CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE GEORGES COSMAS

presentate il 16 maggio 2000 [1]

Indice

I — Introduzione ..... I - 388

II — Il contesto normativo ..... I - 388

III — Gli elementi di fatto e la decisione impugnata ..... I - 390

IV — I motivi di ricorso ..... I - 394

A — L'interpretazione del fondamento giuridico della decisione impugnata (primo e secondo motivo di ricorso) ..... I - 395

a) Gli argomenti delle parti ..... I - 395

aa) L'incompetenza derivante dalla violazione dell'art. 8, nn. 1 e 3, del regolamento n. 2408/92 e degli artt. 155 (divenuto art. 211 CE) e 169 (divenuto art. 226 CE) del Trattato CE (primo motivo di ricorso) ... I - 395

ab) La violazione degli artt. 3, n. 1, e 8, n. 1, del regolamento n. 2408/92 e degli artt. 59, 61, n. 1, 84, nn. 1 e 2, del Trattato, nonché dei principi giurisprudenziali in tema di libera prestazione dei servizi (secondo motivo di ricorso) ..... I - 396

b) La mia opinione ..... I - 398

B — Sulla violazione o l'errata interpretazione dell'art. 8, nn. 1 e 3, del regolamento n. 2408/92 mediante l'errata applicazione del principio di proporzionalità (terzo motivo di ricorso) ..... I - 409

C — Sulla violazione dell'art. 8, n. 1, del regolamento n. 2408/92 alla luce delle norme che disciplinano le discriminazioni indirette e sulla valutazione manifestamente errata degli elementi di fatto (quarto motivo di ricorso) .... I - 415

V — Conclusione ..... I - 421

1 — Lingua originale: il greco.

I — Introduzione

1. Con il presente ricorso la Repubblica italiana (in prosieguo: la «ricorrente») chiede l'annullamento della decisione della Commissione 16 settembre 1998, 98/710/CE (in prosieguo: la «decisione impugnata») [2], che ha vietato all'Italia l'applicazione delle disposizioni sulla ripartizione del traffico aereo nel sistema aeroportuale di Milano, adottate mediante decreti nazionali che, in particolare, prevedevano il trasferimento del traffico aereo dall'aeroporto di Linate a quello di Malpensa. La ricorrente sostiene che la decisione impugnata, fondata su presunte restrizioni sproporzionate alla libera prestazione dei servizi, ha travalicato i limiti del regolamento (CEE) n. 2408/92 [3], invocato come suo fondamento giuridico. Parallelamente la ricorrente sostiene che, ad ogni modo, l'applicazione concreta del principio di proporzionalità effettuata dalla Commissione non è stata corretta. Infine, secondo la ricorrente, la Commissione ha proceduto a una valutazione errata degli elementi di fatto in base ai quali ha accertato la sussistenza di una discriminazione indiretta a favore del vettore aereo nazionale (Alitalia).

2 — GU L 337 del 12 dicembre 1998, pag. 42.

3 — Regolamento del Consiglio 23 luglio 1992, sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie (GU L 240 del 24 agosto 1992, pag. 8).

II — Il contesto normativo

2. L'art. 59, primo comma, del Trattato CE (divenuto art. 49 CE), dispone quanto segue:

«Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono gradatamente soppresse durante il periodo transitorio nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione».

3. L'art. 61, n. 1, del Trattato CE (divenuto art. 51 CE), stabilisce che:

«La libera circolazione dei servizi, in materia di trasporti, è regolata dalle disposizioni del titolo relativo ai trasporti».

4. Del resto, come disposto dall'art. 84, n. 2, del Trattato CE (divenuto art. 80 CE),

«Il Consiglio, con deliberazione a maggioranza qualificata, potrà decidere se, in

quale misura e con quale procedura potranno essere prese opportune disposizioni per la navigazione marittima e aerea.

Le disposizioni di procedura di cui all'articolo 75, paragrafi 1 e 3, sono applicabili».

5. I primi due 'considerando' del regolamento n. 2408/92 recitano:

«(...) è importante definire, entro il 31 dicembre 1992, una politica dei trasporti aerei per il mercato interno, in conformità del disposto dell'articolo 8 A del trattato;

(...) il mercato interno consisterà in uno spazio senza frontiere interne in cui sarà garantita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali».

6. Secondo il diciannovesimo 'considerando' dello stesso regolamento

«(...) che è opportuno che tutte le questioni relative all'accesso al mercato siano trattate nello stesso regolamento».

7. Inoltre, ai sensi dell'art. 3, n. 1, del regolamento n. 2408/92:

«ai sensi del presente regolamento, lo (gli) Stato(i) membro(i) interessato(i) permette (permettono) ai vettori aerei comunitari di esercitare diritti di traffico su rotte all'interno della Comunità».

8. Infine, l'art. 8 dello stesso regolamento dispone che:

«1. Il presente regolamento non pregiudica il diritto degli Stati membri di regolamentare, senza discriminazioni basate sulla nazionalità o sull'identità del vettore aereo, la ripartizione del traffico tra gli aeroporti appartenenti a uno stesso sistema aeroportuale.

2. L'esercizio dei diritti di traffico è soggetto alle norme operative pubblicate vigenti a livello comunitario, nazionale,

regionale o locale in materia di sicurezza, tutela dell'ambiente e assegnazione delle bande orarie.

3. A richiesta di uno Stato membro o di propria iniziativa la Commissione esamina l'applicazione dei paragrafi 1 e 2 ed entro un mese dalla data di ricevimento della richiesta decide, previa consultazione del comitato di cui all'articolo 11, se lo Stato membro può continuare ad applicare il provvedimento. La Commissione comunica la propria decisione al Consiglio e agli Stati membri.

4. Qualsiasi Stato membro può deferire la decisione della Commissione al Consiglio entro il termine di un mese. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può in circostanze eccezionali prendere una diversa decisione nel termine di un mese.

(...)».

III — Gli elementi di fatto e la decisione impugnata

9. Il sistema aeroportuale di Milano comprende gli aeroporti di Linate, di Malpensa e di Orio al Serio (Bergamo). La ripartizione del traffico aereo tra questi aeroporti era governata dalle leggi del mercato, tenuto conto dei limiti funzionali esistenti. Ne derivava un'utilizzazione inefficiente della capacità aeroportuale esistente, in quanto l'aeroporto di Linate era sovrautilizzato e quello di Malpensa era sottoutilizzato [4]. Inoltre, nessuno degli aeroporti del sistema è riuscito a svilupparsi in un grande centro aeroportuale per voli nazionali, internazionali e intercontinentali.

10. Alla luce di tali considerazioni, le autorità italiane decidevano di riorganizzare il sistema aeroportuale di Milano al fine di creare un centro aeroportuale a Malpensa e costituire una capacità aeroportuale adeguata per il futuro. Tale obiettivo, noto come «Malpensa 2000», doveva essere raggiunto attraverso l'ampliamento e

4 — Sull'aeroporto di Linate, che è situato a 10 km dal centro urbano, si concentrava la maggior parte del traffico nazionale e internazionale intracomunitario. L'aeroporto di Linate aveva gravi carenze di capacità, atteso che nel 1997 è stato utilizzato da 14,2 milioni di passeggeri mentre la sua capacità ottimale era stimata nell'ordine di 8 milioni di passeggeri. Sull'aeroporto di Malpensa, situato a 53 km dal centro della città, si concentravano tutti i voli intercontinentali in quanto i limiti di operatività di Linate impedivano tali voli da quest'ultimo aeroporto. Solo pochi voli intracomunitari erano serviti dall'aeroporto di Malpensa dato che i passeggeri tendenzialmente preferivano l'aeroporto di Linate per la sua vicinanza al centro della città. Per questo motivo, l'aeroporto di Malpensa nel 1997 è stato utilizzato solo da circa 4 milioni di passeggeri, mentre la sua capacità ottimale è stimata nell'ordine di 6 milioni di passeggeri. L'aeroporto di Orio al Serio, situato a circa 50 km dal centro di Milano nei pressi della città di Bergamo, è prevalentemente utilizzato per il traffico «charter» e il trasporto merci, con un numero limitato di voli di linea per passeggeri.

il miglioramento dell'aeroporto di Malpensa [5]. Il dispositivo finanziario alla base del nuovo aeroporto di Malpensa presupponeva la concentrazione del traffico su questo aeroporto, il che implicava necessariamente il trasferimento del traffico dall'aeroporto di Linate.

11. Per tale motivo, il ministro dei Trasporti italiano procedeva all'emanazione del decreto 5 luglio 1996, n. 46-T, recante le norme sulla ripartizione del traffico all'interno del sistema aeroportuale di Milano. L'articolo 1, comma 1, stabiliva che dalla data di entrata in esercizio delle opere di prima urgenza del polo funzionale di Malpensa 2000, che sarebbe stata stabilita con successivo decreto, tutti i collegamenti di linea e non di linea su rotte intercontinentali e intracomunitarie (comprese le rotte intracomunitarie nazionali o internazionali) sarebbero stati effettuati da e per l'aeroporto di Malpensa. L'articolo 1, comma 2, stabiliva che gli stessi collegamenti potevano essere operati anche dall'aeroporto di Orio al Serio. L'articolo 1, comma 3 e 4, prevedeva che l'aeroporto di Linate poteva essere utilizzato solo dall'aviazione generale e per l'esercizio di voli diretti, senza scali intermedi, da e per Milano, il cui volume annuale di passeggeri fosse stato, nella sua totalità, pari o superiore a 2 milioni nell'anno antecedente la menzionata data di entrata in esercizio delle opere di prima urgenza, ovvero avesse raggiunto una media annuale di 1 750 000 nel triennio precedente.

12. Il 13 ottobre 1997 il governo italiano adottava il decreto n. 57-T che all'articolo 1, comma 1, stabiliva che le opere di prima urgenza menzionate nel decreto n. 46-T sarebbero entrate in servizio il 25 ottobre 1998. Quindi, per effetto dei decreti n. 46-T e 57-T, a partire dal 25 ottobre 1998 tutti i voli da e per Milano avrebbero dovuto essere effettuati dall'aeroporto di Malpensa o dall'aeroporto di Orio al Serio ad eccezione dei voli dell'aviazione generale e di quelli che raggiungevano le soglie di traffico stabilite dall'articolo 1, comma 4, del decreto n. 46-T. In pratica, la sola rotta che raggiungeva le soglie stabilite era Milano-Roma.

13. Il 16 febbraio 1998 i vettori aerei British Airways, Iberia, Lufthansa, Olympic Airways, Sabena, Scandinavian Airlines System e TAP Air Portugal hanno presentato alla Commissione una domanda congiunta di adozione di una decisione al fine di dichiarare le norme italiane sulla ripartizione del traffico all'interno del sistema aeroportuale di Milano incompatibili con il diritto comunitario, in particolare con il

5 — Questo progetto, che era uno dei quattordici progetti prioritari della rete transeuropea dei trasporti di cui alla decisione del Parlamento europeo e del Consiglio 23 luglio 1996, 1692/96/CE (GU L 228 del 9 settembre 1996, pag. 1), era finanziato dalla Comunità, dal Fondo europeo per gli investimenti e dalla Banca europea per gli investimenti.

regolamento (CEE) n. 2408/92, e di imporre all'Italia di disapplicare tali norme e di emanare altre norme pienamente conformi al diritto comunitario [6]. Più precisamente i vettori aerei sostenevano che le norme italiane introducevano una discriminazione che privilegiava di fatto l'Alitalia [7] e, parallelamente, non erano conformi al principio di proporzionalità [8].

14. Il 16 settembre 1998, dopo aver espletato la procedura prescritta [9], la Commissione ha adottato la decisione impugnata ai sensi dell'art. 8, n. 3, del regolamento n. 2408/92.

15. Nella motivazione della decisione impugnata la Commissione, dopo aver descritto gli elementi di fatto e il procedimento, espone la sua valutazione giuridica sulle norme italiane contestate alla luce del regolamento n. 2408/92. Secondo la Commissione qualsiasi restrizione adottata in forza dell'art. 8, n. 1, del regolamento deve essere conforme sia al principio di non discriminazione, cui fa espresso riferimento tale disposizione, sia ai principi generali

6 — Il 15 aprile 1998 l'Air France ha comunicato alla Commissione la propria adesione alla denunzia dei vettori summenzionati. Il 22 aprile 1998 i vettori denunzianti hanno presentato alla Commissione una domanda aggiuntiva in cui chiedevano che fosse assunta una decisione provvisoria, preliminare a qualsiasi decisione di merito sulle norme italiane, volta ad impedire che tali norme avessero effetto prima che fossero predisposti adeguati collegamenti di trasporto con l'aeroporto di Malpensa. Il 27 maggio 1998 l'Austrian Airlines ha presentato alla Commissione una domanda separata avente identico oggetto della domanda iniziale e della domanda aggiuntiva presentate dai vettori denunzianti e fondata sui medesimi motivi.

7 — Secondo i vettori aerei citati, in seguito all'applicazione delle norme italiane sarà attiva da Linate solo la rotta Milano-Roma, sulla quale operano numerosi vettori aerei comunitari, tra cui Alitalia. Di conseguenza, l'Alitalia può ancora contare, in gran parte, sul centro aeroportuale di Roma alimentato da Linate, mentre i vettori aerei comunitari non italiani non potranno più alimentare i loro centri aeroportuali dallo stesso aeroporto, essendo costretti ad effettuare tali voli dall'aeroporto di Malpensa. Da ciò consegue che Alitalia godrà di un vantaggio concorrenziale, rispetto ai vettori comunitari non italiani, nella prestazione di servizi di trasporto aereo a medio e lungo raggio con scalo nel suo centro aeroportuale. In altre parole, i passeggeri che viaggiano da Milano verso destinazioni a medio o lungo raggio dovendo passare attraverso un centro aeroportuale preferiranno transitare in quello dell'Alitalia piuttosto che in quelli degli altri vettori comunitari. Inoltre, secondo i vettori aerei, l'assenza di adeguati collegamenti di trasporto renderà l'aeroporto di Malpensa ancora più scomodo rispetto a Linate, rafforzando di conseguenza l'effetto discriminatorio delle norme italiane.

8 — I vettori denunzianti sostenevano che le norme italiane non erano proporzionate in quanto i loro fini avrebbero potuto essere conseguiti senza discriminazioni e con un'utilizzazione più razionale della capacità aeroportuale, evitando sia la sottoutilizzazione dell'aeroporto di Linate, sia la congestione dell'aeroporto di Malpensa. In tale contesto avrebbe dovuto essere consentito a tutti i vettori aerei comunitari di operare i collegamenti con i rispettivi centri aeroportuali dall'aeroporto di Linate.

9 — Al fine di un esame completo del caso secondo la procedura di cui all'articolo 8, n. 3, del regolamento (CEE) n. 2408/92, e in ossequio al diritto di difesa, il 3 marzo 1998 la Commissione ha trasmesso alle autorità italiane la domanda presentata dai vettori denunzianti, invitandole a formulare le loro osservazioni. In merito al differente trattamento che discenderebbe dalle norme italiane, le autorità italiane ritenevano che non fosse stata attuata alcuna discriminazione in quanto tutti i vettori aerei comunitari potevano accedere alla rotta Milano-Roma secondo la pertinente normativa comunitaria. Per quanto riguarda il principio di proporzionalità, le autorità italiane sostenevano che le norme sulla ripartizione del traffico erano necessarie per raggiungere l'obiettivo di creare un centro aeroportuale a Malpensa mantenendo Linate come aeroporto supplementare.
Nei vari incontri e scambi di corrispondenza, la Commissione ha comunicato alle autorità italiane la sua posizione sul caso di specie in base ai fatti emersi fino ad allora, illustrando sinteticamente i motivi per cui sussistevano dubbi circa la compatibilità delle norme italiane con l'articolo 8, n. 1 del regolamento (CEE) n. 2408/92. Le autorità italiane hanno ribadito che i criteri di ripartizione del traffico all'interno del sistema aeroportuale milanese fissati dal decreto n. 46-T non comportano alcuna discriminazione a favore di Alitalia. Tuttavia, al fine di rassicurare la Commissione sotto questo aspetto, hanno affermato di poter prevedere modalità d'esercizio della tratta Milano-Roma dall'aeroporto di Linate. Tuttavia, modalità di tal genere non sono state giudicate adeguate e opportune dalla Commissione.

sulla libera prestazione dei servizi, come enunciati nella giurisprudenza della Corte. Questi principi vanno oltre il mero divieto di discriminazione in base alla nazionalità o in base all'identità del vettore. Infatti, anche quando le misure nazionali restrittive della libera prestazione dei servizi si applicano senza discriminazioni, esse sono comunque inammissibili se non sono giustificate da esigenze imperative connesse all'interesse generale oppure se è possibile ottenere lo stesso risultato con provvedimenti meno incisivi, in ossequio al principio di proporzionalità.

16. Nella fattispecie, per quanto riguarda la compatibilità delle norme italiane con il principio di non discriminazione, la Commissione, tenuto conto della situazione concorrenziale tra l'Alitalia e gli altri vettori aerei comunitari, è giunta alla conclusione che i criteri fissati dal decreto n. 46-T, consentendo solo all'Alitalia di alimentare il suo centro aeroportuale di Roma-Fiumicino dall'aeroporto di Linate ed obbligando gli altri vettori aerei comunitari ad alimentare i rispettivi centri aeroportuali dall'aeroporto di Malpensa, conferiscono un vantaggio concorrenziale all'Alitalia. Questo vantaggio sussisterà fino a quando l'aeroporto di Malpensa non sarà dotato di un livello di infrastrutture di accesso tale da superare l'attuale situazione, da cui deriva una scarsa propensione degli utenti ad utilizzarlo. Di conseguenza, la Commissione ha ritenuto che l'applicazione dal 25 ottobre 1998, in forza del decreto n. 57-T, dei criteri fissati dal decreto n. 46-T avrebbe prodotto in pratica effetti discriminatori a favore di Alitalia. Ne consegue che l'applicazione dei criteri adottati con il decreto n. 46-T a partire dal 25 ottobre 1998, come previsto dal decreto n. 57-T, è incompatibile con il divieto di discriminazioni basate sull'identità del vettore aereo, sancito dall'articolo 8, n. 1, del regolamento n. 2408/92.

17. Riguardo alla compatibilità delle norme italiane con il principio di proporzionalità, la Commissione ha sottolineato anzitutto che l'articolo 8, n. 1, del regolamento n. 2408/92 riconosce espressamente la legittimità di una politica attiva di pianificazione per l'aeroporto di Malpensa e che il progetto «Malpensa 2000» mirava a fare di tale aeroporto un centro aeroportuale di collegamento pienamente operativo ed economicamente efficiente. La Commissione ha poi esaminato le restrizioni introdotte dalle norme sulla ripartizione del traffico aereo ed è giunta alla conclusione che l'operatività del progetto «Malpensa 2000» (incluso il tempestivo esercizio di tutti i voli e la condizione preliminare di un normale accesso dei passeggeri all'aeroporto) non presuppone il trasferimento in blocco per il 25 ottobre 1998 del volume di traffico previsto dalle norme italiane. L'operatività del centro aeroportuale di Malpensa presuppone il trasferimento di un volume di traffico compatibile con il livello delle strutture aeroportuali e delle infrastrutture di accesso. Si rischierebbe altrimenti di com-

promettere lo sviluppo dell'aeroporto di Malpensa e la prospettiva che esso diventi un centro aeroportuale comunitario affermato. Il rinvio del trasferimento o un trasferimento ripartito nel tempo di tale volume di traffico a decorrere dal 25 ottobre 1998 sarebbe più adeguato a tal fine ed inciderebbe in misura minore sulla libera prestazione dei servizi aerei da e per Milano. Le norme italiane non appaiono quindi indispensabili per realizzare l'obiettivo perseguito dalle autorità italiane, che può essere raggiunto con norme meno restrittive della libertà di prestazione dei servizi aerei. Inoltre, l'imposizione di restrizioni che determinano un'immediata e drastica riduzione delle attività a Linate, segnatamente da 14,2 milioni di passeggeri all'anno nel 1997 a 2,5 milioni dopo la decorrenza d'efficacia delle nuove norme, non appare una misura adeguata per perseguire l'obiettivo indicato all'undicesimo capoverso del preambolo del decreto n. 46-T, secondo cui l'aeroporto di Linate dovrà essere comunque mantenuto in funzione. Conseguentemente, la Commissione ha ritenuto che le norme sulla ripartizione del traffico previste dal decreto n. 46-T e dal decreto n. 57-T non fossero conformi al principio di proporzionalità.

18. Sulla base della motivazione esposta la Commissione ha deciso che l'Italia non può applicare le norme di ripartizione del traffico aereo all'interno del sistema aeroportuale di Milano, adottate con i decreti contestati.

19. Nessuno Stato membro si è rivolto al Consiglio avvalendosi della facoltà concessa dall'art. 8, n. 4, del regolamento n. 2408/92.

20. La Repubblica italiana ha impugnato la decisione con ricorso pervenuto alla Corte l'8 ottobre 1998. Con tale ricorso chiede alla Corte l'annullamento della decisione impugnata della Commissione e la condanna di quest'ultima alle spese processuali. La Commissione chiede invece che il ricorso sia respinto e che le spese processuali siano poste a carico della ricorrente.

IV — I motivi di ricorso

21. Per ragioni di coerenza sistematica nell'analisi esaminerò insieme il primo e il secondo motivo di ricorso, dal momento che entrambi sollevano la stessa problematica generale relativa all'interpretazione del fondamento giuridico della decisione impugnata (A). Esaminerò poi il terzo motivo di ricorso, con il quale si sostiene che, in ogni caso, la Commissione ha fatto un'applicazione erronea del principio di proporzionalità (B). Prenderò in esame infine il quarto motivo, con il quale viene dedotta la violazione delle norme che disciplinano le discriminazioni indirette e la valutazione palesemente errata degli elementi di fatto

effettuata dalla Commissione nella motivazione della decisione impugnata (C).

A — L'interpretazione del fondamento giuridico della decisione impugnata (primo e secondo motivo di ricorso)

a) Gli argomenti delle parti

aa) L'incompetenza derivante dalla violazione dell'art. 8, nn. 1 e 3, del regolamento n. 2408/92 e degli artt. 155 (divenuto art. 211 CE) e 169 (divenuto art. 226 CE) del Trattato CE (primo motivo di ricorso)

22. Con il primo motivo di ricorso la ricorrente sostiene che la decisione impugnata è nulla poiché, in contrasto con la nozione autentica della disposizione dell'art. 8, n. 3, del regolamento n. 2408/92, sulla quale è fondata la competenza della Commissione ad adottare tale decisione, essa ha sottoposto a controllo le norme italiane dal punto di vista della loro compatibilità con i principi sulla libera prestazione dei servizi e, più precisamente, con il principio di proporzionalità, e non si è limitata, come avrebbe dovuto, al controllo della loro compatibilità con il principio di non discriminazione [10].

23. In risposta a quanto sostenuto con il primo motivo di ricorso la Commissione rileva che il regolamento n. 2408/92 applica, nel settore del trasporto aereo, tutte le norme relative alla libera prestazione dei servizi sancite dall'art. 59 del Trattato. Secondo il metodo d'interpreta-

10 — Più precisamente, il governo italiano sostiene che l'art. 8, n. 1, del regolamento 2408/92 attribuisce agli Stati membri una competenza esclusiva a regolamentare la ripartizione del traffico tra gli aeroporti, competenza che è limitata dall'esigenza di rispettare il principio di non discriminazione in ragione della nazionalità e/o dell'identità del vettore aereo. Il n. 3 dello stesso articolo attribuisce poi alla Commissione un potere di controllo per verificare se le misure adottate siano compatibili con quanto previsto dal n. 1. Dalla formulazione di tale disposizione, che è chiara, discende che oggetto di controllo può essere soltanto la conformità delle misure nazionali al principio di non discriminazione, come stabilito dal n. 1, e non la conformità al diritto comunitario in generale. Del resto, quando il legislatore comunitario ha voluto istituire un siffatto controllo generale, come nel caso delle disposizioni dell'art. 9, nn. 4 e 5, dello stesso regolamento, ha previsto espressamente che tale controllo non è limitato solo alla conformità delle misure nazionali alle disposizioni del regolamento in oggetto ma che si estende anche ad esaminare se tali misure non siano contrarie «al diritto comunitario».
Secondo la ricorrente, nella decisione impugnata la Commissione ha ritenuto, in forza dell'art. 8, n. 3, del regolamento n. 2408/92, di avere la competenza a controllare le norme italiane dal punto di vista del diritto comunitario in generale e, più specificamente, nell'ottica del principio di proporzionalità che disciplina le restrizioni alla libera prestazione dei servizi. Questa circostanza costituisce un'interpretazione estensiva errata della disposizione che attribuisce alla Commissione il potere di decisione, poiché tale disposizione viene applicata fuori dai casi e dalle condizioni da essa considerati. Tale applicazione è contraria ai principi del Trattato relativi all'assetto istituzionale della Comunità e, in particolare, ai principi di stretta legalità del potere di decisione della Commissione, ai sensi dell'art. 155 del Trattato. A parere della ricorrente, la disposizione dell'art. 8, n. 3, del regolamento n. 2408/92, in ragione del suo carattere eccezionale rispetto all'art. 169 del Trattato, deve essere interpretata in senso restrittivo. Pertanto non può essere intesa nel senso di autorizzare la Commissione a fare uso del suo potere decisionale per effettuare valutazioni o per prendere decisioni vincolanti non strettamente attinenti all'applicazione del n. 1 dello stesso articolo. Tale ultima disposizione sancisce il divieto di discriminazione, la cui applicazione non presuppone valutazioni discrezionali.

zione letterale, sistematico e teleologico l'art. 8, n. 1, del regolamento non può essere interpretato nel senso che consente a uno Stato membro di violare altri principi o disposizioni comunitari vigenti, quale il principio di proporzionalità [11].

ab) La violazione degli artt. 3, n. 1, e 8, n. 1, del regolamento n. 2408/92 e degli artt. 59, 61, n. 1, 84, nn. 1 e 2, del Trattato, nonché dei principi giurisprudenziali in tema di libera prestazione dei servizi (secondo motivo di ricorso)

24. Con il secondo motivo di ricorso, proposto in via subordinata al primo, la ricorrente contesta la legittimità sostanziale della decisione impugnata per il fatto che essa ha ritenuto i decreti italiani in oggetto contrari al diritto comunitario poiché non rispettano il principio di proporzionalità. Nella prima parte di questo motivo la ricorrente contesta il ragionamento contenuto nella decisione impugnata secondo il quale le norme nazionali di ripartizione del traffico devono essere giudicate contrarie al diritto comunitario qualora non rispettino

11 — Più precisamente la Commissione sostiene che l'art. 8, n. 1, del regolamento n. 2408/92 non autorizza gli Stati membri a ripartire il traffico aereo violando il diritto comunitario, e che il n. 3 dello stesso articolo non limita i poteri della Commissione al controllo della conformità della misura nazionale a quanto stabilito nel n. 1. Esso esige invece che la Commissione esamini se lo Stato membro può continuare ad applicare tale misura.
La Commissione sottolinea che il principio di proporzionalità costituisce un principio generale del diritto comunitario che deve essere osservato dagli Stati membri ogni volta che una disposizione di diritto comunitario riservi ad essi l'esercizio di determinati poteri. Ricorda inoltre che, ai sensi dell'art. 155 del Trattato, «la Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente trattato e delle disposizioni adottate dalle istituzioni in virtù del trattato stesso». Alla luce di quanto esposto la Commissione ritiene che occorra interpretare l'art. 8, n. 3, del regolamento n. 2408/92 nel senso che esso vieta alla Commissione di adottare decisioni che ignorino qualsiasi violazione grave del principio di proporzionalità, mentre la stessa Commissione è esposta ai ricorsi che possono essere esercitati contro di essa ai sensi dell'art. 173 del Trattato per violazione dello stesso principio, nel caso in cui non proceda all'esame della fattispecie alla luce di tutti i principi generali del diritto comunitario. Il fatto che le disposizioni dell'art. 9, nn. 4 e 5, del regolamento n. 2408/92 prevedano espressamente il controllo generale di legittimità delle misure nazionali non esclude che il medesimo ragionamento possa essere svolto anche nel caso dell'art. 8, n. 1. Correlativamente, a conferma della sua analisi la Commissione rileva che il Tribunale di primo grado, nella sentenza 19 giugno 1997, causa T-260/94, Air Inter (Racc. pag. II-997), ha esaminato l'argomento prospettato nel ricorso relativo all'illegittimità di una decisione della Commissione per violazione dell'art. 90, n. 2, del Trattato (divenuto art. 86 CE), e questo benché tale disposizione non sia menzionata nell'art. 8 del regolamento n. 2408/92.
La Commissione aggiunge, d'altra parte, che una siffatta limitazione del suo potere decisionale sarebbe contraria al principio di buona amministrazione, in quanto la obbligherebbe ad approvare una misura ai sensi dell'art. 8, nn. 1 e 3, per poi avviare il procedimento di cui all'art. 169 del Trattato. Tuttavia un tale procedimento, che comprenderebbe due fasi, di cui una di controllo ai sensi dell'art. 8, nn. 1 e 3, e l'altra di controllo ai sensi dell'art. 169, non sarebbe conforme al principio della certezza del diritto né è consono alla necessità di una rapida risoluzione delle controversie sulla legittimità delle misure nazionali, imposta dalle esigenze del mercato dei trasporti aerei.

un principio di proporzionalità [12]. Con la seconda parte dello stesso motivo la ricorrente contesta il punto in cui la decisione impugnata considera che, dal punto di vista della proporzionalità, la valutazione dei decreti nazionali sul sistema aeroportuale di Milano giustifica il divieto imposto all'Italia. La ricorrente sostiene, più precisamente, che al punto 49 della decisione impugnata la Commissione abbia proceduto erroneamente a valutare la conformità dei decreti italiani alle norme comunitarie, adottando come criterio un interesse economico qual è quello dell'efficienza di un sistema aeroportuale [13].

25. Per quanto riguarda la prima parte del secondo motivo di ricorso, la Commissione oppone alla ricorrente che il principio della libera prestazione dei trasporti aerei all'interno della Comunità viene sancito dall'art. 3, n. 1, del regolamento n. 2408/92. La Commissione ritiene che le misure nazionali che limitano tale libertà debbano essere conformi ai principi generali sulla libera prestazione dei servizi, come elaborati dalla giurisprudenza della Corte. Correlativamente, la Commissione ricorda che questi principi generali, ai quali si deve fare ricorso in ogni questione di interpretazione del regolamento n. 2408/92, non sono

12 — La ricorrente asserisce che, anche se si ritenesse che i principi sanciti dall'art. 59 del Trattato siano da prendere in considerazione per l'interpretazione delle disposizioni del decreto, la Commissione li ha invocati non per interpretare l'art. 8 del regolamento, ma principalmente per integrarlo, attribuendogli un significato e una portata che vanno oltre il chiaro dettato di tale disposizione. Del resto, la Commissione non può fondarsi sull'art. 59 e sulla giurisprudenza relativa a questa disposizione fondamentale del Trattato. Le disposizioni del titolo IV del Trattato non sono applicabili ai trasporti marittimi e aerei (art. 84, n. 1). La competenza a regolamentare i trasporti aerei spetta al Consiglio (art. 84, n. 2). Il regolamento n. 2408/92 è stato appunto emanato su questo fondamento giuridico e, conseguentemente, costituisce l'unica fonte normativa nel settore cui si riferisce la decisione impugnata.
Secondo la ricorrente, la Commissione non ha proceduto alla corretta applicazione dei principi giurisprudenziali relativi alle restrizioni alla libera prestazione di servizi. Questi ultimi non possono essere applicati nel settore dei trasporti aerei dal momento che il regolamento n. 2408/92 ha dettato la disciplina armonizzatrice delle condizioni di accesso alle rotte intracomunitarie. D'altra parte, come sottolineato dalla ricorrente nella sua replica, l'art. 8, n. 1, che consente di disciplinare la ripartizione del traffico con il limite del rispetto del principio di non discriminazione — come del resto fanno anche altri articoli del regolamento e specialmente l'art. 9, che menziona espressamente (n. 2, ultimo trattino) la necessità del rispetto del principio di proporzionalità nelle restrizioni all'esercizio dei diritti di traffico — s'inserisce nell'ambito del potere discrezionale di cui, secondo la giurisprudenza della Corte (viene citata la sentenza 22 maggio 1985, causa 13/83, Parlamento/Consiglio, Racc. pag. 1513, punto 65) gode il Consiglio per la realizzazione della libera prestazione dei servizi nell'ambito della navigazione aerea. Pertanto, nella fattispecie concreta, i decreti italiani contestati sono soggetti a controllo solo ai sensi dell'art. 8, n. 1, del regolamento e non anche ai sensi dei principi giurisprudenziali menzionati.

13 — La ricorrente sostiene che, secondo la giurisprudenza della Corte, il principio di proporzionalità è applicato per valutare la legittimità di restrizioni fondate su esigenze imperative di interesse pubblico. Pertanto, se una restrizione non è fondata su un'esigenza di questo tipo, non vi è ragione di applicare il principio di proporzionalità. La ricorrente ritiene che, nel caso in cui l'art. 8, n. 1, del regolamento n. 2408/92 ammetta le misure contestate in funzione di esigenze economiche ragionevoli (e con riserva del rispetto del principio di non discriminazione), il ricorso ai principi generali per sottoporre le misure in oggetto a controllo di proporzionalità appare arbitrario.
Secondo la ricorrente, del resto, la Commissione non può pretendere di aggirare l'omesso riferimento dell'art. 8, n. 1, del regolamento n. 2408/92 al principio di proporzionalità, configurando essa stessa una nuova nozione di interesse generale che comprenderebbe esigenze di carattere meramente economico, qual è quella della creazione di un centro aeroportuale efficiente. Il governo italiano aggiunge poi che la Commissione non potrebbe «giocare» con la nozione di esigenza imperativa di interesse generale invocando disposizioni che non sono pertinenti, come quella dell'art. 129 B del Trattato CE (divenuto art. 154 CE).
La ricorrente sostiene infine che il programma dei lavori di collegamento con l'aeroporto di Malpensa preso in considerazione dalla Commissione non ha alcuna importanza per l'applicazione del regolamento n. 2408/92, poiché non è evidente in quale modo possa influire sulla legittimità comunitaria dei decreti di ripartizione del traffico tra Malpensa e Linate, pur nell'ottica delle posizioni giuridiche, peraltro contestate, sulle quali poggia la decisione impugnata.

limitati al semplice divieto di discriminazione in ragione della nazionalità, ma escludono anche le misure che limitano tale libertà pur applicandosi ai prestatori dei servizi indipendentemente dalla loro nazionalità — salvo che tali misure siano giustificate da esigenze imperative di interesse generale — qualora lo stesso risultato possa essere raggiunto mediante norme meno restrittive.

26. Quanto alla seconda parte del secondo motivo di ricorso, fondato sull'asserita mancanza di un'esigenza imperativa di interesse generale, la Commissione ricorda che le esigenze di tal genere non possono essere elencate in modo tassativo. Ne deriva che l'obiettivo della realizzazione di un centro operativo ed efficiente, che potrebbe anche essere denominato «obiettivo di una gestione efficiente del traffico» oppure «necessità di un adeguato riassetto del territorio», deve essere considerato un'esigenza imperativa di interesse generale [14].

14 — La Commissione ritiene che le considerazioni attinenti alle infrastrutture dei trasporti rientrino nella nozione di interesse generale, come testimoniano gli artt. 8, n. 1, e 9, del regolamento n. 2408/92. Inoltre, secondo la Commissione, anche se l'obiettivo della realizzazione di un centro operativo ed efficiente comporta conseguenze macroeconomiche, ciò non coincide affatto con gli elementi microeconomici che la Corte ha giudicato inammissibili al fine di giustificare restrizioni alla libera prestazione di servizi. In ogni caso, tuttavia, la giurisprudenza ha ammesso che il fatto che le misure nazionali mirino parallelamente a conseguire obiettivi economici non impedisce che esse siano ritenute legittime, purché esse mirino anche a soddisfare esigenze imperative di interesse generale. Questa analisi è giustificata anche dalle disposizioni dell'art. 129 C del Trattato.

b) La mia opinione

27. Con i primi due motivi di ricorso la ricorrente contesta la validità della decisione impugnata sostanzialmente per la ragione che la Commissione ha proceduto a un controllo dei decreti italiani in oggetto non solo dal punto di vista del principio di non discriminazione ma anche alla luce del principio di proporzionalità.

28. Questa contestazione non è convincente e non può condurre all'annullamento della decisione impugnata. Ritengo che, a giudicare dal risultato, correttamente il controllo delle norme italiane si sia basato su entrambi i citati principi del diritto comunitario. Tuttavia, a questo risultato giungo seguendo un ragionamento che si discosta in parte sia dalla motivazione della decisione impugnata che dagli argomenti sostenuti dinanzi alla Corte dalla Commissione.

29. Sia la ricorrente che la Commissione, nel loro ragionamento, prendono le mosse dalla tesi per cui la scelta del principio di proporzionalità come fondamento giuridico del controllo della legittimità comunitaria dei decreti italiani contestati presuppone o la diretta applicazione dei principi generali che la giurisprudenza della Corte ha desunto dall'art. 59 del Trattato a proposito del controllo sulle restrizioni alla libera prestazione dei servizi, oppure l'interpretazione dell'art. 8, nn. 1 e 3, del regolamento n. 2408/92 nell'ottica di tali principi. Tuttavia, prima di analizzare se ricorrano tali due presupposti alternativi e di porre in questo modo la questione preliminare se e in che misura il regola-

mento n. 2408/92 abbia proceduto ad applicare il principio fondamentale della libera prestazione dei servizi nel settore dei trasporti aerei, occorre esaminare se la necessità di applicare un principio di proporzionalità sorga, prima di tutto, dallo stesso divieto di discriminazione imposto espressamente dall'art. 8, n. 1, di tale regolamento. In caso affermativo si dovrà poi esaminare se le premesse generali del principio di proporzionalità applicabile si identifichino con le premesse generali del principio di proporzionalità applicato dalla Commissione nella decisione impugnata. Ove ciò avvenga, in pratica gli argomenti sostenuti nei due primi motivi di ricorso dovranno essere, in ogni caso, respinti in quanto infondati, indipendentemente dall'esito che potrebbe avere l'analisi sulla possibilità di applicare o di prendere in considerazione i principi giurisprudenziali che discendono dall'art. 59 del Trattato.

30. Ritengo anzitutto che la necessità di applicare il principio di proporzionalità sorga dallo stesso divieto di discriminazione che l'art. 8, n. 1, del regolamento n. 2408/92 impone espressamente di rispettare.

31. Non vi è dubbio che il divieto di discriminazione sancito dall'art. 8, n. 1, deve essere interpretato sia nell'ottica della teoria generale del diritto comunitario che in quella della giurisprudenza della Corte, le quali entrambe riconoscono che nell'ambito di applicazione del principio generale del divieto di discriminazione ricadono sia le discriminazioni dirette che quelle indirette [15]. Di conseguenza, nella decisione impugnata si riferisce correttamente che: «il principio di non discriminazione sancito dall'art. 8, paragrafo 1, vieta anche qualsiasi misura che, pur senza fare esplicitamente o direttamente riferimento alla nazionalità o all'identità del vettore aereo, produca in pratica, anche se indirettamente, effetti discriminatori» [16].

32. Su questo punto si deve ricordare che, nel caso delle discriminazioni dirette, la prova della loro sussistenza è per definizione evidente: sia l'esistenza di un trattamento diverso per casi simili che di un trattamento simile per casi diversi (discriminazione di fatto), sia il carattere illecito di tale trattamento (discriminazione di diritto) derivano direttamente dall'esistenza nelle misure contestate di un criterio vietato. Invece l'accertamento delle discriminazioni indirette presuppone un ragionamento complesso fondato, in una prima fase, sull'analisi circostanziata della concreta situazione di fatto regolata dalla misura contestata, e sull'esame della questione se, alla luce di tale situazione, il criterio utilizzato, apparentemente neutro, conduca in definitiva a una discriminazione di fatto, e, in una seconda fase, sulla

15 — Per la dottrina v., ad esempio, K. Lenaerts, L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples, *Cahiers de droit européen*, 1991, pag. 3.
Per la giurisprudenza v., ad esempio, sentenza 12 febbraio 1974, causa 152/73, Sotgiu (Racc. pag. 153, punto 11), che ha posto i fondamenti per lo sviluppo della giurisprudenza relativa al divieto di discriminazione indiretta in ragione della nazionalità. Per quanto riguarda la libera prestazione di servizi v., ad esempio, fra le sentenze recenti, quella del 29 aprile 1999, causa C-224/97, Ciola (Racc. pag. I-2517, punti 13 e ss.).

16 — V. il punto 30 della decisione impugnata.

verifica del carattere illegittimamente pregiudizievole di tale discriminazione, vale a dire del suo legame indiretto ma stretto con un criterio vietato. In altri termini, nell'ambito di tale ragionamento è importante accertare, prima di tutto, se la discriminazione che ne risulta nel suo effetto pratico sia, nelle circostanze più generali, la conseguenza necessaria del criterio utilizzato, o se non costituisca piuttosto un risultato casuale non dovuto alla prescrizione contestata. A prima vista questa verifica non è sempre facile e, comunque, non può sottintendere necessariamente la sussistenza di una discriminazione di diritto [17], sia che si faccia ricorso agli insegnamenti della comune esperienza sia pure che si attinga a indagini statistiche. Perciò si richiede anche un'indagine dalla direzione inversa, cioè si deve esaminare se la disciplina adottata abbia carattere oggettivo. Questo carattere oggettivo deve essere logicamente valutato mediante un ragionamento che esamini se tale normativa sia proporzionata, vale a dire necessaria, appropriata e non ingiustificatamente gravosa in relazione al suo scopo. Questo scopo deve essere collegato con una esigenza imperativa di interesse pubblico, quale è concretizzato in ogni singolo caso mediante l'interpretazione. Esso può essere definito in modo generale da una norma giuridica, come accade nel caso dell'art. 8, n. 1, del regolamento n. 2408/92, che stabilisce che l'obiettivo delle misure contestate deve inserirsi nell'ambito della ripartizione del traffico tra gli aeroporti appartenenti a uno stesso sistema aeroportuale. Se la normativa in oggetto è proporzionata al suo scopo deve essere considerata legittima anche se conduce a una discriminazione di fatto, poiché diviene a questo punto evidente che tale discriminazione non può essere imputata alla disciplina contestata, ma sorge casualmente oppure deve essere ricondotta agli stessi legittimi obiettivi della legge della quale la normativa contestata costituisce la migliore concretizzazione. Da quanto precede discende dunque che, in ogni ipotesi di indagine sulla sussistenza di una discriminazione indiretta, si deve controllare la proporzionalità della normativa contestata in rapporto all'obiettivo legittimo per il quale essa viene adottata. Questo controllo non deve essere ritenuto esclusivamente un elemento del possibile processo di giustificazione della discriminazione indiretta, ma deve essere inteso inoltre come elemento costitutivo del ragionamento che conduce all'individuazione di quest'ultima [18], circostanza che differenzia la logica della discri-

17 — La prova in senso assoluto della sussistenza di una discriminazione non ricorre che nelle discriminazioni dirette. La prova diretta delle discriminazioni indirette, come anche in altri casi di prova giuridica, si fonda su una loro probabilità o, più correttamente, sulla formazione di una certezza processuale sulla probabilità della loro sussistenza.

18 — V., ad esempio, la sentenza della Corte 23 maggio 1996, causa C-237/94, O'Flynn [Racc. pag. I-2617, punto 20: «(...) a meno che non sia obiettivamente giustificata e adeguatamente commisurata allo scopo perseguito, una disposizione di diritto nazionale dev'essere giudicata indirettamente discriminatoria quando, per sua stessa natura, tenda ad essere applicata più ai lavoratori migranti che a quelli nazionali e, di conseguenza, rischi di essere sfavorevole in modo particolare ai primi»] e la sentenza della Corte 30 gennaio 1997, cause riunite C-4/95 e C-5/95, Stöber e Piosa Pereira (Racc. pag. I-511, punti 37 e ss.).
Del resto, la particolarità dell'ipotesi delle discriminazioni indirette sia è già manifestata anche nell'ambito della giurisprudenza relativa alle restrizioni legittime alla libera prestazione di servizi (v. nel prosieguo il paragrafo 51 delle presenti conclusioni), in quanto non è chiaro se le discriminazioni indirette rientrano nelle normative limitative che trovano applicazione differenziata o in quelle che vengono applicate senza distinzioni [v. in proposito le conclusioni dell'avvocato generale Tesauro (paragrafi 44 e ss. e in particolare paragrafo 50) nelle cause C-120/95, Decker, e C-158/96, Kohll, nelle quali sono state pronunciate le sentenze 28 aprile 1998, Racc. pagg. I-1871 e I-1931], circostanza che influisce sia sulla scelta dei motivi che possono condurre a una giustificazione legittima di tali discriminazioni sia anche sulla definizione del contributo di tale giustificazione alla stessa individuazione di tali discriminazioni [v. in proposito A. Whelan e A. Schouten, commento alle citate sentenze Decker e Kohll, in *Revue des Affaires Européennes — Law & European Affairs* 1999, pag. 90 e ss.].

minazione indiretta da quella della discriminazione diretta [19].

33. Nella fattispecie, la Commissione ha correttamente ritenuto, da un lato, che i decreti italiani contestati, per il loro obiettivo e per il loro oggetto, dovessero essere ricondotti alla disposizione dell'art. 8, n. 1, che fa riferimento alle regolamentazioni della ripartizione del traffico aereo tra gli aeroporti appartenenti a uno stesso sistema aeroportuale e, dall'altro, in conformità a tale disposizione, che si dovesse accertare se tali decreti producessero una discriminazione in ragione della nazionalità o dell'identità del vettore aereo. Di conseguenza, alla luce delle precedenti osservazioni, la Commissione doveva in primo luogo esaminare gli effetti dell'applicazione dei decreti contestati e accertare se tale applicazione conducesse a un diverso trattamento dei vettori aerei interessati in ragione della nazionalità o dell'identità del vettore aereo; in secondo luogo, doveva esaminare se tali decreti servivano un'esigenza imperativa di interesse generale, collegata con uno dei diversi obiettivi legittimi di interesse generale ai quali può mirare una misura di regolamentazione della ripartizione del traffico tra gli aeroporti appartenenti a uno stesso sistema aeroportuale; in terzo luogo, doveva accertare se le disposizioni di tali decreti fossero proporzionate alla citata esigenza imperativa di interesse generale.

34. Su questo punto occorre sottolineare che, indipendentemente dal fondamento giuridico invocato e dalle possibili omissioni nell'interpretazione e nell'applicazione del divieto di discriminazioni indirette, la Commissione ha svolto tutte le citate attività dovute.

35. Più precisamente, ai punti 31 e ss. della decisione impugnata la Commissione, al fine di giudicare se i criteri definiti dal decreto n. 46-T producano discriminazioni di fatto, ha esaminato gli effetti che sarebbero derivati dalla loro applicazione a decorrere dal 25 ottobre 1998, come previsto dal decreto n. 57-T.

36. Dalla lettura combinata dei punti 27, 27.1, 27.2 e 53 della decisione impugnata discende che, nella motivazione e nel dispositivo di quest'ultima, è stato ritenuto che le norme adottate con i decreti italiani contestati debbano essere conformi ad

19 — Sul significato del principio di proporzionalità nella teoria delle discriminazioni indirette, v. K. Yannacopoulos, Dati statistici e prova delle discriminazioni fondate sul sesso nel diritto comunitario, Ed. A. N. Sâkkoula, Atene-Komotini, 1999, pag. 144: «La citata applicazione del principio di proporzionalità riveste un ruolo molto significativo nel controllo dell'esistenza di discriminazioni indirette in base al sesso. In primo luogo, è tale applicazione che sostanzialmente conferisce alla giustificazione della discriminazione indiretta il carattere oggettivo che tale giustificazione deve avere, e che è conforme sia al carattere oggettivo delle discriminazioni indirette che al carattere oggettivo degli elementi statistici dai quali si presume la loro esistenza. Così, tale giustificazione non si fonda sugli scopi soggettivi ai quali mira eventualmente la normativa in oggetto, ma sulla possibilità oggettiva, per i mezzi previsti da tale normativa, di conseguire l'obiettivo generalmente ritenuto legittimo della sua adozione. In secondo luogo, l'applicazione del principio di proporzionalità è il meccanismo di controllo che è conforme alla tipizzazione (raggruppamento di casi in un'ipotesi tipica) e alla schematizzazione (regolamentazione generale e astratta) dei giudizi di valore imposti dal carattere strutturale delle discriminazioni indirette. In terzo luogo, nel tentativo di identificare quelle rilevanti differenze che giustificano il diverso trattamento delle categorie a confronto, e dunque di accertare se vi sia una relazione proporzionale tra la diversa disciplina e la sua ragione giustificatrice, il controllo sulla proporzionalità dei criteri di giustificazione oggettiva di una discriminazione manifesta attribuisce sostanzialmente la necessaria dimensione proporzionale all'uguaglianza — o piuttosto alla disuguaglianza — aritmetica che deriva dai dati statistici che attivano la presunzione di esistenza di tale discriminazione (...)».

entrambi i principi di non discriminazione e di proporzionalità.

37. Al punto 47 della decisione impugnata, la Commissione ha definito lo scopo delle misure in oggetto e ha verificato la conformità dello stesso agli obiettivi dell'art. 8, n. 1, del regolamento n. 2408/92. Più precisamente ha ritenuto che: «il progetto Malpensa 2000 mira a creare, attraverso l'estensione ed il miglioramento delle attuali strutture dell'aeroporto di Malpensa, un centro aeroportuale pienamente operativo ed economicamente efficiente. Le norme italiane contribuiscono a tale obiettivo assicurando il trasferimento di un sufficiente volume di traffico dall'aeroporto di Linate a quello di Malpensa in modo da garantire la redditività dello scalo. L'articolo 8, paragrafo 1, del regolamento (CEE) n. 2408/92 riconosce espressamente la legittimità di una politica attiva di pianificazione degli aeroporti».

38. Infine, ai punti 47 e ss. della decisione impugnata la Commissione ha esaminato se le misure adottate dai decreti italiani contestati fossero proporzionate al loro scopo, se fossero cioè necessarie per la creazione di un centro aeroportuale economicamente efficiente e per la realizzazione del progetto di rete transeuropea, e se lo stesso risultato potesse essere ottenuto mediante provvedimenti meno incisivi.

39. Da quanto esposto pertanto discende che la Commissione, almeno dal risultato pratico, ha seguito le premesse generali del ragionamento che doveva condurre. Ciò vale in particolare per le premesse del principio di proporzionalità applicato, che riguardano la definizione dell'esigenza imperativa di interesse generale e l'analisi del programma di lavori per il collegamento con l'aeroporto di Malpensa.

40. Su questo punto occorre ricordare che la determinazione dello scopo generale delle misure nazionali da parte dello stesso art. 8, n. 1, del regolamento n. 2408/92, non solo non vieta ma, al contrario, impone la definizione dell'obiettivo più specifico della normativa pertinente caso per caso, e il controllo della conformità di questo obiettivo specifico con lo scopo più generale definito da tale disposizione. Di conseguenza, la Commissione ha correttamente ricercato e individuato questo obiettivo più specifico nella creazione di un centro aeroportuale economicamente efficiente, ed ha correttamente ritenuto che tale obiettivo costituisca una concretizzazione legittima dello scopo generale dell'art. 8, n. 1. Del resto, come è ammesso dalla stessa ricorrente [20], non vi è dubbio che le esigenze di organizzazione operativa ed economica e di gestione di un centro aeroportuale costituiscono motivi legittimi per l'adozione di misure di regolamentazione della ripartizione del traffico all'in-

20 — V. punto 15 del ricorso.

terno di un sistema aeroportuale, come previsto dall'art. 8, n. 1.

41. Correlativamente, ritengo che sia privo di fondamento l'argomento della ricorrente secondo il quale la Commissione ha errato nella scelta di una esigenza imperativa di carattere economico.

42. Da un lato occorre rilevare che, nella fattispecie, non trova applicazione la giurisprudenza della Corte in base alla quale «normative nazionali che non si applicano indistintamente alle prestazioni di servizi di qualsiasi origine sono compatibili con il diritto comunitario solo se possono rientrare in una deroga espressamente contemplata, come l' art. 56 del Trattato. (...) scopi di natura economica non possono costituire motivi di ordine pubblico ai sensi dello stesso articolo» [21].

In primo luogo, il ricorso alla giurisprudenza citata presuppone la soluzione della questione se si applichino al regolamento n. 2408/92 i principi generali degli artt. 59 e ss. [22], questione che non è preliminare all'analisi del divieto di discriminazione imposto espressamente dalla lettera dell'art. 8, n. 1, del regolamento n. 2408/92.

In secondo luogo, non è affatto chiaro che i menzionati obiettivi diretti dei decreti italiani in causa riguardino l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sanità pubblica.

In terzo luogo, in ogni caso è evidente, come giustamente riferito dalla Commissione, che le esigenze imperative dei decreti italiani contestati menzionate dalla decisione impugnata comportano conseguenze macroeconomiche di carattere organizzativo e funzionale che riguardano la stessa esistenza di un sistema aeroportuale, e non mirano affatto — e, in ogni caso, non in via primaria — alla realizzazione di risultati microeconomici. Pertanto, in base alla giurisprudenza citata, esse non possono essere ritenute motivi illegittimi di adozione delle misure contestate, soprattutto in considerazione del fatto che la Corte ha affermato, nella sentenza 10 luglio 1984, causa 72/83, Campus Oil Limited, che «il fatto che la normativa di cui trattasi possa consentire di raggiungere, oltre agli scopi di pubblica sicurezza, altri fini d'indole economica eventualmente perseguiti dallo Stato membro non esclude l'applicazione dell'art. 36» [23].

21 — V. sentenza 25 luglio 1991, causa C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda, Racc. pag. I-4007, punto 11.

22 — V. i paragrafi 47 e ss. delle conclusioni.

23 — Racc. pag. 2727, punto 36.

In quarto luogo ritengo che si debba applicare lo spirito della sentenza Campus Oil Limited, anche se si volesse ammettere che, in via generale e non solo nell'ambito delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi che causano discriminazioni per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica, la giurisprudenza della Corte ritiene che motivi di interesse puramente economico non possano giustificare oggettivamente una discriminazione [24]. In altri termini si deve ammettere che l'esistenza di scopi secondari di natura economica non impedisce di qualificare un obiettivo come esigenza imperativa di interesse generale.

43. Dall'altro lato è essenziale sottolineare che, allorché, nella fattispecie, viene verificata l'esistenza di una discriminazione indiretta nell'ambito dell'art. 8, n. 1, del regolamento n. 2408/92, il carattere legittimo degli scopi dei decreti italiani contestati non viene valutato in modo generale e astratto in base ai principi giurisprudenziali sulle esigenze imperative di interesse generale che possono giustificare l'adozione delle misure nazionali, ma in base alla determinazione dello scopo specifico dei decreti italiani contestati e all'indagine sulla loro conformità all'obiettivo generale definito da tale disposizione. Più precisamente, dal momento che gli obiettivi dei decreti italiani in oggetto costituiscono motivi legittimi per l'adozione di misure di regolamentazione della ripartizione del traffico aereo all'interno di un sistema aeroportuale, e sono dunque conformi a quanto disposto dall'art. 8, n. 1, del regolamento n. 2408/92, ogni ulteriore analisi o critica sul loro contenuto dovrà essere ricondotta a tale disposizione e non alle misure nazionali di applicazione della stessa. Corrispondentemente non sembrano sussistere contestazioni sul fatto che la regolamentazione della ripartizione del traffico all'interno di un sistema aeroportuale costituisce un motivo legittimo di interesse generale, che si fonda sulle peculiari caratteristiche e sulle necessità dei trasporti aerei e che, pertanto, potrebbe giustificare l'adozione di misure da parte del Consiglio e l'imposizione di eventuali restrizioni alla libera prestazione dei servizi in tale settore [25].

44. Di conseguenza la Commissione ha correttamente definito l'esigenza imperativa di interesse pubblico in relazione alla quale doveva valutare il carattere proporzionato delle norme e dei criteri dei decreti italiani.

45. Infine, parimenti infondato è quanto sostenuto dalla ricorrente riguardo al fatto che il programma dei lavori di collegamento con l'aeroporto di Malpensa preso in considerazione dalla Commissione non avrebbe alcuna rilevanza per l'applicazione del regolamento n. 2408/92. A causa della loro dipendenza, per definizione, dai risul-

24 — V., ad es., a proposito delle discriminazioni basate sul sesso, la sentenza 24 febbraio 1994, causa C-343/92, Roks (Racc. pag. I-571), nella quale è stato affermato che considerazioni di bilancio non possono giustificare una discriminazione a sfavore di uno dei sessi (punto 35).

25 — V., a proposito del potere discrezionale del Consiglio, il successivo paragrafo 50 delle presenti conclusioni.

tati effettivi delle misure contestate, le discriminazioni indirette presentano un carattere dinamico e variabile nel tempo, e ciò impone di prevedere e controllare gli sviluppi della situazione effettiva sulla quale influiscono tali misure. Di conseguenza, al fine di procedere all'indagine sugli effetti dell'applicazione pratica dei decreti italiani contestati e anche a un corretto controllo sulla loro proporzionalità rispetto allo scopo da essi perseguito, la Commissione doveva indiscutibilmente prendere in considerazione la situazione esistente (accesso, infrastrutture ecc.) dell'aeroporto di Malpensa e le sue prospettive di sviluppo nell'ambito di applicazione temporale di tali decreti. L'indagine sulla situazione dell'aeroporto di Malpensa doveva infatti essere effettuata in comparazione con la rispettiva situazione dell'aeroporto di Linate e non con possibili modelli europei di ubicazione degli aeroporti. Proprio su questa comparazione tra i due aeroporti specifici si fonda, nella fattispecie, l'accertamento della discriminazione indiretta e della correlata sproporzione delle misure rispetto al loro scopo. Corrispondentemente, se si ammettesse a priori che neppure la completa realizzazione dei lavori delle infrastrutture dell'aeroporto di Malpensa potrebbe controbilanciare gli svantaggi dello stesso rispetto all'aeroporto di Linate, ciò non farebbe che rafforzare le argomentazioni della Commissione e consolidare ancor più la convinzione dell'esistenza di una discriminazione indiretta.

46. Alla luce di quanto esposto, ritengo che l'esame della questione se trovino applicazione i principi generali elaborati dalla giurisprudenza della Corte a proposito della libera prestazione dei servizi, e la correlativa soluzione del problema se il regolamento n. 2408/92 abbia attuato nel settore dei trasporti aerei la libertà di prestazione dei servizi sancita dall'art. 59, non siano così rilevanti come lasciano intendere le affermazioni delle parti riguardo ai due primi motivi di ricorso. Sembra invece che siano inconferenti, nei limiti in cui l'obbligo della Commissione di controllare i decreti italiani contestati alla luce del principio di proporzionalità si fonda sullo stesso divieto di discriminazione, e non richiede che sia invocata la giurisprudenza relativa agli artt. 59 e ss. del Trattato.

47. Tuttavia, poiché motivi di completezza dell'analisi del fondamento giuridico della decisione impugnata rendono opportuno l'esame delle questioni menzionate, ritengo che il riferimento della Commissione a tale giurisprudenza sia stato corretto.

48. Innanzi tutto non vi è dubbio che il regolamento n. 2408/92 ha effettivamente trasposto la libertà di prestazione dei servizi nei trasporti aerei [26]. Ciò risulta chiaramente, in primo luogo, dai primi

26 — Come del resto si afferma nella sentenza del Tribunale 19 giugno 1997, causa T-260/94, Air Inter/Commissione (Racc. pag. II-997, punti 1 e 2): «al fine di realizzare gradualmente il mercato interno del trasporto aereo, il legislatore comunitario adottava, negli anni 1987, 1990 e 1992, tre serie di provvedimenti, denominate «pacchetti» per il fatto che esse raggruppano numerosi testi normativi. Il terzo «pacchetto», emanato il 23 luglio 1992, è composto di cinque regolamenti che mirano a garantire, da un lato, la libera prestazione dei servizi di trasporto aereo e, dall'altro, l'applicazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza in questo settore. Dei cinque regolamenti fa parte il regolamento (CEE) del Consiglio 23 luglio 1992, n. 2408 (...)».

due 'considerando' del regolamento, dove si afferma «che è importante definire, entro il 31 dicembre 1992, una politica dei trasporti aerei per il mercato interno, in conformità del disposto dell'articolo 8 A del trattato» e «che il mercato interno consisterà in uno spazio senza frontiere interne in cui sarà garantita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali»; in secondo luogo, dal diciannovesimo 'considerando' dello stesso regolamento che dichiara: «che è opportuno che tutte le questioni relative all'accesso al mercato siano trattate nello stesso regolamento»; in terzo luogo, dall'art. 3 del regolamento, che dispone che «ai sensi del presente regolamento, lo (gli) Stato(i) membro(i) interessato(i) permette (permettono) ai vettori aerei comunitari di esercitare diritti di traffico su rotte all'interno della Comunità».

49. Come giustamente rilevato dalla ricorrente, ai sensi dell'art. 61, n. 1, del Trattato, in combinato disposto con l'art. 84, n. 2, gli artt. 59 e ss. del Trattato, che sanciscono la libera prestazione dei servizi, non si applicano direttamente nel settore dei trasporti. Tali articoli possono servire solo come punto di riferimento quando il Consiglio dà applicazione al principio della libera prestazione dei servizi [27]. In altri termini, gli artt. 59 e ss., nell'interpretazione datane dalla Corte, costituiscono l'orizzonte interpretativo delle specifiche disposizioni adottate dal Consiglio con il regolamento n. 2408/92.

50. Nella fattispecie, la domanda che si pone è se e in che misura il Consiglio, nell'attuazione della libera prestazione dei servizi nel settore dei trasporti aerei, abbia un potere discrezionale di imporre eccezioni al risultato perseguito dagli artt. 59 e ss. del Trattato. Nella sentenza 22 maggio 1985, Parlamento/Consiglio, la Corte ha risolto tale questione stabilendo che «(...) il Consiglio non dispone del potere discrezionale di cui può valersi in altri settori della politica comune dei trasporti. Poiché il risultato da raggiungere è stabilito dal combinato disposto degli art. 59, 60, 61 e 75, n. 1, lett. a) e b), un certo potere discrezionale può essere esercitato solo relativamente alle modalità per il raggiungimento di questo risultato, tenuto conto, in conformità all'art. 75, degli aspetti peculiari dei trasporti» [28]. Da tale sentenza discende che il potere discrezionale del Consiglio ha solo ed esclusivamente carattere tecnico ed è limitato all'adattamento al settore dei trasporti delle disposizioni degli artt. 59 e ss. e dei relativi principi generali elaborati dalla giurisprudenza della Corte. Correlativamente, un'eventuale deroga alle conclusioni di tale giurisprudenza dovrebbe riferirsi espressamente alla regolamentazione adottata dal Consiglio ed essere

27 — V., in proposito, le conclusioni dell'avvocato generale Van Gerven (paragrafi 14 e 23) nella causa C-18/93, Corsica Ferries, nella quale è stata pronunciata la sentenza 17 maggio 1994, Racc. pag. I-1783.

28 — Citata alla nota 11, punto 65.

giustificata specificamente e sufficientemente alla luce delle caratteristiche peculiari del settore dei trasporti.

51. Come è noto, la giurisprudenza della Corte riconosce che l'art. 59, che ha diretta applicazione dopo la fine del periodo transitorio [29], impone non solo l'eliminazione di ogni discriminazione, diretta o indiretta [30], nei confronti del prestatore di servizi in ragione della sua nazionalità, ma anche l'abolizione di ogni restrizione, anche se applicata indistintamente sia ai prestatori di servizi nazionali che a quelli di altri Stati membri, ogni qual volta tale restrizione può vietare, ostacolare, o rendere meno attraenti le attività del prestatore di servizi quando questo è stabilito in un altro Stato membro, dove presta legittimamente servizi analoghi [31]. Inoltre, secondo una costante giurisprudenza, «la libera prestazione di servizi, in quanto principio fondamentale sancito dal Trattato, può essere limitata solo da norme giustificate dall'interesse generale e valevoli per tutte le persone e le imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato destinatario, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito» [32]. Infine, secondo la giurisprudenza della Corte, le menzionate disposizioni restrittive devono rispettare il principio di proporzionalità. «L'applicazione delle normative nazionali ai prestatori stabiliti in altri Stati membri dev'essere atta a garantire il conseguimento dello scopo con esse perseguito e non può eccedere quanto necessario a tal fine; in altre parole, occorre che lo stesso risultato non possa essere ottenuto mediante provvedimenti meno incisivi» [33].

52. Da quanto esposto deriva che le regolamentazioni della libera prestazione dei servizi nei trasporti aerei devono rispettare, in linea di principio, sia il divieto di discriminazioni sia i principi generali sulle misure che limitano tale libertà e sono applicate indistintamente. Ciò non può che valere anche per l'art. 8, n. 1, del regolamento n. 2408/92. Per quanto riguarda le discriminazioni la questione non si pone, poiché esse sono vietate espressamente dal testo di tale disposizione. Tuttavia, a proposito delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi nei trasporti che si applicano indistintamente, si deve riconoscere che le conclusioni della pertinente giuri-

29 — V. ad esempio la sentenza 4 dicembre 1986, causa 205/84, Commissione/Germania (Racc. pag. 3755, punto 25).

30 — V., ad esempio, sentenza 3 giugno 1992, causa C-360/89, Commissione/Italia (Racc. pag. I-3401, punto 11).

31 — V., ad esempio, sentenza Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda, citata alla nota 21 (punti 12 e ss.), e sentenza 12 dicembre 1996, causa C-3/95, Reisebüro Broede (Racc. pag. 6511, punto 25).

32 — V. sentenza 9 agosto 1994, causa C-43/93, Vander Elst (Racc. pag. 3803, punto 16). Vale la pena sottolineare che, contrariamente alle restrizioni che non si applicano indistintamente (v. il precedente paragrafo 42 delle presenti conclusioni), nella presente causa non è richiesto che la giustificazione delle misure si fondi esclusivamente su una espressa disposizione derogatoria, come l'art. 56 del Trattato.

33 — V. la sentenza Collectieve Antennevoorziening Gouda, citata alla nota 21, punto 15.

sprudenza della Corte impongono di interpretare l'art. 8, n. 1, nel senso che, qualora le misure adottate per regolamentare la ripartizione del traffico all'interno di un sistema aeroportuale costituiscano restrizioni alla libera prestazione dei servizi nella accezione della giurisprudenza citata [34], tali misure devono essere proporzionate allo scopo di tale regolamentazione, che è previsto dalla stessa disposizione e che può, anzitutto, giustificare tali restrizioni [35]. Un'eventuale eccezione a tale obbligo dovrebbe essere prevista espressamente dal regolamento ed essere giustificata dalle peculiarità dei trasporti aerei. Una simile ipotesi tuttavia non si verifica e nemmeno sarebbe logico che si verificasse, poiché non è immaginabile per quale motivo una misura relativa alla regolamentazione dei trasporti aerei potrebbe non essere proporzionata allo scopo per il quale è adottata.

53. Pertanto la Commissione, invocando l'art. 8, nn. 1 e 3, correttamente ha esaminato la legittimità comunitaria dei decreti italiani contestati alla luce della giurisprudenza della Corte in materia di restrizioni alla libera prestazione dei servizi [36] e, più precisamente, ha verificato, da un lato, se le misure adottate impongano restrizioni applicate indistintamente, nel senso della giurisprudenza citata e, dall'altro, se tali restrizioni siano atte a garantire il conseguimento dello scopo con esse perseguito senza eccedere quanto necessario a tal fine [37].

54. Dalle osservazioni sin qui svolte risulta dunque che, nella decisione impugnata, la Commissione ha correttamente sottoposto i decreti italiani contestati a un controllo di legittimità comunitaria alla luce del principio di proporzionalità. Parallelamente, ha correttamente individuato le premesse di tale controllo e, in particolare, l'esigenza imperativa di interesse generale rispetto alla quale doveva valutare il carattere proporzionato delle prescrizioni e dei criteri di tali decreti. Di conseguenza, sia che si accetti l'interpretazione adottata dalla Commissione riguardo alla definizione del fondamento giuridico della decisione impugnata, sia che si ritenga opportuno, secondo quanto esposto in precedenza, modificare parzialmente tale interpretazione, gli argomenti sostenuti dalla ricorrente con il primo e il secondo motivo di ricorso devono essere respinti in quanto infondati.

34 — Correlativamente, ritengo che non vi sia dubbio che le disposizioni contestate costituiscano sostanzialmente restrizioni alla libera prestazione dei servizi. Come correttamente si riferisce al punto 48 della decisione impugnata: «In base alle norme italiane i vettori aerei non potranno più scegliere l'aeroporto di Linate per operare su rotte che non raggiungano le soglie stabilite. In pratica, tale regola si applicherà a tutte le rotte aeree tranne Milano - Roma. Di conseguenza, le norme in esame limitano la libertà di prestare servizi di trasporto aereo nella Comunità da e per Milano».

35 — V. il precedente paragrafo 43 delle presenti conclusioni.

36 — V. il punto 27.2 della decisione impugnata.

37 — V. punto 48 della decisione impugnata.

B — *Sulla violazione o l'errata interpretazione dell'art. 8, nn. 1 e 3, del regolamento n. 2408/92 mediante l'errata applicazione del principio di proporzionalità (terzo motivo di ricorso)*

55. Con il terzo motivo di ricorso, proposto in via subordinata e per il caso in cui la Corte non accolga le censure proposte con i motivi precedenti, la ricorrente contesta la correttezza dell'applicazione, nella fattispecie, del principio di proporzionalità. Più precisamente il governo italiano respinge in toto l'affermazione secondo cui i decreti italiani contestati, con i quali sono state imposte restrizioni alla libera prestazione dei servizi, contrastano con il principio di proporzionalità che la Commissione ritiene di applicare, in linea di principio, alla questione in esame. In particolare la ricorrente mette in dubbio le specifiche premesse di tale principio, vale a dire la struttura con cui sono formulati i singoli criteri di proporzionalità. Correlativamente, in alcuni punti contesta la correttezza della valutazione di alcuni elementi di fatto nell'ambito dell'applicazione di tali criteri.

56. Ritengo che le censure della ricorrente non siano fondate, come si comprende controllando le fasi del ragionamento seguito dalla motivazione della decisione impugnata.

57. Si deve ricordare innanzi tutto che la definizione dell'obiettivo delle norme introdotte dai decreti italiani in questione non è oggetto di contestazione. Infatti, come giustamente riferito al punto 47 della decisione impugnata, i decreti italiani contribuiscono al progetto «Malpensa 2000» facendo sì che un sufficiente volume di traffico sia trasferito dall'aeroporto di Linate a quello di Malpensa, in modo da garantire che quest'ultimo costituisca un centro aeroportuale di collegamento economicamente efficiente.

58. Di conseguenza, sulla base dei singoli criteri del principio di proporzionalità generalmente ammessi, nella fattispecie si doveva esaminare: in primo luogo, se le prescrizioni contestate erano *necessarie*, vale a dire se erano giustificate dal loro scopo; in secondo luogo, se erano *adeguate*, cioè se erano effettivamente in grado di servire a tale scopo; in terzo luogo, se erano *razionali* (*proporzionate in senso stretto*), vale a dire se imponevano un trattamento diverso (nel qual caso il principio di proporzionalità si applica per la prova della discriminazione indiretta) o erano limitative della libera prestazione dei servizi (nel qual caso il principio di proporzionalità si applica conformemente alla giurisprudenza della Corte sugli artt. 59 e ss. del Trattato) nella misura effettivamente necessaria per il conseguimento di tale scopo e nei limiti in cui i vantaggi ad esse collegati fossero maggiori o almeno pari agli svantaggi.

59. Alla luce di tale definizione generale dei singoli criteri di proporzionalità si deve

riconoscere che la Commissione ha correttamente rilevato, al punto 48 della decisione impugnata, che occorreva esaminare se le misure disposte dai decreti italiani contestati erano proporzionate al loro scopo, vale a dire se erano necessarie per la creazione di un centro aeroportuale economicamente efficiente e per la realizzazione del progetto di rete transeuropea, e anche se lo stesso risultato poteva essere ottenuto mediante provvedimenti meno incisivi.

60. A questo proposito si deve sottolineare che la citata applicazione dei singoli criteri di proporzionalità non ha carattere teorico né può fondarsi esclusivamente su considerazioni teleologiche generali e astratte. Anche nel controllo di proporzionalità, come in ogni ragionamento giuridico, oltre alla giusta formulazione della premessa maggiore è richiesta anche la corretta formulazione della premessa minore. A tal fine il controllo di proporzionalità impone, da un lato, di prendere in considerazione le peculiarità della specifica situazione di fatto alla luce della quale vengono valutate la necessità, l'adeguatezza e la razionalità delle misure in oggetto in relazione al loro obiettivo. Dall'altro, lo stesso controllo deve essere determinato teleologicamente dal più ampio ragionamento giuridico nel quale si inserisce. Nella fattispecie, i singoli criteri di proporzionalità devono pertanto essere applicati non in modo neutro, ma sempre in funzione o del procedimento logico di dimostrazione della discriminazione indiretta o delle norme che fissano i limiti delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi applicate indistintamente ai trasporti aerei.

61. La determinazione dei criteri di proporzionalità effettuata dalla ricorrente presenta errori proprio nella configurazione della premessa minore del relativo ragionamento. Ciò è evidente nel complesso delle censure avanzate con il terzo motivo di ricorso contro la motivazione della decisione impugnata.

62. Infatti, per quanto riguarda, anzitutto, la concezione generale del controllo di proporzionalità nella presente causa, non si può ritenere che corrisponda esattamente allo schema del ragionamento che deve essere seguito l'affermazione della ricorrente secondo la quale la decisione impugnata doveva valutare la proporzionalità controllando principalmente se la prevista concentrazione del traffico sull'aeroporto di Malpensa andasse oltre lo scopo del governo italiano di rendere il nuovo aeroporto economicamente efficiente come centro aeroportuale di collegamento [38]. Da un lato, ciò che interessa nella fattispecie non è, in sé e per sé, la concentrazione del traffico sull'aeroporto di Malpensa, ma la misura del differente trattamento o della restrizione alla libera prestazione dei servizi determinata dal concreto trasferimento del

38 — Il governo italiano ricorda che la Commissione riconosce che le norme di ripartizione del traffico adottate dalle autorità italiane sono coerenti con l'obiettivo di trasferire un volume di traffico sufficiente a garantire la redditività dell'investimento e che questo obiettivo è compatibile con la norma comunitaria. La ricorrente ritiene, correlativamente, che la concentrazione di una quantità di traffico sufficiente per consentire le coincidenze fra voli provenienti dagli scali regionali e quelli di lungo raggio essenziale per la creazione di un centro aeroportuale. Il suggerimento della Commissione di ripartire il traffico per il 45% a Linate e per il 55% a Malpensa garantirebbe il funzionamento di due aeroporti regionali, ma non di un aeroporto che servirebbe da centro aeroportuale. Esso è dunque in contrasto con l'obiettivo dichiarato del progetto.

traffico dall'aeroporto di Linate a quello di Malpensa. Dall'altro, l'altro termine di paragone non può essere, in via generale e astratta, l'obiettivo del governo italiano di creare un centro aeroportuale economicamente efficiente. In altre parole non si può prendere in considerazione soltanto la situazione finale del centro aeroportuale progettato. Se tuttavia la realizzazione di un tale ambizioso progetto richiede incontestabilmente un rilevante periodo di tempo, non vi è dubbio che la proporzionalità delle norme contestate deve essere valutata alla luce della situazione di fatto esistente, in relazione anche al calendario di programmazione generale e all'andamento dei lavori necessari. Le caratteristiche della situazione di fatto influenzano in modo preponderante il controllo della razionalità delle norme in oggetto, che non viene presa particolarmente in considerazione dalla ricorrente. Più precisamente, come è già stato riferito, sulla base della valutazione dei pro e dei contro delle norme contestate si dovrà giudicare se lo stesso risultato può essere ottenuto mediante provvedimenti meno incisivi. A tal fine tuttavia non basta la giustificazione generale delle misure in oggetto alla luce degli obiettivi finali del progetto, ma è evidentemente richiesta l'analisi dei dati di fatto esistenti al tempo dell'adozione di tali misure.

63. Gli errori che caratterizzano la concezione generale dell'applicazione del principio di proporzionalità nella causa in oggetto sussistono anche nelle singole censure sollevate dalla ricorrente contro le argomentazioni contenute nella motivazione della sentenza impugnata.

64. In primo luogo la ricorrente — eccependo che il primo argomento della Commissione, in base al quale il volume del traffico trasferito non sarebbe compatibile con le infrastrutture esistenti per l'accesso all'aeroporto di Malpensa, non è in relazione con l'unico criterio valido riguardo alla proporzionalità, cioè con l'adeguamento della concentrazione dei voli su Malpensa in rapporto all'obiettivo del governo italiano — non considera che la proporzionalità delle norme contestate deve essere valutata in funzione, contemporaneamente, della situazione di fatto esistente, del calendario di programmazione generale e dell'andamento dei lavori necessari. Più precisamente la ricorrente, insistendo su un'impostazione generale teleologica della questione della proporzionalità delle norme contestate, non considera che i singoli criteri di quest'ultima (necessità, adeguatezza, razionalità) devono essere esaminati alla luce delle concrete esigenze del progetto «Malpensa 2000», quali sono state configurate al momento dell'applicazione di tali norme.

65. Invece, ai punti 49, 49.1 e 49.2 della decisione impugnata, la Commissione ha

correttamente rilevato l'esigenza di una valutazione della necessità [39] e della razionalità [40] delle norme contestate in rapporto all'andamento dei lavori di accesso e di infrastruttura all'aeroporto di Malpensa. Tale rilievo è senz'altro conforme al fatto che per l'accertamento della discriminazione di fatto a vantaggio dell'Alitalia — accertamento che nella fattispecie determina teleologicamente l'applicazione del principio di proporzionalità — la Commissione aveva preso in considerazione anche il livello delle infrastrutture di accesso all'aeroporto di Malpensa [41].

66. In proposito, del resto, va rilevato che l'argomento sostenuto al riguardo dalla ricorrente per cui, in ogni caso, le autorità nazionali hanno dimostrato la compatibilità delle infrastrutture di accesso con il volume di traffico che si trattava di trasferire, non sembra accoglibile. Come risulta dal combinato disposto dei punti 49.1 e 39 - 43 della decisione impugnata, e senza che sia necessario riferirsi ad elementi emersi dopo l'adozione di tale decisione [42], le lacune delle infrastrutture di accesso all'aeroporto di Malpensa, in base alle quali viene valutata sia l'esistenza di una discriminazione di fatto sia il carattere non proporzionato del volume di traffico trasferito a tale aeroporto, sono state verificate sulla base di informazioni concrete che la Commissione aveva a disposizione [43], che la ricorrente non ha contestato con elementi concreti e idonei. Quest'ultima, al fine di dimostrare che non sussiste un rilevante problema di accesso all'aeroporto di Malpensa, si limita a richiamare gli studi che riferiscono che sull'autostrada che conduce a tale aeroporto non vi sarebbero problemi di circolazione se non nelle ore di punta, in occasione di determinate festività e per una percentuale del 5% del tempo di utilizzo dell'autostrada [44]. Tuttavia, l'accertamento di tali dati di fatto, che non sono del resto contestati dalla Commissione [45], depone a favore della correttezza della motivazione della decisione impugnata. Nella fattispecie non interessa se, in generale, le infrastrutture di accesso esistenti

39 — V. punti 49 - 49.2 della decisione impugnata: «A questo proposito, la Commissione rileva che non è stato dimostrato che la creazione di un centro aeroportuale economicamente efficiente, come pure la riuscita del progetto di rete transeuropea, esigano tali provvedimenti incisivi. (...) L'operatività del centro aeroportuale di Malpensa presuppone il trasferimento di un volume di traffico compatibile con il livello delle strutture aeroportuali e delle infrastrutture di accesso. Si rischierebbe altrimenti di compromettere lo sviluppo dell'aeroporto di Malpensa e la prospettiva che esso diventi un centro aeroportuale comunitario affermato».

40 — V. il punto 50 della decisione impugnata: «In considerazione di quanto esposto, la Commissione è del parere che la creazione di un centro aeroportuale pienamente efficiente e operativo non presupponga necessariamente il trasferimento dal 25 ottobre 1998 di 11,7 milioni di passeggeri. Il rinvio del trasferimento o un trasferimento ripartito nel tempo di tale volume di traffico a decorrere dal 25 ottobre 1998 sarebbe più adeguato a tal fine ed inciderebbe in misura minore sulla libera prestazione di servizi aerei da e per Milano. Le norme italiane non appaiono quindi indispensabili per realizzare l'obiettivo perseguito dalle autorità italiane, che può essere raggiunto con norme meno restrittive della libertà di prestazione dei servizi aerei».

41 — V. i punti 45 e 46 della decisione impugnata.

42 — La Commissione osserva che nonostante il trasferimento ridotto del traffico passeggeri, disposto dal decreto italiano 9 ottobre 1998, si sono verificati a Malpensa numerosi problemi operativi. Questi problemi, insieme al fatto che le condizioni di accesso al centro aeroportuale di Malpensa non sono state modificate, costituiscono una ulteriore prova della legittimità dell'analisi effettuata dalla Commissione nella decisione impugnata.

43 — La decisione impugnata fa concreto riferimento ai dati delle infrastrutture individuati nella riunione del 27 ottobre 1997 del gruppo Christophersen, incaricato del controllo del progetto «Malpensa 2000» (punto 40 della decisione impugnata). Inoltre, nel controricorso (punto 44) la Commissione riferisce che la lettera del Ministro Burlando del 15 luglio 1998 indica maggio e luglio come date per l'attivazione del collegamento ferroviario con l'aeroporto di Malpensa. Infine, nella controreplica (punto 15) la Commissione fa riferimento a informazioni fornite dalle autorità italiane il 1° aprile 1998. Tali informazioni sono state confermate nella riunione del Comitato speciale degli Stati membri del 17 agosto 1998, e si riferiscono a fatti accertati durante i lavori del citato gruppo Christophersen.

44 — V. punto 24 del ricorso.

45 — V. punto 44 del controricorso.

impediscano la realizzazione degli obiettivi del governo italiano o se sia stata realizzata la maggior parte dei lavori inizialmente programmati per le infrastrutture di accesso all'aeroporto di Malpensa. Ciò che riveste maggior significato per il controllo della legittimità dei decreti italiani contestati è la questione se le condizioni di accesso a tale aeroporto lo rendano accessibile quanto l'aeroporto di Linate e giustifichino interamente il volume del traffico trasferito il 25 ottobre 1998, in modo tale che, in quel momento, non si produca una discriminazione ingiustificata in ragione della nazionalità e/o dell'identità del vettore aereo, o una restrizione non proporzionata della libera prestazione dei servizi nei trasporti aerei. In altri termini, poiché non è contestato che, in effetti, soprattutto nelle ore di punta, vi sono problemi di circolazione e, in genere, problemi relativi alle infrastrutture di accesso che potrebbero impedire ai passeggeri di raggiungere l'aeroporto di Malpensa, provocare ritardi nelle partenze dei voli e, infine, indurre i passeggeri a preferire l'aeroporto di Linate a quello di Malpensa, il fatto che il progetto di realizzazione di alcune infrastrutture proceda o sia proceduto in conformità a un iniziale studio generale non ha importanza.

67. In secondo luogo, l'affermazione della ricorrente secondo la quale il fatto che il regime di finanziamento del progetto «Malpensa 2000» non richiedeva un trasferimento del traffico prima del 31 dicembre 2000 sarebbe privo di rilevanza, è ugualmente infondata per motivi simili a quelli esposti in occasione dell'esame del motivo che precede. Tale fatto, sostanzialmente non contestato dalla ricorrente, costituisce una prova evidente della circostanza che non era necessario il completo trasferimento del volume del traffico il 25 ottobre 1998. Se, come riferito, non vengono confutati gli accertamenti relativi alle lacune nelle infrastrutture di accesso all'aeroporto di Malpensa e se la ricorrente non dimostra la necessità di un trasferimento di tutto il traffico prima del 31 dicembre 2000, da tale fatto emerge chiaramente il carattere non proporzionato delle norme adottate, senza che abbiano rilevanza le osservazioni sull'autonomo esercizio della politica aeroportuale da parte dello Stato membro. E, di nuovo, si deve sottolineare che ciò che interessa, nella fattispecie, non è solamente l'accertamento della generale compatibilità delle misure adottate per il progetto «Malpensa 2000», ma il controllo della necessità, della adeguatezza e della razionalità specifiche e concrete di tali misure alla luce della situazione di fatto che sussisteva al momento in cui sono state adottate.

68. In terzo luogo, la contestazione dell'argomento della Commissione riguardo alle conseguenze del volume del traffico trasferito sulla operatività dell'aeroporto di Linate [46], non sembra essere rilevante per

46 — Secondo la ricorrente il terzo argomento della Commissione, in base al quale la decisione di trasferire il traffico da Linate a Malpensa sarebbe contraria alla volontà espressa del decreto 46-T di mantenere in ogni caso operativo Linate, non corrisponde ai fatti. L'aeroporto di Linate rimane operativo, anche se il suo utilizzo è stato limitato.

la correttezza della motivazione della decisione impugnata e, comunque, non è credibile. Da un lato si tratta di un argomento subordinato, la cui confutazione non inficia la correttezza delle precedenti valutazioni della Commissione sulla proporzionalità o meno delle norme contestate. Dall'altro, come risulta chiaramente dal punto 51 della decisione impugnata, l'essenziale non è se, dopo il trasferimento del traffico, l'aeroporto di Linate conserverà una qualche operatività, ma quale sarà esattamente l'ambito e quale l'ampiezza di tale operatività, e quali vettori aerei ne saranno serviti. Del resto, come riferito nello stesso punto della decisione impugnata, il volume del traffico trasferito non potrebbe essere definito adeguato al conseguimento dell'obiettivo di mantenere le tratte da punto a punto, come sostenuto nei 'considerando' dei decreti nazionali contestati.

69. In quarto luogo, per quanto riguarda la conclusiva osservazione della ricorrente, secondo la quale la Commissione avrebbe superato i limiti della sua competenza, definita dall'art. 8, n. 3, del regolamento n. 2408/92, poiché non ha basato il suo giudizio sul principio di proporzionalità ma su un potere discrezionale di valutazione dell'opportunità dell'azione decisa dal governo italiano per Malpensa, ritengo che, ancora una volta, il motivo dedotto prenda le mosse da una errata determinazione del modo di applicare i singoli criteri di proporzionalità. Più precisamente, come già esposto in precedenza, l'applicazione del terzo criterio, cioè quello della *razionalità* delle norme contestate, impone il controllo della necessità effettiva delle stesse. Nell'ambito di tale controllo si esamina se i vantaggi connessi con le norme in oggetto siano maggiori o almeno pari agli svantaggi. Qualora venisse accertato che vi era un modo di conseguire gli obiettivi in gioco mediante l'adozione di altre misure, meno discriminatorie o meno restrittive, allora le norme contestate dovrebbero essere qualificate come non proporzionate in senso stretto al loro scopo. É evidente dunque che la valutazione della razionalità di tali norme costituisce, in parte, un controllo della loro opportunità. Tale controllo non è tuttavia arbitrario, ma deve inserirsi nel pertinente ambito di applicazione interpretativo e teleologico del principio di proporzionalità.

Alla luce di quanto precede, dal punto 50 della decisione impugnata discende che la Commissione ha correttamente applicato i principi di valutazione della razionalità delle norme nazionali contestate. Più precisamente, allorché la Commissione ha ritenuto che «il rinvio del trasferimento o un trasferimento ripartito nel tempo di tale volume di traffico a decorrere dal 25 ottobre 1998 sarebbe più adeguato a tal fine ed inciderebbe in misura minore sulla libera prestazione di servizi aerei da e per Milano», ha giustamente dedotto che «le norme italiane non appaiono quindi indispensabili per realizzare l'obiettivo perseguito dalle autorità italiane, che può essere raggiunto con norme meno restrittive della libertà di prestazione dei servizi aerei». Tale giudizio non costituisce una valutazione arbitraria dell'opportunità dell'azione

decisa dal governo italiano, ma una corretta applicazione del criterio della razionalità delle norme contestate, che non esula dai limiti della competenza della Commissione. Pertanto quanto sostenuto in senso contrario dalla ricorrente deve essere respinto perché infondato.

71. In considerazione di quanto esposto ritengo dunque che gli argomenti sostenuti con il terzo motivo di ricorso debbano essere respinti nel loro complesso perché infondati.

C — *Sulla violazione dell'art. 8, n. 1, del regolamento n. 2408/92 alla luce delle norme che disciplinano le discriminazioni indirette e sulla valutazione manifestamente errata degli elementi di fatto (quarto motivo di ricorso)*

70. Occorre rilevare infine che parimenti infondata è l'affermazione, contenuta nella replica, secondo la quale la Commissione avrebbe dovuto disporre di una definizione comunitaria degli standard relativi alla localizzazione degli areoporti destinati al traffico infra ed extracomunitario e ai loro collegamenti urbani. Nella fattispecie non importa se l'accesso all'aeroporto di Malpensa sia più o meno difficile secondo le comuni prescrizioni europee o in confronto alle condizioni di accesso ad altri aeroporti dell'Unione europea. Ciò che interessa è verificare se il livello delle infrastrutture di accesso all'aeroporto di Malpensa compensi gli svantaggi della sua posizione geografica in confronto all'aeroporto di Linate. Infatti sia il controllo sulla base del principio del divieto di discriminazione sia il controllo di proporzionalità delle misure si fondano sul paragone della situazione dell'aeroporto di Malpensa con quella dell'aeroporto di Linate, e non esclusivamente sulla determinazione oggettiva della situazione del primo. Di conseguenza la mancanza di una definizione comunitaria degli standard relativi alla localizzazione degli aeroporti non intacca il fondamento della motivazione della decisione impugnata.

72. Con il quarto motivo di ricorso la ricorrente deduce tre vizi di legittimità relativi ai punti 29 - 46 della decisione impugnata, che esaminano i decreti italiani nell'ottica del principio del divieto di discriminazione.

73. Prima di esaminare singolarmente queste censure è opportuno ricordare che i punti in oggetto della decisione impugnata trattano di un procedimento di dimostrazione delle discriminazioni indirette che comprende, da un lato, l'accertamento dell'esistenza di una discriminazione di fatto come conseguenza necessaria dell'utilizzo di un criterio apparentemente neutro e, dall'altro, l'esame della questione se la

normativa contestata abbia carattere oggettivo, indagine che impone, parallelamente, il controllo di proporzionalità di tale normativa rispetto al suo obiettivo legittimo [47].

74. Sulla base del rilievo che precede si deve ritenere che il primo motivo proposto dalla ricorrente, secondo il quale nella fattispecie non sussiste una discriminazione indiretta poiché le misure adottate dai decreti italiani contestati erano oggettivamente giustificate, in quanto miravano a configurare la nuova utilizzazione dell'aeroporto di Linate e a limitarne l'operatività ai voli più idonei ad assicurare contemporaneamente i movimenti professionali e la competitività del collegamento aereo rispetto a quello ferroviario sulla tratta Milano - Roma [48], attenga alla seconda fase del procedimento di dimostrazione della discriminazione indiretta, vale a dire al controllo del carattere oggettivo della normativa in oggetto.

75. Tuttavia, come è già stato rilevato [49], nell'ambito di questa seconda fase si inserisce sostanzialmente il controllo di proporzionalità delle norme contestate, che ha dimostrato che tali norme non sono effettivamente necessarie per lo scopo cui mirano, cioè per la creazione di un centro aeroportuale economicamente efficiente nell'aeroporto di Malpensa. Ritengo pertanto che sia inutile il tentativo della ricorrente di giustificare oggettivamente tali norme sulla base dell'obiettivo specifico di riorganizzare l'operatività dell'aeroporto di Linate, derivante dalla creazione del centro aeroportuale a Malpensa. Più precisamente se, nelle condizioni esistenti il 25 ottobre 1998, non era indispensabile il completo trasferimento del traffico all'aeroporto di Malpensa, non era corrispondentemente indispensabile nemmeno la limitazione dei voli per i quali viene utilizzato l'aeroporto di Linate, nella proporzione in cui tale restrizione è stata stabilita dai decreti contestati. Al contrario, ammettere la tesi secondo cui la normativa introdotta dal decreto n. 46-T mirava a limitare l'utilizzazione dell'aeroporto di Linate al solo collegamento Milano - Roma depone innanzi tutto a favore dell'analisi effettuata dalla Commissione nella decisione impugnata a proposito dei risultati pratici di tale normativa. Del resto, come osserva anche la Commissione, l'affermazione della ricorrente secondo la quale l'obiettivo delle norme era quello di assicurare la continuità nell'esecuzione della

47 — V. il precedente paragrafo 32 delle presenti conclusioni.

48 — Il governo italiano ricorda che la Commissione ha considerato Linate come l'aeroporto dove, prima della nuova ripartizione, era concentrato il traffico da e verso i centri aeroportuali comunitari, e che, dopo l'emanazione del decreto contestato, Linate avrebbe assicurato i collegamenti verso un unico centro aeroportuale, quello di Roma — Fiumicino, mentre le rotte per gli altri centri aeroportuali (Francoforte, Parigi ecc.), sarebbero state trasferite all' altro aeroporto, meno agevole, di Malpensa. Ciò costituirebbe un vantaggio concorrenziale per l'Alitalia e uno svantaggio per gli altri vettori aerei che si servono di centri aeroportuali diversi da Fiumicino. Più precisamente, coloro che intendono recarsi al di fuori dell'Unione o dell'Europa preferirebbero partire da Linate, attraverso il centro di Roma, piuttosto che da Malpensa, attraverso altri centri aeroportuali. La ricorrente tuttavia contesta tale conclusione rilevando che i decreti italiani in parola erano oggettivamente giustificati, poiché miravano a configurare la nuova utilizzazione dell'aeroporto di Linate, che sarebbe stata limitata a un'unica rotta che collega Milano a Roma. Correlativamente il governo italiano osserva che la rotta Milano — Roma corrisponde sostanzialmente a movimenti professionali, la maggior parte dei quali prevede il ritorno nella stessa giornata.
Ribadisce dunque che tale rotta è la più idonea ad essere servita dall'aeroporto di Linate, così da assicurare anche che il collegamento aereo rimanga competitivo rispetto a quello ferroviario. Secondo la ricorrente la Commissione, se avesse considerato quanto esposto, non sarebbe giunta a concludere che sussiste una discriminazione indiretta.

49 — V. il precedente paragrafo 32 delle presenti conclusioni.

rotta Milano - Roma e non quello di trasferire viaggiatori all'aeroporto di Roma, è inconferente nei limiti in cui il primo obiettivo non esclude il secondo, mentre da nessun elemento invocato dalla ricorrente emerge che l'alimentazione del centro di Roma fosse impossibile o vietata. Invece, dagli elementi del fascicolo e, soprattutto, dalle statistiche relative ai viaggiatori nel 1997 [50] e dalle misure proposte dalle autorità italiane per un'eventuale restrizione della possibilità di transito nell'aeroporto di Roma - Fiumicino [51] deriva che, nel momento in cui è stata adottata la decisione impugnata, tale alimentazione era in atto e, comunque, restava fattibile. Di conseguenza la prima censura della ricorrente deve essere respinta in quanto infondata.

76. Con la seconda delle censure che si riferiscono ai punti 29 - 46 della motivazione della decisione impugnata la ricorrente sostiene che la Commissione ha errato nel valutare le conseguenze del trasferimento del traffico a Malpensa in base alla situazione esistente e non a quella futura. Secondo la ricorrente, nella nuova situazione che sarà caratterizzata dal pieno sfruttamento di Malpensa a livello intercontinentale il collegamento da Linate al centro di Fiumicino non porterà all'Alitalia, in pratica, alcun vantaggio concorrenziale. Correlativamente il governo italiano sottolinea che si deve ritenere che una disposizione determini una discriminazione indiretta soltanto se la sua idoneità a favorire o a danneggiare una persona è pienamente provata.

77. Questa seconda censura attiene alla prima fase della dimostrazione della discriminazione indiretta, vale a dire all'indagine se sussista una discriminazione di fatto e se essa sia una conseguenza necessaria della normativa contestata o sia un fatto casuale.

78. Innanzi tutto ritengo che l'argomento sostenuto dalla ricorrente, secondo il quale la Commissione avrebbe errato nel valutare le conseguenze del trasferimento del traffico a Malpensa in base alla situazione esistente e non a quella futura, non sia fondato.

79. Da un lato non vi è dubbio che la discriminazione indiretta ha un carattere dinamico e relativo, dovuto al fatto che, a causa della variabilità delle condizioni di applicazione delle norme contestate, può variare il risultato pratico delle stesse (o ne deriva una discriminazione che non esisteva oppure tale discriminazione cessa di esistere). Come già riferito in precedenza, ciò impone non solo di prendere in considerazione gli effetti delle norme contestate in un dato momento (concezione istantanea della

50 — Vale la pena di sottolineare come, al punto 20 della replica, la ricorrente ammetta che l'85% dei passeggeri che hanno fatto scalo a Fiumicino ha preso una coincidenza internazionale.

51 — V. la lettera 15 luglio 1998 del ministro Burlando, allegata come doc. 5 al ricorso.

discriminazione indiretta), ma anche di analizzare la prospettiva e la stabilità di tali effetti, in modo da evitare che possano concorrere fatti accidentali non dovuti nella sostanza a tali norme [52]. Tuttavia, tale indagine sulle prospettive e sulla stabilità degli effetti pratici delle norme contestate non può condurre a prendere in considerazione una situazione meramente futura, possibile in misura minima, ma semplicemente auspicata, che non ha fondamento diretto e certo nella realtà esistente al tempo del controllo della sussistenza della discriminazione indiretta. Ciò sarebbe contrario alla regola secondo la quale la legittimità di una norma giuridica si valuta, in linea di principio, alla luce degli elementi di fatto e di diritto che sussistono al momento in cui viene emanata [53].

80. Dall'altro, l'attento esame della motivazione della decisione impugnata indica che, sia riguardo all'esistenza di due centri aeroportuali dell'Alitalia sia riguardo al confronto della possibilità di accesso agli aeroporti di Malpensa e di Linate, la Commissione ha correttamente svolto la sua analisi partendo dalla situazione esistente, esaminando poi le prospettive e le fondate possibilità di cambiamento di tale situazione [54]. Procedendo a questa delicata valutazione ha verificato infine che l'esistenza di una discriminazione indiretta poteva essere ammessa soltanto se limitata ad ambiti temporali specifici, fatto che costituisce il modo corretto di trattare e interpretare il carattere dinamico di questo genere di discriminazione nella fattispecie [55].

81. Parallelamente, l'accertamento della discriminazione indiretta non è stato fondato su semplici congetture o scarse probabilità, ma sul grado di probabilità suffi-

52 — V. il precedente paragrafo 45 delle presenti conclusioni.

53 — V., ad esempio, sentenza della Corte 7 febbraio 1979, cause riunite 15/76 e 16/76, Francia/Commissione (Racc. pag. 321, punto 7).

54 — V. il punto 35 della decisione impugnata: «(...) La maggiore disponibilità di servizi diretti prestati dall'aeroporto di Malpensa può ridurre certamente la propensione dei viaggiatori a ricorrere a servizi indiretti (16). Tutto indica per contro che i servizi di Alitalia sono e saranno suddivisi fra due centri aeroportuali: Roma-Fiumicino e Milano-Malpensa. Questo era infatti uno dei capisaldi del piano di ristrutturazione dell'Alitalia notificato dall'Italia alla Commissione in forza delle norme sugli aiuti di Stato (...)». V. anche il punto 44 della decisione impugnata: «Date le differenze esistenti tra l'aeroporto di Linate e quello di Malpensa per quanto riguarda le condizioni di accesso, la Commissione ritiene che tali aeroporti non saranno comparabili, sul piano dei vantaggi che presentano, fino a quando il livello delle infrastrutture di accesso a Malpensa non compenserà la posizione geografica di questo aeroporto rispetto a quello di Linate».

55 — V. il punto 45 della decisione impugnata: «In considerazione di quanto sopra e tenuto conto della situazione concorrenziale tra Alitalia e gli altri vettori aerei comunitari, i criteri fissati dal decreto n. 46-T, consentendo solo ad Alitalia di alimentare il suo centro aeroportuale di Roma-Fiumicino dall'aeroporto di Linate ed obbligando gli altri vettori aerei comunitari ad alimentare i rispettivi centri aeroportuali dall'aeroporto di Malpensa, conferiscono di fatto un vantaggio concorrenziale ad Alitalia. *Questo vantaggio concorrenziale sussisterà fino a quando l'aeroporto di Malpensa non sarà dotato di un livello di infrastrutture di accesso tale da superare l'attuale situazione, da cui deriva una scarsa propensione degli utenti ad utilizzare questo aeroporto*» [il corsivo è mio].

ciente consentito dalle informazioni a disposizione della Commissione.

82. Da un lato, nessuno degli errori di valutazione degli elementi di fatto menzionati nella replica [56] sembra riguardare le verifiche essenziali per l'accertamento della discriminazione indiretta. Più precisamente, da nessuno degli elementi invocati dalla ricorrente discende che l'Alitalia non utilizzerebbe Fiumicino come secondo centro operativo di collegamento, sia pure complementare. In particolare la ricorrente, mentre accenna a una drastica riduzione dei voli intercontinentali serviti esclusivamente dal centro di Roma-Fiumicino, in nessun punto delle sue argomentazioni afferma, presentando il programma degli orari dei voli in oggetto, che tali voli sono stati annullati. Al contrario, da elementi del fascicolo quali, ad esempio, il piano di riorganizzazione [57] e i messaggi pubblicitari dell'Alitalia [58], e senza che sia necessario fare ricorso ad elementi successivi alla decisione impugnata [59], risulta che tale centro rimane operativo e può essere alimentato dall'aeroporto di Malpensa. Del resto, come correttamente riferito dalla Commissione nella controreplica, il numero dei voli serviti e la correlativa importanza di un centro non hanno di per sé rilevanza. La semplice esistenza del centro complementare di Fiumicino conduce ad accertare la sussistenza di una discriminazione indiretta. Infine, l'ampiezza delle conseguenze di tale discriminazione non ha effettivamente rilevanza. Il diritto comunitario vieta anche le discriminazioni di lieve importanza [60].

83. Dall'altro non si può comunque sostenere che la discriminazione indiretta, nella prima fase del procedimento logico della sua dimostrazione, debba essere pienamente provata. Come ho già esposto, l'immediata dimostrazione della discriminazione indiretta non è sempre facile e, in ogni caso, non può indurre a concludere in modo assoluto per l'esistenza di una discriminazione di diritto, o facendo ricorso agli insegnamenti della comune esperienza o anche alle indagini statistiche. Per questo,

56 — Nella replica la ricorrente sostiene che, per l'annullamento della decisione impugnata, non occorre un «errore manifesto»; basta dimostrare che la Commissione ha errato nell'apprezzare i fatti. Essa ritiene che siano viziati da errori di questo tipo gli argomenti dedotti dalla Commissione nel controricorso, in particolare per quanto riguarda la sussistenza di due centri aeroportuali «gemelli» dell'Alitalia.

57 — V. la decisione della Commissione 15 luglio 1997, 97/789/CE, relativa alla ricapitalizzazione della società Alitalia (GU L 322 del 25 novembre 1997, pag. 44), depositata come allegato n. 2 del controricorso.

58 — V. l'allegato n. 3 del controricorso.

59 — La Commissione riferisce che, sebbene non influiscano formalmente sul giudizio di legittimità della decisione impugnata, tutte le informazioni successive confermano che l'Alitalia ha continuato ad utilizzare il doppio centro.

60 — V. sentenze della Corte 28 gennaio 1986, causa 270/83, Commissione/Francia (Racc. pag. 273, punto 21), e 13 dicembre 1989, causa C-49/89, Corsica Ferries France (Racc. pag. 4441, punto 8).

in una seconda fase, che completa il procedimento di dimostrazione della discriminazione indiretta, s'impone l'indagine del carattere oggettivo della normativa contestata, che comprende anche l'applicazione del principio di proporzionalità [61].

84. In base a quanto esposto ritengo che anche il secondo argomento proposto con il quarto motivo di ricorso debba essere respinto perché infondato.

85. Infine, per quanto riguarda il terzo argomento sostenuto dalla ricorrente, secondo il quale la decisione impugnata non ha rispettato il principio di proporzionalità per quanto attiene alle misure proibitive imposte [62], la Commissione osserva giustamente di non essere tenuta, ai sensi dell'art. 8, n. 3, del regolamento n. 2408/92, a preferire misure meno onerose per le autorità nazionali interessate. Dopo che, come emerge dagli elementi del fascicolo e in assenza di una specifica contestazione [63], la Commissione ha informato le autorità italiane dei problemi creati dai decreti contestati, ha consultato il competente comitato consultivo e, in genere, ha svolto tutte quelle attività (invio di lettere, riunioni ecc.) che avrebbero consentito di chiarire il caso e di esercitare i diritti di difesa, l'unica competenza che aveva poi consisteva nel valutare la legittimità dei decreti contestati e nel decidere «se lo Stato membro può continuare ad applicare il provvedimento» [64]. Di conseguenza non aveva la competenza a modificare le misure nazionali, sostituendosi in questo modo alle autorità nazionali nella loro attività. Al contrario, spettava a queste ultime l'iniziativa per adottare le necessarie misure di adeguamento alla decisione impugnata, cosa che hanno anche fatto emanando il decreto 9 ottobre 1998 [65]. Del resto non si potrebbe ammettere che, qualunque sia il dovere di leale collaborazione tra la Commissione e gli Stati membri imposto dall'art. 5 del Trattato (divenuto art. 10 CE), esso possa mutare la menzionata ripartizione espressa delle competenze tra Stati membri e Commissione e trasferire a quest'ultima l'iniziativa e la responsabilità dell'adozione delle misure adeguate.

86. Da quanto sopra discende che anche il quarto motivo di ricorso deve essere respinto perché infondato.

61 — V. supra, paragrafo 32 delle presenti conclusioni.

62 — Più in particolare, la ricorrente sostiene che, se la Commissione nutriva dubbi e non era convinta della circa la capacità della permanenza a Linate del volo per Roma di produrre un vantaggio concorrenziale per l'Alitalia, avrebbe dovuto informarne le autorità italiane e comunque scegliere misure meno gravose per il governo italiano per quanto attiene al rispetto del divieto di discriminazione imposto dall'art. 8, n. 1, del regolamento n. 2408/92. La ricorrente ricorda che aveva proposto misure tecniche per gestire la situazione, che tuttavia non erano state accolte dalla Commissione.

63 — V. i punti 16 e ss. della decisione impugnata e il precedente paragrafo 14 delle presenti conclusioni.

64 — V. art. 8, n. 3, del regolamento n. 2408/92.

65 — Prodotto come allegato n. 5 del controricorso.

V — Conclusione

87. Pertanto propongo alla Corte di:

«1) respingere il ricorso della Repubblica italiana in quanto infondato;

2) condannare la Repubblica italiana alle spese».