

TRIBUNALE AMM.VO REGIONALE PER LA LOMBARDIA

MILANO

RICORRE

EUROWINGS GmbH, compagnia aerea tedesca con sede legale in Grossenbaumer Weg 6 - 40472 Duesseldorf (Germania), iscritta con il n. HRB 66807 presso il Registro Commerciale di Duesseldorf (Germania), codice fiscale/P.IVA tedesca: DE 133500868, (di seguito, abbreviata anche in “*Ricorrente*”), in persona dei propri Amministratori Delegati e legali rappresentanti *p.t.* Sig. Joerg Beissel e Michael Knitter, rapp.ta e difesa, per procura speciale rilasciata davanti al Dott. Christoph Neuhaus, Notaio in Colonia (Germania) il 12 Gennaio 2017 (procura speciale non soggetta ad *Apostille* per legalizzazione internazionale in virtù della “*Convenzione tra la Repubblica Italiana e la Repubblica Federale di Germania in materia di esenzione dalla legalizzazione degli atti*” firmata a Roma il 7 Giugno 1969, ratificata dall’Italia con Legge del 18 Aprile 1973 n. 176, ed entrata in vigore il 5 Maggio 1975), sia unitamente che disgiuntamente dagli **Avvocati Salvatore VITALE** (c.f. VTLSVT58E02H501F, pec: salvatorevitale@ordineavvocatiroma.org), **Alessandro BIAMONTE** (c.f. BMNLSN70R10F839N, pec: alessandro.biamonte@pec.it) ed **Alfredo IADANZA LANZARO** (c.f. DNZLRD76S30F839W, pec: avvalfredo.iadanzalanzaro@pecavvocatiisernia.it), ed elettivamente domiciliata ai fini del presente procedimento presso lo Studio dell’Avv. Aysu Melis Bostancioglu, in Milano, Via Maddalena 1.

CONTRO

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI, in persona del Ministro *p.t.*, rapp.to e difeso *ope legis* dall’Avvocatura Distrettuale

dello Stato, in Via Freguglia, 1, 20100 MILANO (di seguito, abbreviato anche in “*Ministero*”);

NONCHE’ NEI CONFRONTI DI

- 1) **ENAC - Ente Nazionale per l’Aviazione Civile**, in persona del legale rapp.te *p.t.*, rapp.ta e difesa *ope legis* dall’Avvocatura Distrettuale dello Stato, in Via Freguglia, 1, 20100 MILANO (di seguito: “*ENAC*”);
- 2) **ASSOCLEARANCE - Associazione Italiana Gestione Clearance e Slots**, in persona del legale rapp.te *p.t.*, con sede in Piazzale degli Archivi, 41, 00144 ROMA (di seguito: “*Assoclearance*”);
- 3) **ALITALIA – COMPAGNIA AEREA ITALIANA S.p.A.**, in persona del legale rapp.te *p.t.*, con sede in Piazza Almerico da Schio, 00054 FIUMICINO (RM) (di seguito: “*CAI*”);
- 4) **ALITALIA – SOCIETA’ AEREA ITALIANA S.p.A.**, in persona del legale rapp.te *p.t.*, con sede in Via A. Nasseti Pal. NHQ, 00054 FIUMICINO (RM) (di seguito: “*Alitalia*”);
- 5) **MERIDIANA FLY S.p.A.**, in persona del legale rapp.te *p.t.*, con sede in Centro Direzionale Aeroporto, 07026 - OLBIA (SS) (di seguito: “*Meridiana*”).

PER L’ANNULLAMENTO

Previa concessione di misure cautelari

del Decreto Ministeriale 18.11.2016, n. 385 pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 279 del 29.11.2016 (di seguito, anche citato come: “Decreto Delrio”), che abroga e sostituisce il decreto 01.10.2014, n. 395 concernente la ripartizione del traffico aereo sul sistema aeroportuale milanese (il c.d. “Decreto Lupi”).

FATTO

1. Occorre prendere le mosse dai procedimenti giurisdizionali dinanzi a Codesto Ill.mo T.A.R. Lombardia - Milano aventi ad oggetto l'annullamento del c.d. Decreto Lupi, che aveva riformato -ad Ottobre 2014- i precedenti Decreti Ministeriali 3 marzo 2000 e 5 gennaio 2001 (c.d. "**Decreti Bersani**") concernenti la ripartizione del traffico aereo sul sistema aeroportuale milanese, emessi ad inizio anni 2000 in seguito ad una lunga e complicata controversia tra il Governo italiano e la Commissione UE dovuta all'intenzione dello stesso Governo di spostare dall'aeroporto di Linate a quello di Malpensa un gran numero di voli e collegamenti, al fine di supportare la funzione di "*hub*" dell'aeroporto di Malpensa.
2. Con sentenze N. 01443/2016 e N. 01445/2016 del 25.05.2016, Codesto Ill.mo T.A.R., in accoglimento dei ricorsi, relativamente al motivo *della mancata previa consultazione da parte dello Stato Italiano delle compagnie aeree interessate ad operare su Linate*, come ribadito dal diniego di approvazione da parte della Commissione UE ("**DECISIONE DI ESECUZIONE (UE) 2015/2415 DELLA COMMISSIONE del 17 dicembre 2015 relativa all'approvazione, a norma dell'articolo 19 del regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, delle norme di distribuzione del traffico modificate per gli aeroporti di Milano Malpensa, Milano Linate e Orio al Serio (Bergamo) [notificata con il numero C(2015) 9177] del Decreto Lupi**"), annullava il c.d. Decreto Lupi.
3. Alitalia, il Ministero e l'ENAC presentavano a loro volta di conseguenza dei ricorsi in appello al Consiglio di Stato (ricorsi oggetto di riunione), chiedendo la riforma delle Sentenze del TAR Lombardia- Milano n. 01443/2016 e N. 01445 /2016 del 25.05.2016.
4. Nelle more del procedimento davanti al Consiglio di Stato, la Commissione UE con Decisione del 16 Novembre 2016, approvava lo schema di nuovo decreto ministeriale predisposto dal nuovo Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, Graziano Delrio, con il quale "**si abroga e sostituisce**" il Decreto

Lupi con effetti dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (n. 279 del 29 Novembre 2016).

5. Il Consiglio di Stato ha trattenuto le cause d'appello in decisione, e tuttora si attendono le sentenze sul caso, ma – visti i termini di scadenza per l'impugnativa al TAR del nuovo Decreto Delrio, ed i danni e pregiudizi che esso sta causando alla Ricorrente – si rende necessario ricorrere senza ulteriore indugio a questo punto contro il D.M. n. 385 del 18 Novembre 2016, a mezzo del presente atto, e per la ragioni quivi descritte.
6. In sintesi, la vicenda della quale si discute nel presente procedimento riguarda la validità del Decreto Delrio che – abrogando e sostituendo, come espressamente disposto dal suo art. 4, il D.M. 1 Ottobre 2014 n. 365 recante modifiche al Decreto Ministeriale del 3 Marzo 2000 n. 15 e successive modifiche ed integrazioni (normativa a suo tempo emanata in virtù dell'apposita Decisione della Commissione Europea del 21 Dicembre 2000, relativa al procedimento di applicazione del Regolamento CEE n. 2408/92: “*Caso TREN/AMA/12/00 – Norme italiane sulla ripartizione del traffico all'interno del sistema aeroportuale di Milano*”, Decisione 2001/163/CE) concernente la ripartizione del traffico aereo passeggeri sul sistema aeroportuale milanese -, da un lato contiene tutte le medesime criticità a suo tempo evidenziate nei confronti del Decreto Lupi, dall'altra ne introduce di nuove sia per quanto riguarda gli effetti che intenderebbe avere (ossia, di tentare di fare *tabula rasa* dei danni causati dall'invalidato Decreto Lupi), sia perché il Decreto Delrio ha creato nuovi profili di discriminazione a danno delle compagnie concorrenti di Alitalia, come meglio evidenziato nel seguito del presente atto, senza peraltro porre rimedio alla violazione dei più volte contestati (anche dalla stessa ENAC) comportamenti di vendita di titoli di viaggio da parte di Alitalia con transito sull'aeroporto di Linate, che dovrebbe fungere solo per operativi *point-to-point*.

7. Tutto ciò premesso in fatto, il Decreto impugnato risulta palesemente illegittimo e se ne chiede, pertanto, l'annullamento, previa sospensione cautelare, per i seguenti motivi in

DIRITTO

-I-

VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 19 del REG. CE n. 1008/2008

8. E' indubbio che il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti abbia visto ora approvato dalla Commissione UE lo schema di decreto ministeriale che ha portato all'emanazione del Decreto Delrio. Tuttavia, oltre tale approvazione, i requisiti di validità della nuova regolamentazione del traffico aereo sul sistema milanese, in base al par. 2 dell'art. 19 del citato Reg. 1008/2008, sono i seguenti:
- *“previa consultazione delle parti interessate compresi i vettori aerei”*
 - *“senza discriminazione tra le destinazioni all'interno della Comunità oppure basate sulla nazionalità o identità del vettore aereo”*
 - *“ogni decisione di regolare la distribuzione del traffico aereo tra gli aeroporti coinvolti rispetta i principi di proporzionalità e trasparenza ed è basata su criteri oggettivi”.*
9. Innanzitutto, nel caso specifico del Decreto Delrio, sono mancate – al di là di quanto apoditticamente rappresentato dal Governo italiano alla Commissione UE, senza alcun contraddittorio da parte delle compagnie aeree interessate – le consultazioni con le compagnie operative sul sistema aeroportuale milanese, perlomeno ed in ogni caso per quanto riguarda l'odierna Ricorrente, titolare di alcuni slot presso l'aeroporto di Malpensa e che da tempo ha richiesto l'assegnazione di slot anche presso l'aeroporto di Linate, che non è stata messa in grado di discutere i contenuti del Decreto Delrio e fornire secondo il caso le proprie osservazioni o richieste al riguardo. Si tratta di una prima, grave violazione della norma contenuta nel secondo

paragrafo dell'art. 19 del Reg. CE 1008/2008 (normativa cogente direttamente applicabile a tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico italiano, come affermato dalla Corte Costituzionale a mezzo della sentenza n. 183 del 27 dicembre 1973, la quale stabilì che: *”con l'art. 189 [dell'iniziale Trattato CE] è stato attribuito al Consiglio ed alla Commissione della Comunità il potere di emanare regolamenti con portata generale, ossia atti aventi contenuto normativo generale al pari delle leggi statali, forniti di efficacia obbligatoria in tutti i loro elementi e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri, cioè immediatamente vincolanti per gli Stati e per i loro cittadini, senza la necessità di norme interne di adattamento o di recezione”*), di per sé atta ad invalidare il Decreto Delrio.

10. Qualora si ritenesse che la mancata, equivoca od insufficiente previa consultazione delle compagnie aeree operative sugli scali milanesi da parte del Ministero/ENAC fosse un semplice peccato veniale ovvero una mera dimenticanza, e che non dovrebbe tale violazione dell'art. 19 del Reg. CE citato impedire la validità di un decreto ministeriale ormai entrato in vigore a seguito della sua pubblicazione sulla G.U., si ricorda -al contrario- che la Corte di Giustizia delle Comunità europee, sin dalla sentenza del 9 marzo 1978, C-106/77, sul caso *“Amministrazione delle finanze dello Stato – Spa Simmenthal”* si è ben pronunciata sulla prevalenza del diritto comunitario rispetto a normative interne contrastanti:

“La prima questione mira in sostanza a far precisare le conseguenze dell'applicabilità diretta di una disposizione di diritto comunitario in caso d'incompatibilità con una disposizione successiva facente parte della legislazione d'uno Stato membro. Considerata sotto questo profilo, l'applicabilità diretta va intesa nel senso che le norme di diritto comunitario devono esplicitare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, a partire dalla loro entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità;

Dette norme sono quindi fonte immediata di diritti e di obblighi per tutti coloro ch'esse riguardano, siano questi gli Stati membri ovvero i singoli, soggetti di rapporti giuridici disciplinati dal diritto comunitario;

Questo effetto riguarda anche tutti i giudici che, aditi nell'ambito della loro competenza, hanno il compito, in quanto organi di uno Stato membro, di tutelare i diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario;

Inoltre, in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere 'ipso jure' inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche - in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri - di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie".

“Dal complesso delle precedenti considerazioni risulta che qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria;

E' quindi incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto comunitario per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione,

tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme comunitarie”.....

Dalla soluzione data alla prima questione risulta **che il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la tutela delle situazioni giuridiche soggettive sorte per effetto delle norme dell'ordinamento giuridico comunitario, senza dover chiedere o attendere l'effettiva rimozione, ad opera degli organi nazionali all'uopo competenti, delle eventuali misure nazionali che ostino alla diretta e immediata applicazione delle norme comunitarie”.**

11. Si esamini ora un ulteriore profilo di violazione del secondo paragrafo del menzionato art. 19, ossia che il Decreto Delrio è stato emanato attuando una discriminazione rispetto all'identità di alcuni vettori aerei: tale discriminazione si palesa del tutto evidente da quanto riportato in un'intervista al Corriere della Sera – pubblicata il 6 ottobre 2016 (quindi, ben prima che venisse emanato e pubblicato sulla G.U. il Decreto Delrio) a firma del giornalista Federico Fubini, (quivi pure in copia, nonché visibile sul sito internet: http://www.corriere.it/economia/16_ottobre_05/alitalia-servono-tagli-il-rilancio-governo-mantenga-promesse-2e35c5fa-8b36-11e6-b600-82bab359d14d.shtml- per aprire il collegamento premere CTRL + clic), ove il Sig. James Hogan, manager di quell'Etihad che è il primo azionista (con il 49%) di Alitalia, dichiara quanto segue rispetto al decreto per la regolamentazione del sistema aeroportuale milanese:

“D: Lei aveva indicato dei requisiti da parte italiana?”

R: Mi delude, come investitore, che alcune precondizioni non siano state rispettate.

D: Dentro l'azienda?”

R: No, all'esterno. Una delle questioni chiave era poter usare Linate e costruire lì una base molto più forte, cambiando la legge attuale in modo da poter volare anche aldilà dell'Europa. Purtroppo è tutto rallentato nelle procedure europee e nelle lobby interne tra Malpensa e Linate.

D: Chiede che il governo sia più deciso nel rispettare i patti?

R: Come investitori rispondiamo del piano industriale e alle persone di Alitalia, che sono in gamba. Ma entrando in questo affare eravamo d'accordo che ci sarebbe stato un decreto per usare meglio Linate. E il governo avrebbe creato un fondo per rafforzare il turismo in Italia.....”

Dalle dichiarazioni di Mr. Hogan, traspare che la revisione della regolamentazione del traffico sul sistema aeroportuale milanese è stata trattata a quattr'occhi e con grande anticipo – in modo tale da poter aiutare solo Alitalia a predisporre un adeguato piano industriale per Linate - tra il Governo italiano ed il socio maggioritario di Alitalia, e che solo grazie all'intervento delle compagnie a suo tempo sfavorite dal D.M. Lupi (tra le quali la Ricorrente) nonché della Commissione europea, il Governo italiano non ha emanato proprio tutti i provvedimenti richiesti a quattr'occhi da Etihad, peraltro affossando definitivamente l'aeroporto di Malpensa (si parla nell'articolo di volare anche aldilà dell'Europa, ossia di mutare Linate in un aeroporto *hub* intercontinentale!).

Infine, alla domanda specifica del perché Etihad/Alitalia non parla delle problematiche intervenute (presumiamo, a seguito dell'annullamento del D.M. Lupi) direttamente con il premier italiano, Mr. Hogan espressamente risponde nell'intervista come segue:

“Lo facciamo. Ne parliamo anche con il ministro dei Trasporti Graziano Delrio. Pensiamo che Alitalia vada trattata come altre compagnie nazionali: noi pensiamo alle questioni di mercato e ai conti, ma occorre che anche gli altri protagonisti dell'azienda Italia facciano la loro parte” (evidente la

pretesa di un provvedimento a tutela di Alitalia quale compagnia di bandiera, a scapito delle concorrenti non “*compagnie nazionali*”).

12. Da quanto precede, risulta dall'intervista rilasciata da Mr. Hogan al Corriere della Sera che Alitalia ed il suo azionista maggiore Etihad hanno praticamente discusso e convenuto i contenuti del Decreto Delrio – visto che erano solo loro a parlarne, evidentemente sulla base delle esclusive convenienze di Alitalia e permettendo a tale compagnia di predisporre i propri piani industriali, commerciali ed operativi con notevole anticipo e con grave pregiudizio delle concorrenti che non hanno avuto alcun accesso a tale informativa – a quattr'occhi con il Ministro dei Trasporti: **questo basta a rappresentare una grave violazione del divieto del quale all'art. 19 del Reg. CE 1008/2008, di discriminare tra vettori aerei.**

13. Questo, in particolare perché nel trasporto aereo, le compagnie che per prime – avvalendosi dei dati od informative ottenuti in anticipo ed in maniera riservata – possono lanciare rotte od iniziative commerciali sulle stesse, sono in grado di accaparrare la clientela attratta da tali novità od iniziative, in particolare quando manca la possibilità per le altre compagnie aeree di contrapporre azioni in concorrenza.

14. Il terzo profilo di violazione del paragrafo 2 dell'art. 19 attiene al mancato rispetto dei principi di proporzionalità e trasparenza, ovvero al travisamento di criteri oggettivi nei contenuti del Decreto Delrio, in particolare **per quanto riguarda il criterio dei 18 movimenti orari presso l'aeroporto di Linate**, esposto come se si trattasse di un limite tecnico nel primo Considerato del decreto in questione, che recita:

“Considerato che, in attuazione dei criteri introdotti dal decreto ministeriale 5 gennaio 2001, la capacità dell'aeroporto di Linate è stata individuata nel limite di 18 movimenti orari come risultante dalla direttiva impartita dall'Enac ad Assoclearence con nota prot. n. 01-420/D.G. del 12 febbraio 2001”.

E' invece vero che tale limite non è di carattere tecnico, ma meramente normativo, posto a suo tempo al solo fine di avvantaggiare i movimenti sullo scalo di Malpensa, verso il quale erano state spostate forzatamente molte rotte e compagnie aeree da Linate stessa. Questo, risulta chiaramente spiegato nel Parere del 20 Maggio 2009 al Parlamento ed al Governo italiano, rif. "AS522 - DETERMINAZIONE DELLA CAPACITÀ OPERATIVA MASSIMA DELL'AEROPORTO DI MILANO LINATE" (quivi allegato in copia) con il quale il Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nell'ambito dei compiti ad essa assegnati dall'articolo 21 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, alla luce dello scenario del trasporto aereo in Italia in tale periodo (immutato del resto sino ad oggi) ha inteso formulare *"alcune osservazioni in merito alle non giustificate restrizioni concorrenziali sui mercati del trasporto aereo passeggeri di linea derivanti dal mantenimento della determinazione in 18 movimenti orari della capacità massima dell'aeroporto di Linate"* (Parere quivi allegato in copia): come appunto sottolineato dal Presidente dell'Autorità antitrust, la stessa Commissione UE aveva riconosciuto sin dal 2000 che la potenzialità tecnica dell'aeroporto di Linate fosse di 32 movimenti all'ora, e che solo l'abbattimento di tale soglia a Linate avrebbe permesso la piena esplicazione del potenziale di Malpensa. Fu l'Enac, con lettera del 12 febbraio 2001 (come riportato ancora dal Presidente dell'Autorità Antitrust) a comunicare ad Assoclearance come *"il nuovo scenario derivante dall'attuazione ... [del D.M. 5 gennaio 2001, il c.d. "Bersani-bis"] possa effettivamente configurarsi su una capacità di 70 movimenti orari per l'aeroporto di Malpensa e di 18 movimenti orari per l'aeroporto di Linate"*, a partire dalla stagione IATA Estiva 2001, invitando Assoclearance a *"provvedere alle attività di propria competenza secondo le capacità orarie sopra indicate"*. **Quindi, non esigenze tecniche, ma meramente politiche**, hanno a suo tempo forzato il contenimento dei movimenti orari su Linate a 18, invece dei 32 tecnicamente

possibili. Questo, aveva senso nel momento in cui si riduceva (2000-2001) forzosamente il limite annuo dei passeggeri in transito su Linate da 15 a 8 milioni, per spostarli con i relativi voli su Malpensa, tramite il contingentamento delle rotte operabili da Linate. Del tutto in contrasto con tale fine è il dichiarato intento del Decreto Delrio di consentire indiscriminatamente l'apertura delle rotte operabili da Linate verso qualunque destinazione europea, con ciò non potendo fare altro che incrementare i voli ed i passeggeri che da Malpensa passeranno a Linate.

Visto che già in due anni (da quando è stato emanato il Decreto Lupi, rimasto in vigore sino al Decreto Delrio nonostante la sua dichiarata invalidità) sono passati da Malpensa a Linate oltre un milione di passeggeri ed addirittura l'intero operativo ed annessa flotta di compagnie aeree come AirBerlin e Niki (che ora operano in alleanza con Alitalia rotte da Linate verso Germania ed Austria), il mantenere inalterato il limite di 18 movimenti orari su Linate significa solo permettere alle compagnie aeree che prima esercitavano da tale aeroporto operativi sovra-dimensionati con il rischio di dover perdere o rinunciare a qualche slot loro assegnato (in pratica, Alitalia e – in parte – Meridiana), di poter sfruttare tramite tali nuove norme tutti gli slot precedentemente assegnategli, nel mentre è impedita l'entrata sullo stesso mercato a qualsiasi concorrente, pericolo che era stato sin dal 2009 giustamente segnalato dal Presidente dell'Autorità della concorrenza, così:

“l’Autorità sottolinea come la revisione del limite fissato ai movimenti orari sull’aeroporto di Milano Linate, risultato di una scelta regolamentare discrezionale e non più attuale, sarebbe coerente con l’obiettivo di ampliare l’offerta sullo scalo, consentendo di soddisfare una considerevole parte di domanda ad oggi sistematicamente inevasa e di migliorare le condizioni di contendibilità su tutte le rotte domestiche che originano dallo scalo milanese. Un provvedimento di innalzamento del limite alla movimentazione oraria – anche inferiore ai 32 movimenti orari tecnicamente possibili, nella

dovuta considerazione di eventuali altri vincoli infrastrutturali e ambientali – consentirebbe il perseguimento di benefici sia per lo sviluppo della concorrenza nello scalo, assecondandone le prospettive di sviluppo, sia per i consumatori finali, che vedrebbero ampliata l’offerta di collegamenti da Linate”.

Senza volersi addentrare nelle problematiche della normativa antitrust, è comunque evidente che tra quanto affermato nei Considerata del Decreto Delrio, e la realtà dei fatti e circostanziale, vi è un contrasto immediatamente riscontrabile, e da tale contrasto risulta confermata la violazione del criterio dell’art. 19 del Reg. CE sopra ricordato in materia di rispetto dei principi di proporzionalità e trasparenza e di regolamento del traffico sugli aeroporti milanesi che avrebbe dovuto essere basato su criteri oggettivi, non su mere asserzioni (a sottolineare l’appetibilità di Malpensa dopo l’entrata in vigore del Decreto Delrio, persino la stessa Alitalia ha annunciato l’abbandono da Febbraio 2017 della rotta Malpensa-Fiumicino, con Roma che pertanto sarà ormai raggiungibile solo da Linate: vedasi articolo su “Il Messaggero” del 29 Dicembre 2016, anche sul sito internet: <http://www.ilmessaggero.it/index.php?p=print&id=2166562>”).

Per concludere sul punto, il Decreto Delrio è pertanto gravemente illogico e carente di motivazione sul limite dei 18 movimenti orari imposti a Linate, che avrebbe dovuto essere adeguatamente rivisto e motivato nel detto decreto in quanto:

- a) Una sostanziale quota di traffico aereo e passeggeri è passato negli ultimi due anni (prima a causa del Decreto Lupi, ora in virtù della conferma di tale regolamentazione da parte del Decreto Delrio) da Malpensa a Linate. Pertanto, non è in alcun modo spiegato né motivato come il limite di 18 movimenti orari sia compatibile con la presunta “*liberalizzazione*” in virtù della nuova regolamentazione, atteso che la perdita di traffico a Malpensa consentirebbe di ridurre significativamente la soglia dei 70

- movimenti orari presso tale aeroporto, mantenendo la quantità complessiva dei movimenti orari tra i due aeroporti entro gli 88 per ora;
- b) Il Decreto Delrio fa riferimento nel primo Considerato ai criteri introdotti dal decreto ministeriale 5 Gennaio 2001 per motivare il mantenimento dei limiti di movimentazione oraria su Linate: ma se vengono spostate rotte e passeggeri da Malpensa a Linate, e da Linate vengono permesse nuove rotte verso tutta Europa (in tal modo, superandosi la ripartizione disposta dal D.M. 5 Gennaio 2001), risulta del tutto incoerente fare riferimento ai passati decreti Bersani (ormai superati dalle nuove regolamentazioni) per fondare la sopravvivenza del limite dei 18 movimenti orari;
- c) È altresì incoerente e del tutto carente di logica oltretutto di motivazione fare riferimento, ancora nei Considerata del Decreto Delrio, ad una asserita “*ottica del pieno dispiegamento delle potenzialità di sviluppo dell'Hub di Milano Malpensa*” in connessione alla nuova regolamentazione che favorisce l’apertura e l’esercizio di nuove rotte da Linate, senza alcun accenno a come il detto dispiegamento delle potenzialità di Malpensa possa avvenire, nel momento che milioni di suoi passeggeri trasmigrano verso Linate grazie a tale nuova ventata di “*liberalizzazione*”.

Sull’interesse diretto della Ricorrente all’annullamento del Decreto Delrio

15.Da fonti della stessa Assoclearance, si può rilevare che, se la percentuale del numero di voli che Alitalia operava da Linate a Fiumicino agli inizi degli anni 2000 era di circa il 50% di quelli che giornalmente faceva partire da Linate, nel 2015 tale percentuale è scesa a circa il 25%. Questo significa che Alitalia ha trovato nuovi sbocchi (per almeno 1/4 dei suoi voli) da Linate, per poter continuare ad utilizzare proficuamente gli slot antecedentemente necessari per servire da lì Fiumicino, che in buona parte stavano diventando inutili a seguito del crollo negli ultimi anni (in coincidenza invece con

l'esponenziale successo della TAV) dei passeggeri che viaggiano in aeromobile tra le due maggiori città italiane. Significa che Alitalia ha potuto istituire nuove rotte e voli da Linate in sostituzione di molti di quelli che prima del Decreto Lupi (ora confermato nella sua sostanza dal Decreto Delrio) faceva per Fiumicino.

16. Vista la regola dell'obbligatorio utilizzo continuativo nel tempo di uno slot, prevedendo, in caso contrario, di doverlo restituire ad Assoclearance per la riassegnazione ad altre aerolinee che ne avessero fatto richiesta (**tra queste, da includersi proprio la Ricorrente, da qui il suo interesse all'annullamento del Decreto Delrio che ha seriamente pregiudicato la prospettiva di potersi vedere assegnati slot presso l'aeroporto di Linate eventualmente restituiti da Alitalia qualora non avesse individuato altri possibili utilizzi in mancanza di nuove rotte aperte in ambito europeo**), se non fosse intervenuta la nuova regolamentazione degli aeroporti milanesi, svariati slot su Linate sarebbero presumibilmente stati restituiti da Alitalia - in quanto non più usufruibili da essa per la sola rotta verso Fiumicino - ad Assoclearance, e sarebbero stati appunto riassegnati e distribuiti da questa ad altre compagnie aeree richiedenti. Si ribadisce espressamente che la Ricorrente più volte ha sollecitato a tal fine Assoclearance, ricevendo in ogni occasione la medesima risposta che non vi erano al momento slot disponibili da distribuire alle compagnie richiedenti.

17. La stessa Alitalia, nel suo atto d'Appello al Consiglio di Stato sopra menzionato, ha asserito che, in caso di conferma ed esecuzione della sentenza del TAR Lombardia che aveva annullato il Decreto Lupi (ancor prima che le fosse fornita l'opportunità di vedersi confermati tali vantaggi in virtù del Decreto Delrio) sarebbe stata costretta a dismettere numerosi voli e mettere a terra ben sei (6!) aeromobili, non sapendo essa - se si fosse ritornati alla regolamentazione del decreto Bersani-bis! - come utilizzare alternativamente in maniera proficua gli slot detenuti in eccesso a Linate,

dopo la riduzione dei voli per Fiumicino: tutti tali slot avrebbero dovuto quindi essere restituiti per mancata utilizzazione dalla stessa Alitalia al fine di essere riassegnati da Assoclearance, auspicabilmente anche alla Ricorrente in virtù delle svariate richieste già presentate. **Questo conferma ancora una volta l'interesse fondato e sostanziale della Ricorrente alla pronuncia di invalidità del Decreto Delrio.**

18. Oltre quanto precede, bisogna sottolineare che, a causa dell'impossibilità ormai accertata che tornino disponibili slot a Linate da distribuire alle compagnie aeree richiedenti, la Ricorrente si trova costretta a mantenere il proprio operativo di voli dall'area milanese restando confinata a Malpensa, aeroporto che dovrebbe essere l'unico del sistema milanese a fungere quale Hub, ossia a poter ricevere e smaltire anche il traffico in connessione tra aeroporti italiani ed europei (o vv.). Tuttavia, anche questo mero proposito operativo viene completamente frustrato dalla mancata previsione di apposite sanzioni (ovverossia, divieto assoluto di mettere in essere tale pratica) nel Decreto Delrio contro le compagnie aeree che utilizzano Linate per voli in connessione, aggirando i vincoli di funzione quale aeroporto "*point-to-point*": questo, nonostante l'ENAC (con lettera del 15 Gennaio 2014, quivi allegata in copia) abbia appositamente rilevato che l'aeroporto di Linate "*è uno scalo riservato ai voli point-to-point europei*", mentre invece "*Alitalia pubblicizza e vende biglietti per tratte che prevedono il transito sullo scalo di Milano Linate (l'esempio che viene riportato si riferisce ad un volo Bruxelles/Linate/Cagliari)*",

19. La mancata previsione nel Decreto Delrio di sanzioni all'aggiramento dell'obbligo di operare presso l'aeroporto di Linate solo voli point-to-point e non di mero transito, nonostante da tempo sia conosciuta tale prassi di Alitalia (evidenziata proprio nella sopra citata lettera dell'ENAC, che agisce in stretto collegamento con il Ministero), rende tale Decreto annullabile – oltre che perché, al di là di apodittiche affermazioni, il decreto è

manifestamente carente di ogni base oggettiva di ripartizione di funzioni tra Malpensa e Linate, visto che niente appunto impedisce che Linate non venga utilizzato quale aeroporto per traffico esclusivamente *point-to-point* - pure sotto questo profilo di discriminazione rispetto alle compagnie che – per mancanza di slot presso l’aeroporto di Linate – non sono in grado di fronteggiare tale comportamento da parte di Alitalia.

20. In particolare, proprio in quanto il Decreto Delrio permette adesso ad Alitalia (anche operando in collegamento e con gli aeromobili di compagnie terze, quali AirBerlin, che prima operavano solo da Malpensa le medesime rotte tuttora ivi esercite dalla Ricorrente) di raccogliere traffico dal Sud Italia (ad es. Napoli, Cagliari, Bari), trasportarlo a Linate invece che a Malpensa (in spregio alla funzione di Hub di quest’ultimo), e da Linate spostarlo con voli in prosecuzione o connessione verso il Nord Europa (ad es., Duesseldorf, rotta che la Ricorrente può operare solo da Malpensa, essendole stato finora precluso l’accesso a Linate per competere con Alitalia e l’alleata di questa AirBerlin), così evidenziandosi l’interesse della Ricorrente all’annullamento del Decreto Delrio anche sotto questo profilo.

21. Un ulteriore specifico interesse della Ricorrente a che venga annullato il Decreto Delrio, risiede nell’esigenza che venga altresì impedito tale abuso di posizione dominante di Alitalia su Linate, finora non ostacolato in alcun modo produttivo di risultati effettivi e sensibili dal Ministero o dall’ENAC, nonostante l’asserita intenzione del Decreto Delrio di “*perseguire il pieno dispiegamento delle potenzialità di sviluppo dell’Hub aeroportuale di Milano Malpensa*”. E’ evidente, difatti, che l’utilizzazione dell’aeroporto di Linate come scalo di transito (come rilevato nella citata lettera dell’ENAC ad Alitalia) non possa che apparire del tutto illegittima, trattandosi nella specie di scalo a sola destinazione finale, cosicché la commercializzazione di titoli di viaggio che prevedono il transito a Linate dev’essere considerata inappropriata a garantire i diritti dei passeggeri nonché fonte d’indebiti

profitti per la compagnia emittente (così come, specularmente, di rilevanti perdite d'incassi per la Ricorrente, altro profilo a sostegno dell'interesse della Ricorrente nel proporre il presente Ricorso).

22. Quale ulteriore argomento a favore della tesi qui vi esposta, sta la considerazione che la commercializzazione di titoli di viaggio per rotte che prevedano l'utilizzo dell'aeroporto di Linate come scalo di transito, può indurre in errore i potenziali passeggeri (che potrebbero pertanto favorire il transito da Linate con Alitalia piuttosto che quello da Malpensa con le compagnie concorrenti, quale la Ricorrente), visto che Linate non è abilitato per il traffico in transito: tale prassi – non ostacolata in alcun modo dal Decreto Delrio - è foriera di causare gravi danni alle compagnie che non possono competere per mancanza di slot a Linate, oltre che potenzialmente altresì risultare in una pratica commerciale scorretta, sotto forma di pubblicità ingannevole nei confronti dei passeggeri indotti ad acquistare tali biglietti per il transito via Linate (sottraendoli alle compagnie aeree che possono operare solo su Malpensa), e questo paleserebbe una violazione degli artt. 20 e 21 del D. Lgs. 6 Settembre 2005, n. 206, come modificato dal D. Lgs. 2 Agosto 2007, n. 146, nonché una pubblicità ingannevole (sulla possibilità di transitare via Linate, come rilevabile dallo stesso sito web di vendita dei biglietti Alitalia) tesa ad accaparrare detti passeggeri sottraendoli alle compagnie aeree concorrenti sulle medesime rotte (tra le quali, appunto la Ricorrente).

-II-

VIOLAZIONE DELL'ART. 107 T.F.U.E. (Trattato per il Funzionamento dell'Unione Europea – ex art. 87 del T.C.E.) – VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 101 e 102 del T.F.U.E. (ex artt. 81 e 82 del T.C.E.), VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 97 – 41 Cost. – VIOLAZIONE DEL REG. CE n. 1008/2008 - ECCESSO DI POTERE PER ILLOGICITA' MANIFESTA E

CONTRADDITTORIETA' - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA' (Sul principio di non discriminazione)

- 23.** Ai sensi dell'art. 107 del Trattato per il Funzionamento dell'Unione Europea (ex art. 87 del TCE): *“Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza”*.
- 24.** Nel caso di specie, la locuzione *“sotto qualsiasi forma”*, alla stregua di norma di chiusura, consente di configurare la previsione del Decreto Delrio di *“liberalizzazione”* dei voli sullo scalo di Linate (che, però, sostanzialmente favorisce solo le compagnie aeree che – come Alitalia ed in parte Meridiana – avendo un significativo portafoglio di slot a disposizione, alcuni non più utili ai precedenti collegamenti - come in buona parte quelli per Fiumicino -, possono adibire molteplici slot al servizio delle rotte di nuova costituzione da Linate, beneficiando altresì dell'impossibilità da parte delle altre compagnie di esercitare alcun tipo di concorrenza), come misura anticoncorrenziale vietata dalla normativa comunitaria e perciò da censurare nella sua piena portata, sia allorché il provvedimento in questione sia immediatamente in grado di falsare la concorrenza, che anche – non essendo ammessa alcuna eccezione al riguardo – quando tale pregiudizio sia solo e meramente potenziale (come riflesso nella parola *“minaccino”*), posto che pure la sola eventuale minaccia possa di per sé meritare la piena censura normativa ed essere atta ad invalidare il Decreto Delrio.
- 25.** Come infatti anticipato sopra, ai sensi del medesimo art. 19, comma 2, ultimo periodo, del Reg. CE 1008/2008, *“Ogni decisione di regolare la distribuzione del traffico aereo tra gli aeroporti coinvolti rispetta i principi di proporzionalità e trasparenza ed è basata su criteri oggettivi”*: viceversa, la previsione del Decreto Delrio impugnato non pare minimamente ispirarsi

al principio di proporzionalità – considerato che impone un ingiustificato sacrificio alla concorrenza non controbilanciato da una tutela effettiva della libertà di circolazione – e, soprattutto, non ancora a parametri “*oggettivi*” la distribuzione del traffico aereo, affidata, viceversa, a valutazioni soggettive dei soli vettori in situazione di oligopolio (quelli che continuano a detenere in regime di privativa gli slot), ora liberi di spostare rotte su altre destinazioni e di utilizzare o non utilizzare, o addirittura cedere (mediante accordi di *codeshare*), gli slot disponibili a Linate, alterando la distribuzione del traffico aereo su larga scala.

26. Il divieto per gli Stati membri di adottare provvedimenti contrari alle norme sulla concorrenza - o che anche solo minaccino di falsarla - contenute nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) che inducano le imprese a sfruttare la loro posizione dominante in modo abusivo, unitamente al principio del primato del diritto comunitario, deve essere valutato alla luce del combinato disposto degli artt. 3, 4, 5, 6, e 101 del TFUE e dell'articolo 4, paragrafo 3, del Trattato UE (ex artt. 3, 81 e 10 del TCE), in virtù del quale, secondo un consolidato orientamento della Corte di Giustizia, gli Stati membri non possono – alla stregua del principio di leale collaborazione - adottare o mantenere in vigore misure, anche di natura legislativa o regolamentare, che possano rendere praticamente inefficaci le regole di concorrenza del Trattato applicabili alle imprese (sentenze della Corte di Giustizia: 16 novembre 1977, causa 13/77, Inno/Atab; 30 aprile 1986, cause riunite 209-213/84, Asjes; 21 settembre 1988, causa 267/86, Van Eycke; 17 novembre 1993, causa C-185/91, Reiff; 17 novembre 1993, causa C-2792, Meng; 9 giugno 1994, causa C-153/93, Delta Schiffahrts; 5 ottobre 1995, causa C-96/94, Centro Servizi Spediporto; 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione c. Italia; 19 febbraio 2002, C-35/99, Arduino; 9 settembre 2003, C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi).

- 27.**E' proprio quello che si è realizzato nel caso de quo, laddove il decreto ministeriale impugnato è andato concretamente ed effettivamente a favorire la posizione di talune compagnie aeree, quali Alitalia, già in possesso di slot sullo scalo di Milano-Linate in posizione dominante rispetto alla compagnia Ricorrente, misura -quella impugnata- che ha consentito di rendere inefficaci le regole di concorrenza.
- 28.**Ancora, il primato del diritto comunitario e la salvaguardia dell'effetto utile delle norme del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, vanno declinati nella prospettiva della evoluzione del meccanismo di applicazione del diritto comunitario della concorrenza in via decentrata, inaugurato dalla Corte di Giustizia con la sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88, Fratelli Costanzo.
- 29.**Ne consegue che, sebbene, di per sé, gli artt. 101 e 102 del TFUE (ex artt. 81 e 82 del TCE) riguardino esclusivamente le condotte poste in essere dalle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, tali disposizioni, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, del Trattato UE che prevede un dovere di collaborazione (ex art. 10 del TCE), obbligano gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese.
- 30.**Sul piano della reazione ordinamentale alle ipotesi in cui le misure statali, di natura legislativa o regolamentare, si pongano in violazione degli artt. 101 e 102 del TFUE (ex artt. 81 e 82 del TCE), il primato del diritto comunitario, unitamente all'evoluzione in chiave decentrata dell'applicazione del diritto della concorrenza, impone che la competenza a vigilare sul rispetto del diritto comunitario spetti a tutti gli organi dello Stato: pertanto, tenuto conto del principio, di cui al Trattato di Maastricht, in base al quale l'azione degli Stati membri in materia economica deve seguire il principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza (artt. 119 e 120 TFUE – ex artt. 4 e

98 del TCE) e della costante giurisprudenza comunitaria ai sensi della quale il principio del primato del diritto comunitario esige che, in caso di contrasto con una norma comunitaria, qualsiasi disposizione nazionale, sia anteriore che posteriore alla stessa, debba essere disapplicata o annullata e che siffatto obbligo incombe non solo sul giudice nazionale ma anche su tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative (secondo la ricordata giurisprudenza Fratelli Costanzo), l'adito Collegio giudicante ha l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto comunitario.

31. Il primato del diritto comunitario, nell'imporre la disapplicazione e/o l'annullamento di qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest'ultima, fa sì che tale obbligo di disapplicazione e/o annullamento della normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incomba, quindi, non solo sul giudice nazionale, ma anche su tutti gli organi dello Stato, comprese le Autorità amministrative (TAR Lazio, Roma, Sez. I, 11 luglio 2011 n. 6172): giova al riguardo evidenziare come, con riferimento al diritto nazionale, l'affidamento della tutela della concorrenza, e dei diritti e dei valori costituzionali ad essa connessi, è stato conferito dalla legge al giudice nazionale ed a tutti gli organi dello Stato, comprese le Autorità amministrative.

32. Peraltro, l'esigenza di accertare il contesto fattuale ai fini di valutare la compatibilità o meno di una normativa nazionale con gli artt. 3, 4, 5, 6, 101 e 102 del TFUE e dell'articolo 4, paragrafo 3, del Trattato UE (ex artt. 3, 81, 82 e 10 del TCE), è stata espressa dalla stessa Corte di Giustizia nella sentenza 1 ottobre 1998, causa C-38/97, Librandi, risultando pertanto funzionale a tale esigenza il riconoscimento alle autorità nazionali della competenza in ordine alla verifica della compatibilità di misure statali alle regole della concorrenza.

- 33.** Seppur è vero che, secondo la giurisprudenza della Corte, gli artt. 101 e 102 del TFUE (ex artt. 81 e 82 del TCE) riguardano soltanto comportamenti anticoncorrenziali adottati dalle imprese di loro propria iniziativa, non può tuttavia escludersi l'applicabilità di tali norme nelle ipotesi in cui un comportamento anticoncorrenziale venga imposto alle imprese da una normativa nazionale o se quest'ultima crei un contesto giuridico che di per sé elimini ogni possibilità di comportamento concorrenziale da parte loro, come avvenuto nel caso oggetto del presente Ricorso.
- 34.** Anche laddove la restrizione alla concorrenza non trovi origine in comportamenti autonomi delle imprese ma nelle norme statali, non può ritenersi che gli artt. 101 e 102 del TFUE (ex artt. 81 e 82 del TCE) si applichino solo nel caso in cui la normativa nazionale lasci sussistere la possibilità di una concorrenza che possa essere ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi delle imprese.
- 35.** La sentenza della Corte di Giustizia del 9 settembre 2003, C-198/01, nel caso *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, nel pronunciare sulla questione pregiudiziale volta a chiarire l'effettiva estensione del potere in capo all'Autorità di applicare gli artt. 101 e 102 del TFUE (ex artt. 81 e 82 del TCE), e di procedere, nell'esercizio delle competenze istituzionali, alla disapplicazione delle norme nazionali che risultino in contrasto con il diritto comunitario, ha difatti espressamente affermato l'obbligo per gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese, come ricavabile dall'articolo 4, paragrafo 3, del Trattato UE (ex art. 10 del TCE), che sancisce il dovere di collaborazione tra gli stessi, il quale va letto in combinato disposto con gli artt. 101 e 102 del TFUE (ex artt. 81 e 82 del TCE), che invece riguardano esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari

emanate dagli Stati membri, tenuto altresì conto che il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea prevede espressamente che l'azione degli Stati membri, nell'ambito della loro politica economica, debba rispettare il principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza.

36.La cogenza di tale obbligo e la salvaguardia delle regole di concorrenza si traducono nell'esigenza di disapplicazione e/o annullamento di qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest'ultima, in forza del principio del primato del diritto comunitario, come peraltro riconosciuto da giurisprudenza costante.

37.Tale obbligo di disapplicazione e/o annullamento della normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario ricade, secondo quanto affermato dalla Corte nella richiamata sentenza CIF, non solo sul giudice nazionale, ma anche su tutti gli organi dello Stato, comprese le Autorità amministrative, il che implica, ove necessario, l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto comunitario (sentenza 13 luglio 1972, causa 48/71, Commissione/Italia).

38.Sintetizzando, i principi generali sanciti dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea che sono stati violati con l'emanazione del D.M. 18.11.2016 n. 385 da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti sono caratterizzati dal primato del diritto comunitario, dall'obbligo di leale cooperazione degli Stati membri e dalla garanzia dell'effetto utile delle norme sulla concorrenza attraverso il divieto di adozione di provvedimenti idonei a pregiudicarle, nel rispetto del principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza.

Sul pregiudizio subito dalla Ricorrente a seguito del Decreto Delrio

39.Oltre a quanto sopra menzionato, il Decreto Delrio – ed in questo si sostanzia ancora una volta l'interesse della Ricorrente a vedere dichiarata e quivi

confermata l'invalidità ed illegittimità del Decreto *de quo* – ha fornito un soccorso assolutamente necessario ad Alitalia per evitare che, a causa del mancato od insufficiente utilizzo di buona parte degli slot da essa occupati su Linate, questi venissero riassegnati da Assoclearance ad altre compagnie aeree sue concorrenti (tra le quali, proprio l'odierna Ricorrente, che ne ha più volte presentata apposita richiesta).

40.E' ben noto infatti che il gran numero di slot che Alitalia aveva ricevuto in dote dal decreto Bersani-bis nel 2001 al fine di operare la rotta Linate-Fiumicino (oltre 90 voli al giorno), fossero ormai divenuti per buona parte non più utilizzabili a tal fine da parte di Alitalia, al seguito della diminuzione sempre più sostenuta dei passeggeri aerei trasportati sulla rotta Linate-Fiumicino, ridottisi della metà nell'ultimo decennio (fonti della stessa ENAC), passando da 2 milioni e mezzo nel 2004 a solo 1 milione e 300.000 nel 2015. Questo, in stretta e precisa coincidenza con la diminuzione del tempo di percorrenza della tratta Milano-Roma da parte del treno ad alta velocità, sceso ormai sotto le 3 ore, e con la preferenza accordata dai passeggeri a tale mezzo.

41.Per quanto riguarda la capacità e le frequenze della rotta Linate – Fiumicino rispetto alla tratta ferroviaria Milano Centrale – Roma Termini, all'aumento dei passeggeri trasportati via treno è corrisposta una diminuzione direttamente proporzionale della capacità offerta e delle frequenze aeree operate sulla rotta Linate-Fiumicino: dal 2009 al 2016 (come rilevasi dal sito FS), esaminando i dati del trasporto ferroviario e considerando la crescita dell'Alta Velocità, le frequenze totali annuali dei treni sulla detta tratta sono aumentate da 1512 (2009) a 5208 (2016). La capacità annua del trasporto ferroviario è aumentata da 867.888 posti offerti (2009) a 2.957.640 (2016).

42.Stando alle *slides* del “*Piano industriale*” FS 2014-2017” (fonte: sito FS: “http://www.slideshare.net/FSNews_it/presentazione-del-piano-industriale-gruppo-fs-italiane-25-marzo-2014”), la quota di mercato delle ferrovie sulla

tratta Milano-Roma (con riferimento ai servizi passeggeri) è stata nel 2013 pari al 65% (52% FS e 13% NTV), con una quota dell'aereo pari invece al 24%. Per mera comparazione con dati rilevabili da quando Alitalia fu acquistata da CAI, a dicembre 2008 il treno era al 36% e l'aereo ben al 51%!

43.Sulla linea Roma-Milano, l'impresa ferroviaria *incumbent* Trenitalia ha fatto registrare un aumento del traffico di oltre il 10% (dato al quale aggiungere poi Italo - cfr.: “*Bruxelles, 13.6.2014, COM (2014) 353 final PART ½ - RELAZIONE DELLA COMMISSIONE AL CONSIGLIO E AL PARLAMENTO EUROPEO - Quarta relazione sul monitoraggio dello sviluppo del mercato ferroviario {SWD(2014) 186 final}*”), documento riportato nel sito UE: “<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/>”).

44.Dopo aver evidenziato le cifre di cui sopra per quanto riguarda il traffico sottratto al trasporto aereo dal servizio ferroviario sulla tratta Linate-Fiumicino, occorre ora analizzare il conseguente impatto sulle frequenze (che sono quelle che poi rilevano maggiormente per quanto attiene gli slot effettivamente utilizzati) dei voli sulla rotta in questione: negli anni di picco della domanda (antecedentemente al 2014), le frequenze sulla rotta Linate-Fiumicino corrispondevano alla metà approssimativamente del totale delle frequenze operate dal Gruppo Alitalia sull'aeroporto di Linate (fonti: ENAC, nonché “*OAG – Official Airlines Guide*”, dal sito: “<http://www.oag.com>”). Tali frequenze sono diminuite progressivamente fino ad arrivare solo al 22% del complesso delle frequenze dei voli di Alitalia su Linate nel totale nella stagione estiva 2015, e questo grazie esclusivamente all'entrata in vigore del D.M. Lupi, che ha permesso lo spostamento verso altre rotte delle frequenze collegate al gran numero di slot allocati al Gruppo Alitalia in seguito al decreto Bersani-bis ad inizio anni 2000 per il solo fine di servire la rotta Linate - Fiumicino.

45.E' evidente dai numeri sopra riportati, che Alitalia ha ben ragione di temere il ritorno alla regolamentazione prevista dal decreto Bersani-bis (in seguito

all'annullamento del Decreto Delrio), in quanto, se il Decreto decadde o non fosse più applicato, Alitalia – come da essa stessa peraltro dichiarato nel suo ricorso in appello al Consiglio di Stato contro l'annullamento del Decreto Lupi - non saprebbe più come utilizzare il gran numero di slot mantenuti in eccesso dopo aver diminuito le frequenze dei voli da Linate a Fiumicino, tanto che si troverebbe appunto a dover mettere a terra ben sei (6) aeromobili, con la conseguente restituzione pertanto dei connessi slot (almeno sei per ogni aeromobile, quindi ben trentasei -36!- slot al giorno) ad Assoclearance, per la riassegnazione agli altri vettori (tra i quali rientrerebbe sicuramente la Ricorrente, che da tempo ne ha fatto richiesta).

-III-

VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE

INVALIDITA' ED ILLEGITTIMITA' DERIVATA

VIOLAZIONE DELL'ART. 34 co. 1 lett. a) C.P.A.

VIOLAZIONE DELL'ART. 11 PRELEGGI

46.L'efficacia invalidante delle sentenze n. 01443/2016 e n. 01445/2016 del 25.05.2016 del TAR LOMBARDIA – Milano che hanno **annullato** il c.d. Decreto Lupi, spiegano i loro effetti non soltanto per il futuro, ma anche retroattivamente in relazione a fatti o a rapporti instauratisi nel periodo in cui il c.d. Decreto Lupi era vigente, e comunque implicano *ex se* la caducazione *ex tunc* con effetti demolitori, **non potendo, all'attualità, il nuovo Decreto Delrio impugnato "abrogare e sostituire"** (cit. art. 4 del Decreto impugnato) **il già annullato Decreto 1 ottobre 2014, n. 395** (c.d. Decreto Lupi), dal momento che *-ab initio-* il c.d. Decreto Lupi era già stato annullato con provvedimento giurisdizionale, stante la natura demolitoria delle anzidette pronunce ai sensi dell'art. 34 co. 1 lett. a) ! Né la statuizione giurisdizionale aveva dichiarato effetti meramente conformativi invece che caducatori e di annullamento (sulla scia di quanto sostenuto da Cons. St., VI, 10.5.2011, n. 2755 e da Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006, in C-178/03; 3

settembre 2008, in C-402/05 e 415/05; 22 dicembre 2008, in C-333/07, in conformità al secondo comma dell'art. 264 del Trattato di Lisbona sul funzionamento della Unione Europea: "Se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi"); cosicché in assenza di una esplicita previsione in tal senso gli effetti dell'annullamento non possono che avere effetti retroattivi.

47. Presupposto ontologicamente necessario perché possa parlarsi di "**abrogazione**" è l'esistenza di un'antinomia, ovvero di due norme succedutesi nel tempo tra loro incompatibili.

Di contro, nel caso *de quo*, piuttosto che di antinomia, si è riscontrata piena sintonia tra i provvedimenti normativi: infatti, il Ministero ha voluto dare continuità alla modifica della regolamentazione del traffico aereo negli aeroporti di Milano Linate, Milano Malpensa e Orio al Serio (Bergamo), dapprima con un provvedimento normativo annullato (c.d. Decreto Lupi), e poi con un nuovo provvedimento normativo identico di contenuto al primo (c.d. Decreto Delrio).

Dunque, in assenza di incompatibilità tra norme, non può parlarsi di "**abrogazione**"!

48. Ciò posto, è evidente che, per il principio di irretroattività immanente all'ordinamento (art. 11 preleggi) gli effetti del nuovo provvedimento non possono che spiegare i propri effetti per l'avvenire, e che l'aver dichiarato, all'art. 4 del Decreto n. 385/2016, che il provvedimento oggi gravato (cd. Decreto Delrio) «abroga e sostituisce» il Decreto 1.10.2014 n. 395 (cd. Decreto Lupi) equivale a violare palesemente gli effetti demolitori imposti dalle sentt. 1443 e 1445/2016 di codesto Tribunale ai sensi dell'art. 34 co. 1 lett. a).

ISTANZA CAUTELARE

Il *fumus* emerge dai motivi su esposti.

Il *periculum in mora* è direttamente correlato al consolidarsi di una sostanziale – ed immediata – alterazione della concorrenza nell’ambito del traffico aereo da e verso le destinazioni europee per effetto di accordi diretti o indiretti, che, come evidenziato, condurrà sino allo stravolgimento delle rotte aeree (spesso anche soppressione ovvero spostamenti da uno scalo all’altro) secondo la dinamica già descritta dall’Autorità Garante (AS522), sino al punto di mettere a rischio, da un lato, elevati livelli occupazionali, e, dall’altro, il diritto degli utenti a usufruire di un ampio mercato di collegamenti aerei sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo da più scali aeroportuali, oltreché a poter disporre di alternative valide sotto il profilo della concorrenza.

P.Q.M.

Si conclude per l’annullamento – previa sospensione cautelare – del Decreto impugnato. Con ogni consequenziale statuizione anche in ordine alle spese e compensi di giudizio.

Si dichiara che il contributo unificato è pari ad € 650,00.

I sottoscritti procuratori dichiarano, inoltre, di voler ricevere le comunicazioni e notifiche via PEC all’indirizzo: alessandro.biamonte@pec.it, ovvero via fax al n: 081.0106360.

Milano, 20.01.2017

Avv. Salvatore VITALE

Avv. Alessandro BIAMONTE

Avv. Alfredo IADANZA LANZARO