

CORTE COSTITUZIONALE

Sentenza **270/2010** (ECLI:IT:COST:2010:270)

Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALI**

Presidente: **AMIRANTE** - Redattore: **TESAURO**

Udienza Pubblica del ; Decisione del **23/06/2010**

Deposito del **22/07/2010**; Pubblicazione in G. U. **28/07/2010**

Norme impugnate: Art. 4, c. 4° quinquies, del decreto legge 23/12/2003, n. 347, convertito con modificazioni in legge 18/02/2004, n. 39, aggiunto dall'art. 1, c. 10°, del decreto legge 28/08/2008, n. 134, convertito con modificazioni in legge 27/10/2008, n. 166.

Massime: **34879 34880 34881 34882 34883 34884 34885**

Atti decisi: **ord. 223, 224 e 225/2009**

SENTENZA N. 270

ANNO 2010

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Francesco AMIRANTE; Giudici : Ugo DE SIERVO, Paolo MADDALENA, Alfio FINOCCHIARO, Alfonso QUARANTA, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Maria Rita SAULLE, Giuseppe TESAURO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 4-quinquies, del decreto-

legge 23 dicembre 2003, n. 347 (Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza), convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39, introdotto dall'articolo 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134 (Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi), convertito, con modificazioni, dalla legge 27 ottobre 2008, n. 166, promossi dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio con tre ordinanze del 27 maggio 2009, rispettivamente iscritte ai nn. 223, 224 e 225 del registro ordinanze 2009 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 37, prima serie speciale, dell'anno 2009.

Visti gli atti di costituzione di Eurofly s.p.a ed altra, del Commissario straordinario di Alitalia-Linee Aeree Italiane s.p.a. in amministrazione straordinaria e di Alitalia Compagnia Aerea Italiana s.p.a. nonché gli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 22 giugno 2010 il Giudice relatore Giuseppe Tesaurò;

uditi gli avvocati Aldo Travi, Romolo Persiani e Cristoforo Osti per la Eurofly s.p.a ed altra, Massimo Luciani, Gian Michele Roberti e Filippo Lattanzi per l'Alitalia Compagnia Aerea Italiana s.p.a., Mario Sanino per il Commissario straordinario di Alitalia-Linee Aeree Italiane s.p.a. in amministrazione straordinaria e l'avvocato dello Stato Paolo Gentili per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1.- Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, con tre ordinanze del 27 maggio 2009, emesse nel corso di altrettanti giudizi, ha sollevato, in riferimento agli articoli 3 e 41 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134 (Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi), convertito, con modificazioni, dalla legge 27 ottobre 2008, n. 166, nella parte in cui ha introdotto il comma 4-quinquies nell'articolo 4 del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347 (Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza), convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39 (recte: ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 4-quinquies, del decreto-legge n. 347 del 2003, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 39 del 2004, introdotto dall'art. 1, comma 10, del decreto-legge n. 134 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 166 del 2008).

2.- La prima ordinanza (r.o. n. 223 del 2009) premette che Eurofly s.p.a., in persona del legale rappresentante, ha dedotto che esercita un'impresa di trasporto aereo di linea, in concorrenza, tra l'altro, con Alitalia-Linee Aeree Italiane s.p.a. (di seguito, Alitalia) ed AirOne s.p.a., chiedendo l'annullamento del provvedimento dell'Autorità della concorrenza e del mercato (d'ora in poi, Autorità), adottato nell'adunanza del 3 dicembre 2008, a conclusione del procedimento n. C/9812, articolando sei motivi di censura.

Siffatto provvedimento, reso sulla comunicazione della società Alitalia-Compagnia Aerea Italiana s.p.a. (infra: CAI), effettuata ai sensi del citato art. 4, comma 4-quinquies, avente ad oggetto la notificazione preventiva dell'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 prescritto misure comportamentali, per prevenire il rischio di imposizione di prezzi ed altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori, conseguenti alla concentrazione, fissando al 3 dicembre 2011 la data prima della quale sarà stabilito il

successivo termine entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi a seguito dell'operazione devono cessare, previo avvio di idoneo procedimento istruttorio.

2.1.- Il TAR espone che, con il primo motivo, Eurofly s.p.a. ha eccepito l'illegittimità del provvedimento impugnato, in quanto avrebbe dato applicazione al citato art. 4, comma 4-quinquies, che si porrebbe in contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost.

La ricorrente, con il secondo motivo, ha dedotto che il provvedimento impugnato violerebbe il d.l. n. 347 del 2003, convertito dalla legge n. 39 del 2004, ed il d.l. n. 134 del 2008, convertito dalla legge n. 166 del 2008, poiché l'esclusione della autorizzazione dell'operazione di concentrazione riguarderebbe soltanto le «imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali» e, in virtù dell'art. 1 della legge 12 giugno 1990, n. 146 (Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge), sarebbero tali soltanto i servizi aerei per il collegamento con le isole e, alla data dell'operazione, CAI, non era titolare di concessione per l'esercizio dell'attività di trasporto aereo, quindi, il citato art. 4, comma 4-quinquies, non sarebbe applicabile.

Eurofly s.p.a., con il terzo ed il quarto motivo, ha, rispettivamente, eccepito che le norme alla base del provvedimento impugnato si porrebbero in contrasto con l'art. 86 del Trattato del 15 marzo 1957 (Trattato che istituisce la Comunità europea), nella versione in vigore dal 1° febbraio 2003 al 30 novembre 2009 (di seguito, Trattato CE), nonché con gli artt. 3, lettera g), 10 e 82 del medesimo, e dovrebbero essere disapplicate, insistendo per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia delle Comunità europee, al fine di accertare l'esatta interpretazione di tali disposizioni.

Il quinto motivo ha prospettato l'illegittimità del provvedimento impugnato, in quanto la valutazione dell'operazione di concentrazione spetterebbe alla Commissione europea. In linea graduata, la ricorrente ha chiesto che sia disposto rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, per accertare 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».

Eurofly s.p.a., con il sesto motivo, ha chiesto l'annullamento del citato provvedimento, deducendone l'illegittimità in relazione ai contenuti degli «obblighi imposti», in quanto incongrui rispetto al fine di scongiurare il rischio di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori.

2.2.- L'ordinanza di rimessione espone che CAI ha proposto ricorso incidentale condizionato, affidato a tre motivi, chiedendo l'annullamento del provvedimento impugnato da Eurofly s.p.a., nel caso di accoglimento, anche parziale, del ricorso principale.

2.3.- Posta questa premessa, il TAR espone le ragioni del rigetto dell'eccezione di inammissibilità del ricorso, per difetto di legittimazione ad agire, proposta dall'Avvocatura dello Stato, osservando che la ricorrente, impresa concorrente di quelle interessate dalla concentrazione, è titolare di una posizione «differenziata» rispetto «alla posizione di tutti gli altri membri della collettività» e «qualificata», poiché non contesta le prescrizioni contenute nel provvedimento impugnato a tutela dei consumatori, ma dubita della legittimità dell'operazione di concentrazione presupposta dal provvedimento, in quanto consentita dalla norma censurata.

2.4.- Secondo l'ordinanza di rimessione, la norma censurata ha disposto che le operazioni di concentrazione delle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, effettuate entro il 30 giugno 2009, connesse o contestuali, o comunque previste nel programma debitamente autorizzato di cui all'art. 2, comma 2, del d.l. n. 347 del 2003, ovvero nel provvedimento di autorizzazione di cui all'art. 5, comma 1, di detto decreto-legge, rispondono a preminenti interessi generali e non sono soggette all'autorizzazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), fermo quanto previsto dagli artt. 2 e 3 della medesima. La disposizione ha, inoltre, stabilito che, fatto salvo quanto previsto dalle norme comunitarie, le parti devono preventivamente notificare all'Autorità le concentrazioni che rientrano nella competenza della medesima, unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori.

L'Autorità, con propria deliberazione, adottata entro trenta giorni dalla comunicazione, prescrive le suddette misure, con le modificazioni ed integrazioni ritenute necessarie, fissando il termine, non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare; in caso di inottemperanza, sono applicabili le sanzioni previste dall'art. 19 della legge n. 287 del 1990.

L'Autorità, con provvedimento del 3 dicembre 2008: ha reso obbligatoria la misura comportamentale con cui CAI si è impegnata a garantire su tutte le rotte piena e ampia copertura del proprio programma di fidelizzazione, salvo specifiche iniziative promozionali relative alla commercializzazione una tantum di particolari tariffe scontate su determinate rotte; ha integrato detta misura, con ulteriori prescrizioni; ha stabilito che CAI deve applicare siffatte misure per tre anni dalla data di inizio delle attività della stessa società, fissando al 3 dicembre 2011 la data prima della quale sarà stabilito il successivo termine, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi a seguito dell'operazione devono cessare, previo avvio di idoneo procedimento istruttorio.

2.5.- Sintetizzato il contenuto del provvedimento impugnato, il rimettente espone gli argomenti a conforto del rigetto delle censure svolte da Eurofly s.p.a. nei motivi dal secondo al sesto.

In primo luogo, approfondisce le ragioni dell'inammissibilità delle doglianze concernenti le condizioni asseritamente gravose per i consumatori e dell'infondatezza della tesi diretta a contestare la configurabilità del servizio di trasporto aereo come servizio pubblico essenziale. In secondo luogo, espone diffusamente gli argomenti a conforto dell'infondatezza della censura con la quale la ricorrente ha dedotto che sull'operazione avrebbe dovuto pronunciarsi la Commissione europea. In terzo luogo, svolge gli argomenti per dimostrare l'inesistenza dell'eccepito contrasto delle norme nazionali applicabili alla fattispecie con le disposizioni comunitarie invocate dalla ricorrente.

2.6.- Il TAR, dopo avere sottolineato che «i motivi di impugnativa con cui la ricorrente ha dedotto vizi propri dell'atto sono in parte infondati ed in parte inammissibili», solleva questione di legittimità costituzionale del citato art. 4, comma 4-quinquies.

A suo avviso, detta disposizione costituirebbe una «norma-provvedimento», poiché concerne le 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. Dunque, essa ha un limitato ambito di applicazione e sarebbe stata emanata con riferimento «alla vicenda Alitalia, tanto che il decreto in cui è contenuta la norma è comunemente noto come c.d. "decreto Alitalia"». D'altronde, osserva il rimettente, anche l'amministrazione resistente ha prospettato che, «con l'operazione CAI-Alitalia-AirOne», è «stato salvato da sicuro e imminente collasso un sistema

integrato di trasporti pubblici, via aerea su scala nazionale» e la controinteressata ha precisato 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».

La disposizione censurata costituirebbe, quindi, una «norma-provvedimento» che, secondo il giudice a quo, la giurisprudenza costituzionale avrebbe ritenuto ammissibile, salvo il rispetto della funzione giurisdizionale e del principio di ragionevolezza e la sua sottoposizione ad uno scrutinio stretto di costituzionalità in ordine a detti profili.

Il canone della ragionevolezza comporta che le disposizioni le quali realizzano una disparità di trattamento devono essere valutate all'esito di un bilanciamento dei valori in gioco. Ad avviso del rimettente, la norma censurata stabilisce che le operazioni di concentrazione in esame sono strumentali alla tutela di preminenti interessi generali e, appunto per questo, sono sottratte alla disciplina prevista dagli artt. 6 e 16 della legge n. 287 del 1990. L'art. 16 di detta legge dispone che: le operazioni di concentrazione indicate nell'art. 5 devono essere preventivamente comunicate all'Autorità, qualora il fatturato totale realizzato a livello nazionale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a determinate soglie (comma 1); quando l'Autorità ritenga che l'operazione di concentrazione possa essere vietata ai sensi dell'art. 6, avvia l'istruttoria e, se non reputi ciò necessario, deve comunicare le proprie conclusioni alle imprese interessate ed al Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato (comma 4).

L'art. 6, comma 1, della legge n. 287 del 1990 stabilisce che l'Autorità valuta se dette operazioni di concentrazione comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale, in guisa da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza (comma 1), e, al termine dell'istruttoria prevista dall'art. 16, comma 4, se accerta che l'operazione produce tali effetti, vieta la concentrazione, ovvero la autorizza, prescrivendo le misure necessarie per impedirli (comma 2).

La norma censurata avrebbe sottratto all'Autorità il potere di svolgere il controllo secondo il procedimento previsto dalla legge n. 287 del 1990, permettendole soltanto di prescrivere misure comportamentali, escludendo il potere di vietare l'operazione e di imporre ulteriori misure.

Secondo il rimettente, l'incidenza dell'operazione di concentrazione sulla concorrenza risulterebbe dallo stesso provvedimento impugnato, il quale, in primo luogo, indica 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 altre rotte risulterà fortemente ridotta la presenza di operatori concorrenti, con poche eccezioni» (paragrafo 13). In secondo luogo, pone in luce che, «considerata la situazione concorrenziale che verrà a determinarsi a seguito dell'operazione», si avrà «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» (paragrafo 31).

Inoltre, poiché la norma censurata stabilisce che l'Autorità definisce il termine, non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare, tali posizioni sono destinate a durare almeno tre anni. Dunque, detta norma avrebbe discriminato le imprese del settore aereo, prevedendo un trattamento più favorevole per quelle interessate alla concentrazione, che hanno incrementato la propria posizione in termini concorrenziali, in danno delle altre già operanti nel settore, o che, in prospettiva, potrebbero operarvi.

Ad avviso del giudice a quo, siffatta discriminazione non sarebbe ragionevole, con conseguente violazione dell'art. 3 Cost. e del principio della libertà di concorrenza, che costituisce una delle espressioni della libertà di iniziativa economica privata, non avendo la norma censurata neppure dato conto degli interessi che mirerebbe a garantire e che, all'interno di un bilanciamento di tutti quelli in gioco, potrebbero giustificare la deroga del principio di eguaglianza ed il sacrificio della libertà di concorrenza.

Il citato art. 4, comma 4-quinquies, indica, infatti, che le operazioni di concentrazione in esame «rispondono a preminenti interessi generali», senza offrire «una precisa spiegazione» al riguardo e senza dare conto sia delle ragioni della loro prevalenza rispetto ad altri interessi di rango costituzionale, sia dell'impossibilità di conseguirli con modalità diverse, rispettose dei principi di eguaglianza e di tutela della concorrenza. A questo fine, sarebbe insufficiente la considerazione, contenuta nella premessa del d.l. n. 134 del 2008, in ordine alla «importanza che i servizi forniti dalle società operanti nei settori dei servizi pubblici essenziali non subiscano interruzioni». Anche tenendo conto della rilevanza della continuità di tali servizi, non sarebbe, infatti, «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 censurata violerebbe, quindi, l'art. 41 Cost., il quale garantisce la libertà dell'iniziativa economica privata, una delle cui articolazioni fondamentali sarebbe costituita dalla tutela della concorrenza, mentre l'art. 1 della legge n. 287 del 1990 stabilisce che le norme in questa contenute sono state emanate in attuazione di detto parametro costituzionale, a tutela del diritto di iniziativa economica.

Secondo il TAR, la questione di legittimità costituzionale sarebbe rilevante, in quanto l'eccezione di inammissibilità proposta dall'Avvocatura dello Stato è stata rigettata, sono stati ritenuti in parte infondati, in parte inammissibili, i motivi del ricorso aventi ad oggetto vizi propri del provvedimento impugnato, ed è stato dichiarato inammissibile il ricorso incidentale condizionato. Pertanto, l'accoglimento della questione «si rifletterebbe inevitabilmente sulla legittimità dell'impugnato provvedimento [...] che, nel prescrivere le misure comportamentali per la CAI, ha applicato la norma» censurata, «postulando l'avvenuta realizzazione dell'operazione di concentrazione».

Il rimettente espone, infine, le ragioni a conforto della inammissibilità del ricorso incidentale condizionato proposto da CAI.

3.- La seconda ordinanza (r.o. n. 224 del 2009) premette che, nel giudizio principale, Meridiana s.p.a., in persona del legale rappresentante, ha dedotto che esercita l'attività di trasporto aereo di linea in concorrenza, tra le altre, con Alitalia ed AirOne s.p.a., chiedendo, con otto motivi, l'annullamento del provvedimento dell'Autorità sopra richiamato.

3.1.- Il TAR espone che, con il primo motivo, la ricorrente ha eccepito l'illegittimità di detto provvedimento, in quanto adottato in violazione degli artt. 7 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi) e degli artt. 7 e 13 del decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217 (Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato). Meridiana s.p.a., con il secondo motivo, ha denunciato violazione e falsa applicazione dell'art. 5 del regolamento di organizzazione e funzionamento dell'attività dell'Autorità e dei principi generali concernenti l'attività degli organi collegiali amministrativi, nonché eccesso di potere.

L'ordinanza di rimessione sintetizza, infine, il contenuto dei motivi dal terzo all'ottavo, sostanzialmente coincidenti con quelli proposti da Eurofly s.p.a., ed espone che CAI ha

proposto ricorso incidentale condizionato, di contenuto identico a quello del giudizio introdotto dall'ordinanza r.o. n. 223 del 2009.

3.2.- Posta questa premessa, il TAR espone gli argomenti a conforto del rigetto dell'eccezione di inammissibilità del ricorso, per difetto di legittimazione ad agire, proposta dall'Avvocatura dello Stato (identici a quelle svolti per dichiarare infondata l'identica eccezione proposta nel giudizio introdotto da Eurofly s.p.a.), sintetizza la disciplina stabilita dalla norma censurata ed il contenuto del provvedimento impugnato.

3.3.- Il giudice a quo esamina, quindi, i primi due motivi del ricorso, ritenendoli infondati, nonché i motivi dal quarto all'ottavo, rigettati con motivazione identica a quella svolta nell'ordinanza r.o. n. 223 del 2009.

Il rimettente censura, infine, il citato art. 4, comma 4-quinquies, in riferimento ai parametri costituzionali ed ai profili indicati dalla ordinanza r.o. n. 223 del 2009, con argomentazioni sostanzialmente identiche a quelle svolte in quest'ultimo provvedimento di rimessione, anche in ordine alla rilevanza della questione ed all'inammissibilità del ricorso incidentale condizionato.

4.- La terza ordinanza (r.o. n. 225 del 2009) premette che la Federconsumatori-Federazione Nazionale di Consumatori e Utenti (infra: Federconsumatori), in persona del legale rappresentante, ha impugnato il citato provvedimento dell'Autorità, articolando due motivi di censura.

Con il primo motivo, la ricorrente ha eccepito che il provvedimento impugnato violerebbe l'art. 3 della legge n. 241 del 1990, nonché gli artt. 2, 3, 41 e 117 Cost. e l'art. 81 del Trattato CE, deducendo che l'art. 1, comma 10, del d.l. n. 134 del 2008, nel testo risultante dalla legge di conversione n. 166 del 2008, ed inoltre si porrebbe in contrasto con norme costituzionali e comunitarie. Con il secondo motivo, ha eccepito l'illegittimità costituzionale della legge n. 166 del 2008, in riferimento agli artt. 2, 3, 41 e 117 Cost., vulnerati dal «congelamento» dei poteri dell'Autorità.

Secondo il TAR, l'eccezione di inammissibilità del ricorso, per difetto di legittimazione ad agire, proposta dall'Avvocatura dello Stato, è infondata, in quanto la ricorrente, ente esponenziale dei consumatori, è titolare di una posizione differenziata e qualificata. Il citato art. 4, comma 4-quinquies, stabilisce, infatti, che le misure comportamentali che l'Autorità deve prescrivere sono preordinate a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o di altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione di concentrazione. La ricorrente non ha proposto censure riferite a tali misure comportamentali; nondimeno essa è legittimata a contestare la concentrazione presupposta dal provvedimento impugnato, in quanto consentita dalla norma censurata. La disciplina legislativa in materia di concorrenza è, infatti, stabilita anche a tutela dei consumatori, i quali potrebbero essere pregiudicati da una ridotta concorrenza tra le imprese del settore.

4.1.- L'ordinanza di rimessione, sintetizzata la disciplina stabilita dalla norma impugnata ed il contenuto del provvedimento impugnato, ne ha escluso il contrasto con l'art. 82 del Trattato CE, ritenendo non pertinente il richiamo dell'art. 81 del medesimo.

Il rimettente dubita, invece, della legittimità costituzionale del citato art. 4, comma 4-quinquies, in riferimento agli artt. 3 e 41 Cost., sotto i profili e per le ragioni esposte nell'ordinanza r.o. n. 223 del 2009 che, sostanzialmente, riproduce.

Infine, il TAR deduce che la questione sarebbe rilevante, premettendo che «ha respinto l'eccezione d'inammissibilità del ricorso ed ha respinto le censure con cui la ricorrente ha dedotto la violazione delle norme comunitarie», ed osservando che «l'eventuale annullamento

della detta norma di legge, pertanto, si rifletterebbe inevitabilmente sulla legittimità dell'impugnato provvedimento dell'Autorità [...] 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».

5.- Nei giudizi promossi dalle ordinanze r.o. n. 223 e n. 224 del 2009 si sono costituite, con separati atti, di contenuto sostanzialmente identico, Eurofly s.p.a., in persona del legale rappresentante, e Meridiana s.p.a., in persona del legale rappresentante, entrambe ricorrenti nei processi principali, chiedendo, anche nelle memorie depositate in prossimità dell'udienza pubblica, che la questione sia accolta. Eurofly s.p.a., nella memoria, ha indicato che ha modificato la propria denominazione sociale in Meridiana fly s.p.a.

Le parti premettono una analitica esposizione delle fasi della privatizzazione di Alitalia-Linee Aeree Italiane s.p.a. (infra: Alitalia), muovendo dalla pubblicazione, nel 2006, di un invito a manifestare l'interesse all'acquisto della partecipazione dello Stato in tale società, esauritosi senza successo nel 2007, sino alla presentazione in tale anno da parte di Air France-KLM di un'offerta di acquisto giudicata idonea, ma non andata a buon fine e ritirata il 21 aprile 2008.

Le società espongono, quindi, le modalità del conferimento ad Intesa San Paolo s.p.a. del ruolo di advisor, allo scopo di elaborare un piano e di individuare i soggetti interessati all'acquisizione; esaminano alcuni profili relativi agli asseriti rapporti della predetta con AirOne s.p.a. e CAI ed indicano che, alla fine del mese di luglio del 2008, l'advisor aveva presentato un programma di acquisizione e di gestione (c.d. Piano Fenice), sostenendo che il d.l. n. 134 del 2008 sarebbe stato emanato per rendere applicabile nella specie l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e permettere al Commissario straordinario di vendere l'azienda in tempi brevissimi, a trattativa privata, introducendo, altresì, una deroga ai poteri dell'Autorità.

Le parti ripercorrono le modalità della sottoposizione delle società del gruppo Alitalia alla procedura di amministrazione straordinaria, della modifica dello statuto e dell'oggetto sociale di CAI e della formulazione da parte di quest'ultima di un'offerta di acquisto; a loro avviso, sarebbe indubbio che essa era la «Fenice», che doveva emergere dalle ceneri di Alitalia. Inoltre, dette società pongono in dubbio il possesso da parte del soggetto designato quale esperto per la valutazione di mercato di Alitalia del requisito dell'indipendenza e riassumono gli eventi successivi che, tra l'altro, sarebbero stati caratterizzati: dal ritiro da parte di CAI della propria offerta; dalla pubblicazione da parte del Commissario straordinario dell'Alitalia dell'invito a presentare manifestazioni d'interesse per l'acquisto di uno o più rami d'azienda di quest'ultima e delle imprese controllate; dalla manifestazione di «gioia» da parte di detto Commissario, all'atto della conferma da parte di CAI della propria offerta, in data 25 settembre 2008, per una conclusione che evitava di «mettere a terra gli aerei» (risultato conseguito senza che fossero state intavolate trattative con altri potenziali acquirenti, tra questi le ricorrenti); dall'offerta vincolante di CAI in data 31 ottobre 2008; dal deposito della perizia sul valore dei beni e dalla offerta di acquisto di CAI sino al perfezionamento della vendita.

5.1.- Entrambe le società contestano le eccezioni di inammissibilità sollevate dalle altre parti del giudizio e dall'interveniente, osservando che CAI avrebbe svolto argomenti a sostegno dell'inammissibilità della questione proposta nel diverso giudizio introdotto da Federconsumatori.

Secondo le parti, il TAR ha dichiarato infondati tutti i motivi dei ricorsi non concernenti l'illegittimità costituzionale del citato art. 4, comma 4-quinquies, proprio allo scopo di potere ritenere rilevante la sollevata questione. Inoltre, contestano che la disposizione censurata conterrebbe tre norme, di diverso contenuto precettivo, come eccepito da CAI, sostenendo che essa recherebbe, invece, un unico precetto, avente ad oggetto l'attribuzione all'Autorità del potere di stabilire misure comportamentali e la sottrazione alla medesima del controllo

previsto dalla legge n. 287 del 1990.

5.1.1.- L'eccezione di inammissibilità della questione, motivata con la considerazione che il rimettente avrebbe chiesto la pronuncia di una sentenza «sostitutiva», sarebbe infondata, poiché non terrebbe conto del petitum formulato dal TAR, mentre l'incidenza della norma sullo svolgimento di un servizio pubblico essenziale neppure potrebbe essere causa di inammissibilità della questione.

Del pari infondata sarebbe l'eccezione di inammissibilità della questione per difetto di incidentalità, dato che il TAR avrebbe correttamente deciso gli altri motivi, proprio al fine di ritenere la questione rilevante.

Meridiana fly s.p.a. e Meridiana s.p.a. contestano, infine, l'eccezione di difetto di motivazione in ordine alla non manifesta infondatezza della questione, argomentata con la considerazione che il TAR non avrebbe chiarito «se, in caso positivo perché, la delibera dell'Autorità impugnata nel giudizio principale dovrebbe essere annullata» e neppure indicato che i vizi del provvedimento deriverebbero dalla norma censurata. A loro avviso, i rimettenti non erano tenuti a motivare sul punto e l'inidoneità del provvedimento impugnato allo scopo di garantire la concorrenza risulterebbe dalla circostanza che esso, nell'osservanza del citato art. 4, comma 4-quinquies, stabilisce esclusivamente misure comportamentali, irrilevanti rispetto alla tutela della concorrenza, con la conseguenza che ogni valutazione al riguardo da parte dei rimettenti sarebbe stata superflua. Inoltre, il TAR ha anche precisato che l'accoglimento della questione influirebbe sull'eventuale annullamento del provvedimento dell'Autorità.

5.2.- Nel merito, secondo le parti, l'operazione di concentrazione in esame avrebbe determinato un monopolio di fatto sulle linee di navigazione aeree più importanti e redditizie del nostro Paese (in particolare, sulla tratta Roma-Linate), in danno delle imprese concorrenti, costrette a subire il rafforzamento delle posizioni dell'operatore dominante sulle tratte economicamente più interessanti, dato che non sono stati ceduti slot, come sarebbe accaduto, qualora fosse stata applicata la legge n. 287 del 1990.

A loro avviso, la disposizione censurata costituirebbe una «norma-provvedimento», carattere confortato dai lavori preparatori, dalle notizie di stampa, dalle circostanze che essa era diretta «a consentire un'operazione concreta e specifica» e che il d.l. n. 134 del 2008 è stato emanato pochi giorni dopo che era maturata la proposta della «cordata CAI», nonché dalla limitazione temporale che impedirebbe di applicarla ad altri casi.

Meridiana fly s.p.a. e Meridiana s.p.a., richiamando la giurisprudenza di questa Corte, alcuni orientamenti della dottrina, e facendo generico riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed al Trattato dell'Unione europea, svolgono diffuse argomentazioni per sostenere che le leggi-provvedimento, benché non siano ex se illegittime, sarebbero soggette ad uno scrutinio stretto di legittimità costituzionale.

Nella specie, assumerebbe rilievo la circostanza che la legge n. 287 del 1990, non solo per l'espresso richiamo dell'art. 41 Cost., stabilisce una disciplina essenziale a garanzia della libertà dell'iniziativa economica privata, è collocata in un quadro regolamentato a tutela della concorrenza quale «interesse costituzionalmente protetto» ed attribuisce all'Autorità il controllo delle operazioni di concentrazione, allo scopo di scongiurare l'eliminazione o la riduzione della concorrenza in modo sostanziale e durevole.

5.2.1.- In relazione alle censure riferite all'art. 41 Cost., secondo le parti, la giurisprudenza costituzionale e la dottrina avrebbero affermato che la tutela della concorrenza ha copertura costituzionale, soprattutto dopo la modifica dell'art. 117 Cost. La negativa incidenza della norma censurata sulla concorrenza sarebbe dimostrata dalle considerazioni che con essa: è stata posta nel nulla la disciplina della legge n. 287 del 1990, attuativa dell'art. 41 Cost.; è

stata determinata una situazione di mercato in grado di assicurare extraprofiti ad un'impresa egemone; è stata accreditata una nozione di «monopolio utile», quale strumento dirigistico, strumentale a realizzare finalità non chiare; sarebbe stata violata la disciplina dell'Unione europea, dato che il regolamento 20 gennaio 2004, n. 139 (Regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese - «Regolamento comunitario sulle concentrazioni») riconosce che le concentrazioni possono avere effetti positivi, ma richiede l'esistenza di uno strumento specifico in grado di garantire un controllo efficace.

Entrambe le società approfondiscono le ragioni della pretesa inidoneità delle misure comportamentali contenute nel provvedimento dell'Autorità a garantire la tutela della concorrenza, deducendo che non sarebbe comprensibile come la norma censurata possa tutelare l'utilità sociale. In ogni caso, il legislatore avrebbe dovuto fornire una adeguata giustificazione in ordine a detto profilo, spettando a questa Corte «l'identificazione del fine sociale e della riferibilità ad esso di programmi e controlli» (sentenze n. 196 del 1998 e n. 63 del 1991).

A loro avviso, anche ritenendo sussistenti ragioni di utilità sociale, questa Corte dovrebbe accertare se la norma abbia realizzato un intervento ragionevole e proporzionato, come non sarebbe accaduto. Infatti, pur reputando la deroga in esame preordinata a realizzare un obiettivo di pubblico interesse, in assenza di ogni indicazione nella disposizione censurata, non si comprenderebbe perché, a detto fine, sarebbe stato necessario garantire un monopolio per tre anni. Un onere correlato al servizio pubblico può, inoltre, sussistere in relazione ad alcune tratte svantaggiate (quali quelle che assicurano i collegamenti con le isole), non a quella tra gli aeroporti di Milano-Linate e Roma-Fiumicino. Infine, qualora l'obiettivo avuto di mira fosse stato quello di garantire la promozione di un «campione nazionale», in nome di preminenti interessi generali, avrebbe dovuto essere utilizzato lo strumento dell'art. 25 della legge n. 287 del 1990, ovvero dell'art. 8, comma 2, della stessa legge.

La constatazione che la disciplina prevista da detta legge prevede la possibilità di deroghe conforterebbe che l'operazione di concentrazione in esame, in violazione degli obblighi assunti in seno all'Unione europea, sarebbe stata preordinata a «creare un campione nazionale, consegnandogli per tre anni» il monopolio assoluto del mercato.

Secondo le parti, la volontà del legislatore di «assicurare il "salvataggio" di Alitalia (e di AirOne) attraverso la concentrazione proposta da CAI» non sarebbe sufficiente a far escludere la violazione degli artt. 3 e 41 Cost. La legge n. 287 del 1990 prevede la possibilità di autorizzare un'operazione di concentrazione pregiudizievole della concorrenza, nei casi e nei modi dalla stessa stabiliti; nondimeno, non potrebbero essere autorizzate le concentrazioni che comportano «la eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali». Inoltre, all'Autorità spetta il potere di prescrivere le misure necessarie per ristabilire le «condizioni di piena concorrenza entro un termine prefissato» e questo limite costituirebbe la condizione di compatibilità con l'art. 41 Cost. del potere eccezionale di autorizzare concentrazioni pregiudizievoli della concorrenza.

A loro avviso, il potere previsto dall'art. 25 della legge n. 287 del 1990 neppure avrebbe reso ammissibile l'operazione di concentrazione in esame e, per tale ragione, ne sarebbe stata esclusa l'applicabilità, in pregiudizio delle ragioni della concorrenza e del mercato.

5.2.2.- La norma censurata avrebbe permesso la concentrazione dei due maggiori vettori aerei nazionali, incrementandone la posizione di dominio, in danno delle imprese concorrenti, che non hanno avuto accesso agli slot più importanti, senza alcuna considerazione per la tutela della concorrenza ed in violazione dell'art. 3 Cost., anche in quanto le società alienate sono state liberate dai debiti pregressi.

La lesione dei parametri costituzionali evocati dal TAR sarebbe stata determinata

dall'esigenza di salvaguardare «preminenti interessi nazionali», che la disposizione si limita a menzionare. Il rilievo attribuito alle vicende aziendali di Alitalia ed AirOne non giustificerebbe la mancata considerazione dei riflessi della concentrazione sulle aziende concorrenti e, quindi, sarebbe mancato un corretto bilanciamento tra gli interessi della «cordata CAI» e «le posizioni qualificate degli altri operatori». Peraltro, la considerazione che il requisito della motivazione non concerne gli atti legislativi non escluderebbe che detti interessi debbano essere esplicitati e debba risultare l'avvenuto apprezzamento e bilanciamento di tutti quelli in gioco, come non sarebbe accaduto.

In definitiva, concludono le parti, la sorte del trasporto aereo in Italia avrebbe potuto essere salvaguardata mediante misure rispettose della tutela del mercato e dei parametri costituzionali evocati dai rimettenti, anche dando applicazione all'art. 25 della legge n. 287 del 1990.

6.- Nei tre giudizi si è costituita CAI, in persona del legale rappresentante, parte dei processi principali, chiedendo, con argomentazioni sostanzialmente identiche nei distinti atti di costituzione e nelle memorie depositate in prossimità dell'udienza pubblica, che la questione sia dichiarata manifestamente inammissibile e, comunque, manifestamente infondata.

6.1.- La parte sintetizza anzitutto le vicende di Alitalia sino alle date di ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria e di dichiarazione dello stato di insolvenza, la modalità della proposta di acquisto di alcuni beni e rapporti giuridici, le linee essenziali del progetto industriale alla base di tale acquisto ed il contenuto del provvedimento impugnato nei giudizi principali. Posta questa premessa, CAI deduce che il TAR avrebbe «sbrigativamente» rigettato un'eccezione di inammissibilità, con la quale era stato contestato l'interesse di Federconsumatori a censurare l'atto impugnato (la deduzione è svolta anche negli atti riguardanti i giudizi non introdotti da quest'ultima parte). Il rimettente ha, infatti, affermato che il citato art. 4, comma 4-quinquies, dispone che «le misure comportamentali sono preordinate alla tutela dei consumatori» ed ha precisato che Federconsumatori, in relazione a queste, «non ha proposto alcuna censura», ritenendola, tuttavia, legittimata ad agire in giudizio.

Secondo CAI, il giudice a quo non si sarebbe avveduto che l'interesse che avrebbe potuto legittimare Federconsumatori sarebbe stato soltanto quello dei consumatori e che la ricorrente non ha censurato le misure comportamentali. L'operazione di concentrazione costituiva un dato di mero fatto e avrebbe potuto avere giuridico rilievo, in relazione all'interesse a ricorrere, soltanto qualora Federconsumatori avesse dedotto che nessuna misura comportamentale avrebbe potuto evitare il rischio di pregiudizi da parte dei consumatori, non essendo identificabile un astratto interesse di questi ultimi a contestare direttamente l'operazione di concentrazione. Le uniche norme di interesse della ricorrente sarebbero, quindi, quelle a tutela dei consumatori e la questione di costituzionalità concernente la norma relativa all'an della concentrazione sarebbe irrilevante. Siffatta conclusione si imporrebbe anche in quanto Federconsumatori, nel giudizio principale, avrebbe contestato l'operazione di concentrazione, proponendo un ricorso direttamente rivolto contro le norme di legge che l'autorizzavano.

Nelle memorie, CAI ha insistito nella deduzione, svolta in tutti i giudizi, secondo la quale, la questione è stata sollevata dopo il rigetto di tutti gli altri motivi e, quindi, costituirebbe l'unico oggetto dei processi principali, con conseguente carenza del requisito dell'incidentalità, risultando le fattispecie identiche a quella decisa dalla sentenza n. 38 del 2009, della quale riporta ampi brani.

6.1.1.- Secondo la parte, la questione sarebbe, altresì, inammissibile per difetto di motivazione sulla rilevanza, in considerazione sia del rigetto di tutti i motivi dei ricorsi, sia del fatto che l'eventuale annullamento della norma censurata «si rifletterebbe inevitabilmente

sulla legittimità» del provvedimento impugnato.

A suo avviso, «la facoltizzazione dell'operazione di integrazione» rinverrebbe fondamento anche in norme ulteriori e la disposizione che i rimettenti dovrebbero applicare non coinciderebbe con quella censurata. Pertanto, nei giudizi principali «si discute di una norma diversa» da quest'ultima, come sarebbe dimostrato dal fatto che lo stesso TAR, «non sapendo come qualificare il rapporto tra la norma censurata e il giudizio a quo, opina che quella norma sia stata "postulata" (in una con l'operazione di integrazione) dal provvedimento» impugnato, prefigurando una relazione insufficiente ai fini della rilevanza della questione.

Nelle memorie CAI ha insistito in tale eccezione, deducendo che i rimettenti non si sarebbero avveduti che il citato art. 4, comma 4-quinquies, conterrebbe una pluralità di norme e non avrebbero precisato quale di essa hanno inteso censurare.

6.1.2.- Secondo la parte, la questione sarebbe inammissibile anche in quanto i rimettenti avrebbero chiesto una pronuncia di tipo sostitutivo, deducendo che la norma censurata non «spiegherebbe» quale sia l'interesse costituzionalmente rilevante perseguito, ritenendo a questo fine insufficiente l'indicazione, contenuta nella premessa del d.l. n. 134 del 2008, in ordine all'esigenza di evitare l'interruzione dei servizi forniti dalle società operanti nei settori dei servizi pubblici essenziali, e prospettando che neppure sarebbe comprensibile la ragione del conseguimento di un tale risultato mediante una disposizione discriminatoria delle imprese concorrenti.

A suo avviso, il TAR sarebbe incorso in una palese contraddittorietà: da un lato, avrebbe riconosciuto la pregevolezza del fine perseguito (la continuità dei servizi pubblici essenziali); dall'altro, avrebbe negato «che il legislatore ne abbia spiegato la sostanza». Indipendentemente da ogni considerazione in ordine alla configurabilità dell'obbligo della motivazione di un atto legislativo, sarebbe chiaro che i rimettenti non avrebbero censurato l'an del perseguimento di un fine da essi stessi giudicato pregevole, ma il quomodo, richiedendo in tal modo una pronuncia additiva o sostitutiva, senza indicare il contenuto dell'auspicata sostituzione e senza dimostrare che quella chiesta è una soluzione costituzionalmente obbligata.

Ritenendo, invece, che il TAR abbia chiesto una pronuncia demolitoria, la questione sarebbe egualmente inammissibile, poiché il suo eventuale accoglimento comprometterebbe l'interesse generale alla continuità dei servizi essenziali, evidenziato dagli stessi giudici a quibus.

6.2.- Nel merito, CAI contesta il carattere di «norma-provvedimento» della disposizione censurata, che i rimettenti hanno desunto dalla circostanza che il decreto-legge nel quale è inserita sarebbe «comunemente noto» come «decreto Alitalia», senza avvedersi che le acquisizioni del linguaggio giornalistico non possono essere recepite, «acriticamente, dall'operatore del diritto».

Siffatta disposizione riguarda, invece, tutte, indistintamente, le «imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali», quindi, recherebbe una norma generale ed astratta, non rilevando, in contrario, che concerne solo dette imprese, essendo sufficiente la sua riferibilità a tutte le fattispecie connotate da determinate caratteristiche oggettive o soggettive, mentre la occasio legis non influirebbe sulla ratio legis. Peraltro, la norma non avrebbe autorizzato ex lege una concentrazione, ma si sarebbe limitata a disciplinare i poteri dell'Autorità in modo diverso da quello ordinariamente previsto dalla legge n. 287 del 1990; gli effetti contestati sarebbero stati prodotti dalla «intermediazione del provvedimento amministrativo», tant'è «che la stessa Alitalia-Cai ha avuto modo di dolersi innanzi al giudice amministrativo delle concrete misure adottate».

Secondo la parte, in un momento di grave crisi economico-finanziaria, il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità, ragionevolmente apprezzando il pubblico interesse, avrebbe stabilito per determinate operazioni di concentrazione, coinvolgenti rilevanti compendi industriali ed occupazionali, una disciplina in parte differente da quella prevista dalla legge n. 287 del 1990, senza fare venire meno l'intermediazione del procedimento e del provvedimento amministrativo.

Il riferimento ai lavori parlamentari sarebbe inconferente ed erroneo, poiché essi evidenzerebbero il carattere generale ed astratto della norma (sono richiamati gli interventi di alcuni senatori e le dichiarazioni del Ministro dello sviluppo economico rese nel corso dei lavori congiunti delle Commissioni VIII e X° del Senato, nella seduta del 23 settembre 2008), dimostrando che «la vicenda di Alitalia è soltanto una tra le realtà interessate dalla regolamentazione in esame», al punto che nel corso dei lavori preparatori sarebbe stata stigmatizzata «la pericolosità di un provvedimento del genere che pur essendo stato concepito per l'Alitalia, ha un carattere generale» (intervento del senatore Teresa Armato).

6.3.- Ad avviso di CAI, secondo la giurisprudenza costituzionale, il legislatore ordinario può emanare «norme-provvedimento», soggette ad uno scrutinio stretto di costituzionalità; quindi, qualora fosse fondata la tesi del TAR, occorrerebbe identificare le «particolari situazioni di interesse generale» che giustificano la norma e che, ad avviso dei rimettenti, non risulterebbero indicate.

Quest'ultima conclusione sarebbe, da un canto, erronea, in quanto le ordinanze di rimessione hanno evocato un inesistente principio di motivazione degli atti legislativi; dall'altra, sarebbe viziata da contraddittorietà, poiché lo stesso TAR ha riconosciuto «l'oggettiva ed assoluta rilevanza della continuità dei servizi pubblici essenziali» e, quindi, non si comprenderebbe perché questa ragione sia inidonea ad integrare l'interesse generale di cui è stata eccepita la carenza.

L'interpretazione della norma censurata fornita dalle ricorrenti nei giudizi principali, secondo la quale essa avrebbe inteso garantire la «continuità dei gruppi Alitalia-AirOne», non considera che l'esigenza tutelata è stata quella di assicurare lo svolgimento di servizi pubblici essenziali. In ogni caso, i rimettenti non avrebbero considerato che l'intervento del legislatore ordinario sarebbe stato reso necessario dalla grave situazione economica, suffragata dai rilievi svolti dalla Banca d'Italia, contenuti nel bollettino del 15 aprile 2008, n. 52, in ordine alla crisi dell'economia mondiale, in generale, e dell'Italia, in particolare, divenuti più allarmanti nelle considerazioni svolte nel bollettino del 15 luglio 2008, n. 53, confortate dai risultati della Relazione generale sulla situazione economica del Paese nel 2008 del Ministero dell'economia e delle finanze, presentata ai sensi dell'articolo unico della legge 21 agosto 1949, n. 639 (Relazione annua al Parlamento sulla situazione economica del paese), nonché dal rapporto annuale dell'Istat per il 2008.

In presenza di univoci indici di una grave crisi economico-finanziaria, l'intervento del legislatore ordinario sarebbe stato giustificato dall'esigenza di permettere operazioni strumentali a garantire la salvaguardia ed il rilancio di compendi industriali ed occupazionali strategici per il Paese, anche mediante un adattamento della disciplina ordinaria delle concentrazioni, nell'osservanza dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Secondo CAI, il TAR avrebbe erroneamente prospettato il difetto di un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, dato che: in primo luogo, non avrebbe indicato quale avrebbe dovuto essere siffatto bilanciamento, ciò che evidenzerebbe una ulteriore ragione di inammissibilità della questione; in secondo luogo, avrebbe contraddittoriamente eccepito il difetto di tale corretto bilanciamento e l'inesistenza di un interesse di rango costituzionale tutelato dalla norma in esame.

Ad avviso della parte, il citato art. 4, comma 4-quinquies, avrebbe, invece, realizzato un ragionevole bilanciamento, in quanto: la procedura a trattativa privata non avrebbe escluso nessun acquirente in possesso dei requisiti di legge; la deroga è stata temporalmente limitata sino al 30 giugno 2009, in coincidenza con la fase prevedibilmente più acuta della crisi finanziaria ed economica; la disciplina ordinaria è stata mantenuta ferma in riferimento alle intese ed agli abusi di posizione dominante (artt. 2 e 3 della legge n. 287 del 1990) ed alle norme comunitarie. Peraltro, la disciplina censurata avrebbe una limitata incidenza, alla luce della transitoria sospensione dei soli rimedi strutturali, per tre anni, e del potere dell'Autorità di stabilire le misure comportamentali idonee a garantire la tutela dell'interesse dei consumatori. Non si tratterebbe, dunque, di una vera "deroga" della disciplina antitrust, ma di mera sospensione transitoria delle misure strutturali, per permettere operazioni di consolidamento industriale, concernenti la salvaguardia ed il rilancio di cespiti strategici.

Secondo la parte, questa valutazione sarebbe confortata dal contenuto del provvedimento impugnato nel giudizio principale, che ha integrato le misure comportamentali proposte dalla notificante, ha previsto una misura sostanzialmente strutturale (il cospicuo riposizionamento di 50 slot dalla rotta Linate-Fiumicino, con possibile apertura di spazi a soggetti terzi), ha prescritto congrue misure a tutela dei consumatori. Inoltre, le misure comportamentali neppure incidono sul potere dell'Autorità di reprimere gli abusi di posizione dominante e le intese anticompetitive; comunque, decorsi tre anni, l'Autorità si è riservata di intervenire, in termini strutturali, sulle posizioni di monopolio ancora eventualmente esistenti.

Il TAR ha, infine, ritenuto infondate le censure dirette a prospettare un contrasto della norma censurata con il diritto comunitario, escluso anche dalla Commissione europea, e ciò confermerebbe che la disciplina in esame avrebbe realizzato un parziale e limitato adattamento del regime nazionale di controllo delle concentrazioni, riconducibile alle legittime prerogative del legislatore nazionale. Inoltre, le ordinanze di rimessione avrebbero erroneamente assunto la legge n. 287 del 1990 quale parametro costituzionale interposto, senza considerare che le soluzioni realizzate da detta legge non sono costituzionalmente vincolate e che la norma censurata è giustificata da una specifica contingenza economica ed ha natura transitoria.

6.4.- Ad avviso della parte, l'art. 3 Cost. sarebbe stato evocato in modo oscuro e incerto, con modalità che evidenzierebbero l'inammissibilità della questione per insufficiente motivazione in ordine alla non manifesta infondatezza; comunque, il TAR non avrebbe chiarito in cosa si sostanzierebbe la disparità di trattamento in danno delle imprese concorrenti, emergendo in tal modo l'infondatezza della censura riferita all'art. 3 Cost. Infine, secondo CAI, assumerebbe rilievo che la deroga della disciplina a tutela della concorrenza, in presenza di interessi pubblici rilevanti, è prevista anche in altri ordinamenti (ad esempio, in Germania), ed è contemplata dalla stessa legge n. 287 del 1990. Il richiamo operato dalle ricorrenti al pregiudizio dell'affidamento degli altri operatori del settore sarebbe irrilevante, sia perché l'argomento non è stato svolto dai rimettenti, sia perché la pretesa al mantenimento delle regole preesistenti non costituirebbe un affidamento tutelabile. Da ultimo, il TAR, nel prospettare il pregiudizio in danno dei consumatori, avrebbe del tutto trascurato la previsione delle misure comportamentali contenuta nel citato art. 4, comma 4-quinquies.

7.- Nei primi due giudizi si è costituito il Commissario straordinario di Alitalia-Linee Aeree Italiane s.p.a., in amministrazione straordinaria (di seguito, Commissario), intervenuto anche nel terzo, chiedendo, nei distinti atti, che la questione sia dichiarata manifestamente inammissibile o manifestamente infondata, sviluppando gli argomenti a conforto di detta conclusione nelle memorie, di contenuto in larga misura coincidente, depositate in prossimità dell'udienza pubblica.

7.1.- Il Commissario eccepisce l'inammissibilità della questione, per difetto del requisito dell'incidentalità, osservando che il TAR ha ritenuto infondati tutti i motivi dei ricorsi principali, dichiarando inammissibile il ricorso incidentale condizionato (proposto nei primi due

giudizi), con la conseguenza che i processi principali hanno quale unico, residuo petitum la questione di costituzionalità, che sarebbe, quindi, inammissibile, configurandosi detti giudizi come una sorta di impugnazione diretta della legge.

I rimettenti hanno, inoltre, dedotto che l'accoglimento della questione influirebbe sulla legittimità del provvedimento impugnato, che «ha applicato la norma di legge della cui costituzionalità si dubita, postulando l'avvenuta realizzazione dell'operazione di concentrazione», con argomentazione inidonea a giustificare la rilevanza della questione. Non sarebbe, infatti, comprensibile come l'eventuale accoglimento della questione possa influire sul provvedimento impugnato, avente ad oggetto le misure comportamentali finalizzate alla tutela dei consumatori, con conseguente difetto di motivazione in ordine al nesso di pregiudizialità tra processo principale e giudizio di legittimità costituzionale.

Sotto un ulteriore profilo, la questione sarebbe inammissibile, in quanto il TAR non avrebbe adempiuto l'onere di sperimentare un'interpretazione adeguatrice della norma censurata e, comunque, avrebbe evocato gli artt. 3 e 41 Cost. in modo confuso ed eterogeneo, senza chiarire in cosa consisterebbe l'eccezionale disparità di trattamento e per quale ragione gli imprenditori concorrenti sarebbero stati discriminati.

7.2.- Nel merito, secondo il Commissario, il citato art. 4, comma 4-quinquies, non costituirebbe una «norma-provvedimento», ma disciplinerebbe una fattispecie generale ed astratta, configurazione non esclusa dalla circostanza che è stata applicata in un solo caso. La disposizione recherebbe una norma «di portata generale la cui ratio deve essere individuata nella volontà del legislatore di procedere alla risoluzione della crisi attraversata da alcuni grandi gruppi industriali operanti nei settori dei servizi pubblici essenziali, e ciò nel rispetto delle esigenze dei risparmiatori e dei lavoratori e favorendo altresì il rilancio delle realtà aziendali interessate attraverso il contemperamento di tutti gli interessi pubblici coinvolti».

Il TAR, con motivazione contraddittoria, ha affermato che la norma dà conto della rilevanza della continuità dei servizi pubblici essenziali, ma non avrebbe chiarito quali siano i preminenti interessi generali che, all'esito del bilanciamento dei valori in gioco, potrebbero «giustificare la deroga operata al principio costituzionale della par condicio ed al valore costituzionalmente rilevante della libertà di concorrenza».

Ad avviso del Commissario, la considerazione che la norma ha modificato il d.l. n. 347 del 2003, concernente l'amministrazione straordinaria applicabile alle grandi imprese con almeno cinquecento dipendenti, dimostrerebbe, da sola, l'intento di salvaguardare numerosi posti di lavoro. Il legislatore ordinario, nell'osservanza dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità, avrebbe stabilito una disciplina volta ad evitare la disgregazione di grandi gruppi industriali (strategici per il nostro sistema paese), salvaguardando il livello occupazionale, in coincidenza con la fase grave della crisi finanziaria globale. La mancata realizzazione di tale intervento avrebbe determinato una situazione gravissima dal punto di vista occupazionale e la disgregazione di assets industriali fondamentali per il sistema economico del Paese.

La deroga stabilita dalla norma sarebbe stata strumentale rispetto allo scopo di garantire la continuità del servizio pubblico del trasporto aereo ad opera di un vettore in grado di svolgerlo in modo completo e libero da esigenze di vario genere, che ne avrebbero potuto condizionare l'esercizio. Nell'eventualità che il servizio pubblico essenziale di trasporto aereo fosse stato svolto da una serie di piccoli vettori, ciascuno soggetto a proprie e specifiche esigenze e scelte di politica industriale, alcune rotte, economicamente non convenienti, avrebbero, infatti, potuto essere cancellate ed il costo dei relativi biglietti avrebbe potuto lievitare, in danno dei consumatori.

La ragionevolezza e la proporzionalità della disciplina censurata sarebbero confortate dalla considerazione che la deroga non si pone in contrasto con le norme comunitarie, è

temporalmente limitata e concerne le sole concentrazioni realizzate entro il 30 giugno 2009, e cioè è stata prevista per un tempo limitato, coincidente con la fase più acuta della recente crisi economica, così da fare escludere che la concorrenza sia stata pregiudicata in modo sostanziale e durevole. D'altronde, la disciplina in esame, al fine di garantire la tutela dei consumatori, prevede il potere dell'Autorità di stabilire idonee misure comportamentali, mantenendo «inalterati i rimedi volti a evitare un vulnus alla ratio della medesima norma derogata» e la Commissione europea avrebbe ritenuto che essa non viola i principi ispiratori ed i valori essenziali di riferimento del sistema comunitario antitrust. Infine, conclude il Commissario, sarebbe irrilevante la mancata, espressa indicazione della ragioni della norma, in difetto di un obbligo di motivazione degli atti legislativi.

8.- In tutti e tre i giudizi è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo, negli atti di intervento e nelle memorie depositate in prossimità dell'udienza pubblica, che la questione sia dichiarata inammissibile, ovvero manifestamente infondata.

8.1.- L'interveniente, nei distinti atti depositati in relazione ai tre giudizi, di contenuto sostanzialmente identico, eccepisce l'inammissibilità della questione, per difetto di motivazione sulla rilevanza, ritenendo insufficiente l'indicazione contenuta nelle ordinanze di rimessione, secondo la quale l'accoglimento della questione comporterebbe l'annullamento del provvedimento impugnato. A suo avviso, il TAR avrebbe dovuto dimostrare che, in difetto della norma censurata, la concentrazione, valutata secondo il procedimento previsto dalla legge n. 287 del 1990, non avrebbe superato il controllo da questa previsto e sarebbe stata vietata.

I rimettenti non avrebbero, inoltre, considerato che la concentrazione «ha modificato la titolarità soggettiva» degli slot, «ma non ne ha accresciuto il numero, e quindi non ha inciso sugli equilibri di mercato; la posizione concorrenziale degli operatori "minori", quali le ricorrenti Meridiana ed Eurofly, è rimasta immutata, perché non è diminuito il numero dei loro diritti di volo sulle medesime tratte» e le predette neppure hanno «dedotto che l'incremento globale di fatturato», conseguente alla concentrazione, è tale da permettere economie di scala in grado di consentire «riduzioni tariffarie irraggiungibili dai ricorrenti». La concentrazione non sarebbe stata, infine, resa possibile dal citato art. 4, comma 4-quinquies, ma dalla procedura di vendita prevista dal comma 4-quater di tale norma, quindi la questione sarebbe stata «mal posta».

8.2.- Nel merito, secondo l'interveniente, l'applicabilità della norma censurata a tutte le «imprese di cui all'articolo 2, comma 2, secondo periodo», ne escluderebbe il carattere di «norma-provvedimento», non rilevando, in contrario, la limitazione temporale alle operazioni effettuate entro il 30 giugno 2009, introdotta per «rendere l'intervento normativo strettamente limitato alle necessità della particolare situazione economica in atto al momento della sua adozione e, quindi, proporzionato» a tale scopo. D'altronde, la legge di conversione è stata pubblicata il 27 ottobre 2008 ed a tale data non sarebbe stato possibile individuare le operazioni di concentrazione concluse entro il 30 giugno 2009. In ogni caso, il TAR avrebbe inesattamente sostenuto che la norma censurata doveva contenere una specifica motivazione a conforto della disciplina dalla stessa stabilita, dato che gli interessi tutelati e la ratio della disposizione vanno desunti dalla disciplina, anche attraverso l'interpretazione sistematica.

In riferimento alla censura di violazione del principio di eguaglianza, la considerazione che la norma in esame riguarda soltanto le grandi imprese, le quali svolgono servizi pubblici essenziali, e sono in amministrazione straordinaria, renderebbe palese che il legislatore ordinario poteva stabilire una disciplina speciale per un determinato settore, ferma l'osservanza del principio di ragionevolezza, che non sarebbe stato leso.

Secondo l'Avvocatura generale dello Stato, l'art. 25 della legge n. 287 del 1990 consentirebbe particolari operazioni di concentrazione e, nella specie, è stato «soltanto

disposto per legge, con efficacia temporalmente limitata a circa 10 mesi, che le concentrazioni interessanti le imprese di servizi pubblici essenziali in amministrazione straordinaria “rispondono a preminenti interessi generali”». Peraltro, deroghe analoghe a quella in esame sarebbero previste anche dalle norme comunitarie (art. 21, paragrafo 4, del Regolamento CE n. 139 del 2004), quindi, sarebbero possibili da parte degli Stati membri dell’Unione europea.

Il citato art. 4, comma 4-quinquies, neanche esclude ogni controllo dell’Autorità ed avrebbe disciplinato un’autorizzazione che può contenere misure comportamentali, anche molto penetranti, mantenendo fermo il potere di detta Autorità, decorso un termine dilatorio, di disporre misure strutturali, per eliminare eventuali situazioni di monopolio. Inoltre, costituirebbe una mera illazione del TAR la considerazione che il decorso di detto termine renderebbe intangibili le eventuali posizioni di monopolio determinate dalla norma in questione.

Ad avviso dell’Avvocatura generale dello Stato, la disciplina in esame sarebbe in armonia con le norme di settore e con le disposizioni comunitarie ed avrebbe introdotto una regolamentazione specifica per un settore peculiare in un periodo di crisi economica mondiale, per garantire la continuità dei servizi pubblici essenziali, a tutela dei diritti fondamentali dei cittadini.

In ordine alla censura riferita all’art. 41 Cost., secondo l’interveniente, nei settori dei servizi pubblici essenziali esistono situazioni di posizione dominante che le concentrazioni possono rafforzare, e ciò sarebbe presupposto dalla norma censurata, la quale, altrimenti, sarebbe del tutto superflua; nondimeno, tale constatazione non potrebbe «costituire di per sé un motivo di illegittimità costituzionale».

Il TAR non avrebbe, inoltre, esplicitato le ragioni dell’inadeguatezza delle misure comportamentali prescritte dall’Autorità, né chiarito «se, e in caso positivo perché, ritiene che la delibera dell’Autorità impugnata nel giudizio principale dovrebbe essere annullata», omettendo anche di indicare quali siano gli ipotetici vizi del provvedimento, con conseguente irrilevanza della questione. L’errore che vizierebbe la tesi dei rimettenti risiederebbe nella configurazione della disciplina degli artt. 5, 6 e 16 della legge n. 287 del 1990 come l’unica in grado di attuare e tutelare la concorrenza. Ed invece, conclude l’interveniente, la disciplina comunitaria dimostrerebbe l’esigenza di bilanciare i differenti interessi in gioco, non sussistendo neppure il divieto di rafforzare le posizioni dominanti attraverso le concentrazioni, in quanto è vietato soltanto che i soggetti titolari di una tale posizione operino «in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza» (art. 6, comma 1, della legge n. 287 del 1990; art. 2, paragrafo 3, del Regolamento CE n. 139 del 2004).

9.- All’udienza pubblica le parti e l’interveniente hanno insistito per l’accoglimento delle conclusioni svolte negli atti difensivi.

Considerato in diritto

1.- Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, con tre ordinanze, emesse nel corso di altrettanti giudizi, ha sollevato, in riferimento agli articoli 3 e 41 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell’articolo 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134 (Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi), convertito, con modificazioni, dalla legge 27 ottobre 2008, n. 166, nella parte in cui ha introdotto il comma 4-quinquies nell’articolo 4 del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347 (Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza), convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39 (recte: ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 4, comma 4-quinquies, del decreto-legge n. 347 del 2003, convertito,

con modificazioni, dalla legge n. 39 del 2004, introdotto dall'art. 1, comma 10, del decreto-legge n. 134 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 166 del 2008).

1.1.- Il citato art. 4, comma 4-quinquies, stabilisce che le operazioni di concentrazione concluse dalle imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria, che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, connesse o contestuali o comunque previste nel programma debitamente autorizzato, ai sensi dell'art. 4, comma 2, del d.l. n. 347 del 2003, convertito dalla legge n. 39 del 2004, ovvero nel provvedimento di autorizzazione di cui all'art. 5, comma 1, di detto decreto-legge, rispondono a preminenti interessi generali e sono escluse dalla necessità dell'autorizzazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), fermo quanto previsto dagli articoli 2 e 3 della stessa legge.

La norma dispone, inoltre, che, fatto salvo quanto previsto dalla normativa comunitaria, qualora dette operazioni di concentrazione rientrino nella competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in poi, Autorità), le parti sono, comunque, tenute a notificarle preventivamente a questa, 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, fissando il termine, comunque non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare.

La disposizione prevede, infine, che, in caso di inottemperanza, si applicano le sanzioni di cui all'articolo 19 della legge n. 287 del 1990 e che essa è riferibile alle operazioni di concentrazione effettuate entro il 30 giugno 2009.

1.2.- Le ordinanze, con argomentazioni in larga misura coincidenti, premettono che il citato art. 4, comma 4-quinquies, costituirebbe una «norma-provvedimento», come tale soggetta ad uno scrutinio stretto di costituzionalità, in relazione ai principi di ragionevolezza e non arbitrarietà.

Secondo i rimettenti, la disposizione violerebbe siffatti principi, ponendosi in contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost., in quanto avrebbe introdotto, per l'operazione di concentrazione oggetto dei giudizi principali, una deroga del procedimento di controllo stabilito dalla legge n. 287 del 1990, che sarebbe irragionevole, perché non coerente con la disciplina della concorrenza stabilita dall'art. 41 Cost., e lesiva della libertà di concorrenza e della parità di trattamento tra imprese concorrenti. La norma avrebbe, infatti, reso possibile che un «unico vettore» offra «servizi di trasporto aereo passeggeri di linea su numerose tratte», consentendo una forte riduzione su altre della «presenza di operatori concorrenti, con poche eccezioni» e permettendo che un unico vettore possa «gestire una rete di collegamenti capillare su tutto il territorio nazionale, detenendo sui singoli collegamenti posizioni di assoluto rilievo».

Siffatti parametri sarebbero vulnerati anche in quanto la posizione di monopolio eventualmente determinata dalla concentrazione è destinata a durare per almeno tre anni, in danno delle imprese concorrenti, senza che siano stati esplicitati gli interessi che la norma mira a realizzare. A questo fine sarebbero, infatti, insufficienti l'indicazione che le operazioni di concentrazione oggetto della disposizione «rispondono a preminenti interessi generali» e la considerazione, contenuta nella premessa del decreto-legge n. 134 del 2008, in ordine alla «importanza che i servizi forniti dalle società operanti nei settori dei servizi pubblici essenziali non subiscano interruzioni», in mancanza di chiarimenti sulle ragioni dell'impossibilità di tutelare detti interessi con modalità diverse, rispettose dei principi di eguaglianza e di tutela della concorrenza.

Il TAR richiama, quindi, la regolamentazione stabilita dalla legge n. 287 del 1990 quale

parametro di controllo della ragionevolezza della norma censurata, dato che la prima, sebbene si autoqualifichi come di attuazione dell'art. 41 Cost., costituisce pur sempre una legge ordinaria e non reca l'unica possibile disciplina attuativa di tale parametro, con la conseguenza che la deroga della medesima, di per sé sola, non può comportare violazione degli artt. 3 e 41 Cost.

2.- I giudizi, avendo ad oggetto la medesima norma, censurata in riferimento agli stessi parametri costituzionali, sotto gli stessi profili e con argomentazioni sostanzialmente coincidenti, pongono un'identica questione di legittimità costituzionale e, quindi, vanno riuniti e decisi con un'unica sentenza.

3.- Alitalia-Linee Aeree Italiane s.p.a., in amministrazione straordinaria (di seguito, Commissario), non è parte del processo principale in cui è stata pronunciata l'ordinanza di rimessione iscritta nel r.o. n. 225 del 2009, in quanto non è stata in esso convenuta, né vi ha spiegato intervento. Pertanto, l'intervento di tale società, in persona del Commissario straordinario, nel giudizio di legittimità costituzionale introdotto da detta ordinanza è inammissibile, dato che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, in linea generale, possono partecipare al medesimo (oltre al Presidente del Consiglio dei ministri e, nel caso di legge regionale, al Presidente della Giunta regionale) solo le parti del giudizio principale (sentenze n. 47 del 2008 e n. 314 del 2007).

La costituzione di detta società nei giudizi introdotti dalle ordinanze r.o. n. 223 e n. 224 del 2009 è, invece, ammissibile, in quanto, sebbene non costituita nei processi principali, in questi è soggetto controinteressato, poiché il ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo rimettente è stato proposto anche nei suoi confronti. Secondo la giurisprudenza costituzionale, sono infatti «parti in causa», cui va notificata l'ordinanza di rimessione, «tutti i soggetti fra i quali è in corso il giudizio principale», «restando influente se la parte si sia costituita» (v. ordinanze n. 377 e n. 13 del 2006). Dunque, dovendo l'ordinanza di rimessione essere notificata a tali «parti in causa», ai fini dell'integrazione del contraddittorio, è conseguentemente ammissibile la costituzione del Commissario in detti giudizi.

4.- In linea preliminare, devono essere esaminate le eccezioni di inammissibilità delle questioni, proposte da Alitalia-Compagnia Aerea Italiana s.p.a. (infra: CAI), dal Commissario e dall'interveniente.

4.1.- Secondo CAI, le questioni sarebbero anzitutto inammissibili per difetto di motivazione sulla rilevanza, in quanto il citato art. 4, comma 4-quinquies, conterrebbe una pluralità di norme ed i rimettenti non avrebbero precisato quale di esse abbiano inteso censurare e neppure svolto argomenti per dimostrare che i parametri costituzionali sarebbero lesi dalla norma che ha autorizzato la concentrazione, anziché da quella concernente le misure comportamentali.

Il TAR avrebbe, inoltre, ritenuto la norma in questione «postulata» dall'Autorità nell'adottare il provvedimento impugnato, evocando un'implicazione logica insufficiente ai fini della rilevanza della questione, senza neppure considerare che l'operazione di concentrazione in esame rinverrebbe fondamento in norme ulteriori. In particolare, secondo l'Avvocatura generale dello Stato, detta operazione sarebbe stata resa possibile dalla procedura di vendita disciplinata dall'art. 4, comma 4-quater, del d.l. n. 347 del 2003, convertito dalla legge n. 39 del 2004, quindi la questione sarebbe stata «mal posta». Ad avviso del Commissario, i rimettenti non avrebbero, poi, chiarito come l'eventuale dichiarazione di illegittimità della norma censurata possa influire sul provvedimento impugnato.

Secondo CAI, l'ordinanza r.o. n. 225 del 2009 ha ritenuto le misure comportamentali oggetto del provvedimento impugnato strumentali alla tutela dell'interesse dei consumatori e, benché abbia affermato che in relazione alle medesime Federconsumatori «non ha proposto

alcuna censura», avrebbe, contraddittoriamente, affermato l'interesse della ricorrente «a mettere in discussione la legittimità della stessa operazione di concentrazione». Inoltre, il giudice a quo non avrebbe considerato che Federconsumatori poteva agire a tutela dell'interesse dei consumatori e, tuttavia, non ha censurato le misure comportamentali; l'operazione di concentrazione costituiva un dato di mero fatto e avrebbe potuto avere giuridico rilievo soltanto se la ricorrente avesse dedotto che nessuna misura comportamentale poteva garantire detto interesse, non sussistendone uno astratto dei consumatori a contestare direttamente tale operazione, con conseguente irrilevanza della questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la norma concernente l'an della concentrazione.

L'Avvocatura generale dello Stato, ha, invece, eccepito il difetto di motivazione sulla rilevanza, anche sostenendo che la concentrazione «ha modificato la titolarità soggettiva» degli slot, «ma non ne ha accresciuto il numero, quindi, non ha inciso sugli equilibri di mercato». Inoltre, a suo avviso, i rimettenti avrebbero dovuto dimostrare che la concentrazione, in difetto della norma impugnata, non avrebbe superato il controllo esercitato ai sensi della legge n. 287 del 1990.

Secondo CAI ed il Commissario, la questione sarebbe, infine, inammissibile anche per difetto del requisito dell'incidentalità, poiché il rigetto delle censure concernenti i vizi propri dell'atto impugnato e l'inammissibilità dei ricorsi incidentali condizionati avrebbero comportato che unico e residuo petitum dei giudizi principali sarebbe la questione di legittimità costituzionale; in relazione a tale profilo, le fattispecie sarebbero omologhe a quella decisa da questa Corte con la sentenza n. 38 del 2009.

4.2.- Le eccezioni non sono fondate.

Le ordinanze di rimessione r.o. n. 223 e n. 224 del 2009, con motivazione sostanzialmente identica, hanno diffusamente esposto le ragioni della titolarità da parte delle ricorrenti «di una posizione di interesse legittimo e cioè di una posizione qualificata e differenziata», osservando che ognuna è «concorrente delle imprese che hanno posto in essere l'operazione di concentrazione». In particolare, hanno chiarito perché tale posizione non sussista in relazione alle misure comportamentali e sia, invece, configurabile in riferimento alle censure concernenti «la legittimità della stessa operazione di concentrazione» «presupposta dal provvedimento», sottolineando che la disciplina in materia di concentrazioni è stabilita «anche e soprattutto a tutela della libertà di concorrenza tra le imprese». I rimettenti hanno, infine, osservato che una diversa soluzione condurrebbe 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».

Secondo l'ordinanza r.o. n. 225 del 2009, la circostanza che Federconsumatori ha messo in discussione «la legittimità della stessa operazione di concentrazione», «presupposta dal provvedimento», è sufficiente a far ritenere sussistente l'interesse ad agire, poiché la disciplina in materia di concorrenza «è dettata anche a tutela dei consumatori», non rilevando, in contrario, la mancata formulazione di specifiche censure in ordine alle misure comportamentali oggetto del provvedimento impugnato.

Tutti i giudici a quibus hanno, infine, avuto cura di indicare che l'accoglimento della questione «si rifletterebbe inevitabilmente sulla legittimità dell'impugnato provvedimento».

L'ampia motivazione svolta nelle ordinanze di rimessione in ordine a detti profili ed alla rilevanza della questione rende applicabile il principio, secondo il quale il riscontro dell'interesse ad agire e «la verifica della legittimazione delle parti sono rimessi alla valutazione del giudice rimettente, attenendo entrambi alla rilevanza dell'incidente di costituzionalità e non sono suscettibili di riesame ove sorretti da una motivazione non

implausibile» (sentenze n. 50 del 2007, n. 173 del 1994, n. 124 del 1968, n. 17 del 1960). Non rientra, infatti, tra i poteri di questa Corte «quello di sindacare, in sede di ammissibilità, la validità dei presupposti di esistenza del giudizio a quo, a meno che questi non risultino manifestamente e incontrovertibilmente carenti» (sentenza n. 62 del 1992) ed essendo sufficiente che, come accaduto nella specie, l'ordinanza di rimessione argomenti non implausibilmente la rilevanza della questione di legittimità costituzionale (tra le più recenti, sentenza n. 34 del 2010).

4.2.1.- In riferimento alle specifiche deduzioni svolte dalle parti, va, anzitutto, osservato che il TAR ha censurato esclusivamente la sottrazione, da parte della norma impugnata, dell'operazione di concentrazione alla regolamentazione prevista dalla legge n. 287 del 1990, senza affatto porre in questione la disciplina dell'amministrazione straordinaria e della procedura di vendita. Il citato art. 4, comma 4-quinquies (che ha appunto ad oggetto siffatta deroga, le modalità del controllo e le misure applicabili alle operazioni di concentrazione nello stesso indicate), è, dunque, la sola norma a venire in rilievo, mentre, ai fini della rilevanza, è sufficiente che la disposizione censurata incida sulla decisione del giudizio principale, costituendo influente questione di fatto la concreta possibilità delle parti di giovare degli effetti della decisione (sentenza n. 241 del 2008).

L'ulteriore argomento dell'interveniente, concernente l'idoneità della modificazione della titolarità soggettiva degli slot ad incidere sulla concorrenza, indipendentemente da ogni considerazione in ordine alla sua fondatezza, concerne il merito, non la rilevanza della questione.

4.2.2.- Il requisito dell'incidentalità ricorre, poi, quando la questione investe una disposizione avente forza di legge, che il rimettente deve applicare, quale passaggio obbligato ai fini della risoluzione della controversia oggetto del processo principale (tra le molte, sentenze n. 151 del 2009 e n. 303 del 2007), e manca, invece, qualora il petitum del giudizio abbia ad oggetto direttamente una norma, in difetto di un atto che ad essa abbia dato applicazione (sentenza n. 84 del 2006; ordinanze n. 17 del 1999 e n. 291 del 1986).

Siffatto requisito sussiste, quindi, quando l'annullamento della norma censurata sia imprescindibile per la rimozione del provvedimento che le ha dato applicazione, a sua volta necessaria in relazione alla situazione giuridica fatta valere nel giudizio principale, come accade appunto nel caso delle «leggi o norme-provvedimento» (tale è la disposizione in esame, come si precisa di seguito). Diversamente, sarebbe, infatti, negata «ogni garanzia» ed «ogni controllo» (così sin dalla sentenza n. 59 del 1957), dato che, in riferimento a norme aventi tale carattere, la tutela dei soggetti viene a connotarsi «secondo il regime tipico dell'atto legislativo adottato, trasferendosi dall'ambito della giustizia amministrativa a quello proprio della giustizia costituzionale» (ex plurimis, sentenze n. 241 del 2008, n. 62 del 1993).

In definitiva, quando il rapporto che intercorre tra il provvedimento impugnato nel giudizio principale e la norma è di «mera esecuzione» e, nondimeno, l'adozione del primo sia indispensabile per la produzione degli effetti previsti dalla seconda, sussiste l'incidentalità della questione, in virtù di un principio in questi termini enunciato anche dalla sentenza n. 38 del 2009, non pertinentemente richiamata a conforto dell'eccezione di inammissibilità.

5.- Secondo CAI, le questioni sarebbero inammissibili anche in quanto i rimettenti avrebbero chiesto una pronuncia di tipo sostitutivo, omettendo di indicare una soluzione costituzionalmente obbligata. Inoltre, il TAR avrebbe contraddittoriamente riconosciuto la rilevanza dell'interesse tutelato dal citato art. 4, comma 4-quinquies, (identificato in quello di garantire la continuità di un servizio pubblico essenziale) e negato che «il legislatore ne abbia spiegato la sostanza». Peraltro, a suo avviso, qualora si ritenga che i rimettenti abbiano chiesto una pronuncia di mero annullamento della norma, le questioni sarebbero egualmente inammissibili, poiché il loro eventuale accoglimento comprometterebbe detto interesse,

ritenuto meritevole di tutela dallo stesso TAR.

L'eccezione non è fondata.

I giudici a quibus deducono che la norma censurata avrebbe «sottratto» all'Autorità «il compito di svolgere il procedimento di cui alla legge n. 287 del 1990» e, in buona sostanza, sostengono che l'accoglimento della questione renderebbe applicabile la disciplina prevista da detta legge. Pertanto, non hanno chiesto nessuna addizione ed il petitum consiste nella richiesta di annullamento della norma, mentre il giudizio di prevalenza dell'interesse dalla stessa tutelato rispetto agli altri interessi in gioco attiene al merito, non all'ammissibilità della questione.

6.- Il Commissario ha, infine, eccepito l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale (eccezione esaminabile in riferimento ai giudizi introdotti dalle ordinanze r.o. n. 223 e n. 224 del 2009), a causa della mancata sperimentazione dell'interpretazione adeguatrice e del difetto di motivazione sulla non manifesta infondatezza. A suo avviso, e secondo CAI, il TAR avrebbe, inoltre, evocato gli artt. 3 e 41 Cost. in modo confuso ed eterogeneo, senza chiarire in cosa consisterebbe la dedotta disparità di trattamento, facendo riferimento talora alla ragionevolezza, talaltra alla libertà di concorrenza, talaltra, ancora, alla parità di trattamento.

Anche questa eccezione non è fondata.

Relativamente al primo profilo, è sufficiente osservare che la formulazione lessicale della disposizione non permette un'interpretazione diversa da quella fornita dai rimettenti (ritenuta lesiva degli artt. 3 e 41 Cost.). In ordine al secondo profilo, va sottolineato che le ordinanze di rimessione hanno svolto ampie argomentazioni a conforto delle censure e l'eccezione ne pone in discussione la fondatezza e la congruità, con osservazioni concernenti il merito, non l'ammissibilità della questione.

7.- Nel merito, la questione non è fondata.

7.1.- La disposizione censurata è contenuta in un atto normativo che, per quanto qui interessa, ha modificato la procedura di amministrazione straordinaria preordinata a garantire la gestione delle crisi di imprese di grandissime dimensioni, introdotta dal decreto-legge n. 347 del 2003, convertito dalla legge n. 39 del 2004. Il d.l. n. 347 del 2003, in particolare, dispone che alla procedura possa darsi corso, tra l'altro, quando si intenda realizzare il risanamento dell'impresa, anche mediante un piano di cessione dei complessi aziendali inserito all'interno di un programma finalizzato ad assicurare la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa in crisi, nonché nel caso in cui il riequilibrio sia perseguito mediante la cessione di semplici complessi di beni e contratti, regolando le modalità di tale cessione. L'operazione di concentrazione oggetto del provvedimento impugnato nei giudizi principali è relativa all'acquisizione di alcuni rami d'azienda di società sottoposte ad amministrazione straordinaria e di altre società; e consiste precisamente «nell'acquisizione [...] di taluni beni e rapporti giuridici» di un gruppo di società in amministrazione straordinaria e «del controllo esclusivo delle società» facenti parte di un altro gruppo (così, la premessa ed il paragrafo 4 di detto provvedimento).

Le modifiche della disciplina dell'amministrazione straordinaria e le modalità della cessione dei beni, tuttavia, non vengono in rilievo, dato che non sono state prese in considerazione dai giudici rimettenti, i quali hanno censurato esclusivamente la regolamentazione del controllo della concentrazione, in riferimento alla disciplina antitrust, stabilita dal citato art. 4, comma 4-quinquies, dubitando della legittimità costituzionale di questa sola norma.

7.2.- Il primo profilo rilevante ai fini della decisione concerne la qualificazione della

disposizione censurata come «norma-provvedimento», che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, va affermata quando essa «incide su un numero determinato e molto limitato di destinatari ed ha contenuto particolare e concreto» (sentenze n. 267 del 2007, n. 2 del 1997), anche in quanto ispirata da particolari esigenze (sentenza n. 429 del 2002).

Nella specie, più elementi depongono nel senso della natura provvedimentale del citato art. 4, comma 4-quinquies. In primo luogo, la norma è stata inserita da un decreto-legge composto da cinque disposizioni (l'ultima si limita a stabilire l'immediata efficacia dell'atto normativo), una delle quali reca un'altra norma concernente, significativamente, soltanto Alitalia-Linee Aeree Italiane s.p.a., Alitalia Servizi s.p.a. e le società da queste controllate (art. 3, comma 1). In secondo luogo, il limite temporale della norma censurata, unitamente alle condizioni di applicabilità della medesima, l'hanno resa applicabile, in sostanza, alla sola operazione di concentrazione oggetto dei giudizi principali. In terzo luogo, il rilievo di detta norma nella definizione della citata vicenda, nonché la coincidenza temporale tra approvazione, entrata in vigore della medesima e perfezionamento della concentrazione costituiscono indici sintomatici della riferibilità della disposizione soltanto a quella fattispecie. D'altra parte, il riferimento costante, nel corso dei lavori preparatori, alla concentrazione oggetto dei giudizi principali, indipendentemente dalle divergenti valutazioni offerte in ordine all'opportunità della scelta operata, alla luce del ristretto orizzonte temporale della norma e dei presupposti della deroga, ne conferma il carattere provvedimentale.

La natura di «norma-provvedimento» del citato art. 4, comma 4-quinquies, tuttavia, da sola, non incide sulla legittimità della disposizione. Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, la legge ordinaria può, infatti, attrarre nella propria sfera di disciplina oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa (tra le più recenti, sentenza n. 137 del 2009, n. 288 del 2008 e n. 267 del 2007) e tale carattere comporta soltanto che in detta ipotesi la legge deve osservare, per quanto qui interessa, limiti generali, in breve il principio di ragionevolezza e non arbitrarietà, ed è soggetta ad uno scrutinio stretto di costituzionalità (alle pronunce sopra richiamate, adde sentenze n. 429 del 2002, n. 185 del 1998, n. 153 e n. 2 del 1997).

La legittimità di questo tipo di leggi va, in particolare, «valutata in relazione al loro specifico contenuto» (sentenze n. 137 del 2009, n. 267 del 2007 e n. 492 del 1995) e devono risultare i criteri che ispirano le scelte con esse realizzate, nonché le relative modalità di attuazione (sentenza n. 137 del 2009). Peraltro, poiché la motivazione non inerisce agli atti legislativi (sentenza n. 12 del 2006), è sufficiente che detti criteri, gli interessi oggetto di tutela e la ratio della norma siano desumibili dalla norma stessa, anche in via interpretativa, in base agli ordinari strumenti ermeneutici, fermo restando che il sindacato di questa Corte sulla eventuale irragionevolezza della scelta compiuta dal legislatore «non può spingersi fino a considerare la consistenza degli elementi di fatto posti a base della scelta medesima» (sentenze n. 347 del 1995 e n. 66 del 1992).

8.- La norma è censurata nella parte in cui, autorizzando l'operazione di concentrazione oggetto dei giudizi principali in deroga al procedimento prescritto dalla legge n. 287 del 1990, determinerebbe una compressione della libertà di concorrenza in assenza di ragionevoli giustificazioni e per ciò stesso violerebbe gli artt. 3 e 41 della Costituzione.

I parametri evocati dal TAR esigono di ricordare che questa Corte, nelle più risalenti pronunce concernenti l'art. 41 Cost., ha sottolineato che la «libertà di concorrenza» costituisce manifestazione della libertà d'iniziativa economica privata, che, ai sensi del secondo e del terzo comma di tale disposizione, è suscettibile di limitazioni giustificate da ragioni di «utilità sociale» e da «fini sociali» (sentenze n. 46 del 1963 e n. 97 del 1969). In seguito, è stata offerta una nozione più ampia della garanzia della libertà di concorrenza ed è stato osservato, in primo luogo, che essa ha «una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione

della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi» (sentenza n. 223 del 1982); in secondo luogo, che la concorrenza costituisce un «valore basilare della libertà di iniziativa economica [...] funzionale alla protezione degli interessi dei consumatori» (sentenza n. 241 del 1990). Emerge in questa lettura dell'art. 41 Cost., particolarmente del primo comma, lo stretto collegamento logico-sistematico con l'art. 3 della Costituzione.

Le più recenti decisioni di questa Corte, dopo la modifica dell'art. 117 Cost. ad opera della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) e la previsione della «tutela della concorrenza» come materia attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, hanno posto in luce che la nozione interna di concorrenza riflette «quella posta dall'ordinamento comunitario» (sentenze n. 45 del 2010, n. 430 del 2007 e n. 12 del 2004). In particolare, si è rilevato che detta locuzione «comprende, tra l'altro, interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali: le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione; le misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche. In tale maniera, vengono perseguite finalità di ampliamento dell'area di libera scelta sia dei cittadini, sia delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi» (sentenze n. 430 e n. 401 del 2007). «Si tratta, in altri termini, dell'aspetto più precisamente di promozione della concorrenza, che è una delle leve della politica economica del Paese» (sentenze n. 80 del 2006, n. 242 del 2005, n. 175 del 2005 e n. 272 del 2004). A detta materia sono state, quindi, ricondotte, ad esempio, le misure volte a evitare che un operatore estenda la propria posizione dominante in altri mercati (sentenza n. 326 del 2008), ovvero a scongiurare «pratiche abusive a danno dei consumatori» (sentenza n. 51 del 2008), oppure a garantire la piena apertura del mercato (sentenza n. 320 del 2008), non quelle che «lo riducono o lo eliminano» (sentenza n. 430 del 2007; analogamente, sentenze n. 63 del 2008 e n. 431 del 2007).

8.1.- Nell'interpretare le clausole generali «utilità sociale» e «fini sociali» contenute nell'art. 41, secondo e terzo comma, Cost., questa Corte, sin dalle pronunce più risalenti, ha affermato che le ragioni ad esse riconducibili «non devono necessariamente risultare da esplicite dichiarazioni del legislatore» (sentenza n. 46 del 1963, ove sono richiamate le sentenze n. 5 e n. 54 del 1962), assumendo in seguito come «principio ripetutamente affermato» quello secondo il quale il giudizio in ordine «all'utilità sociale alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere sui diritti dell'iniziativa economica privata concerne solo la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo» (sentenze n. 63 del 1991, n. 388 del 1992 e n. 446 del 1988). La successiva giurisprudenza ha confermato che le esigenze di «utilità sociale» devono essere bilanciate con la concorrenza (sentenza n. 386 del 1996; analogamente, sentenza n. 241 del 1990) e va qui ribadita la necessità che l'individuazione delle medesime «non appaia arbitraria» e che esse non siano perseguite dal legislatore mediante misure palesemente incongrue (sentenza n. 548 del 1990; nello stesso senso, sentenze n. 152 del 2010 e n. 167 del 2009), assumendo rilievo in tale valutazione anche il «carattere temporalmente limitato della disciplina» che le prevede (sentenza n. 94 del 2009). La necessità che dette misure siano ragionevoli e non realizzino una ingiustificata disparità di trattamento rende chiara la correlazione, ancora una volta, tra gli artt. 3 e 41 Cost.

Alle clausole generali in esame sono stati ricondotti anche interessi qualificati in vario modo e collegati alla sfera economica, quali, in particolare, quelli attinenti alla esigenza di protezione di una data produzione (sentenza n. 20 del 1980), ovvero a quella «di salvaguardare l'equilibrio di mercato tra domanda ed offerta» in un determinato settore (sentenza n. 63 del

1991), oppure strumentali a garantire i valori della concorrenzialità e competitività delle imprese (sentenza n. 439 del 1991), o anche «l'esigenza di interesse generale di riconoscimento e valorizzazione del ruolo» di imprese di determinate dimensioni (sentenza n. 64 del 2007). In definitiva, è stato rilevato, nella sostanza, che la sfera di autonomia privata e la concorrenza non ricevono «dall'ordinamento una protezione assoluta» e possono, quindi, subire le limitazioni ed essere sottoposte al coordinamento necessario «a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti» (sentenza n. 279 del 2006, ordinanza n. 162 del 2009).

8.2.- Nonostante, peraltro, il ricordato rilievo dato in qualche occasione al bilanciamento tra utilità sociale e concorrenza, la giurisprudenza di questa Corte ha affrontato solo indirettamente il rapporto tra concorrenza e regolazione generale e il profilo dell'equilibrio tra l'esigenza di apertura del mercato e di garanzia dell'assetto concorrenziale rispetto alle condotte degli attori del mercato stesso, cioè imprese e consumatori, da una parte; e, dall'altra, la tutela degli interessi diversi, di rango costituzionale, individuati nell'art. 41, secondo e terzo comma, Cost., che possono venire in rilievo e la tutela dei quali richiede un bilanciamento con la concorrenza. Eppure, è chiaro che il parametro costituzionale in esame, stabilendo che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con «l'utilità sociale» ed in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, e prevedendo che l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a «fini sociali», consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito.

Beninteso, la dovuta coerenza con l'ordinamento comunitario, in particolare con il principio che «il mercato interno ai sensi dell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata» (Protocollo n. 27 sul mercato interno e la concorrenza, allegato al Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che conferma l'art. 3, lettera g, del Trattato CE), comporta il carattere derogatorio e per ciò stesso eccezionale di questa regolazione. In altri termini, occorre che siffatto intervento del legislatore costituisca la sola misura in grado di garantire al giusto la tutela di quegli interessi.

I criteri utilizzati normalmente nella valutazione antitrust di una operazione di concentrazione sono, infatti, collegati, direttamente o indirettamente, al fine di garantire un assetto concorrenziale del mercato: la considerazione delle quote dalle quali si parte a quelle cui si perviene, la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante, l'ostacolo significativo alla concorrenza, il potenziale pregiudizio per i consumatori, fino al test di efficienza anche interna dell'esito dell'operazione e al rilievo particolare e specifico dell'acquisizione di un'impresa in stato d'insolvenza. È questa, in sintesi, la valutazione spettante ad un'autorità indipendente al fine di autorizzare un'operazione di concentrazione, che il nostro ordinamento giuridico, in virtù della legge 287 del 1990, chiede all'Autorità antitrust e che quest'ultima ha svolto negli ultimi vent'anni. Si tratta di una valutazione che va al di là del controllo ex post sulla condotta delle imprese tipico della funzione di garanzia e, proprio in quanto si esercita ex ante, cioè su un progetto di concentrazione, finisce per avvicinarsi e toccare il confine tra tutela della concorrenza e regolazione del mercato. Ciò nonostante, è pur sempre una valutazione prevalentemente economica, che resta coerente con la natura tecnica e indipendente dell'Autorità, in quanto limitata alla verifica del perseguimento dei cosiddetti obiettivi economici del mercato, in particolare del suo assetto concorrenziale.

8.3.- La valutazione richiesta per le operazioni di concentrazione di dimensione nazionale, qual è quella oggetto dei giudizi principali, come non implausibilmente ritenuto dai rimettenti, è ispirata ai criteri che sovrintendono a quella svolta dalla Commissione europea, Direzione generale concorrenza, delle concentrazioni di dimensione comunitaria. La relativa disciplina è contenuta nel regolamento 20 gennaio 2004, n. 139 (Regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese - «Regolamento comunitario sulle concentrazioni»),

completato, per quanto qui soprattutto interessa, dalla Comunicazione della Commissione 5 febbraio 2004, n. 2004/C31/03, recante gli «Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese» (infra: Orientamenti). Anche la disciplina del controllo delle concentrazioni di dimensioni comunitarie contiene criteri di valutazione strumentali a finalizzarla ai cosiddetti obiettivi economici del mercato unico.

Il regolamento n. 139 del 2004 consente, in particolare, di apprezzare le eventuali efficienze generate dalle concentrazioni. La valutazione delle concentrazioni tiene conto sia dell'incidenza delle medesime sulle imprese concorrenti, sia della circostanza che, ai fini della dichiarazione di incompatibilità, rileva anche l'idoneità delle stesse a cagionare un danno ai consumatori. Il criterio di valutazione fondato sul test di efficienza «è che i consumatori non devono ritrovarsi in una situazione peggiore a seguito della concentrazione»; «a tal fine, i miglioramenti di efficienza devono essere considerevoli e tempestivi e, in linea di principio, apportare dei vantaggi ai consumatori in quei mercati rilevanti nei quali sarebbero altrimenti probabili problemi sotto il profilo della concorrenza» (Orientamenti, paragrafo 79).

Una concentrazione valutata negativamente può, inoltre, essere ritenuta «compatibile con il mercato comune, se una delle imprese partecipanti alla concentrazione versa in stato di crisi», in base ad un apprezzamento condotto sulla scorta di criteri prestabiliti (Orientamenti, paragrafi 89-90). Peraltro, anche anteriormente al regolamento n. 139 del 2004, la circostanza che l'impresa da salvare potesse rischiare altrimenti di uscire dal mercato è stata ritenuta un fattore suscettibile di positiva valutazione. Né è mancato, nella prassi della Commissione, il rilievo che «un'autorizzazione della concentrazione subordinata a condizioni appropriate» può, eventualmente, essere «più favorevole per gli utenti di un deterioramento della struttura del mercato causato dalla potenziale cessazione delle attività» da parte di una determinata impresa, specie quando entrano in gioco interessi rilevanti non riconducibili solo e/o direttamente all'assetto concorrenziale del mercato, come ad esempio il pluralismo dell'informazione (Commissione europea, decisione del 2 aprile 2003, caso COMP/M.2876, Newscorp/Telepiù).

Il citato regolamento presuppone, poi, l'esistenza di norme antitrust nazionali, ma non necessariamente di norme che impongono l'autorizzazione preventiva alle concentrazioni.

L'art. 21, paragrafo 4, del regolamento n. 139 del 2004 stabilisce, infine, che «gli Stati membri possono adottare opportuni provvedimenti per tutelare legittimi interessi diversi da quelli presi in considerazione» dal medesimo, nei limiti dallo stesso stabiliti e compatibili con i principi del diritto comunitario. Il fatto, poi, che il rispetto di tale limite sia verificato dalla Commissione, e in ultima analisi dal giudice comunitario, non ne esclude l'idoneità ad incidere sull'esito della concentrazione, in quanto il controllo vale solo a distinguere gli interventi a fini protezionistici degli Stati da quelli dovuti ad interessi pubblici legittimi diversi dalla concorrenza (Commissione europea, Relazione sulla politica della concorrenza 2009, del 3 giugno 2010).

8.4.- La rilevanza dei molteplici interessi coinvolti dalle operazioni di concentrazione, ai fini della valutazione delle medesime, risulta anche dalla disciplina stabilita in altri Stati membri dell'Unione europea. In Francia, ad esempio, è prevista la possibilità di sottrarre all'Autorità antitrust il potere di autorizzare una determinata concentrazione, quando entrano in considerazione «motivi di interesse generale diversi dalla protezione della concorrenza», che con questa devono essere bilanciati (l'art. L 430-7-1 II del codice di commercio, come risultante dalla legge 4 agosto 2008, n. 776, prevede il potere del Ministro dell'economia di avocare il caso, in presenza di «motivi di interesse generale» non meglio precisati dalla norma). In Germania è previsto il potere del Ministro dell'economia, all'esito di uno specifico procedimento, di stabilire per le imprese vincoli e condizioni, di autorizzare operazioni di concentrazione in precedenza vietate dall'Autorità di concorrenza; e ciò per ragioni di

interesse generale, qualora la limitazione della concorrenza sia «compensata dai vantaggi che si rinvergono per l'economia generale oppure se la concentrazione viene giustificata da un preminente interesse della collettività» (art. 42 GWB, legge sulla concorrenza). Nel Regno Unito, l'Enterprise Act del 2002, sezione 42, prevede il potere di intervento del Segretario di Stato competente per gli Affari e l'Impresa quando ritiene che sulla valutazione della concentrazione possono incidere «considerazioni di pubblico interesse», in particolare nel settore della sicurezza nazionale e dei media. Inoltre, lo stesso Segretario di Stato può aggiungere ulteriori motivi di interesse pubblico anche rispetto ad una specifica concentrazione, con l'approvazione del Parlamento entro 28 giorni (motivo della stabilità del sistema finanziario nazionale, ad esempio, fatto prevalere nel caso dell'acquisizione della Halifax Bank of Scotland da parte della Lloyds TSB nel 2008, sui rischi dell'operazione per la concorrenza).

8.5.- Siffatta possibilità è prevista anche nel nostro ordinamento dall'art. 25 della legge n. 287 del 1990. Tale norma stabilisce che «Il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato determina in linea generale e preventiva i criteri sulla base dei quali l'Autorità può eccezionalmente autorizzare, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell'art. 6, sempreché esse non comportino la eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti» e prescrivendo «le misure necessarie per il ristabilimento di condizioni di piena concorrenza entro un termine prefissato».

All'interno delle figure tipizzate dal diritto antitrust, le concentrazioni fruiscono, in definitiva, di una disciplina complessivamente più flessibile, vuoi in quanto sottoposte ad un controllo ordinariamente, ma non necessariamente, preventivo, vuoi in quanto possono essere, in alcuni casi eccezionali, suscettibili di una valutazione che può adeguatamente tenere conto dell'esigenza di tutelare preminenti interessi generali diversi da quelli collegati all'obiettivo di garantire un assetto competitivo del mercato. L'attenzione per questi interessi diversi si può tradurre in un potere di valutazione, in sostanza di regolazione generale, comunque non tecnica, demandato normalmente all'autorità politica, eventualmente in aggiunta o in sostituzione dell'Autorità indipendente preposta al controllo antitrust. La funzione di garanzia a questa spettante rimane, beninteso, anche in questa ipotesi inalterata quanto al controllo ex post degli esiti della concentrazione, in particolare rispetto al divieto di abuso di posizione dominante.

9.- Nel quadro di tali principi, alla luce del generale contesto normativo di riferimento, il citato art. 4, comma 4-quinquies, risulta immune dalle censure proposte dai rimettenti.

La disciplina del controllo delle concentrazioni stabilita dalla legge n. 287 del 1990, che fa espressa applicazione dell'art. 41 Cost., è caratterizzata dall'attribuzione in via generale all'Autorità del compito di valutare se esse comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza, stabilendo le misure necessarie per porvi rimedio. Inoltre, l'art. 25 della legge n. 287 del 1990 contempla uno specifico meccanismo per tutelare interessi diversi dalla concorrenza. Tale disciplina, tuttavia, non è a contenuto costituzionalmente vincolato. Il legislatore ordinario può, infatti, prevedere la possibilità di autorizzare operazioni di concentrazione in vista del temperamento con altri interessi costituzionalmente rilevanti, diversi da quelli inerenti all'assetto concorrenziale del mercato.

Nel caso in esame, peraltro, il legislatore è intervenuto con una norma-provvedimento, sì che lo scrutinio di ragionevolezza al quale questa va sottoposta richiede di accertare in maniera stringente se siano identificabili interessi in grado di giustificarla, desumibili anche in via interpretativa, e se sia stata realizzata una scelta proporzionata ed adeguata, fermo restando che tale scrutinio di costituzionalità non può spingersi sino a valutare

autonomamente gli elementi di fatto posti a base della scelta.

Tale verifica ha esito positivo. Il citato art. 4, comma 4-quinquies, indica che le operazioni di concentrazione da esso considerate rispondono «a preminenti interessi generali», con formula che assume concretezza alla luce del contesto nel quale la norma è inserita e dei lavori preparatori. La considerazione che la disposizione è contenuta in un decreto-legge è, anzitutto, sintomatica della necessità di provvedere in via d'urgenza; il riferimento, contenuto nella premessa di tale atto normativo, all'esigenza di modificare la procedura di amministrazione straordinaria per le imprese di grandissime dimensioni, «individuando una specifica disciplina per le grandi imprese operanti nei settori dei servizi pubblici essenziali volta a garantire la continuità nella prestazione di tali servizi», e l'inserimento della medesima nella legge che la regola, fanno, inoltre, emergere le ragioni della scelta.

Nella specie occorreva fronteggiare una situazione di gravissima crisi di un'impresa (come dimostra la sottoposizione della medesima all'amministrazione straordinaria), che svolgeva un servizio pubblico essenziale del quale doveva essere garantita la continuità (circostanza, quest'ultima, espressamente condivisa dai rimettenti), peraltro in un settore particolare, notoriamente di importanza strategica per l'economia nazionale, meritevole di distinta considerazione, che esigeva di scongiurare distorsioni ed interruzioni suscettibili di ricadute sistemiche in ulteriori comparti. Il legislatore ordinario ha dunque inteso realizzare un intervento diretto a garantirne la continuità ed a permettere la conservazione del rilevante valore dell'azienda (costituita da una pluralità di beni e rapporti, di varia natura), al fine di scongiurare, in tal modo, anche una grave crisi occupazionale.

Di tale obiettivo danno ampio conto i lavori preparatori. Dagli interventi al Senato ed alla Camera, nelle Commissioni ed in Assemblea, risulta, infatti, che è stato continuo il riferimento alla «necessità di un'azione importante ed ampia per il salvataggio dell'Alitalia» e traspare costante il convincimento della ritenuta strumentalità della norma in esame rispetto a tale obiettivo. Emerge univoco l'intento di garantire la continuità del trasporto aereo su tutte le rotte nazionali, anche su quelle economicamente non convenienti, e di evitare la dissoluzione di un'impresa di rilevanti dimensioni e la dispersione del valore aziendale, in vista della tutela dei livelli occupazionali e di esigenze strategiche dell'economia nazionale. Questi interessi, sebbene attengano, prevalentemente, alla sfera economica, per le osservazioni dianzi svolte, ed in considerazione della gravità della congiuntura economica e della peculiarità del settore di riferimento, sono riconducibili alle ragioni di «utilità sociale» ed ai «fini sociali» (art. 41 Cost.) che giustificano uno specifico, eccezionale, intervento di regolazione estraneo alla sfera di competenza dell'Autorità indipendente.

La considerazione che siffatta scelta, dal punto di vista dell'obiettivo generale perseguito e dello strumento utilizzato, neppure è eccentrica rispetto al contesto normativo di riferimento suffraga, inoltre, l'inesistenza di profili di irragionevolezza. La soluzione privilegiata dalla disposizione in esame può essere iscritta, infatti, nella nuova modalità di approccio alla crisi dell'impresa che caratterizza il nostro ordinamento, alla quale è stata ispirata anche la riforma della legge fallimentare, connotata dal superamento della concezione liquidatoria dell'impresa, in favore di quella diretta alla conservazione del valore dell'azienda, per fini di utilità sociale (tra questi, la tutela del lavoro), conseguibile anche mediante cessioni e concentrazioni.

Se, in definitiva, il bilanciamento di una molteplicità di interessi impone una scelta non tipica del controllo antitrust, ma, in sostanza, caratterizzata da una connotazione di politica economica e di regolazione del mercato imposta da una situazione eccezionale, questa scelta non può essere giudicata irragionevole per il solo fatto di essere stata operata mediante un atto legislativo.

10.- Una volta identificati gli interessi generali costituzionalmente rilevanti che, anche alla luce delle peculiarità della fase economica e del servizio pubblico espletato dalle imprese

coinvolte nella concentrazione, sono riconducibili alle clausole generali «utilità sociale» e «fini sociali» dell'art. 41, secondo e terzo comma, Cost., la soluzione realizzata per garantirne la tutela resiste al necessario test di proporzionalità al quale va sottoposta.

L'esame del contesto generale di riferimento ha, anzitutto, evidenziato che la disciplina rilevante della concorrenza permette di tenere conto di detti interessi e di valorizzarli anche al fine di una particolare conformazione del controllo delle concentrazioni.

È poi particolarmente significativo che il citato art. 4, comma 4-quinquies, sebbene abbia introdotto una deroga della disciplina di regola applicabile, in riferimento al potere dell'Autorità di prescrivere misure strutturali e di esercitare i poteri previsti dall'art. 6, comma 2, della legge n. 287 del 1990, ha mantenuto fermi gli artt. 2 e 3 della medesima e, quindi, la possibilità di colpire ex post l'eventuale abuso di posizione dominante che seguisse alla concentrazione. A questo fine, va considerato che l'art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea è applicabile da parte delle autorità antitrust nazionali anche ad una posizione dominante che consegua ad una concentrazione di dimensione nazionale, ciò che rafforza il potere dell'Autorità di intervenire, comunque, con misure volte ad evitare lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante.

Il legislatore ordinario ha, altresì, dimostrato attenzione all'interesse dei consumatori (obiettivo, nella specie, di rilievo, alla luce dell'intento di garantire il mantenimento di un servizio di trasporto fondamentale per il nostro Paese, su tutte le rotte), che, come sopra evidenziato, in ogni latitudine costituisce oggetto di specifica considerazione nella disciplina delle concentrazioni. La norma in esame ha, infatti, mantenuto fermo il potere dell'Autorità di stabilire le misure comportamentali idonee a garantire i consumatori, e neppure ha inciso sulla possibilità di esercitare un controllo continuo e di adottarle in tempi diversi, conformandole e modulandole in vario modo, anche temporaneamente, tenendo conto a tal fine dell'evoluzione del mercato e dell'incidenza di questa sugli interessi dei consumatori.

Si tratta di un profilo di sicuro rilievo nel giudizio di proporzionalità della misura; per apprezzarne l'importanza, è sufficiente ricordare che la Commissione europea, benché abbia ritenuto che «gli impegni di natura strutturale [...] sono in linea di principio preferibili in base allo scopo del regolamento sulle concentrazioni [...]», nondimeno, ha precisato che neppure si può «escludere automaticamente la possibilità che anche altri tipi di impegni siano atti a prevenire un ostacolo significativo alla concorrenza effettiva» (paragrafo 15 della comunicazione 22 ottobre 2008 n. 2008/C267/01, recante «Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento CE n. 139/2004 del Consiglio e del regolamento CE n. 802/2004 della Commissione»).

Il regolamento n. 139 del 2004, come è stato ricordato, stabilisce, poi, quale limite invalicabile di una favorevole valutazione delle concentrazioni, la circostanza che

esse non devono comportare «un pregiudizio durevole per la concorrenza». In relazione a questo profilo, il citato art. 4, comma 4-quinquies, ha attribuito all'Autorità il potere di definire «il termine, comunque non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio eventualmente determinatesi devono cessare». Il carattere transitorio della deroga del potere dell'Autorità di disporre determinate misure concorre, pertanto, a fare escludere l'irragionevolezza della norma e la violazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione.

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

dichiara inammissibile l'intervento della Alitalia-Linee Aeree Italiane s.p.a., in amministrazione straordinaria, in persona del Commissario straordinario, nel giudizio introdotto dall'ordinanza iscritta nel r.o. n. 225 del 2009;

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 4-quinquies, del decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347 (Misure urgenti per la ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza), convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39, introdotto dall'articolo 1, comma 10, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134 (Disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi), convertito, con modificazioni, dalla legge 27 ottobre 2008, n. 166, sollevata, in riferimento agli articoli 3 e 41 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio, con le ordinanze indicate in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 23 giugno 2010.

F.to:

Francesco AMIRANTE, Presidente

Giuseppe TESAURO, Redattore

Giuseppe DI PAOLA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 22 luglio 2010.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: DI PAOLA

Le sentenze e le ordinanze della Corte costituzionale sono pubblicate nella prima serie speciale della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (a norma degli artt. 3 della legge 11 dicembre 1984, n. 839 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 1985, n. 1092) e nella Raccolta Ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale (a norma dell'art. 29 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, approvate dalla Corte costituzionale il 16 marzo 1956).

Il testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale fa interamente fede e prevale in caso di divergenza.