di prezzi ed altre condizioni ingiustificatamente gravose per i consumatori a seguito dell'operazione, fissando al 3 dicembre 2011 la data prima della quale sarà stabilito il successivo termine, di cui all'art. 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, come modificato dalla legge conversione, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi a seguito dell'operazione devono cessare, previo avvio di idoneo procedimento istruttorio.

La ricorrente, ritenendo che all'esito di tale provvedimento sia stata ammessa un'operazione di concentrazione in violazione dei principi basilari in tema di concorrenza e di garanzia del mercato, ha proposto il presente ricorso, articolato nei seguenti motivi di impugnativa.

VIZI ATTINENTI ALLA PROCEDURA DI FORMAZIONE DEL PROVVEDIMENTO IMPUGNATO

Violazione degli artt. 7 ss. e 10, legge n. 241/1990, in tema di accesso e di partecipazione al procedimento amministrativo: violazione degli 7 e 13, d.P.R. n. 217/1998, in tema di partecipazione e di accesso atti dei procedimenti di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

L'amministrazione avrebbe tardato nel mettere a disposizione gli atti del procedimento, in seguito a richiesta di accesso della ricorrente, con conseguente lesione del diritto alla partecipazione procedimentale.

L'accesso consentito dall'Autorità si sarebbe rivelato a tal punto circoscritto da risultare inutile; in particolare, Meridiana non avrebbe potuto prendere visione del formulario presentato da CAI, contenente i dati di mercato utilizzati per strutturare la proposta di impegni.

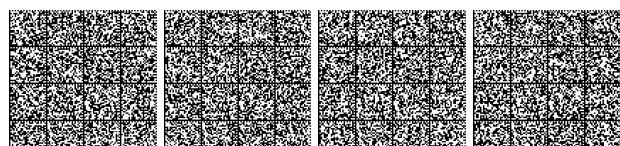
Il termine concesso per formulare le osservazioni sarebbe stato irrisorio.

L'AGCM non si sarebbe pronunciata su molti aspetti che hanno costituito oggetto delle osservazioni della ricorrente.

Non potrebbe applicarsi alla fattispecie l'art. 7, legge n. 241/1990, attesa la disciplina speciale dei procedimenti di competenza dell'Autorità, ed anzi il procedimento sarebbe stato concluso in tredici giorni rispetto ai trenta avuti a disposizione dall'amministrazione.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 5 del regolamento di organizzazione e funzionamento dell'AGCM (Boll. 29 febbraio 2000), nonché dei principi generali in materia di attività degli organi collegiali amministrativi. Eccesso di potere.

Sarebbe stata violata la norma del regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità, secondo cui la documentazione relativa agli affari da trattare deve essere trasmessa dagli uffici non meno di cinque giorni prima della data fissata per la riunione e gli eventuali aggiornamenti devono essere trasmessi non oltre il secondo giorno che precede la riunione.



VIZI ATTINENTI AI CONTENUTI DEL PROVVEDIMENTO IMPUGNATO

Illegittimità degli atti impugnati, per illegittimità del d.l. 28 agosto 2008, n. 134, conv. in legge 27 ottobre 2008, n. 166 (c.d. decreto Alitalia).

Il provvedimento impugnato sarebbe illegittimo in quanto adottato in applicazione di una disciplina legislativa a sua volta viziata per illegittimità costituzionale. In particolare, sussisterebbe la violazione dei principi sulla concorrenza, rappresentati nella libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. che trovano riscontro anche nell'art. 117 Cost. La disciplina, infatti, inibirebbe i controlli antitrust sulle concentrazioni tra imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, determinando una situazione di mercato idonea a produrre extraprofitti a favore del soggetto egemone, con grave pregiudizio dei concorrenti e dei consumatori.

Lo strumento legislativo risulterebbe utilizzato per introdurre una disciplina che nessun atto amministrativo avrebbe potuto tollerare per il suo carattere oggettivamente discriminatorio a danno degli altri operatori del settore aereo. La disciplina legislativa avrebbe introdotto una disparità di trattamento irragionevole, perché in contrasto con valori costituzionali di rilievo, come quello della concorrenza, per cui si configurerebbe la violazione dell'art. 3 cost. e la violazione risulterebbe ancora più palese per il fatto che il legislatore sarebbe intervenuto sostanzialmente con una legge-provvedimento.

La ricorrente ha pertanto chiesto che sia sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 10, d.l. 23 agosto 2008, n. 134, conv. in legge 27 ottobre 2008, n. 166, per violazione degli artt. 3 e 41 Cost.

Illegittimità degli atti impugnati, per violazione del d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, e succ. mod. e del d.l. 28 agosto 2008, n. 134, conv. in legge 27 ottobre 2008, n. 166.

Il provvedimento impugnato non rispetterebbe neppure la disciplina e i vincoli imposti dalla legislazione in materia di amministrazione straordinaria. L'eccezione alla necessità di previa autorizzazione dell'operazione di concentrazione sarebbe limitata alle «imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali» e, ai sensi dell'art. 1, legge n. 146/1990, solo i servizi aerei per il collegamento con le isole potrebbero essere considerati «servizi pubblici essenziali», così come, al momento di concludere l'operazione CAI non avrebbe disposto nemmeno di una concessione ad esercitare l'attività di trasporto aereo, sicché la concentrazione non rientrerebbe nell'ambito di applicazione della legge e l'Autorità conserverebbe pieni poteri di verifica degli effetti anticoncorrenziali dell'operazione sul mercato.

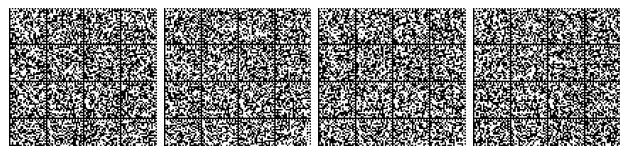
Al momento della comunicazione dell'operazione, inoltre, Alitalia non avrebbe posseduto i requisiti di solidità, finanziaria richiesti, considerato che il 29 agosto 2008, aveva chiesto la dichiarazione dello stato di insolvenza e l'ammissione all'amministrazione straordinaria e che il 5 settembre era stato dichiarato il suo stato di insolvenza, ed avrebbe posseduto esclusivamente una licenza provvisoria concessa il 2 settembre 2008 e valida fino al 1^o marzo 2009.

Illegittimità degli atti impugnati, per violazione dell'art. 86 da Trattato CE: illegittimità degli atti impugnati, perché fondati su norme di diritto interno da disapplicare per il loro contrasto con il diritto comunitario.

Il provvedimento impugnato sarebbe stato emanato sulla base di una normativa nazionale in contrasto con le norme comunitarie ed i principi del Trattato CE, per cui sarebbe illegittimo in quanto emanato in ragione di una normativa nazionale che sarebbe dovuto essere disapplicata.

Sussisterebbe la violazione dell'art. 86 del Trattato CE e, in particolare, della deroga contenuta nell'art. 86, par. 2, perché il «decreto Alitalia» avrebbe attribuito a CAI un monopolio *ex lege*, non sindacabile da parte della competente Autorità di concorrenza, non giustificato dallo svolgimento di servizi di interesse generale. Anche volendo ipotizzare che ai soggetti coinvolti nell'operazione fosse stato affidato formalmente un identificabile servizio di interesse economico generale, non sarebbe chiaro come l'applicazione della legge nazionale sul controllo delle concentrazioni avrebbe potuto ostacolare la prestazione di tale specifico servizio e come l'assicurazione di un periodo minimo di tre anni di un monopolio *ex lege* possa essere considerato necessario a tal fine. Né la circostanza che l'operazione in discorso non abbia dimensione comunitaria, potrebbe escludere l'applicabilità dell'art. 86 del Trattato in quanto la violazione contestata consisterebbe nella creazione di una situazione di monopolio non sottoposta ad una valutazione degli effetti anticoncorrenziali e non giustificata da preminenti interessi economici generali.

La ricorrente, in via subordinata, ha chiesto che sia sottoposta alla Corte di giustizia delle Comunità europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, la questione se l'art. 1, comma 10, legge n. 166/2008, quale crea un monopolio o quasi monopolio legale su rotte fortemente commerciali, possa essere considerato una misura necessaria e proporzionata, ai sensi dell'art. 86 del Trattato, e in particolare del suo par. 2, per assicurare lo svolgimento di servizi di interesse economico generale su tratte onerate da obblighi di servizi pubblici, senza che gli scambi comunitari siano pregiudicati in misura contraria agli interessi della Comunità.



Illegittimità degli atti impugnati, perché fondati su norme di diritto interno da disapplicare per il loro contrasto con gli artt. 3, lett. g), 10 e 82 del Trattato.

Sussisterebbe la violazione del combinato disposto delle norme comunitarie in epigrafe in quanto l'acquisto, da parte di CAI, di Alitalia e di AirOne comporterebbe un'ipotesi di sfruttamento abusivo di posizione dominante determinato da un comportamento dello Stato. La Corte di giustizia avrebbe dichiarato che può costituire abuso, in violazione dell'art. 82, il fatto che un'impresa in posizione dominante rafforzi tale posizione tramite l'incorporazione di un concorrente, al punto che il grado di dominio così raggiunto rappresenti un sostanziale ostacolo per la concorrenza. Il rafforzamento di una posizione dominante, insomma, potrebbe costituire di per sé stesso un abuso di posizione dominante, ove ostacoli la concorrenza in maniera sostanziale. L'Autorità avrebbe avuto il potere-dovere di esaminare la questione anche sotto il profilo dell'art. 82 e dell'effetto utile.

In subordine, ha chiesto che sia sottoposta alla Corte di giustizia delle Comunità europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, la questione se la emanazione di una legge nazionale che induca un soggetto ad abusare della sua posizione dominante tramite l'acquisto del suo principale concorrente sia contraria al principio di effetto utile delle norme del Trattato e debba essere, pertanto, disapplicata.

Illegittimità degli atti impugnati, per incompetenza dell'Autorità garante a valutare l'operazione di concentrazione.

La valutazione dell'operazione di concentrazione sarebbe stata di competenza della Commissione europea in quanto: sussisterebbe una situazione di controllo congiunto di fatto su CAI; CAI sarebbe una scatola vuota e, quindi, le «imprese interessate» ai fini del calcolo del fatturato sarebbero i singoli soci di CAI; l'acquisto di Alitalia ed AirOne da parte di CAI e l'ingresso di un partner straniero in CAI dovrebbero essere valutati alla stregua di operazioni interdipendenti, ai sensi del regolamento CE n. 139/2004.

In subordine, ha chiesto che sia sottoposta alla Corte di giustizia delle Comunità europee, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, la questione se: una situazione di controllo congiunto di fatto possa sussistere nel caso sia provata l'esistenza di una forte comunione di interessi; nel caso di acquisto del controllo congiunto tramite una «scatola vuota» imprese interessate debbano considerarsi le imprese madri e non la società veicolo; l'acquisto del controllo di CAI e l'ingresso del socio straniero debbano essere considerati quale unica operazione di concentrazione.

Illegittimità degli atti impugnati, in relazione ai caratteri e ai contenuti degli «obblighi imposti».

L'Autorità come da previsione legislativa, ha esaminato le misure comportamentali proposte da CAI per verificare la loro idoneità a scongiurare il rischio di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori, ma gli impegni imposti sarebbero incongrui rispetto a tale finalità. Il compito demandato all'Autorità dalla norma di legge non sarebbe stato quello di far salvi pochi consumatori avveduti, ma di tutelare i consumatori nel loro complesso dall'esercizio di un potere di mercato sottratto all'ordinario presidio antitrust.

L'Avvocatura dello Stato ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione ad agire, atteso che le misure comportamentali previste dal d.l. n. 134/2008 sono per espressa previsione normativa, a tutela dei consumatori; nel merito, ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del gravame.

L'Alitalia - Compagnia Aerea Italiana S.p.A. ha proposto ricorso incidentale condizionato avverso il provvedimento impugnato per l'ipotesi in cui questo tribunale dovesse accogliere, anche solo parzialmente, le censure dedotte nei confronti della decisione autorizzatoria dell'Autorità.

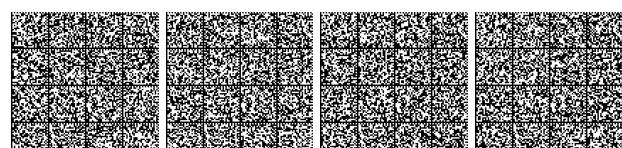
Il ricorso incidentale condizionato, premesso che l'Autorità non avrebbe correttamente esaminato l'impatto dell'operazione sottoposta al suo scrutinio avendo erroneamente definito il mercato rilevante, è articolato nei seguenti motivi d'impugnativa:

— eccesso di potere, difetto di motivazione, contraddizione intrinseca e contrarietà alla prassi nazionale e comunitaria con riferimento alla definizione del mercato rilevante quanto alla sostituibilità fra aeroporti.

I tre scali del comprensorio del capoluogo lombardo (Malpensa, Linate e Orio al Serio) sarebbero intercambiabili tra loro, per cui l'analisi concorrenziale dovrebbe essere condotta con riferimento a mercati rilevanti identificati con i collegamenti tra la catchment area milanese (che ricomprende i tre scali indicati) e la catchment area dei luoghi di destinazione; analoghe considerazioni varrebbero per il sistema aeroportuale di Roma che includerebbe sia l'aeroporto di Fiumicino che quello di Ciampino.

— Eccesso di potere, difetto di motivazione contrarietà alla prassi comunitaria e difetto di istruttoria con riferimento alla definizione del mercato rilevante quanto alla concorrenza intermodale.

Il provvedimento non avrebbe correttamente valutato un altro essenziale parametro di analisi concorrenziale, la c.d. concorrenza intermodale, atteso che su tratte di media lunghezza è plausibile che il treno costituisca l'alternativa prevalente all'aereo.



Ulteriori vizi dell'analisi svolta nel provvedimento: violazione di legge, eccesso di potere, violazione del principio di proporzionalità, difetto di istruttoria e di motivazione.

La valutazione sarebbe dovuta essere limitata ai mercati in cui, a seguito dell'operazione, si sarebbero potute creare situazioni di monopolio.

L'Autorità non avrebbe dovuto subordinare l'autorizzazione al rispetto di rimedi aggiuntivi rispetto a quelli proposti da Alitalia - CAI in quanto tali rimedi addizionali sarebbero privi di fondamento e sproporzionati.

Nel merito, la controinteressata, con ampia ed articolata memoria, ha contestato la fondatezza delle censure dedotte.

La ricorrente ha depositato altra memoria, con cui ha contestato la fondatezza delle censure proposte da Alitalia - Compagnia Aerea Italiana S.p.A. con il ricorso incidentale condizionato, insistendo per raccoglimento del ricorso.

All'udienza pubblica del 20 maggio 2009, la causa è stata trattenuta per la decisione.

D I R I T T O

1. — L'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione ad agire formulata dall'Avvocatura dello Stato è infondata.

Il diritto al ricorso nel processo amministrativo sorge in conseguenza della lesione attuale di un interesse sostanziale e tende ad un provvedimento giurisdizionale idoneo, se favorevole, a rimuovere quella lesione.

Condizioni soggettive per agire in giudizio sono la legittimazione ad agire (detta anche legittimazione processuale) e l'interesse a ricorrere: la prima spetta a colui che affermi di essere titolare della situazione giuridica sostanziale in ipotesi ingiustamente lesa dal provvedimento amministrativo, mentre l'interesse al ricorso consiste in un vantaggio pratico e concreto, anche soltanto eventuale o morale, che può derivare al ricorrente dall'accoglimento dell'impugnativa.

La possibilità di proporre un'azione impugnatoria di provvedimenti amministrativi, al di là di specifiche ipotesi contemplate dalla legge, non è concessa a chiunque in qualità di cittadino intenda censurare l'esercizio del potere pubblico, vale a dire *uti cives*, ma soltanto al titolare di una posizione di interesse legittimo e cioè di una posizione qualificata e differenziata rispetto alla posizione di tutti gli altri membri della collettività, vale a dire *uti singulus*.

La posizione legittimante alla proposizione del ricorso, quindi, è caratterizzata dalla differenziazione e dalla qualificazione.

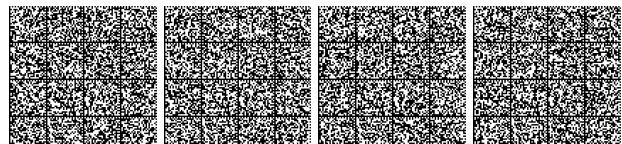
La prima qualità, può discendere dall'atto amministrativo quando esso incide immediatamente nella sfera giuridica del soggetto ovvero può rinvenirsi nel collegamento tra la sfera giuridica individuale ed il bene della vita oggetto della potestà pubblica quando l'atto esplica effetti diretti nella sfera giuridica altrui e, in ragione di tali effetti, è destinato ad interferire sulla posizione sostanziale del ricorrente.

Peraltra, ai fini della configurazione della posizione sostanziale legittimante l'azione, non è sufficiente che sussista un qualsiasi interesse differenziato, rispetto a quello di altri soggetti, al corretto esercizio del potere amministrativo, ma è necessario anche che l'interesse individuale sia qualificato, sia cioè considerato dalla norma, attributiva del potere, nel senso che tale norma o l'ordinamento nel suo complesso deve prendere in considerazione oltre l'interesse pubblico che è precipuamente preordinata a soddisfare anche l'interesse individuale privato su cui va ad incidere l'azione amministrativa.

Nella fattispecie in esame, la posizione dell'impresa ricorrente, in quanto concorrente delle imprese che hanno posto in essere l'operazione di concentrazione, è ovviamente differenziata, mentre occorre indagare sulla sua qualificazione.

L'art. 4, comma 4-*quinquies*, d.l. n. 347/2003 prevede che le misure comportamentali che l'Autorità deve prescrivere sono finalizzate a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione, per cui la norma attributiva del relativo potere ha avuto in considerazione l'interesse dei consumatori e non anche quello dei concorrenti con la conseguenza che, difettando sotto tale profilo la qualificazione della posizione, le censure proposte avverso le misure comportamentali prescritte dall'Autorità si rivelano inammissibili per carenza di legittimazione.

Diversamente, con gli altri motivi di impugnativa la ricorrente non mira a censurare le prescrizioni comportamentali individuate dall'Autorità a tutela dei consumatori, ma intende mettere in discussione la legittimità della stessa operazione di concentrazione, operazione presupposta dal provvedimento in quanto consentita dalla norma di legge.



Sotto tale profilo, le censure proposte sono senz'altro ammissibili in quanto la ricorrente ha ovviamente una posizione non solo differenziata ma anche qualificata, in ragione della finalità della disciplina legislativa in materia di concentrazione dettata anche e soprattutto a tutela della libertà di concorrenza tra le imprese.

D'altra parte, ove si disconoscesse la sussistenza della legittimazione ad agire in capo ad un'impresa concorrente, si arriverebbe alla paradossale e non accettabile conclusione che, a fronte di un'operazione di concentrazione disposta dalla legge in «deroga» alla normale disciplina in materia, le imprese concorrenti sarebbero prive di ogni forma di tutela giurisdizionale.

2. — L'art. 4, comma 4-*quinquies*, del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in legge, con modificazioni, con legge 18 febbraio 2004, n. 39, aggiunto dall'art. 1, comma 10, decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, come modificato, dalla legge di conversione 27 ottobre 2008, n. 166, ha previsto che, con riferimento alle imprese di cui all'art. 2, comma 2, secondo periodo (imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali), le operazioni di concentrazione, effettuate entro il 30 giugno 2009, connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato di cui al comma 2 dello stesso articolo, ovvero nel provvedimento di autorizzazione di cui al primo comma dell'art. 5, rispondono a preminenti interessi generali e sono escluse dalla necessità dell'autorizzazione di cui alla legge n. 287/1990, fermo quanto previsto dagli artt. 2 e 3 della stessa legge; fatto salvo quanto previsto dalla normativa comunitaria, qualora le suddette operazioni di concentrazione rientrino nella competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, le parti sono, comunque, tenute a notificare preventivamente le suddette operazioni all'Autorità unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per consumatori in conseguenza dell'operazione; l'Autorità, con propria deliberazione adottata entro trenta giorni dalla comunicazione dell'operazione, prescrive le suddette misure con le modificazioni ed integrazioni ritenute necessarie e definisce altresì il termine, comunque non inferiore a tre anni, entro quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare; in caso di inottemperanza si applicano le sanzioni di cui all'art. 19 della legge n. 287/1990.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nell'adunanza del 3 dicembre 2008, ha deliberato:

di rendere obbligatoria la misura comportamentale relativa al programma di fidelizzazione di cui paragrafo 25, con cui la CAI si è impegnata a garantire su tutte le rotte piena e ampia copertura del proprio programma di fidelizzazione (frequent flyer), salvo specifiche iniziative promozionali relative alla commercializzazione *una tantum* di particolari tariffe scontate su rotte sulle quali si registra un significativo livello di concorrenza;

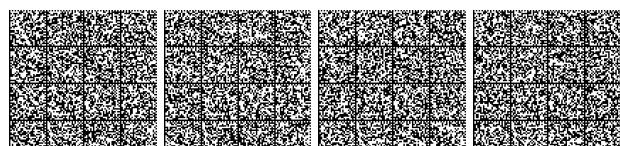
di integrare la misura precedente nei termini descritti ai paragrafi 36, 37 e 38, vale a dire che CAI: garantisca che i propri listini tariffari mantengano un'articolazione tale da assicurare ampia copertura rispetto a tutti i segmenti di mercato, con particolare riguardo alle tariffe scontate che dovranno essere adeguatamente accessibili in tutti i periodi dell'anno, per tutte le rotte, su ogni volo; dovrà garantire su ogni volo la disponibilità di almeno il 10% dei biglietti alla tariffa economy più conveniente tra quella offerta dal gruppo AZ e dal gruppo AP sulla medesima rotta, nella corrispondente stagione IATA precedente; si adoperi ad attivare, entro un mese dall'inizio dell'operatività del nuovo vettore aereo, un numero verde gratuito dedicato alla gestione dei disservizi in caso di cancellazione o grave ritardo dei voli, nonché uno spazio informativo sul sito web della società dedicato all'andamento dell'operativo dei voli, da cui sia desumibile per il consumatore, lo stato del proprio volo in relazione a cancellazione e ritardi; attivi un servizio di messaggistica per telefonia mobile, che garantisca in tempo reale la piena disponibilità delle informazioni sul volo ai consumatori che ne facciano richiesta; garantisca, al di là di quanto reso obbligatorio dal regolamento comunitario 261/2004/CE, pagamento di un indennizzo, proporzionale al prezzo del biglietto pagato, in caso di cancellazione del volo per i passeggeri che non ricevano adeguata riprotezione (arrivo a destinazione non oltre 2 ore successive all'orario previsto di atterraggio) o nel caso di ritardo prolungato del volo che comporti l'atterraggio del passeggero a destinazione oltre 2 ore successive all'orario previsto;

alle misure di cui ai punti precedenti la società CAI dia applicazione per un periodo di tre anni dalla data di inizio delle attività della stessa società;

di fissare, al 3 dicembre 2011 la data prima della quale sarà stabilito il successivo termine, di cui all'art. 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, come modificato dalla relativa legge di conversione, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi a seguito dell'operazione devono cessare, previo avvio di idoneo procedimento istruttorio.

La ricorrente ha articolato una pluralità di doglianze, deducendo sia l'illegittimità dell'atto per vizi propri di carattere procedimentale, di carattere sostanziale o derivanti dalla violazione di norme comunitarie, sia l'illegittimità dell'atto in via derivata dall'illegittimità costituzionale della norma di legge applicata.

3. — I motivi di impugnativa con cui sono stati dedotti vizi propri dell'atto sono in parte infondati ed in parte inammissibili.



3.1. — Con una prima serie di censure, relative al procedimento di formazione del provvedimento impugnato, la ricorrente ha sostenuto che:

l'amministrazione avrebbe tardato nel mettere a disposizione gli atti del procedimento, con lesione del diritto alla partecipazione procedimentale;

l'accesso consentito dall'Autorità si sarebbe rivelato a tal punto circoscritto da risultare inutile; in particolare, Meridiana non avrebbe potuto prendere visione del formulario presentato da CAI, contenente i dati di mercato utilizzati per strutturare la proposta di impegni;

il termine concesso per formulare le osservazioni sarebbe stato irrisorio;

l'AGCM non si sarebbe pronunciata su molti aspetti che hanno costituito oggetto delle osservazioni della ricorrente;

sarebbe stata violata la norma del regolamento di organizzazione e funzionamento dell'Autorità secondo cui la documentazione agli affari da trattare deve essere trasmessa dagli uffici non meno di cinque giorni prima della data fissata per la riunione e gli eventuali aggiornamenti devono essere trasmessi non oltre il secondo giorno che precede la riunione.

Le censure non sono persuasive.

Il Collegio rileva in via preliminare che il procedimento avviato dall'Autorità su comunicazione della società CAI, in relazione all'integrazione in una nuova compagnia aerea dei due principali operatori aerei del mercato domestico nazionale, è stato finalizzato alla individuazione delle misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi ed altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori a seguito dell'operazione, mentre la necessità dell'autorizzazione di cui alla legge n. 287/1990 è stata espressamente esclusa dal richiamato art. 4, comma 4-*quinquies*, d.l. n. 347/2003.

Ne consegue che la partecipazione procedimentale della ricorrente, essendo le misure espressamente finalizzate alla tutela dei consumatori, era ultronea per quanto attiene alla definizione del contenuto delle misure stesse, mentre poteva avere una sua, utilità in relazione ad altri aspetti, quali ad esempio l'individuazione della dimensione, comunitaria o nazionale, dell'operazione di concentrazione.

In ordine alle censure proposte, il Collegio fa presente:

la ricorrente, nonostante il prospettato ritardo nell'accesso agli atti, è intervenuta attivamente nel procedimento e, peraltro, non indica quali ulteriori osservazioni avrebbe potuto formulare ove avesse avuto a disposizione un maggiore arco temporale;

l'esemplificazione fornita dalla stessa Meridiana dei documenti non ostesi, vale a dire il formulario presentato da CAI, contenente i dati di mercato utilizzati per strutturare la proposta di impegni, dà conto della inammissibilità della dogliananza in quanto la mancata visione degli atti relativi alla definizione delle misure comportamentali, essendo queste ultime previste ad esclusiva tutela dei consumatori e non anche delle imprese concorrenti, non è nemmeno in astratto idonea a ledere un interesse giuridicamente qualificato della ricorrente;

l'esiguità del termine per formulare le osservazioni, come detto, non ha impedito un'attiva partecipazione procedimentale e, comunque, la ricorrente non ha indicato alcun ulteriore elemento istruttorio che sarebbe stata in grado di fornire ove avesse avuto a disposizione un tempo più ampio;

non è precisato quali sono gli aspetti evidenziati dalla ricorrente in sede istruttoria che l'Autorità non avrebbe considerato o avrebbe considerato non correttamente e, comunque, la partecipazione al procedimento non obbliga l'amministrazione a riportare in maniera puntuale ed eventualmente a disattendere in maniera analitica tutto quanto prospettato dall'interventore (circostanza, peraltro, presente nella delibera impugnata in cui sono state evidenziate alcune osservazioni di Meridiana e sono state indicate le ragioni per cui l'Autorità ha ritenuto di non condividerle), atteso che la completezza dell'istruttoria e la congruità della motivazione devono emergere dal complessivo percorso argomentativo, percepibile dal contenuto del provvedimento, sulla cui base la scelta è stata effettuata;

la dogliananza relativa alla violazione del termine per la trasmissione da parte degli uffici della documentazione relativa all'ordine del giorno al presidente ed ai componenti è inammissibile in quanto la norma di cui si assume la violazione, vale a dire l'art. 5, comma 3, del regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'AGCM non è direttamente indirizzata alla tutela dei destinatari dei provvedimenti e, comunque, trattandosi del provvedimento con cui l'Autorità ha applicato l'art. 4, comma 4-*quinquies*, d.l. n. 347/2003, Meridiana non era da annoverare tra i destinatari diretti dell'azione amministrativa in quanto, come specificato, la lesione della sua posizione di interesse legittimo non discende dalla natura delle misure comportamentali prescritte a CAI, ma dalla realizzazione dell'operazione di concentrazione, postulata dal provvedimento impugnato e prevista dalla norma di legge in deroga alla necessità del procedimento istruttorio di cui alla legge n. 287/1990.



3.2. — Con una seconda serie di censure, la ricorrente ha dedotto vizi attinenti al contenuto del provvedimento impugnato.

3.2.1. — Il Collegio ha già rilevato l'inammissibilità per carenza di legittimazione delle doglianze afferenti ai caratteri e ai contenuti degli «obblighi imposti», ossia delle misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione.

3.2.2. — La doglianza afferente alla circostanza che, non trattandosi di imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, la concentrazione non rientrerebbe nell'ambito di applicazione della legge e l'Autorità conserverebbe pieni poteri di verifica degli effetti anticoncorrenziali dell'operazione sul mercato non può essere condivisa.

In primo luogo, occorre considerare che, ai sensi della legge n. 146/1990, sono considerati servizi pubblici essenziali, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro, anche se svolti in regime di concessione o mediante convenzione, quelli volti a garantire, tra l'altro, il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati alla libertà di circolazione e che, per quanto concerne la tutela della libertà di circolazione, la legge, sia pure a determinati fini, indica trasporti pubblici urbani ed extraurbani, autoferrotranviari, ferroviari, aerei, aeroportuali e quelli marittimi limitatamente al collegamento con le isole.

Di talché, essendo la limitazione al collegamento con le isole riferita esclusivamente ai trasporti marittimi, il servizio di trasporto aereo, già nella disciplina legislativa del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, è qualificabile come servizio pubblico essenziale.

La circostanza che CAI, al momento di concludere l'operazione, non disponeva nemmeno di una concessione ad esercitare l'attività di trasporto aereo, inoltre, non può assumere un rilievo sostanziale in sede di interpretazione della norma, in quanto costituisce fatto notorio, ripetutamente sottolineato dalla stessa ricorrente, che la norma di legge sia stata emanata proprio con riferimento alla vicenda «Alitalia», tanto che la ricorrente indica la fonte legislativa come «decreto Alitalia» e qualifica la stessa come legge singolare o legge provvedimento.

Pertanto, non può nutrirsi alcun dubbio che la *voluntas legis* sia stata quella di consentire la concentrazione in un'unica compagnia aerea dei due principali operatori aerei del mercato nazionale, Alitalia ed AirOne, a prescindere dal procedimento relativo alle operazioni di concentrazione che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è tenuta ordinariamente a svolgere, sensi degli artt. 5, 6 e 16 della legge n. 287/1990, e che potrebbe concludersi anche con il divieto dell'operazione.

3.2.3. — La complessa censura — con cui è stata contestata la competenza dell'Autorità nazionale in quanto, per un verso, la valutazione dell'operazione di concentrazione sarebbe stata di competenza della Commissione europea sussistendo una situazione di controllo congiunto di fatto su CAI, per altro verso, l'acquisto di Alitalia ed AirOne da parte di CAI e l'ingresso di un partner straniero in CAI dovrebbero essere valutati alla stregua di operazioni interdipendenti, ai sensi delle norme di competenza di cui al regolamento CE n. 139/04 (c.d. Regolamento Merger) — non è persuasiva.

Il Collegio, premesso che nel caso di specie non sussiste un'ipotesi di controllo di diritto ed anche a prescindere dal fatto che la Commissione europea, pur a conoscenza della vicenda, non ha sollevato osservazioni sulla competenza dell'Autorità nazionale, rileva che la Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, fornisce utili indicazioni per rilevare l'eventuale presenza di un controllo congiunto di fatto sul soggetto giuridico derivante dall'operazione di concentrazione.

In particolare, il punto 76 della Comunicazione indica che «eccezionalmente una condotta comune può verificarsi di fatto, laddove tra gli azionisti di minoranza esistano interessi comuni talmente forti da impedire uno scontro nell'esercizio dei diritti di voto nel contesto dell'impresa comune. Quanto più elevato è il numero delle imprese madri dell'impresa comune, tanto più diminuisce la probabilità che tale situazione si verifichi».

Da tale indicazione, può già cogliersi che il controllo congiunto di fatto costituisce una circostanza eccezionale e che un consistente numero di soggetti tra cui è distribuito il capitale sociale dell'impresa comune (il capiato sociale di CAI, al momento dell'adozione del provvedimento, risultava ripartito tra 16 persone giuridiche) rende poco probabile il verificarsi della situazione.

Il successivo punto 27 fa presente che «indicativo per una comunanza di interessi di questo tipo è un elevato grado di dipendenza reciproca tra le società madri per raggiungere gli obiettivi strategici dell'impresa comune. Ciò avviene in particolare quando ciascuna impresa madre fornisce all'impresa comune un contributo indispensabile al suo funzionamento (tecnologie specifiche, know-how specializzato o accordi di fornitura). In tali circostanze, anche qualora non siano esplicitamente previsti diritti di voto, le imprese madri sono in grado di bloccare le decisioni strategiche dell'im-



presa comune e, pertanto, possono gestirla in spirito di piena cooperazione solo a condizione di essere d'accordo su tali decisioni strategiche. Le società madri dovranno pertanto cooperare. Ulteriori fattori sono i processi decisionali strutturati in modo da permettere alle società madri di esercitare il controllo congiunto anche in assenza di accordi esplicativi che conferiscono diritti di voto o di altri collegamenti tra gli azionisti di minoranza relativi all'impresa comune».

Nel caso di specie, non è stata dimostrata la sussistenza di nessuna delle due ipotesi esemplificativamente proposte dalla Commissione, atteso che non risulta che ciascuna delle società tra cui è diviso il capitale sociale di CAI fornisce un contributo indispensabile al suo funzionamento in termini di tecnologie specifiche, know how specializzato o accordi di fornitura, né risulta che i processi decisionali siano stati strutturali in modo tale da permettere l'esercizio del controllo congiunto.

Anzi, la Comunicazione, al punto 79, fa presente che «questi criteri si applicano alla costituzione di una nuova impresa comune nonché alle acquisizioni di partecipazioni azionarie di minoranza, che conferiscono assieme il controllo congiunto. Nel caso di acquisizioni di partecipazioni, vi è una maggiore probabilità, di una comunanza di interessi se le partecipazioni azionarie vengono acquisite mediante un'azione concordata. Tuttavia, un'acquisizione mediante un'azione concordata non è di per sé sufficiente per instaurare un controllo congiunto di fatto. In generale, un interesse comune al rendimento dell'investimento in quanto investitori finanziari in (o creditori di) un'impresa non costituisce una comunanza di interessi che determina un controllo congiunto di fatto».

In definitiva, l'orientamento della Commissione europea è che un'acquisizione mediante un'azione concordata, non costituisce una comunanza di interessi che determina un controllo congiunto di fatto in assenza di altri elementi oggettivamente rilevanti che, nella, fattispecie in esame, non sembrano sussistere.

Infatti, nel provvedimento, al par. 27, è evidenziato che «dai documenti e dalle informazioni in possesso dell'Autorità risulta che, allo stato, CAI non è controllata da alcuno degli attuali azionisti, dal momento che non si ravvisano maggioranze prestabilire, alla luce dello Statuto e in assenza di patti parasociali» ed inoltre, al par. 8, che «la maggioranza necessaria ai fini dell'adozione delle decisioni gestionali può essere formata da diverse combinazioni di voto dei 15 consiglieri espressione dei gruppi di interesse degli azionisti, configurando quella che viene definita una maggioranza variabile (shifting majority)».

Per quanto attiene all'ingresso nella società di un partner straniero, il Collegio fa presente che, al momento dell'adozione del provvedimento, tale circostanza non avrebbe potuto rilevare ai fini della qualificazione dell'operazione come di dimensione comunitaria anziché nazionale, atteso che il Consiglio di amministrazione di CAI non aveva assunto alcuna decisione in merito alla scelta.

D'altra parte, è stato precisato al par. 10 del provvedimento che «laddove l'attuale composizione della compagine azionaria e, conseguentemente, l'assetto di controllo di CAI dovessero mutare in modo tale da configurare l'operazione in esame come una diversa fattispecie concentrativa, l'Autorità si riserva di procedere ad una valutazione dell'operazione, anche ai fini di definire la competenza giurisdizionale».

3.2.4. — I motivi d'impugnativa con cui la ricorrente ha dedotto che il provvedimento sarebbe stato emanato sulla base di una normativa nazionale in contrasto con le norme comunitarie ed i principi del Trattato CE, per cui sarebbe illegittimo in quanto emanato in ragione di una normativa nazionale da disapplicare, non possono essere condivise.

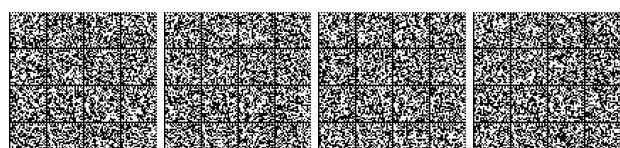
La ricorrente ha dedotto in particolare il contrasto con l'art. 86 e con gli artt. 3, lett. g), 10 e 82 del Trattato.

L'art. 86 prevede che gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del Trattato, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 12 e da 81 a 89 inclusi; le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del Trattato, 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; lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità; la Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni dell'articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni.

Il Collegio rileva che la norma nazionale di cui all'art. 4, comma 4-*quinquies*, non inibisce in assoluto i controlli a tutela della concorrenza e del mercato, ma ne disciplina transitoriamente il loro esercizio con modalità diverse, escludendo in particolare la necessità dell'autorizzazione delle operazioni di concentrazione, di cui alla legge n. 287/1990, nel settore dei servizi pubblici essenziali per le operazioni effettuate entro il 30 giugno 2009.

Diversamente, resta ferma sia l'applicazione degli artt. 2 (divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza) e 3 (divieto di abuso di posizione dominante) della legge n. 287/1990, sia l'applicazione della normativa comunitaria.

Nella fattispecie, lo Stato italiano non ha riconosciuto alle imprese, o, meglio, all'impresa di nuova costituzione, un diritto esclusivo, atteso che non ha attribuito a CAI una riserva *ex lege* di fornire i servizi di trasporto aereo nel



territorio nazionale, ma ha attribuito alla stessa un diritto speciale in quanto l'operazione di concentrazione Alitalia - AirOne è stata sottratta all'applicazione della normativa nazionale in materia antitrust la quale, agli artt. 6 e 16 della legge n. 287/1990, disciplina il procedimento che l'Autorità competente è tenuta a svolgere, disponendo il divieto delle operazioni di concentrazione restrittive della libertà di concorrenza.

Tuttavia, la norma nazionale non può ritenersi violativa della norma comunitaria in quanto il richiamato art. 86 non esclude che gli Stati membri possano riconoscere diritti speciali stabilendo di contro che, in tal caso, non deve essere emanata alcuna misura contraria alle norme del trattato istitutivo della Comunità europea.

In altri termini, l'invocato art. 80 del Trattato parte proprio dal presupposto che gli Stati membri hanno il potere di riconoscere ad imprese, pubbliche o non, diritti speciali o di esclusiva (ponendosi poi eventualmente il problema, della compatibilità costituzionale di tali norme), stabilendo però, a garanzia del corretto svolgimento della concorrenza in ambito comunitario, che, ove sussista tale ipotesi, gli Stati membri non possono prevedere misure contrarie alle norme del Trattato in materia di concorrenza.

Nel caso di specie, il legislatore nazionale ha espressamente fatto salvo quanto previsto dalla normativa comunitaria, per cui non sussiste un contrasto della norma con l'art. 86 del Trattato.

D'altra parte, il terzo comma dell'art. 86 prevede quale forma di tutela ulteriore che la Commissione, vigilando sull'applicazione dell'articolo, possa rivolgere agli Stati membri opportune direttive o decisioni e, dagli atti del giudizio, non risulta che la Commissione europea abbia, agito ritenendo la norma dello Stato italiano incompatibile con le norme contenute nell'art. 86 del Trattato.

Analogamente, non sussiste la violazione dell'art. 82 del Trattato, secondo cui è incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

L'art. 82 indica che tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

nell'imporre direttamente o indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non equi;

nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;

nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;

nel 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.

La ricorrente, anche sulla base della giurisprudenza comunitaria, ha sostenuto che il rafforzamento di una posizione dominante può concretare un abuso di posizione dominante.

Il Collegio rileva che tale considerazione non è esaustiva in quanto non sussiste un automatismo tra rafforzamento ed abuso di posizione dominante, ma occorre valutare in concreto se il rafforzamento si sia tradotto anche in abuso.

Il punto centrale della questione, in sostanza, è costituito dal fatto che l'abuso di posizione dominante è il risultato di una valutazione effettuata *ex post* dall'organo competente, mentre il procedimento autorizzatorio relativo all'operazione di concentrazione, la cui norma è stata derogata dalla norma nazionale in esame, anche quando l'operazione stessa consiste in un rafforzamento di posizione dominante, valuta *ex ante* gli eventuali effetti restrittivi della concorrenza, sicché i due concetti, rafforzamento ed abuso, si pongono su livelli diversi e la norma che consente un'operazione di concentrazione, anche quando attraverso di essa si produce un rafforzamento di posizione dominante, non consente di per sé un abuso, potendo quest'ultimo essere accertato solo a seguito di una valutazione effettuata *ex post* ed in concreto dall'Autorità competente.

Ne consegue che non sussiste la violazione dell'art. 82 del Trattato, richiamato unitamente all'art. 3, lett. g), ed all'art. 10 dello stesso, in quanto la norma nazionale non deroga affatto alla norma che vieta e reprime l'abuso di posizione dominante, facendo espressamente salva la normativa comunitaria nonché l'art. 3, legge n. 287/1990 il quale, vietando in ambito nazionale l'abuso di posizione dominante, rappresenta, la trasposizione nell'ambito dello Stato membro dello stesso divieto posto dall'art. 82 in ambito comunitario.

Va da sé, quindi, che, ove fosse effettivamente riscontrabile a seguito dell'operazione di concentrazione un abuso di posizione dominante da parte del soggetto risultante dalla concentrazione, la ricorrente, come qualunque altro operatore, potrebbe segnalare alla Commissione europea, in caso di supposta infrazione intracomunitaria, o all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in caso di ipotizzata infrazione in ambito nazionale, i comportamenti abusivi originati dal rafforzamento della posizione dominante.



3.5. — In conclusione, i motivi di impugnativa con cui la ricorrente ha dedotto vizi propri dell'atto sono in parte infondati ed in parte inammissibili.

3.6. — Il Collegio, invece, ritiene che sia rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 10, d.l. 28 agosto 2008, n. 134, conv. in legge 27 ottobre 2008, n. 166, nella parte in cui ha aggiunto il comma 4-*quinquies* all'art. 4 del d.l. 23 dicembre 2003, n. 347.

La norma in discorso può essere qualificata come norma provvedimento in quanto si riferisce alle operazioni di concentrazione, effettuate entro il 30 giugno 2009, tra imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato, relativo alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, per cui ha un limitatissimo ambito di applicazione ed è da ritenere, inoltre, che sia stata dettata con riferimento alla vicenda Alitalia, tanto che il decreto in cui è contenuta la norma è comunemente noto come c.d. «decreto Alitalia».

D'altra parte, la stessa amministrazione resistente, nella propria memoria, ha evidenziato come sia agevole constatare che, con l'operazione CAI-Alitalia-AirOne, nella sostanza, «sia stato salvato da sicuro e imminente collasso un sistema integrato di trasporti pubblici, via aerea su scala nazionale», così come, nella memoria della controinteressata, è specificato che «Le vicende sottese all'adozione del provvedimento legislativo sono a tutti ben note... I rischi di scomparsa della compagnia di bandiera e di disoccupazione di migliaia di lavoratori hanno spinto il Governo ad intervenire con misure drastiche che consentissero la continuità operativa delle imprese incaricate dello svolgimento di servizi pubblici essenziali entrate in crisi e, in particolare, di Alitalia, già posta in regime di amministrazione straordinaria e di AirOne» e che il caso di specie è «caratterizzato da un intervento legislativo giustificato... al fine di consentire la continuità del servizio di trasporto aereo».

La norma esclude le operazioni di concentrazione anzidette dalla necessità dell'autorizzazione di cui alla legge n. 287/1990, per cui incide su un numero determinato di destinatari ed ha un contenuto particolare e concreto.

La Corte costituzionale ha più volte ribadito che non è preclusa alla legge ordinaria la possibilità di attrarre nella propria sfera di disciplina materie normalmente affidate all'Autorità amministrativa, non sussistendo un divieto di adozione di leggi a contenuto particolare e concreto.

Tuttavia, tali leggi sono ammissibili entro limiti non solo specifici, qual è quello del rispetto della funzione giurisdizionale in ordine alla decisione delle cause in corso, ma anche generali, ossia quello del rispetto del principio di ragionevolezza e di non arbitrarietà (Corte costituzionale, sentenze 4 maggio 2009, n. 137, 2 aprile 2009, n. 94, 13 luglio 2007, n. 267).

La legittimità costituzionale delle leggi provvedimento, quindi, deve essere valutata in relazione al loro specifico contenuto e, in considerazione del pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tipo particolare o derogatorio, è soggetta ad uno scrutinio rigoroso di costituzionalità essenzialmente sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta del legislatore (*cfr.* la citata sentenza della Corte costituzionale 4 maggio 2009, n. 137, che richiama, tra le altre, le sentenze 241/2008 e 429/2002).

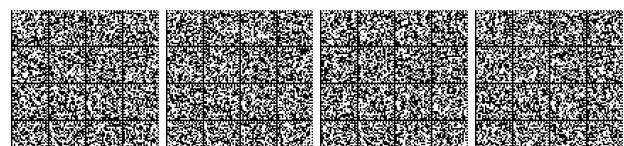
In definitiva, dalla giurisprudenza costituzionale è possibile ricavare che, se è vero che non è configurabile, in base alla Costituzione, una riserva di amministrazione, è altrettanto vero che lo stesso legislatore, qualora emetta leggi a contenuto provvedimentale, deve applicare con particolare rigore il canone della ragionevolezza, affinché il ricorso a detto tipo di provvedimento non si risolva in una modalità per aggirare i principi di uguaglianza ed imparzialità, sicché la mancata previsione costituzionale di una riserva di amministrazione e la conseguente possibilità per il legislatore di svolgere un'attività a contenuto amministrativo, non può giungere fino a violare l'uguaglianza tra i cittadini e, qualora il legislatore ponga in essere un'attività a contenuto particolare e concreto, devono risultare i criteri ai quali sono ispirate le scelte e le relative modalità di attuazione.

L'art. 3 Cost., infatti, stabilisce il principio di uguaglianza dei cittadini impedendo che siano operate dalla legge discriminazioni arbitrarie.

In altri, termini, la norma costituzionale non obbliga il legislatore a fissare per tutti una identica disciplina, ma la discrezionalità legislativa trova sempre un limite nella ragionevolezza delle statuzioni volte a giustificare la disparità di trattamento fra cittadini. In particolare, l'uso del canone della ragionevolezza implica che le discipline normative che contengono o determinano disparità di trattamento tra categorie di soggetti siano valutate anche con riferimento al bilanciamento di valori costituzionali diversi e contrastanti.

Nel caso di specie, l'art. 4, comma 4-*quinquies*, stabilisce che le operazioni di concentrazione *de quibus* rispondono a preminenti interessi generali e sono escluse dalla necessità di autorizzazione di cui alla legge n. 287/1990.

Le norme che risultano derrogate sono gli artt. 6 e 16, legge n. 287/1990.



L'art. 16, comma 1, prevede che le operazioni di concentrazione di cui all'art. 5 (secondo cui l'operazione di concentrazione si realizza anche quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune) devono essere preventivamente comunicate all'Autorità qualora il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a determinate soglie ed il successivo comma 4 stabilisce che se l'Autorità ritiene che un'operazione di concentrazione sia suscettibile di essere vietata ai sensi dell'art. 6, avvia entro trenta giorni dal ricevimento della notifica, o dal momento in cui ne abbia comunque avuto conoscenza, l'istruttoria, mentre, qualora non ritenga, necessario avviare l'istruttoria, deve dare comunicazione alle imprese interessate ed al Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato delle proprie conclusioni in merito.

L'art. 6, comma 1, dispone che nei riguardi delle operazioni di concentrazione soggette a comunicazione ai sensi dell'art. 16, l'Autorità valuta se comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza; il secondo comma indica che l'Autorità, al termine dell'istruttoria di cui all'art. 16, comma 4, quando accerti che l'operazione comporta le conseguenze di cui al primo comma, vieta la concentrazione ovvero l'autorizza prescrivendo le misure necessarie ad impedire tali conseguenze.

La norma di cui all'art. 4, comma 4-*quinquies*, in sostanza ha sottratto all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il compito di svolgere il procedimento di cui alla legge n. 287/1990, stabilendo «a monte» che l'operazione di concentrazione può realizzarsi e che l'Autorità deve prescrivere misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione ed escludendo, quindi, sia la possibilità che l'operazione sia vietata sia l'imposizione di altre misure a tutela delle imprese concorrenti.

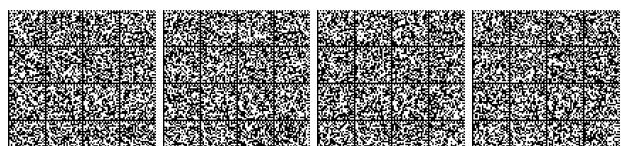
Peraltrò, la circostanza che l'operazione di concentrazione abbia dei significativi effetti in termini di concorrenza è percepibile dallo stesso provvedimento impugnato, in cui, al par. 13, è espressamente indicato che «CAI, a seguito dell'operazione, sarà l'unico vettore ad offrire servizi di trasporto aereo passeggeri di linea su numerose rotte, tra cui alcune fra le più importanti in termini di trasportato, mentre sulle altre rotte risulterà fortemente ridotta la presenza di operatori concorrenti, con poche eccezioni» ed al par. 31, ove è indicato «... considerata la situazione concorrenziale che verrà a determinarsi a seguito dell'operazione, con la creazione di un vettore che potrà gestire una rete di collegamenti capillare su tutto il territorio nazionale, detenendo sui singoli collegamenti posizioni di assoluto rilievo — se non di unica offerta — in termini di frequenze allo stato disponibili ...».

Se a ciò si aggiunge che la norma della cui legittimità costituzionale si dubita stabilisce che l'Autorità definisce il termine, comunque non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare, per cui le posizioni di monopolio, ove *ex lege* determinatesi, sono destinate comunque a durare per un minimo di tre anni, è verosimile ritenere che la norma di legge abbia discriminato i vettori aerei prevedendo un trattamento più favorevole per le compagnie aeree che — realizzando la suddetta operazione di concentrazione senza il preventivo esame della competente Autorità antitrust sull'eventuale costituzione o rafforzamento di una posizione dominante e soprattutto con esclusione della possibilità che l'operazione stessa sia vietata perché restrittiva della libertà di concorrenza — hanno incrementato la propria posizione in termini concorrenziali, con contestuale discriminazione per le altre compagnie aeree operanti sul mercato del servizio di trasporto aereo nazionale o che in prospettiva potrebbero operare su quel mercato.

Il Collegio ritiene che tale discriminazione non sia ragionevole e, pertanto, risolvendosi in una disparità di trattamento, possa violare l'art 3 Cost. perché, mentre si rivela lesiva del principio della libertà di concorrenza, che rappresenta un valore costituzionale essendo una delle articolazioni fondamentali della libertà di iniziativa economica privata, la norma di legge non dà conto di quali siano i valori costituzionali perseguiti e, quindi, le ragioni che, in un'ottica di bilanciamento di valori, possano giustificare la deroga operata, al principio costituzionale della *par condicio* ed al valore costituzionalmente rilevante della libertà di concorrenza.

L'art. 4, comma 4-*quinquies*, infatti, si limita ad indicare che le operazioni di concentrazione in discorso rispondono a preminenti interessi generali, ma di quali siano questi preminenti interessi non fornisce una precisa spiegazione e soprattutto non dà conto del perché, nel bilanciamento degli interessi, questi prevalgono su altri valori costituzionalmente tutelati e del perché non sia possibile perseguire gli stessi con altre modalità non discriminatorie e non lesive del principio di uguaglianza e del principio di tutela della concorrenza. Né a ciò può supplire la generica formulazione contenuta nelle premesse al d.l. n. 134/2008, relativamente all'importanza che i servizi forniti dalle società operanti nei settori dei servizi pubblici essenziali non subiscano interruzioni, atteso che, ferma restando l'oggettiva ed assoluta rilevanza della continuità dei servizi pubblici essenziali, non è agevole comprendere né dal testo di legge né *aliunde* perché tale risultato debba essere perseguito attraverso una norma discriminatoria per gli altri operatori del settore aereo che forniscono lo stesso servizio pubblico essenziale e lesiva del principio di tutela della libertà di concorrenza.

La norma di legge, per quanto esposto, sembra violare anche l'art. 41 Cost., che garantisce la libertà dell'iniziativa economica privata, atteso che, come detto, la tutela della concorrenza costituisce una delle articolazioni fondamentali della libertà di iniziativa economica privata.



L'art. 1, legge n. 287/1990, infatti, fa presente che le disposizioni della legge si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante ed alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione delle norme comunitarie, in attuazione dell'art. 41 Cost. a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica.

Sulla base di tali considerazioni, il Collegio ritiene che non sia manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 41 Cost., dell'art. 1, comma 10, decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito, con modificazioni, in legge 27 ottobre 2008, n. 166, nella parte in cui ha aggiunto il comma 4-quinquies all'art. 4 del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39.

La questione è rilevante ai fini del presente giudizio, atteso che, sulla base delle considerazioni in precedenza esposte e di quelle di cui al successivo capo 4, il Collegio ha respinto l'eccezione in rito formulata dall'Avvocatura dello Stato, ha in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibili i motivi di impugnativa con cui la ricorrente ha dedotto vizi propri dell'atto impugnato ed ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale condizionato proposto dalla controinteressata.

L'eventuale annullamento della detta norma di legge, pertanto, si rifletterebbe inevitabilmente sulla legittimità dell'impugnato provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che, nel prescrivere le misure comportamentali per la CAI, ha applicato la norma di legge della cui costituzionalità si dubita, postulando l'avvenuta realizzazione dell'operazione di concentrazione.

Di conseguenza, occorre sospendere il giudizio e rimettere gli atti alla Corte costituzionale affinché si pronunci sulla questione.

4. — L'esito, sia pure parziale, dell'impugnativa proposta con il ricorso principale determina l'inammissibilità del ricorso incidentale condizionato con cui Alitalia Compagnia Aerea Italiana S.p.A. ha dedotto l'illegittimità del provvedimento impugnato in via principale in quanto l'Autorità non avrebbe dovuto subordinare l'autorizzazione al rispetto di rimedi aggiuntivi rispetto a quelli proposti da Alitalia-CAI, che sarebbero obiettivamente privi di fondamento e sproporzionati.

La specifica qualificazione del ricorso incidentale come subordinato all'accoglimento, anche solo parziale, dell'impugnativa principale, comporta l'inammissibilità del gravame proposto in via incidentale, atteso che le censure afferenti ai vizi propri dell'atto non sono state accolte; per quanto attiene, invece, all'accoglimento del ricorso che dovesse conseguire all'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma di legge applicata con il provvedimento impugnato, l'interesse all'esame delle censure proposte con il ricorso incidentale condizionato si presenta carente poiché con lo stesso si è inteso sostanzialmente contestare l'eccessiva pervasività delle misure comportamentali prescritte e tale argomento non avrebbe alcun rilievo ove il ricorso fosse accolto per l'illegittimità del provvedimento derivata dall'illegittimità costituzionale della norma di rango primario applicata.

P. Q. M.

Riservata al definitivo ogni ulteriore decisione, così provvede sul ricorso in epigrafe:

respinge l'eccezione in rito formulata dall'Avvocatura dello Stato;

in parte respinge ed in parte dichiara inammissibili i motivi di impugnativa con cui la ricorrente ha dedotto vizi propri dell'atto;

dichiara inammissibile il ricorso incidentale condizionato proposto dalla controinteressata;

dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3 e 41 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 10, decreto-legge 28 agosto 2008, a 134, convertito, con modificazioni, in legge 27 ottobre 2008, n. 166, nella parte in cui ha aggiunto il comma 4-quinquies all'art. 4 del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39;

dispone la sospensione del giudizio e ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

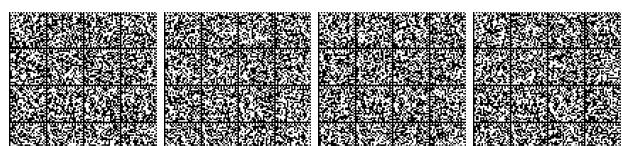
ordina che, a cura della segreteria della sezione, la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri nonché comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del giorno 20 maggio 2009.

Il Presidente: GIOVANNINI

L'estensore: CAPONIGRO

09C0543



Ordinanza del 27 maggio 2009 emessa dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio sul ricorso proposto da Federconsumatori Federazione Nazionale di Consumatori e Utenti contro Autorità garante della concorrenza e del mercato ed altra.

Impresa e imprenditore - Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi - Operazioni di concentrazione effettuate entro il 30 giugno 2009, tra imprese operanti nei servizi pubblici essenziali connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato, relativo alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza - Esclusione della necessità di autorizzazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 - Obbligo delle stesse imprese di notificare le suddette operazioni all'Autorità garante della concorrenza e del mercato unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione - Previsione dell'adozione da parte dell'Autorità, entro trenta giorni dalla comunicazione dell'operazione, della prescrizione delle predette misure con le modificazioni ed integrazioni ritenute necessarie, nonché della definizione del termine, non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare - Sanzioni in caso di inottemperanza - Violazione del principio di uguaglianza - Lesione del principio di libertà di iniziativa economica privata e di concorrenza.

- Decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, art. 4, comma 4-quinquies, convertito, con modificazioni, nella legge 18 febbraio 2004, n. 39, aggiunto dall'art. 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito, con modificazioni, nella legge 27 ottobre 2008, n. 166.
- Costituzione, artt. 3 e 41.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Ha pronunciato la presente ordinanza sul ricorso numero di registro generale 2419 del 2009, proposto da: Federconsumatori Federazione Naz. di Consumatori e Utenti, rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Mumolo, Daniele Portinaro, Luca Zamagni, con domicilio eletto presso Antonio Mumolo in Roma, Piazzale Clodio, 8;

Contro Autorità garante concorrenza e mercato, rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12, nei confronti di Soc. Alitalia Compagnia Aerea Italiana S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Guido Bellitti, Filippo Lattanzi, Gian Michele Roberti, Marco Serpone, con domicilio eletto presso Gian Michele Roberti in Roma, Foro Troiano 1/A e con l'intervento *ad adiuvandum*: Provincia di Milano, rappresentato e difeso dall'avv. Ettore Martinelli, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5, per l'annullamento: del provvedimento n. 19248 del 3 dicembre 2008 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, pubblicato sul bollettino n. 46/2008; di ogni altro atto connesso, collegato o conseguente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

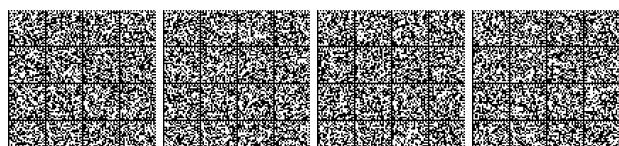
Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorità garante della concorrenza e del mercato;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc. Alitalia Compagnia Aerea Italiana S.p.A.;

Visto l'atto di intervento *ad adiuvandum* della Provincia di Milano;



Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2009 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

Con l'impugnato provvedimento adottato nell'adunanza del 3 dicembre 2008, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato — vista la comunicazione della società CAI S.p.A., ai sensi dell'art. 4, comma 4-*quinqies* del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, recante «Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza» convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39, come modificato dal decreto legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito con modificazioni in legge dall'art. 1, comma 1, legge 27 ottobre 2008, n. 166, con la quale la società ha notificato preventivamente l'operazione di concentrazione relativa all'acquisizione di alcuni rami d'azienda delle società Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A. in amministrazione straordinaria, Alitalia Servizi S.p.A. in amministrazione straordinaria, Alitalia Airport S.p.A. in amministrazione straordinaria, Alitalia Express S.p.A. in amministrazione straordinaria, Volare S.p.A. in amministrazione straordinaria (gruppo AZ) e delle società AirOne S.p.A., AirOne City Liner S.p.A., European Avia Service S.p.A., Air One Technic S.p.A. e Challey Ltd (gruppo AP) — ha deliberato di rendere obbligatorie alcune misure comportamentali per prevenire il rischio di imposizione di prezzi ed altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori a seguito dell'operazione, fissando al 3 dicembre 2011 la data prima della quale sarà stabilito il successivo termine, di cui all'art. 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, come modificato dalla legge di conversione, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi a seguito dell'operazione devono cessare, previo avvio di idoneo procedimento istruttorio.

L'associazione ricorrente, agendo nell'interesse della collettività dei consumatori, ha proposto il presente ricorso, articolato nei seguenti motivi di impugnativa:

violazione di legge per violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, nonché degli artt. 2, 3, 41 e 117 Cost. Violazione dell'art. 81 del Trattato CE.

L'art. 1, comma 10, legge n. 166/2008 contrasterebbe sia con l'ordinamento comunitario sia con disposizioni interne di carattere costituzionale.

eccezione di incostituzionalità della legge n. 166/2008 per violazione degli art. 2, 3, 41 e 117 Cost. Illegittimità derivata del provvedimento impugnato.

Il «congelamento» dei poteri dell'Autorità produrrebbe una violazione delle norme costituzionali in epigrafe.

La Provincia di Milano si è costituita *ad adiuvandum*.

L'Avvocatura dello Stato e la controinteressata hanno eccepito l'inammissibilità del ricorso proposto da Federconsumatori e dell'intervento *ad adiuvandum* proposto dalla Provincia di Milano; nel merito, hanno contestato la fondatezza delle censure dedotte condudendo per il rigetto del ricorso.

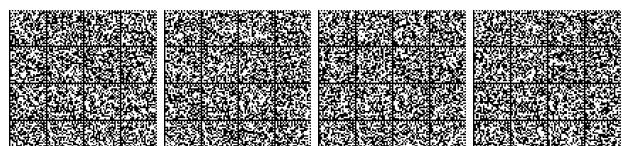
All'udienza pubblica del 20 maggio 2009, la causa è stata trattenuta per la decisione.

D I R I T T O

1. — L'eccezione di inammissibilità del ricorso è infondata.

Il diritto al ricorso nel processo amministrativo sorge in conseguenza della lesione attuale di un interesse sostanziale e tende ad un provvedimento giurisdizionale idoneo, se favorevole, a rimuovere quella lesione.

Condizioni soggettive per agire in giudizio sono la legittimazione ad agire (detta anche legittimazione processuale) e l'interesse a ricorrere: la prima spetta a colui che affanni di essere titolare della situazione giuridica sostanziale in ipotesi ingiustamente lesa dal provvedimento amministrativo, mentre l'interesse al ricorso consiste in un vantaggio pratico e concreto, anche soltanto eventuale o morale, che può derivare al ricorrente dall'accoglimento dell'impugnativa.



La possibilità di proporre un'azione impugnatoria di provvedimenti amministrativi, al di là di specifiche ipotesi contemplate dalla legge, non è concessa a chiunque in qualità di cittadino intenda censurare l'esercizio del potere pubblico, vale a dire *uti cives*, ma soltanto al titolare di una posizione di interesse legittimo e cioè di una posizione qualificata e differenziata rispetto alla posizione di tutti gli altri membri della collettività, vale a dire *uti singulus*.

La posizione legittimante alla proposizione del ricorso, quindi, è caratterizzata dalla differenziazione e dalla qualificazione.

La prima qualità può discendere dall'atto amministrativo quando esso incide immediatamente nella sfera giuridica del soggetto ovvero può rivenirsi nel collegamento tra la sfera giuridica individuale ed il bene della vita oggetto della potestà pubblica quando l'atto esplica effetti diretti nella sfera giuridica altrui e, in ragione di tali effetti, è destinato ad interferire sulla posizione sostanziale del ricorrente.

Peraltro, ai fini della configurazione della posizione sostanziale legittimante l'azione, non è sufficiente che sussista un qualsiasi interesse differenziato, rispetto a quello di altri soggetti, al corretto esercizio del potere amministrativo, ma è necessario anche che l'interesse individuale sia qualificato, sia cioè considerato dalla norma attributiva del potere, nel senso che tale norma o l'ordinamento nel suo complesso deve prendere in considerazione oltre l'interesse pubblico che è precipuamente preordinata a soddisfare anche l'interesse individuale privato su cui va ad incidere l'azione amministrativa.

Nella fattispecie in esame, la posizione della associazione ricorrente, in quanto ente esponenziale dei consumatori, è sia differenziata che qualificata.

L'art. 4, comma 4-*quinquies*, d.l. n. 347/2003 prevede che le misure comportamentali che l'Autorità deve prescrivere sono finalizzate a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione, per cui la norma attributiva del relativo potere ha avuto in considerazione proprio l'interesse dei consumatori, mentre con riferimento a tali misure comportamentali la ricorrente non ha proposto alcuna censura.

Tuttavia, non può escludersi la qualificazione a dedurre censure volte a mettere in discussione la legittimità della stessa operazione di concentrazione, operazione presupposta dal provvedimento in quanto consentita dalla norma di legge, atteso che la finalità della disciplina legislativa in materia di concorrenza e, quindi, di operazioni di concentrazione è dettata anche a tutela dei consumatori, i quali potrebbero ricevere documento, in termini di prezzo di acquisto dei servizi di trasporto aereo, da una minore concorrenzialità tra le imprese del settore.

2. — L'eccezione di inammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum* proposto dalla Provincia di Milano è invece fondata in quanto nella posizione dell'amministrazione provinciale non può essere ravvisato un interesse di fatto all'eventuale accoglimento dell'impugnativa.

3. — L'art. 4, comma 4-*quinquies*, del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in legge, con modificazioni, con legge 18 febbraio 2004, n. 39, aggiunto dall'art. 1, comma 10, decreto-legge 28 agosto, n. 134, come modificato, dalla legge di conversione 27 ottobre 2008, n. 166, ha previsto che, con riferimento alle imprese di cui all'art. 2, comma 2, secondo periodo (imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali), le operazioni di concentrazione, effettuate entro il 30 giugno 2009, connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato di cui al comma 2 dello stesso articolo, ovvero nel provvedimento di autorizzazione di cui al primo comma dell'art. 5, rispondono a preminenti interessi generali e sono escluse dalla necessità dell'autorizzazione dell'autorizzazione di cui alla legge n. 287/1990, fermo quanto previsto dagli art. 2 e 3 della stessa legge; fatto salvo quanto previsto dalla normativa comunitaria, qualora le suddette operazioni di concentrazione rientrino nella competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, le parti sono, comunque, tenute a notificare preventivamente le suddette operazioni all'Autorità unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione; l'Autorità, con propria deliberazione adottata entro trenta giorni dalla comunicazione dell'operazione, prescrive le suddette misure con le modificazioni ed integrazioni ritenute necessarie e definisce altresì il termine, comunque non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare; in caso di inottemperanza si applicano le sanzioni di cui all'art. 19 della legge n. 287/1990.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nell'adunanza del 3 dicembre 2008, ha deliberato:

di rendere obbligatoria la misura comportamentale relativa al programma di fidelizzazione di cui paragrafo 25, con cui la CAI si è impegnata a garantire su tutte le rotte piena e ampia copertura del proprio programma di fidelizzazione (frequent flyer), salvo specifiche iniziative promozionali relative alla commercializzazione *una tantum* di particolari tariffe scontate su rotte sulle quali si registra un significativo livello di concorrenza;



di integrare la misura precedente nei termini descritti ai paragrafi 36, 37 e 38, vale a dire che CAI: garantisca che i propri listini tariffari mantengano un'articolazione tale da assicurare ampia copertura rispetto a tutti i segmenti di mercato, con particolare riguardo alle tariffe scontate che dovranno essere adeguatamente accessibili in tutti i periodi dell'anno, per tutte le rotte, su ogni volo; dovrà garantire su ogni volo la disponibilità di almeno il 10% dei biglietti alla tariffa economy più conveniente tra quella offerta dal gruppo AZ e dal gruppo AP sulla rnedesinn rotta, nella corrispondente stagione IATA precedente; si adoperi ad attivare, entro un mese dall'inizio dell'operatività del nuovo vettore aereo, un numero verde gratuito dedicato alla gestione dei disservizi in caso di cancellazione o grave ritardo dei voli, nonché uno spazio informativo sul sito web della società dedicato all'andamento dell'operativo dei voli, da cui sia desumibile per il consumatore, lo stato del proprio volo in relazione a cancellazione e ritardi, attivi un servizio di messaggistica per telefonia mobile, che garantisca in tempo reale la piena disponibilità delle informazioni sul volo ai consumatori che ne facciano richiesta; garantisca, al di là di quanto reso obbligatorio dal regolamento comunitario 261/2004/CE, il pagamento di un indennizzo, proporzionale al prezzo del biglietto pagato, in caso di cancellazione del volo per i passeggeri che non ricevano adeguata riprotezione (arrivo a destinazione non oltre 2 ore successive all'orario previsto di atterraggio) o nel caso di ritardo prolungato del volo che comporti l'atterraggio del passeggero a destinazione oltre 2 ore successive all'orario previsto;

alle misure di cui ai punti precedenti la società CAI dia applicazione per un periodo di tre anni dalla data di inizio delle attività della stessa società;

di fissare al 3 dicembre 2011 la data prima della quale sarà stabilito il successivo termine, di cui all'art. 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, come modificato dalla relativa legge di conversione, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi a seguito dell'operazione devono cessare, previo avvio di idoneo procedimento istruttorio.

La ricorrente ha dedotto sia l'illegittimità dell'atto per violazione di norme comunitarie, sia l'illegittimità dell'atto in via derivata dall'illegittimità costituzionale della norma di legge applicata.

4. — Le censure con cui è stata dedotta la violazione delle norme comunitarie sono infondate.

L'art. 81 del Trattato non è pertinente al caso di specie in quanto sancisce l'incompatibilità con il mercato comune ed il divieto di tutti gli accordi tra imprese che possono pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

Analogamente, non sussiste la violazione dell'art. 82 del Trattato, secondo cui è incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

L'art. 82 indica che tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

nell'imporre direttamente o indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non equie;

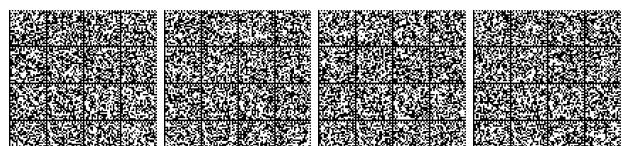
nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;

nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;

nel subordinare la condusione 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.

Il Collegio rileva che non sussiste un automatismo tra rafforzamento ed abuso di posizione dominante, ma occorre valutare in concreto se il rafforzamento si sia tradotto anche in abuso.

Il punto centrale della questione, in sostanza, è costituito dal fatto che l'abuso di posizione dominante è il risultato di una valutazione effettuata *ex post* dall'organo competente, mentre il procedimento autorizzatorio relativo all'operazione di concentrazione, la cui norma è stata derogata dalla norma nazionale in esame, anche quando l'operazione stessa consiste in un rafforzamento di posizione dominante, valuta *ex ante* gli eventuali effetti restrittivi della concorrenza, sicché i due concetti, rafforzamento ed abuso, si pongono su livelli diversi e la norma che consente un'operazione di concentrazione, anche quando attraverso di essa si produce un rafforzamento di posizione dominante, non consente di per sé un abuso, potendo quest'ultimo essere accertato solo a seguito di una valutazione effettuata *ex post* ed in concreto dall'Autorità competente.



Ne consegue che non sussiste la violazione dell'art. 82 del Trattato in quanto la norma nazionale non deroga affatto alla norma che vieta e reprime l'abuso di posizione dominante, facendo espressamente salva la normativa comunitaria nonché l'art. 3, legge n. 287/1990 il quale, vietando in ambito nazionale l'abuso di posizione dominante, rappresenta la trasposizione nell'ambito dello Stato membro dello stesso divieto posto dall'art. 82 in ambito comunitario.

Va da sé, quindi, che, ove fosse effettivamente riscontrabile a seguito dell'operazione di concentrazione un abuso di posizione dominante da parte del soggetto risultante dalla concentrazione, la ricorrente, come qualunque altro operatore, potrebbe segnalare alla Commissione europea, in caso di supposta infrazione intracomunitaria, o all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in caso di ipotizzata infrazione in ambito nazionale, i comportamenti abusivi originati dal rafforzamento della posizione dominante.

5. — Il Collegio, invece, ritiene che sia rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 10, d.l. 28 agosto 2008, n. 134, conv. in legge 27 ottobre 2008, n. 166, nella parte in cui ha aggiunto il comma 4-*quinquies* all'art. 4 del d.l. 23 dicembre 2003, n. 347.

La norma in discorso può essere qualificata come norma provvedimento in quanto si riferisce alle operazioni di concentrazione, effettuate entro il 30 giugno 2009, tra imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato, relativo alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, per cui ha un limitatissimo ambito di applicazione ed è da ritenere, inoltre, che sia stata dettata con riferimento alla vicenda Alitalia, tanto che il decreto in cui è contenuta la norma è comunemente noto come c.d. «decreto Alitalia».

La norma esclude le operazioni di concentrazione anzidette dalla necessità dell'autorizzazione di cui alla legge n. 287/1990, per cui incide su un numero determinato di destinatari ed ha un contenuto particolare e concreto.

La Corte costituzionale ha più volte ribadito che non è preclusa alla legge ordinaria la possibilità di attrarre nella propria sfera di disciplina materie normalmente affidate all'Autorità amministrativa, non sussistendo un divieto di adozione di leggi a contenuto particolare e concreto.

Tuttavia, tali leggi sono ammissibili entro limiti non solo specifici, qual è quello del rispetto della funzione giurisdizionale in ordine alla decisione delle cause in corso, ma anche generali, ossia quello del rispetto del principio di ragionevolezza e di non arbitrarietà (Corte costituzionale, sentenze 4 maggio 2009, n. 137, 2 aprile 2009, n. 94, 13 luglio 2007, n. 267).

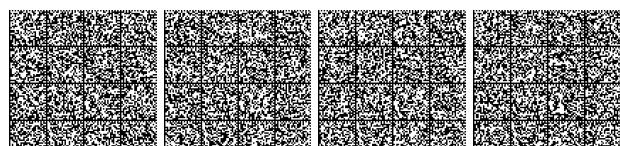
La legittimità costituzionale delle leggi provvedimento, quindi, deve essere valutata in relazione al loro specifico contenuto e, in considerazione del pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tipo particolare o derogatorio, è soggetta ad uno scrutinio rigoroso di costituzionalità essenzialmente sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta del legislatore (*cfr.* la citata sentenza della Corte costituzionale 4 maggio 2009, n. 137, che richiama, tra le altre, le sentenze 241/2008 e 429/2002).

In definitiva, dalla giurisprudenza costituzionale è possibile ricavare che, se è vero che non è configurabile, in base alla Costituzione, una riserva di amministrazione, è altrettanto vero che lo stesso legislatore, qualora emetta leggi a contenuto provvedimentale, deve applicare con particolare rigore il canone della ragionevolezza, affinché il ricorso a detto tipo di provvedimento non si risolva in una modalità per aggirare i principi di uguaglianza ed imparzialità, sicché la mancata previsione costituzionale di una riserva di amministrazione e la conseguente possibilità per il legislatore di svolgere un'attività a contenuto amministrativo, non può giungere fino a violare l'uguaglianza tra i cittadini e, qualora il legislatore ponga in essere un'attività a contenuto particolare e concreto, devono risultare i criteri ai quali sono ispirate le scelte e le relative modalità di attuazione.

L'art. 3 Cost, infatti, stabilisce il principio di uguaglianza dei cittadini impedendo che siano operate dalla legge discriminazioni arbitrarie.

In altri, termini, la norma costituzionale non obbliga il legislatore a fissare per tutti una identica disciplina, ma la discrezionalità legislativa trova sempre un limite nella ragionevolezza delle statuzioni volte a giustificare la disparità di trattamento fra cittadini. In particolare, l'uso del canone della ragionevolezza implica che le discipline normative che contengono o determinano disparità di trattamento tra categorie di soggetti siano valutate anche con riferimento al bilanciamento di valori costituzionali diversi e contrastanti.

Nel caso di specie, l'art. 4, comma 4-*quinquies*, stabilisce che le operazioni di concentrazione *de quibus* rispondono a preminenti interessi generali e sono escluse dalla necessità di autorizzazione di cui alla legge cui alla legge n. 287/1990.



L'art. 16, comma 1, prevede che le operazioni di concentrazione di cui all'art. 5 (secondo cui l'operazione di concentrazione si realizza anche quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune) devono essere preventivamente comunicate all'Autorità qualora il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a determinate soglie ed il successivo comma 4 stabilisce che se l'Autorità ritiene che un'operazione di concentrazione sia suscettibile di essere vietata ai sensi dell'art. 6, avvia entro trenta giorni dal ricevimento della notifica, o dal momento in cui ne abbia comunque avuto conoscenza, l'istruttoria, mentre, qualora non ritenga necessario avviare l'istruttoria, deve dare comunicazione alle imprese interessate ed al Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato delle proprie conclusioni in merito.

L'art. 6, comma 1, dispone che nei riguardi delle operazioni di concentrazione soggette a comunicazione ai sensi dell'art. 16, l'Autorità valuta se comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza: il secondo comma indica che l'Autorità, al termine dell'istruttoria di cui all'art. 16, comma 4, quando accerti che l'operazione comporta le conseguenze di cui al primo comma, vieta la concentrazione ovvero l'autorizza prescrivendo le misure necessarie ad impedire tali conseguenze.

La norma di cui all'art. 4, comma 4-*quinquies*, in sostanza ha sottratto all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il compito di svolgere il procedimento di cui alla legge n. 287/1990, stabilendo «a monte» che l'operazione di concentrazione può realizzarsi e che l'Autorità deve prescrivere misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione ed escludendo, quindi, sia la possibilità che l'operazione sia vietata sia l'imposizione di altre misure a tutela delle imprese concorrenti.

Peralter, la circostanza che l'operazione di concentrazione abbia dei significativi effetti in termini di concorrenza è percepibile dallo stesso provvedimento impugnato, in cui, al par. 13, è espressamente indicato che «CAI, a seguito dell'operazione, sarà l'unico vettore ad offrire servizi di trasporto aereo passeggeri di linea su numerose rotte, tra cui alcune fra le più importanti in termini di trasportato, mentre sulle altre rotte risulterà fortemente ridotta la presenza di operatori concorrenti, con poche eccezioni» ed al par. 31, ove è indicato «... considerata la situazione concorrenziale che verrà a determinarsi a seguito dell'operazione, con la creazione di un vettore che potrà gestire una rete di collegamenti capillare su tutto il territorio nazionale, detenendo sui singoli collegamenti posizioni di assoluto rilievo — se non di unica offerta — in termini di frequenze allo stato disponibili ...».

Se a ciò si aggiunge che la norma della cui legittimità costituzionale si dubita stabilisce che l'Autorità definisce il termine, comunque non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare, per cui le posizioni di monopolio, ove *ex lege* determinatesi, sono destinate comunque a durare per un minimo di tre anni, è verosimile ritenere che la norma di legge abbia discriminato i vettori aerei prevedendo un trattamento più favorevole per le compagnie aeree che — realizzando la suddetta operazione di concentrazione senza il preventivo esame della competente Autorità antitrust sull'eventuale costituzione o rafforzamento di una posizione dominante e soprattutto con esclusione della possibilità che l'operazione stessa sia vietata perché restrittiva della libertà di concorrenza — hanno incrementato la propria posizione in termini concorrenziali, con contestuale discriminazione per le altre compagnie aeree operanti sul mercato del servizio di trasporto aereo nazionale o che in prospettiva potrebbero operare su quel mercato e potenziale pregiudizio per i consumatori che potrebbero ricevere un documento, in termini di prezzi delle tariffe, da una minore concorrenza nel settore.

Il Collegio ritiene che tale discriminazione non sia ragionevole e pertanto, risolvendosi in una disparità di trattamento, possa violare l'art. 3 Cost. perché, mentre si rivela lesiva del principio della libertà di concorrenza, che rappresenta un valore costituzionale essendo una delle articolazioni fondamentali della libertà di iniziativa economica privata, la norma di legge non dà conto di quali siano i valori costituzionali perseguiti e, quindi, le ragioni che, in un'ottica di bilanciamento di valori, possano giustificare la deroga operata al principio costituzionale della *par condicio* ed al valore costituzionalmente rilevante della libertà di concorrenza.

L'art. 4, comma 4-*quinquies*, infatti, si limita ad indicare che le operazioni di concentrazione in discorso rispondono a preminenti interessi generali, ma di quali siano questi preminenti interessi non fornisce una precisa spiegazione e soprattutto non dà conto del perché, nel bilanciamento degli interessi, questi prevalgono su altri valori costituzionalmente tutelati e del perché non sia possibile perseguire gli stessi con altre modalità non discriminatorie e non lesive del principio di uguaglianza e del principio di tutela della concorrenza.



Né a ciò può supplire la generica formulazione contenuta nelle premesse al d.l. n. 134/2008, relativamente all'importanza che i servizi forniti dalle società operanti nei settori dei servizi pubblici essenziali non subiscano interruzioni, atteso che, ferma restando l'oggettiva ed assoluta rilevanza della continuità dei servizi pubblici essenziali, non è agevole comprendere né dal testo di legge né aliunde perché tale risultato debba essere perseguito attraverso una norma discriminatoria per gli altri operatori del settore aereo che forniscono lo stesso servizio pubblico essenziale e lesiva del principio di tutela della libertà di concorrenza.

La norma di legge, per quanto esposto, sembra violare anche l'art. 41 Cost., che garantisce la libertà dell'iniziativa economica privata, atteso che, come detto, la tutela della concorrenza costituisce una delle articolazioni fondamentali della libertà di iniziativa economica privata.

L'art. 1, legge n. 287/1990, infatti, fa presente che le disposizioni della legge si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante ed alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione delle norme comunitarie, in attuazione dell'art. 41 Cost. a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica.

Sulla base di tali considerazioni, il Collegio ritiene che non sia manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 41 Cost., dell'art. 1, comma 10, decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito, con modificazioni, in legge 27 ottobre 2008, n. 166, nella parte in cui ha aggiunto il comma 4-*quinquies* all'art. 4 del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39.

La questione è rilevante ai fini del presente giudizio, atteso che, sulla base delle considerazioni in precedenza esposte, il Collegio ha respinto l'eccezione d'inammissibilità del ricorso ed ha respinto le censure con cui la ricorrente ha dedotto la violazione delle norme comunitarie.

L'eventuale annullamento della detta norma di legge, pertanto, si rifletterebbe inevitabilmente sulla legittimità dell'impugnato provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che, nel prescrivere le misure comportamentali per la CAI, ha applicato la norma di legge della cui costituzionalità si dubita, postulando l'avvenuta realizzazione dell'operazione di concentrazione.

Di conseguenza, occorre sospendere il giudizio e rimettere gli atti alla Corte costituzionale affinché si pronunci sulla questione.

P. Q. M.

Riservata al definitivo ogni ulteriore decisione, così provvede sul ricorso in epigrafe:

respinge l'eccezione di inammissibilità del ricorso;

accoglie l'eccezione di inammissibilità dell'intervento ad adiuvandum proposto dalla Provincia di Milano e, per l'effetto, estromette la stessa dal giudizio;

respinge le censure con cui la ricorrente ha dedotto la violazione dell'ordinamento comunitario;

*dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3 e 41 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 10, decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito, con modificazioni, in legge 27 ottobre 2008, n. 166 nella parte in cui ha aggiunto il comma 4-*quinquies* all'art. 4 del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39;*

dispone la sospensione del giudizio e ordina l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

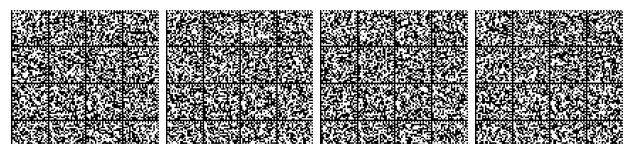
Ordina che, a cura della segreteria della sezione, la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri nonché comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del giorno 20 maggio 2009.

Il Presidente: GIOVANNINI

L'estensore: CAPONIGRO

09C0544



*Ordinanza del 17 luglio 2008 emessa dal Tribunale di Catania
nel procedimento penale a carico di Yendlury Indira ed altri*

Reati e pene - Disposizioni in materia di riciclaggio dei capitali di provenienza illecita - Esercizio delle attività di intermediazione finanziaria specificate nei decreti legislativi emanati ai sensi dell'art. 15, comma 1, lett. c) della legge delega n. 52 del 1996, in assenza di iscrizione nell'elenco degli operatori abilitati - Limiti edittali di pena superiori a quelli indicati nella legge delega - Individuazione della fattispecie di reato del trasferimento di fondi, con conseguente disciplina sanzionatoria - Eccesso di delega - Violazione del principio della riserva di legge in materia penale.

- Decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 153, art. 5, comma 3.
- Costituzione, artt. 25, 76 [in relazione all'art. 15, comma 1, lett. c), legge 6 febbraio 1996, n. 52] e 77.

IL TRIBUNALE

Letti gli atti del procedimento penale n. 2325/07 RG. Dib. iscritto nei confronti di: 1) Yendluri Indira, nata SriKalastrhi - India il 15 giugno 1968, res. Tremestieri Etneo, via Gravina, 21, assistita d'ufficio dall'avv. Alessandro Palermo; 2) Penazzi Livio, nato Bolzano il 18 marzo 1943, res. Verona, via Leoncino, 9, assistito di fiducia dall'avv. Paolo Tebaldi; 3) Kinnera Veeraji Roy, nato Nellore - India l'8 febbraio 1966, res. Tremestieri Etneo, via Gravina, 21, assistito di fiducia dall'avv. Alessandro Palermo, imputati del reato di cui agli artt. 110 c.p. e 5, comma 2 e 3 d.lgs. n. 26 maggio 1997, n. 153, perché, in concorso tra loro, e segnatamente: Vendluri Indira nella qualità di titolare della omonima ditta individuale esercente quale agente mandataria la attività di money transfer (incasso e trasferimento di denaro su circuito internazionale); Kinnera Veerajy Roy quale amministratore di fatto della sopra menzionata ditta; Penazzi Livio nella qualità di rappresentante legale della Omnia finanziaria s.r.l. e quindi di intermediario finanziario e di mandante della anzi detta ditta individuale, esercitavano la attività di money trasnsfer pur non essendo la ditta individuale medesima iscritta nell'elenco degli agenti di attività finanziaria istituito presso l'ufficio italiano cambi; avendo concorso Penazzi omettendo di controllare la sussistenza dei requisiti prescritti dalla legge in capo all'agente mandatario.

In Catania dal 27 aprile 2004 all'11 agosto 2005.

Esaminata la eccezione sollevata dal difensore dell'imputato Penazzi di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 153/1997 in relazione agli artt. 25, 76 e 77 della Costituzione sotto due distinti profili:

a) il legislatore delegato, nell'introdurre la norma oggi contestata, ha ecceduto i limiti fissati nelle legge delega n. 52/1996 la quale all'art. 15, comma 1, lett. c) aveva fatto riferimento, e per la previsione della condotta incriminata e per le sanzioni da applicare, al decreto-legge n. 143/1991 che disciplina fattispecie di reato differenti rispetto a quelle indicate nella norma in questione che, peraltro, contempla una ipotesi contravvenzionale;

b) l'attività di cui si contesta il presunto esercizio abusivo è quella di trasferimento di denaro (c.d. money transfer); in proposito l'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 153/1997 punisce l'esercizio abusivo delle attività «individuate dai decreti legislarivi emanati ai sensi dell'art. 15, comma 1, lett. c) della legge 6 febbraio 1996, n. 52».

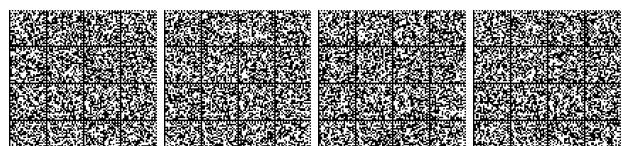
Ciò detto, il decreto legislativo che ha il compito di individuare tali attività è il d.lgs.n. 374/1999 che fa riferimento alla agenzia di attività finanziaria prevista dall'art. 106, d.lgs. n. 385/1993 che, tra le attività finanziarie elencate (concessione di finanziamenti, assunzione di partecipazioni, prestazioni di servizi di pagamento, intermediazione di scambi) non fa alcun riferimento alla attività di trasferimento di fondi quale quella oggetto della presente contestazione.

La questione così come sollevata è da ritenere rilevante ai fini della decisione del presente procedimento e non manifestamente infondata; e invero:

la previsione, da parte del legislatore delegato, della fattispecie delittuosa di cui all'art. 5, comma 3 d.lgs. n. 153/1997 non è attuativa di alcun criterio direttivo contenuto nell'art. 15 delle leggi di delega tenuto conto in primo luogo del fatto che il d.l. n. 143/1991 non contiene disposizioni che puniscono come delitto condotte consistenti nell'esercizio professionale di attività finanziarie senza essere iscritti in un elenco istituito presso l'autorità di controllo.

L'art. 5 del d.lgs. n. 153/1997 si pone in contrasto con i criteri direttivi della legge delega poichè introduce una fattispecie di reato e una pena non prevista dalla norma (d.l. n. 143/1991) alle cui disposizioni i decreti legislativi attuativi dovevano attenersi per i motivi che qui appresso vengono ribaditi:

la disciplina del d.l. n. 143/1991 costituisce il riferimento cui, secondo i principi direttivi della legge delega, doveva ispirarsi il legislatore delegato;



il d.l. n. 143/1991 non conteneva alcuna disposizione che prevedesse che l'esercizio abusivo della attività di trasferimento di denaro fosse reato e punito con la pena congiunta della reclusione e della multa;

il d.l. n. 143/1991 era composto, al momento della emanazione della legge delega, solo da fattispecie di reato di natura contravvenzionale.

In ordine poi alla dedotta violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 25 Cost. questo giudice rileva che il principio di legalità nell'ambito del diritto penale implica che le fattispecie di reato siano previste dalla legge; tale principio peraltro risulta rispettato quando la determinazione dell'area dell'illecito penale sia effettuata mediante il ricorso a fonti normative di rango inferiore alla legge.

E poiché la individuazione della condotta oggi contestata è avvenuta in seguito alla introduzione di una norma regolamentare (decreto ministeriale n. 485/2001) la formulazione della norma incriminatrice si pone in insanabile contrasto con il principio della riserva di legge in materia penale previsto dall'art. 25 della Costituzione.

P. Q. M.

Solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 3, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 153, in relazione agli artt. 25, 76 e 77 Cost. nella parte in cui commina pene superiori ai limiti edittali indicati nella legge delega n. 52/1996 e individua la fattispecie di reato del trasferimento di fondi fissandone al relativa disciplina sanzionatoria;

Dichiara sospeso il giudizio in corso disponendo la immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e ordina che il presente provvedimento venga notificato al Presidente del Consiglio dei ministri e comunicato al Presidente del Senato della Repubblica e al Presidente della Camera dei deputati;

Manda alla cancelleria per gli adempimenti di competenza e per la comunicazione a tutte le parti interessate.

Catania, addì 16 luglio 2008

Il giudice: CASERTA

09C0545

N. 227

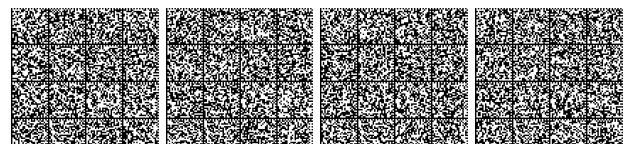
*Ordinanza del 3 luglio 2008 emessa dalla Commissione tributaria regionale per la Lombardia
sul ricorso proposto da Fortunato Michele contro Agenzia delle Entrate - Ufficio di Luino*

Giurisdizioni speciali - Giurisdizione tributaria - Appello proposto da contribuente - Deposito di copia dell'atto di appello presso la segreteria della commissione tributaria provinciale oltre i trenta giorni dalla data di notifica dell'impugnazione all'amministrazione finanziaria - Previsione della sanzione di inammissibilità dell'appello nel caso in cui, non essendo stato notificato il ricorso a mezzo di ufficiale giudiziario, l'appellante abbia omesso di depositare copia dell'appello presso l'ufficio di segreteria della commissione tributaria che ha pronunciato la sentenza impugnata - Irragionevolezza - Afferita irrazionalità della detta sanzione processuale, siccome sproporzionata e sganciata dalla previsione di un termine perentorio per il deposito dell'appello presso la segreteria della commissione *a quo* - Ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla fattispecie dell'appello tributario notificato a mezzo di ufficiale giudiziario e alla disciplina delle impugnazioni nel processo civile - Incidenza sul diritto di difesa.

- Decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, art. 53, comma 2, secondo periodo, aggiunto dall'art. 3-bis, comma 7, del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, nella legge 2 dicembre 2005, n. 248.
- Costituzione, artt. 3 e 24.

LA COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE

Ha emesso la seguente ordinanza sull'appello n. 4997/07, depositato il 9 novembre 2007, avverso la sentenza n. 134/02/2006 emessa dalla Commissione tributaria provinciale di Varese contro Agenzia Entrate Ufficio Luino proposto dal ricorrente: Fortunato Michele, via Sasso Morone, 11 - 21035 Cunardo (Varese), difeso da Minorini Sonia, via Battaglia San Martino, 42 - 21030 Cuveglio (Varese).



Atti impugnati: Avviso diniego rimborso IRAP 1998; Avviso diniego rimborso IRAP 1999; Avviso diniego rimborso IRAP 2000; Avviso diniego rimborso IRAP 2001.

Con atto d'appello regolarmente depositato il dott. Fortunato Michele, medico, impugnava la decisione del 7 aprile 2006 della Commissione tributaria provinciale di Varese che aveva respinto il suo ricorso avverso il provvedimento con il quale l'Agenzia delle Entrate - Ufficio di Luino, gli aveva negato il rimborso della IRAP versata per gli anni dal 1998 al 2001.

Si costituiva l'ufficio che eccepiva in via preliminare la inammissibilità dell'appello ai sensi dell'art. 53 del d.lgs. n. 546/1992 per essere stata copia dell'atto stesso depositata presso la segreteria della Commissione tributaria provinciale di Varese solo in data 19 novembre 2007 e cioè oltre i trenta giorni dalla data di notifica dell'appello all'ufficio avvenuta il 17 ottobre 2007.

Acquisito il fascicolo del primo grado inviato dalla segreteria della Commissione *a qua*, si constatava che non risultava avvenuto nei termini di legge il deposito, da parte dell'appellante, della copia dell'appello, come previsto a pena di inammissibilità del gravame, dall'art. 53, comma 2, secondo periodo, del d.lgs. n. 546/1992.

Né l'appellante ha allegato di aver adempiuto all'onere, né tantomeno in qualche modo fornito la dimostrazione del proprio adempimento.

Tutto ciò premesso questa Commissione tributaria regionale osserva quanto segue.

La norma appena citata appare illegittima nella parte in cui commina la sanzione processuale più grave, la inammissibilità della impugnazione, per il mancato adempimento di un onere che non trova alcuna ragione di essere, sia per violazione degli articoli 3 e 24 della Costituzione, sia per la irragionevolezza della sanzione processuale ivi comminata, vizio questo che inficia per incostituzionalità la norma, secondo la costante giurisprudenza della Corte costituzionale.

Nel sistema processuale vigente, è dato ravvisare altri casi di comunicazione alla cancelleria del giudice *a quo* della intervenuta impugnazione.

Nel procedimento disciplinato da codice di procedura civile, tale previsione si rinvie in tre casi.

a) nell'appello. L'art. 342 c.p.c. prevede che l'ufficiale giudiziario debba notificare avviso della avvenuta impugnazione alla cancelleria. Nessuna conseguenza deriva dalla mancata notificazione all'ufficio.

b) nel ricorso per Cassazione. Non è previsto specificamente alcun tipo di notizia alla cancelleria dell'avvenuta impugnazione. Vero si è che il comma 3 dell'art. 369 prevede l'onere di produrre, al momento della costituzione davanti alla corte, copia della avvenuta richiesta alla cancelleria del giudice *a quo* di trasmettere il fascicolo di ufficio alla cassazione.

b) nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. Anche in questo caso, l'onere di avviso alla cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento grava sull'ufficiale giudiziario che ha eseguito la notificazione dell'atto di opposizione. Nessuna conseguenza è prevista in caso di omissione.

II

Si potrebbe a questo punto ipotizzare che, scopo delle comunicazioni di cui alle precedenti lettere *a*) e *c*) del § I, possa essere quello di evitare declaratorie di esecutività di provvedimenti assoggettati a impugnazione.

Ma questa supposizione non resiste a una attenta disamina, per tre ordini di motivi.

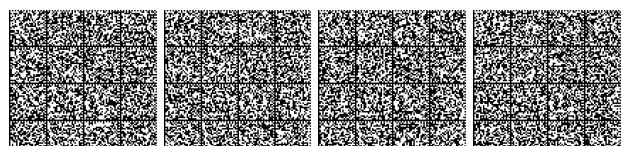
1) La eventualmente indebita declaratoria di esecutività sarebbe comunque revocabile.

2) Alla notificazione dell'atto di citazione potrebbe non seguire la rituale costituzione in giudizio dell'appellante o opponente a decreto ingiuntivo, circostanza questa che comporterebbe la irrevocabilità del provvedimento impugnato.

3) Nella ipotesi del ricorso per cassazione, vero si è che il comma 3 dell'art. 369 c.p.c. prevede l'onere di produrre, al momento della costituzione davanti alla corte, copia della avvenuta richiesta alla cancelleria del giudice *a quo* di trasmettere il fascicolo di ufficio alla cassazione.

La ragione, però, di questo onere risiede nel fatto che non è previsto, a differenza di quanto avviene per l'appello (art. 123 Disp. att. del c.p.c.), che la richiesta di trasmissione avvenga ad opera della cancelleria della cassazione. Evidentemente, per la mole di lavoro che la richiesta ai singoli uffici richiederebbe alla cancelleria dell'unico, per tutto il territorio nazionale, giudice di legittimità.

Senza contare che per il deposito della istanza di trasmissione del fascicolo alla Corte non è prevista alcuna dimostrazione dell'avvenuta impugnazione.



4) All'interno dell'intero sistema processuale, quando il legislatore ha voluto evitare infondate declaratorie di esecutività ha dettato la regola generale che la impugnazione venga proposta davanti al giudice *a quo* (artt. 582, comma 1, c.p.p.).

Tornando alla norma in sospetto di illegittimità costituzionale, si rileva che il comma 3 dell'art. 53 d.lgs. n. 546/1992 dispone che «Subito dopo il deposito del ricorso [evidentemente notificato] in appello, la segreteria della commissione tributaria regionale chiede alla segreteria della commissione provinciale la trasmissione del fascicolo del processo».

Anche in questo caso, quindi, una attività dell'ufficio tempestiva (subito dopo) eviterebbe indebite declaratorie di esecutività.

Ne discende che il deposito a cura dell'appellante del ricorso in appello nella segreteria della commissione *a qua* non è finalizzato allo scopo di evitare indebite esecutività del provvedimento.

A ulteriore dimostrazione, va sottolineato che questo obbligo di deposito, la cui violazione è colpita dalla più grave delle sanzioni processuali, la inammissibilità della impugnazione (art. 53, comma 2, secondo periodo, d.lgs. n. 546/1992), è previsto solo nel caso in cui la impugnazione venga notificata direttamente dalla parte secondo le modalità di cui all'art. 20, comma 3, d.lgs. n. 546/1992, mentre per la notifica a mezzo di ufficiale giudiziario, non è prevista alcuna notificazione dell'avvenuta impugnazione alla segreteria della commissione provinciale.

Come dovrebbe essere in caso in cui la notizia della impugnazione alla segreteria del primo giudice dovesse avere una qualche rilevanza.

Ne consegue che nessuna finalità e nessuna rilevanza ha l'onere di deposito del ricorso previsto dall'art. 53, comma 2, secondo periodo, come modificato dall'art. 3, comma 7, del d.l. 30 settembre 2005, n. 203.

III

La violazione degli art. 3 e 24 della Costituzione.

Da quanto fin qui detto, sembra che la norma denunciata violi gli articoli 3 e 24 della Costituzione nella parte in cui prevede la inammissibilità dell'appello qualora copia del ricorso che lo contiene non sia stata depositata nella segreteria della commissione provinciale.

Art. 3.

a) La violazione del principio di egualanza appare consistere in una duplice diversità di trattamento fra situazioni giuridiche uguali, ancorché verificantisi in differenti ordinamenti processuali.

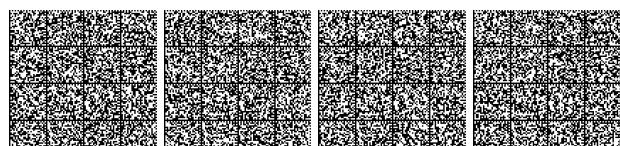
Nel processo civile, infatti, la omessa notifica dell'atto di impugnazione alla cancelleria del giudice che ha pronunciato il provvedimento impugnato non produce nessuna conseguenza, mentre l'onere di notifica non è in alcun modo previsto per il ricorso per cassazione.

b) Una ulteriore diversità di trattamento, non supportata da alcuna giustificazione, la si riscontra nella diversa disciplina a cui sono assoggettati gli appellanti che si avvalgano delle due forme delle notificazioni, equivalenti ed equipollenti in quanto tali previste dallo stesso d.lgs. n. 546/1992:

aa) nel caso di notifica dell'appello a mezzo di ufficiale giudiziario (art. 16, comma 2), né questi né l'appellante sono onerati di comunicare l'avvenuta notifica alla segreteria della commissione provinciale;

bb) nel caso di notifica cosiddetta «diretta», a mezzo di plico raccomandato con avviso di ricevimento o mediante consegna all'ufficio del Ministero delle finanze o all'ente locale (art. 16, comma 3), l'appellante ha l'ulteriore onere di depositare copia dell'appello nella segreteria della commissione provinciale.

Il che potrebbe anche apparire privo di senso, se non addirittura una bizzarria, se dalla sottrazione all'onere non conseguisse la sanzione processuale della inammissibilità dell'appello.



Art. 24.

Dalla violazione del principio di uguaglianza contenuta nella norma denunciata, e fatto salvo quanto sarà detto nel successivo paragrafo IV, discende la ulteriore violazione del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost.

Violazione ravvisabile nell'impedimento all'esercizio del diritto di agire per la tutela dei propri diritti (comma 1), difendendosi in ogni stato e, quel che qui rileva, grado del procedimento in tutti i gradi del giudizio (comma 2).

Ciò si rileva ulteriormente dalla lettura combinata della norma in questione con il disposto dell'art. 11 Cost., per cui si può affermare che la garanzia non è circoscritta a un generico diritto di accesso alla giurisdizione, ma si espande fino a ricoprendere il diritto alla sentenza, vale a dire all'atto che ristabilisce la situazione giuridica che nella quale avrebbe potuto versare l'interessato con il rispetto della norma sostanziale.

Diritto il cui rilievo è stato rafforzato dal costituente con la previsione di interventi statali in favore dei non abbienti (comma 3).

IV

La irragionevolezza della norma.

L'ulteriore vizio, costituzionalmente rilevante, che appare inficiare la norma di cui all'art. 53, comma 2, è la sua irragionevolezza, quale si evince sia con riferimento ai contrasti con la carta fondamentale sopra denunciati, sia con un esame critico della norma per sé sola considerata.

Fermo restando che è riservato alla discrezionalità del legislatore il dettare le norme che regolano lo svolgimento del processo, anche con riferimento alle singole attività delle parti e alle sanzioni, quale appunto la inammissibilità del gravame, per il mancato rispetto delle procedure, alla Corte costituzionale è demandato il compito di verificare che l'uso di tale discrezionalità nella materia regolata rispetti il limite della ragionevolezza.

Nel senso che dalle condotte, commissive o omissioni, prescritte o vietate dalla norma, derivino conseguenze proporzionate al bene, o all'interesse, al la cui tutela la norma è posta.

Nel caso della norma in esame, la inammissibilità dell'appello, massima delle sanzioni processuali, viene comminata per il mancato compimento di una attività processuale che, come abbiamo sopra visto (§ II, in fine) non ha alcuna ragione di essere, ovvero, e ad essere benevoli, ma l'assunto è contraddetto da disposizioni collaterali proprie di altri ordinamenti processuali, nonché dallo stesso disposto del comma 2 dell'art. 53, potrebbe avere la funzione di evitare improprie dichiarazioni di esecutività della sentenza impugnata.

Evento questo da reputarsi impossibile più che improbabile, in quanto, a prescindere dalla notoria lentezza della macchina che muove gli uffici giudiziari, la notizia alla segreteria della commissione provinciale della avvenuta impugnazione viene data «senza ritardo» tramite la richiesta del fascicolo di primo grado da parte della segreteria della commissione regionale.

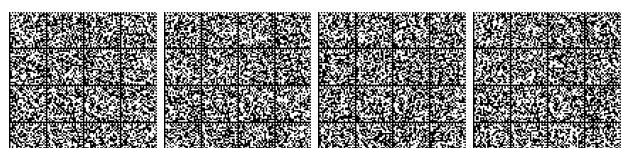
La circostanza poi che la norma di cui all'art. 53, comma 2, secondo periodo, non detti un termine alla parte per il deposito di copia dell'appello nella segreteria della commissione provinciale, è ulteriormente sintomatica della insistenza di un interesse da proteggere.

Palese appare essere la sproporzione fra l'interesse che si possa ipotizzare, e solo ipotizzare, voler tutelare e la conseguenza che la norma fa discendere nella sfera giuridica della parte inadempiente e conseguentemente permeata di irragionevolezza la norma da demandarsi al giudizio della Corte costituzionale.

Tanto vale anche sotto un altro profilo, che assume rilevanza se considerato anche alla luce della violazione del dettato dell'art. 3 Cost.

La cause di estinzione del giudizio, quale è, appunto, la inammissibilità dell'impugnazione, nell'intero sistema processuale hanno a presupposto il sopraggiunto disinteresse della parte al giudizio stesso, rilevabile da dichiarazioni esplicite (ad esempio, la rinuncia agli atti) o da condotte incompatibili con la persistenza della volontà di ottenere la decisione, quali le omissioni agli atti di impulso entro la scadenza dei termini dettati per il loro compimento.

Nel caso della norma in esame, sarebbe irragionevole pretendere di attribuire alla omissione di un adempimento, del quale non è dato ravvisare alcuna utilità concreta o ipotetica, la manifestazione della volontà di desistenza dal processo. Volontà quest'ultima che sarebbe incompatibile con la già verificatasi instaurazione del contraddittorio nel grado di appello, e con concreto investimento della cognizione del giudice del gravame, verificatosi con il deposito del ricorso alla commissione regionale.



V

La rilevanza della eccezione.

La soluzione del dubbio di costituzionalità della norma processuale è pregiudiziale alla definizione del processo.

Infatti, qualora si dovesse applicare il dettato della normativa vigente, questa Commissione regionale potrebbe soltanto dichiarare la inammissibilità dell'appello, astenendosi dall'esaminare, e tanto meno dal pronunciarsi, sul merito delle questioni di fatto e di diritto sottoposte con l'atto di impugnazione.

Per la ipotesi in cui, invece, la norma fosse ritenuta contraria ai principi della Costituzione, questa Commissione regionale si pronuncerebbe sulla fondatezza, o meno, delle doglianze dell'appellante, con le evidenti ripercussioni nella sfera giuridica e patrimoniale delle parti.

Pertanto si ritiene che il procedimento in corso davanti alla commissione non possa essere definito nella attesa della pronuncia della Corte costituzionale.

P. Q. M.

Visto l'art. 23 della legge 1° marzo 1953, n. 87:

a) *ritenuta la rilevanza ai fini della definizione del procedimento in corso della legittimità della norma e la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, rimette gli atti alla Corte costituzionale perché dichiari la illegittimità costituzionale, per violazione egli articoli 3 e 24 Cost. e per irragionevolezza della norma, dell'art. 53, comma 2, secondo periodo, del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, introdotto dall'art. 30, comma 7, del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, nella parte in cui prevede la declaratoria della inammissibilità dell'appello in caso di mancato deposito nella cancelleria della commissione regionale di copia dell'atto introduttivo del gravame, per il caso in cui lo stesso non venga notificato a mezzo ufficiale giudiziario;*

b) *dispone che la presente ordinanza sia notificata a cura della segreteria alle parti, nonché al Presidente del Consiglio dei ministri, e comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.*

Sospende il giudizio con le conseguenze di legge.

Milano, addì 12 giugno 2008

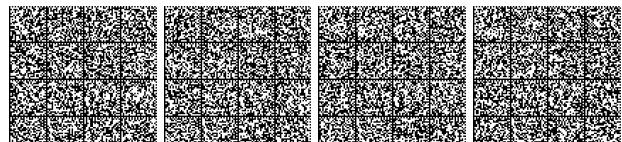
Il Presidente: BERTOLE - VIALE

09C0546

ITALO ORMANNI, *direttore*

ALFONSO ANDRIANI, *redattore*
DELIA CHIARA, *vice redattore*

(GU-2009-GUR-037) Roma, 2009 - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. - S.



MODALITÀ PER LA VENDITA

La «Gazzetta Ufficiale» e tutte le altre pubblicazioni dell'Istituto sono in vendita al pubblico:

- **presso l'Agenzia dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. in ROMA,
piazza G. Verdi, 10 - ☎ 06 85082147;**
- **presso le librerie concessionarie riportate nell'elenco consultabile sul sito www.ipzs.it,
al collegamento rete di vendita (situato sul lato destro della pagina).**

L'Istituto conserva per la vendita le Gazzette degli ultimi 4 anni fino ad esaurimento. Le richieste per corrispondenza potranno essere inviate a:

Funzione Editoria - U.O. DISTRIBUZIONE
Attività Librerie concessionarie, Vendita diretta e Abbonamenti a periodici
Piazza Verdi 10, 00198 Roma
fax: 06-8508-4117
e-mail: editoriale@ipzs.it

avendo cura di specificare nell'ordine, oltre al fascicolo di GU richiesto, l'indirizzo di spedizione e di fatturazione (se diverso) ed indicando i dati fiscali (codice fiscale e partita IVA, se titolari) obbligatori secondo il DL 223/2007. L'importo della fornitura, maggiorato di un contributo per le spese di spedizione, sarà versato in contanti alla ricezione.





GAZZETTA UFFICIALE
DELLA REPUBBLICA ITALIANA

CANONI DI ABBONAMENTO ANNO 2009 (salvo conguaglio) (*)

GAZZETTA UFFICIALE - PARTE I (legislativa)

CANONE DI ABBONAMENTO

Tipo A	Abbonamento ai fascicoli della serie generale, inclusi tutti i supplementi ordinari: (di cui spese di spedizione € 257,04) (di cui spese di spedizione € 128,52)	- annuale € 438,00 - semestrale € 239,00
Tipo A1	Abbonamento ai fascicoli della serie generale, inclusi i soli supplementi ordinari contenenti i provvedimenti legislativi: (di cui spese di spedizione € 132,57) (di cui spese di spedizione € 66,28)	- annuale € 309,00 - semestrale € 167,00
Tipo B	Abbonamento ai fascicoli della serie speciale destinata agli atti dei giudizi davanti alla Corte Costituzionale: (di cui spese di spedizione € 19,29) (di cui spese di spedizione € 9,64)	- annuale € 68,00 - semestrale € 43,00
Tipo C	Abbonamento ai fascicoli della serie speciale destinata agli atti della CE: (di cui spese di spedizione € 41,27) (di cui spese di spedizione € 20,63)	- annuale € 168,00 - semestrale € 91,00
Tipo D	Abbonamento ai fascicoli della serie destinata alle leggi e regolamenti regionali: (di cui spese di spedizione € 15,31) (di cui spese di spedizione € 7,65)	- annuale € 65,00 - semestrale € 40,00
Tipo E	Abbonamento ai fascicoli della serie speciale destinata ai concorsi indetti dallo Stato e dalle altre pubbliche amministrazioni: (di cui spese di spedizione € 50,02) (di cui spese di spedizione € 25,01)	- annuale € 167,00 - semestrale € 90,00
Tipo F	Abbonamento ai fascicoli della serie generale, inclusi tutti i supplementi ordinari, e dai fascicoli delle quattro serie speciali: (di cui spese di spedizione € 383,93) (di cui spese di spedizione € 191,46)	- annuale € 819,00 - semestrale € 431,00
Tipo F1	Abbonamento ai fascicoli della serie generale inclusi i supplementi ordinari con i provvedimenti legislativi e ai fascicoli delle quattro serie speciali: (di cui spese di spedizione € 264,45) (di cui spese di spedizione € 132,22)	- annuale € 682,00 - semestrale € 357,00

N.B.: L'abbonamento alla GURI tipo A, A1, F, F1 comprende gli indici mensili

Integrando con la somma di € 80,00 il versamento relativo al tipo di abbonamento alla **Gazzetta Ufficiale** - parte prima - prescelto, si riceverà anche l'**Indice Repertorio Annuale Cronologico per materie anno 2009**.

CONTO RIASSUNTIVO DEL TESORO

Abbonamento annuo (incluse spese di spedizione)	€ 56,00
-------------------------------------------------	----------------

PREZZI DI VENDITA A FASCICOLI
(Oltre le spese di spedizione)

Prezzi di vendita: serie generale	€ 1,00
serie speciali (escluso concorsi), ogni 16 pagine o frazione	€ 1,00
fascicolo serie speciale, <i>concorsi</i> , prezzo unico	€ 1,50
supplementi (ordinari e straordinari), ogni 16 pagine o frazione	€ 1,00
fascicolo Bollettino Estrazioni, ogni 16 pagine o frazione	€ 1,00
fascicolo Conto Riassuntivo del Tesoro, prezzo unico	€ 6,00

I.V.A. 4% a carico dell'Editore

5^a SERIE SPECIALE - CONTRATTI ED APPALTI
(di cui spese di spedizione € 127,00)
(di cui spese di spedizione € 73,00)

- annuale	€ 295,00
- semestrale	€ 162,00

GAZZETTA UFFICIALE - PARTE II

(di cui spese di spedizione € 39,40) (di cui spese di spedizione € 20,60)	- annuale	€ 85,00
	- semestrale	€ 53,00

Prezzo di vendita di un fascicolo, ogni 16 pagine o frazione (oltre le spese di spedizione)

€ **1,00**

I.V.A. 20% inclusa

RACCOLTA UFFICIALE DEGLI ATTI NORMATIVI

Abbonamento annuo	€ 190,00
Abbonamento annuo per regioni, province e comuni - SCONTI 5%	€ 180,50

Volume separato (oltre le spese di spedizione)

€ **18,00**

I.V.A. 4% a carico dell'Editore

Per l'estero i prezzi di vendita, in abbonamento ed a fascicoli separati, anche per le annate arretrate, compresi i fascicoli dei supplementi ordinari e straordinari, devono intendersi raddoppiati. Per il territorio nazionale i prezzi di vendita dei fascicoli separati, compresi i supplementi ordinari e straordinari, relativi ad anni precedenti, devono intendersi raddoppiati. Per intere annate è raddoppiato il prezzo dell'abbonamento in corso. Le spese di spedizione relative alle richieste di invio per corrispondenza di singoli fascicoli, vengono stabilite, di volta in volta, in base alle copie richieste.

N.B. - Gli abbonamenti annui decorrono dal 1° gennaio al 31 dicembre, i semestrali dal 1° gennaio al 30 giugno e dal 1° luglio al 31 dicembre.

RESTANO CONFERMATI GLI SCONTI IN USO APPLICATI AI SOLI COSTI DI ABBONAMENTO

ABBONAMENTI UFFICI STATALI

Resta confermata la riduzione del 52% applicata sul solo costo di abbonamento

* tariffe postali di cui al Decreto 13 novembre 2002 (G.U. n. 289/2002) e D.P.C.M. 27 novembre 2002 n. 294 (G.U. 1/2003) per soggetti iscritti al R.O.C.





* 4 5 - 4 1 0 5 0 0 0 9 0 9 1 6 *

€ 4,00

