

**“IL CASO” DELLE NOMINE DEI MEMBRI DEL COLLEGIO DELL’AUTORITÀ NAZIONALE
DI REGOLAMENTAZIONE DEL SETTORE POSTALE. L’A.G.A. FA CHIAREZZA SULLA
NATURA E SINDACABILITÀ DELL’ATTO DI NOMINA.**

di Daniela Bolognino

Sommario: **1.** Il caso: il Tar Lazio – Roma si pronuncia sulla nomina dei membri del Collegio dell’Autorità nazionale di regolamentazione del settore postale (ANSP); **2.** Alla ricerca della natura dell’atto di nomina dei membri del Collegio dell’ANSP; **3.** Introduzione ad alcune considerazioni sulla legittimazione a ricorrere nella prospettiva della “effettività” della tutela; **3. a)** Nomine dei vertici delle Authority e legittimazione a ricorrere dei portatori di interessi diffusi (brevi considerazioni); **3. b)** Nomina dei vertici delle Authority e tutela degli “aspiranti” (alcune considerazioni anche *de iure condendo*); **4.** Rispetto dei criteri di nomina legislativamente stabiliti, obbligo di motivazione e limiti del sindacato dell’A.G.A..

1. Il caso: il Tar Lazio – Roma si pronuncia sulla nomina dei membri del Collegio dell’Autorità nazionale di regolamentazione del settore postale (ANSP).

La sentenza del Tar Lazio – Roma sez. I, del 5 marzo 2012, n. 2223, è l’atto conclusivo di una interessante vicenda processuale che ha avuto ad oggetto la contestazione della nomina di uno dei membri del Collegio di vertice dell’Autorità nazionale di regolamentazione del settore postale (di seguito ANSP). Quest’ultima era stata istituita con il d.lgs. n. 58 del 31 marzo 2011¹, (che aveva novellato il d.lgs. n. 261 del 22 luglio 1999²), al fine di regolamentare, programmare, controllare e vigilare il settore postale, assicurando sia l’apertura del mercato alla concorrenza sia l’universalità del servizio su tutto il territorio nazionale a condizioni accessibili per i cittadini-utenti³, come richiesto all’Italia dall’Unione europea⁴. Al suo vertice era posto un Collegio costituito da tre membri “*scelti tra persone dotate di indiscusse moralità e indipendenza, alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore*”, la cui nomina avveniva con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, previo parere favorevole delle competenti Commissioni parlamentari (ex art. 2, comma 6, d.lgs. n. 261/99, *post* d.lgs. n. 58/11).

* **Di prossima pubblicazione su *Diritto Processuale Amministrativo*.**

¹ Recante “Attuazione della direttiva 2008/6/CE che modifica la direttiva 97/67/CE, per quanto riguarda il pieno completamento del mercato interno dei servizi postali della Comunità”.

² Recante “Attuazione della direttiva 97/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio”.

³ V. VISCO COMANDINI, *I compiti del nuovo regolatore postale: conciliare concorrenza nel mercato e servizio universale*, in *Rassegna Astrid*, giovedì 23 febbraio 2012, n. 153 (numero 4/2012).

⁴ La Commissione Europea per la mancata attuazione della direttiva 97/67/CE, relativa al pieno completamento del mercato interno dei servizi postali della Comunità, aveva aperto nei confronti dell’Italia una procedura di infrazione per violazione delle norme comunitarie, a causa proprio della mancata istituzione dell’Autorità indipendente per il settore postale.

Il *casus belli* nasce proprio durante l'iter di nomina dei membri del collegio della costituenda (e mai costituita⁵) Authority⁶, quando il Ministro dello Sviluppo Economico dopo aver effettuato e formalizzato la proposta di nomina dei componenti del collegio in questione, ai sensi dell'art. 2, comma 6, d.lgs. n. 261/99, *post* d.lgs. n. 58/11, individuando una terna di nomi, senza alcuna motivazione ha avuto un repentino ripensamento ed a stretto giro, ha sostituito il nominativo di uno dei componenti, indicando un nuovo designato. Sulla base di tale nuova proposta il Consiglio dei Ministri ha attivato il procedimento per la nomina dei componenti del Collegio *de qua*, che si è concluso con il decreto di nomina del Presidente della Repubblica.

Il designato "estromesso", al fine di veder tutelata la propria posizione, ha proposto ricorso al Tar Lazio – Roma, impugnando tutti gli atti del procedimento⁷, deducendone l'illegittimità e chiedendone l'annullamento nella parte in cui, nella terna

⁵ Tale soppressione con contestuale passaggio di funzioni all'Agcom è avvenuto con il decreto legge del 6 dicembre 2011, n. 201 - *Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 22 dicembre 2011, n. 214. Sull'analisi della vicenda legislativa V. VISCO COMANDINI, *I compiti del nuovo regolatore postale: conciliare concorrenza nel mercato e servizio universale*, in *Rassegna Astrid*, giovedì 23 febbraio 2012, n. 153 (numero 4/2012).

⁶ L'individuazione della sua natura dell'Autorità nazionale di regolamentazione del settore postale si pone quale antecedente logico per il corretto inquadramento della natura dell'atto di designazione dei componenti del suo collegio. In tal sede si ritiene di aderire alle posizioni dottrinali che hanno qualificato l'Autorità nazionale di regolamentazione del settore postale come un ibrido giuridico con caratteristiche differenti tra la struttura organizzativa, assimilabile ad una agenzia amministrativa, e la struttura di vertice connotata dalle caratteristiche (o almeno di alcune delle principali) di una Autorità amministrativa indipendente (per altro richiesta proprio dalla direttiva europea). Per un approfondimento si rinvia a G. NAPOLITANO, *Acqua e Poste: l'ibrido delle due agenzie*, su *FIRSTonline*, 2 giugno 2011; D. AGUS, *Le Agenzie per le risorse idriche e per il settore postale. L'importanza di chiamarsi Autorità*, in *Nel Merito*, 27 maggio 2011. Contro si veda G. FERRARI, *Il proliferare del fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti: verifica in ordine alla possibilità di riconoscere in via interpretativa tale qualificazione ad organismi pubblici di nuova istituzione*, in *Foro amministrativo*, 2011, 09, 2935. Si precisa che la qualificazione dell'Autorità nazionale di regolamentazione del settore postale quale Autorità indipendente, quanto meno con specifico riferimento alla sua struttura di vertice, è condivisa ed affermata dal Tar Lazio - Roma, nella sentenza del 5 marzo 2012, n. 2223, che qui si commenta. Per i tratti caratterizzanti le Autorità amministrative indipendenti si rinvia a M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Roma – Bari, 2007; M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, 588-597; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; F. MERUSI E M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2002, VI aggiornamento, 143 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Problematicità dei tratti caratterizzanti e prospettive di classificazione sistematica delle autorità indipendenti. Una sintesi ricognitiva*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *Le autorità indipendenti. Una ricognizione fra problemi e prospettive di sistemazione*, Torino, 2002, 249 ss.; M. DE BENEDETTO, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna, 2000; ASTRID, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, M. D'ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), Bologna 2010.

⁷ In particolare ha richiesto l'annullamento: a) della nota del Ministro dello Sviluppo Economico con cui il nominativo del ricorrente viene sostituito con quello di un nuovo designato; b) della delibera preliminare del Consiglio dei Ministri adottata su proposta del Ministro in questione e della delibera del consiglio dei Ministri con cui si nominano i componenti dell'ANSP, nella parte in cui viene designato il nuovo membro in sostituzione del ricorrente estromesso; c) del decreto di nomina del Presidente della Repubblica; d) dei pareri delle Commissioni parlamentari nella parte in cui annoverano tra i membri del Collegio il nuovo designato in luogo del ricorrente estromesso.

dei nominativi indicati per la designazione a componenti del Collegio in questione, non compariva più il suo, in quanto sostituito da altro componente (e dunque, era stato di fatto, immotivatamente estromesso).

Il Tar Lazio, Roma, sez. I, alla fine di un lungo *iter* che lo ha visto protagonista anche in sede cautelare insieme al Consiglio di Stato⁸, si pronuncia accogliendo il ricorso del designato estromesso ed annullando gli atti impugnati. La sentenza del Tar Lazio – Roma sez. I, del 5 marzo 2012, n. 2223 è la prima⁹ pronuncia che nel merito affronta i temi della: *a)* natura dell’atto di nomina del vertice di una Authority¹⁰, quale l’Autorità nazionale di regolamentazione del settore postale; *b)* legittimazione a ricorrere in capo al designato estromesso dal vertice di una Authority; *c)* rilevanza del rispetto (o del mancato rispetto) dei criteri per la nomina dei componenti del vertice dell’Autorità in questione, in relazione all’ampiezza del sindacato da parte del giudice amministrativo sugli atti discrezionali. Su questi temi concentreremo l’attenzione nelle pagine che seguono, al fine di spiegare l’importanza delle risultanze della vicenda processuale oggetto d’esame e le possibili ripercussioni che questa pronuncia sembra idonea a produrre sulle future nomine dei membri delle Authority.

2. Alla ricerca della natura dell’atto di nomina dei membri del Collegio dell’ANSP.

L’individuazione della natura dell’atto di designazione/nomina del Collegio posto al vertice dell’ANSP si colloca all’interno del tema, complesso ed articolato, della natura degli atti di nomina dei vertici delle Authority, sulla cui risoluzione, come vedremo nelle pagine che seguono, da tempo la dottrina oscilla ritenendo talvolta che tali atti abbiano natura di “atto politico”, talvolta che abbiano natura di “atti di alta amministrazione”, con inevitabili riflessi sulla sindacabilità di fronte all’A.G.A. degli atti di designazione/nomina in questione.

È noto come il quadro normativo del sistema italiano per quanto attiene alla modalità di nomina dei membri e dei presidenti delle Authority sia caratterizzato da una

⁸ Sulla vicenda le pronunce in sede cautelare sono state: a) Tar Lazio – Roma, sez. I, ordinanza del 1 settembre 2011, n. 3075; b) Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza del 23 novembre 2011, n. 5144.

⁹ I precedenti giurisprudenziali che hanno riguardato la contestazione delle nomine di membri del vertice delle Authority, hanno riguardato: *a)* le nomine di alcuni membri dell’*Antitrust*, in particolare, TAR Lazio, Roma, sez. I, 26 ottobre 2005, n. 13163 e TAR Lazio, Roma, sez. I, 26 ottobre 2005, n.13160; *b)* le nomine di alcuni dei componenti della Commissione di garanzia dell’attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, in particolare Tribunale di Roma, sentenza del 2 maggio 2007. Tali pronunce non hanno affrontato nel merito le questioni loro sottoposte sull’esistenza in capo ai nominati dei criteri di nomina, dichiarando il gravame inammissibile per l’insussistenza di una posizione differenziata e qualificata rispetto al provvedimento impugnato da parte delle associazioni di consumatori, nel primo caso e del sindacato, nel secondo. Affronteremo l’analisi di queste pronunce nel paragrafo n. 3. a) relativa alla legittimazione a ricorrere dei destinatari delle decisioni delle Authority.

¹⁰ Si rinvia alla nota n. 6 relativamente all’individuazione della sua natura dell’Autorità nazionale di regolamentazione del settore postale.

disciplina non omogenea, sicché parte della dottrina¹¹ ha proceduto ad una classificazione delle tipologie di nomina individuando quelle:

a) a carattere tendenzialmente parlamentare, dove la scelta è rimessa ai Presidenti delle due Camere¹² (è questo il caso delle nomine dell'*Antitrust*, i cui membri sono scelti con determinazione adottata di "intesa" dai Presidenti del Senato e della Camera; dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture i cui componenti sono selezionati su "determinazione" dei Presidenti di Camera e Senato);

b) a carattere tendenzialmente governativo, dove la scelta si snoda attraverso il seguente meccanismo: 1) proposta dei nominativi (dei singoli membri dell'Autorità o dei membri e del Presidente) che può provenire dal Ministro competente per materia – individualmente o d'intesa con il Presidente del Consiglio dei Ministri – o soltanto da quest'ultimo; 2) deliberazione del Consiglio dei Ministri; 3) parere della Commissione parlamentare; 4) nomina del Presidente della Repubblica con decreto (è questo il caso della nomina della CONSOB e della nomina del Presidente dell'ISVAP e dell'Autorità per la garanzia nelle comunicazioni).

La nomina dei membri del vertice dell'ANSP era disciplinata dall'art. 2, d.lgs. n. 261/99 *post*, d.lgs. n. 58/2011 al comma 6, che stabiliva che i membri del Collegio sono "omissis *nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico. Le designazioni effettuate dal Governo sono previamente sottoposte al parere delle competenti Commissioni parlamentari. In nessun caso le nomine possono essere effettuate in mancanza del parere favorevole espresso dalle predette Commissioni. Le medesime Commissioni possono procedere all'audizione delle persone designate. I membri del Collegio sono scelti tra persone dotate di indiscusse moralità e indipendenza, alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore.....omissis*".

L'*iter* di designazione/nomina che individua la norma appena richiamata è chiaramente idoneo ad essere collocato nell'ambito di quello che la dottrina ha qualificato quale nomina dei membri e dei presidenti delle Autorità amministrative indipendenti a carattere tendenzialmente governativo. Individuare, sin dal principio, l'esatta collocazione, rispetto alle due categorie summenzionate, dell'*iter* di nomina di cui all'art. 2, comma 6, d.lgs. n. 261/99 *post*, d.lgs. n. 58/2011 è particolarmente importante perché, come avremo modo di verificare tra breve, le suesposte differenze sul piano della "modalità di designazione/nomina" sono idonee ad incidere sulla individuazione della natura degli atti in questione, quantomeno con riferimento al percorso argomentativo da seguire per identificarla.

Con riferimento alle designazioni/nomine a carattere tendenzialmente parlamentare si fronteggiano in via principale due teorie dottrinali, l'una volta a qualificare tali atti come un atti "politici", l'altra volta a qualificarli come atti di "alta amministrazione". La scelta non è priva di conseguenze, posto che classificare l'atto di designazione/nomina

¹¹ Si veda: G. SIRIANNI, *Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti*, in *NOMOS*, 1993, 79- 81; F. BLANDO, *Questioni in tema di sindacabilità degli atti di nomina delle Autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2009.

¹² Sulle ragioni della scelta di attribuire i poteri di nomina ai presidenti di camera e senato, G. SIRIANNI, *Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti*, in *NOMOS*, 1993, 80-82.

quale atto di natura politica implica¹³ quale diretta conseguenza l'insindacabilità degli stessi di fronte al giudice amministrativo in base a quanto previsto dall'art. 31 regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (riprendendo quanto già stabilito dall'art. 24, della l. n. 5992/1889)¹⁴ ed oggi dall'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 104 del 2012¹⁵.

Parte della dottrina accorda natura di atto politico agli atti di designazione/nomina dei membri delle Authority in forza della natura politica e della funzione di garanzia degli organi che procedono alla designazione dei componenti dell'autorità¹⁶. Tuttavia è di tale evidenza che l'eventuale illegittimità dell'atto di nomina si traduce in un "vizio di costituzione dell'organo e questo vizio si riflette sulla legittimità degli atti che tale organo assume"¹⁷, che anche parte dei fautori della teoria che individua la nomina del vertice dell'Authority quale "atto politico", avvertono la necessità di procedere ad una forma di controllo del rispetto dei criteri di nomina. Sicché, muovendo dalla centralità della determinazione o dell'intesa tra i Presidenti delle Camere come momento di garanzia delle nomine rispetto ai parametri previsti dalla legge, parte della dottrina prospetta una possibile tutela a fronte di "presunte nomine illegittime", percorrendo la strada del conflitto di attribuzione davanti alla Corte Costituzionale¹⁸.

Sul versante opposto altra parte della dottrina che, al fine di individuare al natura dell'atto di nomina del vertice delle Authority a carattere tendenzialmente parlamentare, muove i suoi passi, non partendo dalla natura del soggetto che pone in essere l'atto di designazione/nomina, ma dal concetto di "atto politico", che è tale ove "emanato nell'esercizio del potere politico – ossia dove attraverso lo stesso si estrinsechi l'attività di direzione suprema della cosa pubblica"¹⁹. Gli atti politici sono quegli atti che attentano alla "direzione suprema e generale dello Stato"²⁰, dunque l'atto politico per

¹³ G. GROTTANELLI DE SANTI, *Atto politico e atto di governo*, in Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1988, IV.

¹⁴ G. SANTORO, *Nozione di "atto politico" e limiti del sindacato dell'autorità giudiziaria sugli atti della pubblica amministrazione*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 1992, I, 587 ss.; D. VAIANO, *Gli atti politici*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2005, 207 ss.; G. MONTEDORO, *Inammissibilità del ricorso al Consiglio di Stato su atti politici del governo*, in A.A.V.V., *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, Torino, 2007, 552.

¹⁵ Il nuovo codice del Processo amministrativo – d.lgs. n. 104 del 2010 - stabilisce all'art. 7, comma 1, che: ".....omissis.....Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico".

¹⁶ Sul punto si veda la tesi di chi ritiene che gli atti di nomina imputabili ai Presidenti di Camera e Senato siano da considerare quali "atti costituzionali discrezionali, vincolati nel fine", differenziandoli dagli atti costituzionali politici, liberi nel fine", così E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961; sulla questione anche C. PINELLI, *Atti congiunti dei presidenti delle camere*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1997, I, aggiornamento, p. 217 ss.

¹⁷ Efficacemente sul punto G. D'AURIA, *nota alla sentenza del Trib. Roma, 2 maggio 2007*, in *Foro it.*, 2008, I, 1348.

¹⁸ G. RIVOSECCHI, *Autorità di garanzia senza garanzie? A proposito delle recenti nomine dei membri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Quaderni costituzionali*, 16 gennaio 2005, p. 4-5.

¹⁹ G. GIOVANNINI, R. CAPONIGRO, *Giurisdizione amministrativa (commento all'art. 7)*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 93.

²⁰ Così, Corte cost. n. 103/93; In tema di atto politico anche G.B. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1987, 544 ss.

essere tale deve provenire dal Governo²¹, quale organo preposto all'indirizzo della cosa pubblica (requisito soggettivo), e deve essere emanato nell'esercizio del potere politico²², “*dovendo riguardare la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione*” (requisito oggettivo) (così Consiglio di Stato 23 gennaio 2007, n. 209). Si tratta quindi di atti che, a differenza degli atti amministrativi, sono liberi nel fine, e come tali insindacabili²³. Tali atti costituiscono un *numerus clausus*, a cui occorre attenersi strettamente, anche perché per la loro stessa natura vengono sottratti alla tutela giurisdizionale²⁴, laddove invece, in via generale (ove legittimati a ricorrere) nei confronti degli atti delle pubbliche amministrazioni “...è sempre ammessa la tutela giurisdizionale ... e la tutela non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”(art. 113 Cost.)²⁵. Il legislatore costituente dunque non ha inteso limitare il sindacato giurisdizionale agli “atti amministrativi”, ma ha utilizzato l’accezione “atti della pubblica amministrazione”, sicché in maniera lungimirante, nella dinamica di avvicinamento tra amministrazione e cittadino, ha inteso fornire la più ampia garanzia possibile di accesso alla tutela giurisdizionale²⁶. È stato rilevato infatti come l’art. 113 Cost. abbia “portata generale e coinvolga, in linea di principio, tutte le Amministrazioni anche di rango elevato e di rilievo costituzionale” (Consiglio di Stato n. 209/2007). Sicché in linea con le esigenze democratiche di tutela indicate dall’art. 113 Cost. (nonché dall’art. 24 Cost.), non si preclude l’accesso al processo, ma si garantisce la più ampia tutela “nel processo” di fronte all’A.G.A.²⁷. Muovendo i suoi passi da questa diversa prospettiva, questa autorevole dottrina ritiene che l’atto di designazione/nomina a carattere tendenzialmente parlamentare sia configurabile, non quale atto politico bensì quale atto “formalmente parlamentare”, ma “sostanzialmente amministrativo”²⁸, permettendone di conseguenza

²¹ Nel caso delle designazioni effettuate dai Presidenti di Camera e Senato dunque la provenienza dell’atto non è del Governo ma da organo costituzionale nell’esercizio delle funzioni.

²² G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull’atto politico*, Milano, 1985; G. SIRIANNI, *Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti*, in *NOMOS*, 1993, 84.

²³ O. RANELETTI e a. AMORTH A., *Atto di governo*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1937, I, 1110 s.s.. – e per la giurisprudenza si ricorda Consiglio di Stato 23 gennaio 2007, n. 209.

²⁴ O. RANELETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano 1945.

²⁵ G. BERTI, *Commento all’art. 113 della Costituzione*, in G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1987, 97 ss.; F. SAIITA, Art. 113 Cost., in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2136- 2161.

²⁶ G. F. LICATA, *La posizione dei consumatori rispetto alla nomina dei componenti dell’autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. econ.*, 2007, I, 113.

²⁷ F. SAIITA, *Commento all’art. 113 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, III, 2145 ss.; G. SIRIANNI, *Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti*, in *NOMOS*, 1993, 84 (tale autore precisa come nell’ambito delle nomine dei membri delle Authority a carattere tendenzialmente parlamentare, siamo palesemente al di fuori dell’esercizio di funzioni costituzionali: il Parlamento giudica opportuno ampliare la sua sfera di attività, erodendo lo spazio ordinariamente coperto dalla funzione governativa: se si ritiene che possa legittimamente farlo, da questa facoltà non può dedursi la possibilità di una consequenziale riduzione di garanzie soggettive statuite dagli artt. 103 e 113 Cost, garanzie che non possono essere aggirate e svuotate di contenuto).

²⁸ G. SIRIANNI, *Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti*, in *NOMOS*, 1993, 83.

l'assoggettabilità dello stesso al sindacato dell'A.G.A., in linea con le garanzie costituzionalmente previste summenzionate.

Si ritiene di condividere tale impostazione in quanto per la corretta individuazione della natura di un atto, occorre accertare la compresenza del requisito c.d. "soggettivo", e del requisito "oggettivo". Proprio quest'ultimo, ossia l'essere emanato nell'esercizio del potere politico²⁹, non è rinvenibile laddove si procede all'individuazione del soggetto che deve ricoprire un ruolo apicale di una Amministrazione, sia pur nella veste di Autorità amministrativa indipendente³⁰, in base ai criteri indicati dalla legge. Né si ritiene possibile far coincidere il requisito oggettivo di "esercizio del potere politico" con le spinte motivazionali che animano tali scelte. (Se ci trovassimo nell'ambito civilistico, sarebbe come confondere la "causa" del negozio giuridico con "i motivi"). E' certamente un dato di fatto che le scelte dei membri dell'organo di vertice delle Authority sono (spesso) effettuate in base a motivazioni/ragioni *lato sensu* di tipo politico³¹, tuttavia tale spinta motivazionale non permette di snaturare la scelta che si pone in essere, che non coincide con "l'esercizio del potere politico".

Con riferimento invece alla natura degli atti di designazione a carattere tendenzialmente governativa dei componenti delle Authority, si registra una tendenziale concordia in dottrina nel ritenere che tali atti vadano qualificati come atti di alta amministrazione³². La qualificazione di tali atti come atti di alta amministrazione avviene attraverso il medesimo ragionamento utilizzato per la categoria precedente (ossia per gli atti di nomina a carattere tendenzialmente parlamentare). Sicché anche per le designazioni/nomine dei membri delle Authority a carattere tendenzialmente governativo non siamo in presenza dell'esercizio di un potere politico da parte del soggetto designante (questa volta facente effettivamente parte della compagine Governativa), ma all'esercizio del potere discrezionale di individuazione del soggetto che deve ricoprire un ruolo apicale nelle Autorità amministrative indipendenti. La qualificazione di tali atti come atti di alta amministrazione – dunque subordinati sia alla legge ordinaria sia agli atti di direzione politica, di cui devono rispettare i vincoli da questi posti - fa sì che siano sottoposti al regime proprio degli atti amministrativi. Occorre a tal punto precisare che, sebbene la categoria degli atti di alta amministrazione sia tradizionalmente considerata inidonea ad incidere sulla sfera giuridica degli amministrati a causa della loro portata generale – sono infatti atti che svolgono una

²⁹ G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico*, Milano, 1985; G. SIRIANNI, *Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti*, in *NOMOS*, 1993, 84.

³⁰ Authority che per pacifica giurisprudenza (così Corte di Cassazione, 20 maggio 2002, n. 7341), non sono un *tertium genus*, non sono ascrivibili al potere giudiziario, ma sono vere e proprie amministrazioni pubbliche. Per una analisi delle posizioni dottrinali si veda F. MERUSI M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003; M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, I, 588ss.

³¹ È il caso di ricordare che anche in contesti in cui il versante politico nella nomina ha un peso rilevante (senza per questo dar luogo alla configurazione di un atto politico in senso proprio), come il caso della nomina degli assessori (e della revoca) degli enti locali l'orientamento giurisprudenziale è volto a permettere l'ammissibilità del ricorso, sia pur circoscrivendo l'ampiezza del sindacato ad opera del giudice (Consiglio di Stato 23 gennaio 2007, n. 209).

³² G. D'AURIA, *nota alla sentenza del Trib. Roma, 2 maggio 2007*, in *Foro it.*, 2008, I, 1348; F. BLANDO, *Questioni in tema di sindacabilità degli atti di nomina delle Autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2009..

funzione di raccordo tra funzione politica e funzione amministrativa in senso stretto che si manifesta in atti di indirizzo, coordinamento e controllo - si ricorda come già da tempo la giurisprudenza³³ faceva rientrare tra gli atti di alta amministrazione anche gli atti di scelta dei direttori generali (*ante* c.d. privatizzazione del lavoro pubblico), sicché tali atti, assumendo i connotati di immediata e concreta lesività in quanto erano atti che potevano incidere direttamente sulla sfera giuridica degli eligendi, erano immediatamente impugnabili.

Sicché la qualificazione degli atti di nomina delle Autorità amministrative indipendenti come atti di alta amministrazione, ne fa discendere, quale diretta conseguenza che, come ogni atto amministrativo, siano (almeno sul piano teorico - si rinvia al paragrafo n. 3 l'analisi della problematica della legittimazione a ricorrere) impugnabili davanti al giudice amministrativo, tanto più ove - come per gli atti di nomina delle Autorità amministrative indipendenti in questione - l'investitura si formalizzi in un decreto del Presidente della Repubblica, che rappresenta la forma ordinaria prevista dall'ordinamento per l'emanazione dei provvedimenti amministrativi di maggior rilievo³⁴ (art. 87, comma 7, Cost. ed art. 1, legge 12 gennaio 1991, n. 13).

Il Tar Lazio - Roma, sez. I, nella sentenza del 5 marzo 2012, n. 2223 in relazione alla natura dell'atto di designazione/nomina disciplinato dall'art. 2, comma 6, d.lgs. n. 261/99, *post* d.lgs. n. 58/11, fa propri i ragionamenti suesposti, in piena adesione alla tesi difensiva del ricorrente estromesso. In particolare il Tar Lazio ripercorre le tappe dell'analisi dottrinale esposta nelle pagine precedenti e afferma che l'atto di nomina in questione non possa considerarsi "atto politico" che "*si estrinseca nell'attività di direzione suprema della cosa pubblica e che è espressione di una funzione libera nei fini e per tal motivo sottratto al sindacato del giudice amministrativo*",³⁵ bensì l'atto di nomina è atto di alta amministrazione³⁶, in quanto "*la nomina a componente di*

³³ Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 4 settembre 1996, n. 1009; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 7 giugno 1996, n. 745.

³⁴ Nel senso di ritenere che la formale investitura attraverso D.P.R. renda sindacabile dall'A.G.A. il rispetto delle condizioni (soggettive ed oggettive) di legittimità dell'atto, G. FALCON, *Il «primo», il «secondo» ed il «terzo» garante nei settori dell'editoria e della radiodiffusione*, in F. BASSI e F. MERUSI, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1994, 86; G. D'AURIA, *nota alla sentenza del Trib. Roma, 2 maggio 2007*, in *Foro it.*, 2008, I, 1348; G. ENDRICI, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica ed amministrazione*, Bologna, 2000, 183; G.F. LICATA, *La posizione dei consumatori rispetto alla nomina dei componenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. econ.*, 2007, I, 107.

³⁵ L'A.G.A. afferma che "hanno natura politica solo gli atti che sono riferibili a organi costituzionali dello Stato, collegati immediatamente e direttamente alla Costituzione e alle leggi costituzionali, nei quali si estrinsecano l'attività di direzione suprema della cosa pubblica e l'attività di coordinamento e controllo delle singole manifestazioni in cui la direzione stessa si esprime nel rispetto degli interessi del regime politico canonizzati nella Costituzione; detti atti non costituiscono attuazione dell'ordinamento ma sono espressione di una funzione diversa, libera nei fini e per tal motivo sono sottratti al sindacato del giudice amministrativo" (si richiama anche la sentenza del Tar Lazio, Roma, II ter, 28 maggio 2001, n. 5076).

³⁶ Evidenzia l'A.G.A. come gli atti di alta amministrazione, invero, svolgono un'opera di raccordo fra la funzione di governo e la funzione amministrativa e rappresentano il primo grado di attuazione dell'indirizzo politico nel campo amministrativo; essi costituiscono manifestazioni d'impulso all'adozione di atti amministrativi, funzionali all'attuazione dei fini della legge e sono pacificamente ritenuti soggetti al regime giuridico dei provvedimenti amministrativi che vede l'applicazione, in primo

un’Agenzia indipendente preposta alla tutela degli interessi dei cittadini-utenti, è da ricondurre, pienamente, all’attività amministrativa del Governo”. Ed ancora evidenzia l’A.G.A. come la proposta di nomina, rappresentando l’atto di impulso del procedimento in grado di conformare il contenuto della designazione da effettuarsi dal Governo e da formalizzarsi con decreto presidenziale, e quindi di condizionare l’esito dell’intero iter procedimentale, “*è l’atto in cui si manifesta la scelta, in base al verificato possesso dei requisiti di legge, del soggetto ritenuto più adatto a ricoprire quella carica in vista del rispetto degli obiettivi programmatici posti nella disciplina, e pertanto detta proposta non è espressione di un’attività libera nei fini (dunque non è atto politico), ma è espressione di una attività di alta amministrazione, e dunque soggiace alla disciplina generale degli atti amministrativi*”. Sicché, precisa l’A.G.A. l’atto di designazione ex art. 2, comma 6 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, *post* d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58, è atto di alta amministrazione ed al pari di ogni altro atto amministrativo è impugnabile di fronte al giudice amministrativo, chiamato a verificare la legale composizione dell’organo, “*non potendo – tale atto di designazione - soffrire alcun vuoto di tutela giurisdizionale*³⁷” in virtù dell’applicazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 24, 97 e 113 Cost..

L’A.G.A. connota della medesima “natura di atto di alta amministrazione” anche il parere fornito dalle commissioni parlamentari, sulla nomina dei membri del Collegio dell’Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale, in base a quanto previsto dall’art. 1 legge n. 14 del 1978³⁸. Già in sede cautelare il Consiglio di Stato nell’ordinanza n. 5144/2011 ha precisato che “*i pareri delle commissioni parlamentari non sono espressione diretta di autonomia politica, ma concernono comunque generici apprezzamenti di non contrarietà sull’azione della P.A. e, come tali, inserendosi nell’ambito e con le regole tipiche di un procedimento amministrativo, rivestono carattere sostanzialmente amministrativo*”. Tale decisione conferma la *ratio* del quadro normativo che, ai sensi dell’art. 5, della legge n. 14 del 1978, stabilisce che tale parere non deve essere richiesto “*quando- le nomine - siano vincolate per disposizione di legge*”. In tal sede è di lampante evidenza che non si è in presenza di nomine vincolate, ma di scelte effettuate sulla base di criteri pre-stabiliti per legge (ex art. 2, comma 6, d.lgs. n. 251/99, modificato dal d.lgs. n. 58/11), del rispetto dei quali occorre dar conto in sede nomina (e di proposta di nomina). Dunque è dal combinato disposto dell’art. 2, comma 6, d.lgs. n. 251/99 *post* d.lgs. n. 58/11 e dell’art. 4, l. n. 14/78³⁹, che emerge una ulteriore garanzia del rispetto dei criteri di scelta per la designazione/nomina dei membri del Collegio dell’Autorità nazionale per la regolazione del servizio postale. Garanzia riconosciuta ed affermata dal Consiglio di Stato, in sede cautelare, e dal Tar Lazio – Roma, in sede di merito, proprio quando, connotando i pareri delle commissioni

luogo, degli artt. 24, 97 e 113 della Costituzione, non potendo soffrire alcun vuoto di tutela giurisdizionale.

³⁷ Così già in fase cautelare il Consiglio di Stato nell’ordinanza del 23 novembre 2011, n. 5144.

³⁸ Sul controllo parlamentare sulle nomine degli enti pubblici si veda G. SIRIANNI, *Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti*, in *NOMOS*, 1993, 82.

³⁹ La disposizione normativa stabilisce che “la richiesta di parere da parte del Governo deve contenere la esposizione della procedura seguita per addivenire alla indicazione della candidatura, dei motivi che la giustificano secondo criteri di capacità professionale dei candidati e degli eventuali incarichi precedentemente svolti o in corso di svolgimento”.

parlamentari quali atti a carattere sostanzialmente amministrativo, li qualificano quali elementi dell'*iter* procedimentale volti ad effettuare un controllo/verifica sull'azione della P.A.⁴⁰.

Dunque si può ritenere che, sotto il profilo della natura dell'atto di nomina dei membri del vertice delle Authority, la sentenza in esame sia particolarmente importante per due ordini di motivi. Innanzitutto perché è la prima in cui l'A.G.A. espressamente si pronuncia sul tema della natura dell'atto di nomina di una Authority⁴¹ a carattere tendenzialmente governativo. In passato il giudice amministrativo era stato investito da questioni di tal genere senza tuttavia affrontarle nel merito, dichiarando il gravame inammissibile per insussistenza di una posizione differenziata e qualificata dei ricorrenti rispetto al provvedimento impugnato⁴². Solo l'A.G.O. su questo specifico aspetto aveva già posto un tassello preciso; si fa in particolare riferimento alla pronuncia del Tribunale di Roma, sentenza del 2 maggio 2007 in relazione alle nomine della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, dove si è passata in rassegna la questione della natura dell'atto di nomina esprimendosi in modo certo solo con riferimento alla natura degli atti di nomina a carattere tendenzialmente governativa. Infatti l'A.G.O. mentre ha adottato una formula possibilista, senza però prendere di fatto una reale posizione sulla natura degli atti a carattere tendenzialmente parlamentare,⁴³ afferma in maniera chiara, in adesione alle posizioni dottrinali suesposte ed in linea con quanto deciso dall'A.G.A. nella sentenza che qui si commenta, che *“l'atto di nomina è da qualificare quale atto di alta amministrazione laddove la nomina dei componenti spetti al Governo”*⁴⁴.

⁴⁰ Si è smentita così la precedente ordinanza del TAR Lazio – Roma, sez. I, 1 settembre 2001, n. 3075 che connotava di *“amplissima discrezionalità tanto l'individuazione dei designati quanto le valutazioni rimesse al Consiglio dei Ministri e alle Commissioni parlamentari competenti”*.

⁴¹ Occorre precisare che tale vicenda processuale ha avuto un complesso *iter* anche in sede cautelare. In relazione alla natura dell'atto già in sede cautelare affermano la natura di atto di alta amministrazione sia il Tar Lazio – Roma, ordinanza n. 3075/2011, sia il Consiglio di Stato nell'ordinanza del 23 novembre 2011, n. 5144 (il Tar Lazio –Roma in via esplicita, il Consiglio di Stato in via implicita) - escludendo dunque la natura di atto politico - contribuendo in modo significativo a confermare la posizione dottrinale che da tempo - si era espressa in tal senso.

⁴² In particolare si fa riferimento alle pronunce del TAR Lazio, Roma, sez. I, n. 13163/2005 e TAR Lazio, Roma, sez. I, n.13160/2005 relativamente alle nomine di alcuni componenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

⁴³ Afferma l'A.G.O.: *“Qualora l'atto spetti ai presidenti delle Camere, come nel caso della nomina dei membri della Commissione in questione”* si discute se l'atto abbia comunque rango di atto di alta amministrazione o – dato che le autorità si trovano in posizione di sostanziale indipendenza dal governo, svolgono una funzione tutoria non assimilabile né alla funzione di amministrazione attiva né alla funzione amministrativa di controllo, e data la natura politica e la funzione di garanzia degli organi che procedono alla designazione dei componenti dell'autorità, vada piuttosto qualificato come un atto *“politico”*, non soggetto dunque al sindacato giurisdizionale”. Tuttavia l'A.G.O. non prende posizione su un dibattito dottrinale che lui stesso definisce *“troppo complesso perché se ne possa dar conto e prender posizione su l'una o sull'altra conclusione”*. Si affretta però a liquidare la questione sottoposta con una *“più facile scappatoia”*, ossia afferma che *“quand'anche si volesse qualificare l'atto come un atto di alta amministrazione, la richiesta di disapplicazione proposta dall'organizzazione sindacale appare inammissibile”* - così Tribunale di Roma, *Il Foro Italiano*, 2008, Parte I, p. 1355.

⁴⁴ Tribunale di Roma, *Il Foro Italiano*, 2008, Parte I, p. 1355.

Secondariamente (si fa per dire) sembra idonea ad aprire un varco anche in relazione alla qualificazione come atti di alta amministrazione anche degli atti di designazione/nomina a carattere tendenzialmente parlamentare. Tale apertura sembra possibile quando la Corte afferma che *“hanno natura politica solo gli atti, liberi nei fini, che sono riferibili a organi costituzionali dello Stato, collegati immediatamente e direttamente alla Costituzione e alle leggi costituzionali, nei quali si estrinsecano l’attività di direzione suprema della cosa pubblica e l’attività di coordinamento e controllo delle singole manifestazioni in cui la direzione stessa si esprime nel rispetto degli interessi del regime politico canonizzati nella Costituzione”*. Sicché l’A.G.A. aderendo alle impostazioni dottrinali che ritengono necessaria la compresenza del requisito soggettivo ed oggettivo per la qualificazione della natura politica di un atto, è idonea ad avallare quella teoria dottrinale che considera gli atti di designazione/nomina a carattere tendenzialmente parlamentare quali atti *“sostanzialmente amministrativi”*, proprio perché emanati in assenza del requisito oggettivo relativo (ossia nell’esercizio dell’attività di direzione suprema della cosa pubblica). Dunque trovandoci di fronte all’esercizio del potere discrezionale di scelta di soggetti che deve ricoprire un ruolo apicale nelle Autorità amministrative indipendenti, si è in presenza di un atto di alta amministrazione, come tale sindacabile (in linea teorica) di fronte al giudice amministrativo. Possiamo dunque affermare che con questa pronuncia si pone una pietra miliare nel panorama giurisprudenziale in tema di natura degli atti di designazione/nomina dei membri dei vertici delle Authority, quale che sia la modalità dell’*iter* di nomina previsto dal legislatore.

3. Introduzione ad alcune considerazioni sulla legittimazione a ricorrere nella prospettiva della “effettività” della tutela.

Come si anticipava in apertura di questo contributo la questione della legittimazione a ricorrere in tale vicenda processuale ha giocato un ruolo fondamentale per poter accedere in concreto alla tutela di fronte all’A.G.A.. Infatti i precedenti giurisprudenziali che hanno riguardato la contestazione delle nomine di membri del vertice delle Authority per l’asserita mancanza dei requisiti richiesti dalla legge (in particolare per la carenza di legittimazione tecnica⁴⁵ e la carenza della “indipendenza”⁴⁶) in capo ai designati (o in capo a parte di essi)⁴⁷ hanno dichiarato il gravame inammissibile per la mancanza di legittimazione a ricorrere. I casi hanno riguardato in particolare:

⁴⁵ Per un *excursus* sulla documentazione parlamentare attraverso la quale l’Autore individua per alcune nomine di membri delle Authority, dubbi sull’effettiva rispondenza ai requisiti richiesti dalla legge e sulla legittimazione tecnica, G. RIVOCCHI, *Autorità di garanzia senza garanzie? A proposito delle recenti nomine dei membri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Quaderni costituzionali*, 16 gennaio 2005.

⁴⁶ S. CASSESE, *Il passo indietro*, in *Corriere della sera*, 31 dicembre 2004, 1 (in relazione alla nomina di un membro dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni a causa dell’eccessiva vicinanza al governo e agli interessi di parte del Presidente del Consiglio; *La Repubblica*, 30 dicembre 2004, 23.

⁴⁷ *Antitrust, sulle nomine esplose la polemica*, in *Il Sole-24 Ore*, 31 dicembre 2004, 14.

- le nomine di alcuni membri dell'Antitrust⁴⁸, dove alcune associazioni di consumatori⁴⁹ lamentavano per taluni nominati la carenza di "notoria indipendenza"⁵⁰ a causa dell'eccessiva vicinanza al Governo e agli interessi del Presidente del Consiglio, per altri la carenza di legittimazione tecnica richiesta dalla legge⁵¹;
- le nomine di alcuni dei componenti della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, laddove alcune organizzazioni sindacali⁵² sostenevano che parte dei nominati non rivestissero la qualità di "esperti in materia di diritto costituzionale, di diritto del lavoro e di relazioni industriali" e tutti i soggetti nominati non "presentassero la dovuta indipendenza dai partiti politici", requisiti entrambi richiesti dalla normativa in questione (art. 12, comma 2, l. n. 146 del 1990).

In tali casi, sia l'A.G.A. - in particolare, TAR Lazio, Roma, sez. I, 26 ottobre 2005, n. 13163 e TAR Lazio, Roma, sez. I, 26 ottobre 2005, n.13160 – sia l'A.G.O., - in particolare Tribunale di Roma, sentenza del 2 maggio 2007 - hanno dichiarato il gravame inammissibile per l'insussistenza di una posizione differenziata e qualificata rispetto al provvedimento impugnato da parte delle associazioni di consumatori, nel primo caso e del sindacato, nel secondo.

In tal sede non è possibile, per ragioni di tempo, affrontare *ex professo* l'articolato dibattito tra "processulcivilisti" e processulamministrativisti"⁵³ in tema di legittimazione a ricorrere, che è tematica ampia e complessa che si innesta in quella più ampia delle c.d. condizioni generali dell'azione amministrativa (di cui è elemento fondamentale, unitamente all'interesse a ricorrere). Tuttavia, proprio attraverso l'analisi dei precedenti giurisprudenziali relativi alle sentenze summenzionate ed alla pronuncia del TAR Lazio – Roma, n. 2223 del 2012, che qui si annota, si effettueranno alcune considerazioni sulla sussistenza della legittimazione a ricorrere in capo: *a)* alle associazioni di consumatori e dei sindacati, nella veste di dei c.d. portatori di interessi diffusi, soggetti che sono di fatto destinatari delle decisioni prese dalle Authority; *b)* ai soggetti che aspirano alla nomina ai vertici delle Authority.

⁴⁸ Sulla rilevanza che assume "l'indipendenza" dell'Antitrust e dunque, l'importanza che il vertice della stessa sia "indipendente" dal Governo (anche nella complessa individuazione, sul piano costituzionale, di una linea di confine/distinzione tra "indipendenza" ed "autonomia"), A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, 153-155.

⁴⁹ In particolare: a) Movimento difesa del cittadino Onlus (ricorrente nella pronuncia del TAR Lazio, sez. I, 26 ottobre 2005, n. 13160; b) Codacons e Lista dei consumatori, ricorrenti nella pronuncia TAR Lazio, sez. I, 26 ottobre 2005, n. 13163.

⁵⁰ S. CASSESE, *Il passo indietro*, in *Corriere della sera*, 31 dicembre 2004, 1; sul criterio della indipendenza su veda M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in ASTRID, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, M. D'ALBERTI A. PAJNO (a cura di), Bologna, 2010, 11-26.

⁵¹ *Antitrust, sulle nomine esplose la polemica*, in *Il Sole-24 Ore*, 31 dicembre 2004, 14.

⁵² In particolare: CGIL, UIL, FILT-CGIL; FIT-CISL, UIL-Trasporti.

⁵³ B. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004; L. R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004.

3. a) Nomine dei vertici delle Authority e legittimazione a ricorrere dei portatori di interessi diffusi (brevi considerazioni).

Con riferimento al primo profilo d'analisi, ossia la legittimazione a ricorrere al fine di contestare la nomina di un membro del vertice dell'Authority da parte dei cittadini-destinatari delle decisioni delle Authority nella conformazione dei portatori di interessi diffusi, occorre procedere all'analisi delle pronunce TAR Lazio, Roma, sez. I, n. 13160 e la n. 13163 e del Tribunale di Roma, del 2 maggio 2007.

In particolare le pronunce del TAR Lazio, Roma, sez. I, n. 13163/2005 e TAR Lazio, Roma, sez. I, n. 13160/2005 sono relative alla contestazione delle nomine all'*Antitrust*, per l'asserita assenza di "indipendenza" e/o di legittimazione tecnica/professionalità richieste dalla legge, da parte di alcune associazioni di consumatori. In queste pronunce l'A.G.A. ha negato l'ammissibilità del ricorso proposto dalle associazioni di consumatori, in quanto ha stabilito che non versassero in posizione differenziata e qualificata rispetto al provvedimento impugnato. L'A.G.A. ha affermato che *“la pur ampia legittimazione ad agire in giudizio dell'associazione ricorrente non è tuttavia così vasta da ricomprendere qualsiasi attività di tipo pubblicistico che si rifletta, in modo diretto o indiretto, sui cittadini, dovendo al contrario esser commisurata a quegli atti che siano idonei ad interferire con specificità ed immediatezza sulla posizione dei consumatori e degli utenti”*. Ed ancora *“la contestata determinazione non è dunque idonea a incidere sull'interesse collettivo dei consumatori e degli utenti né cagiona a costoro un pregiudizio meritevole di riparazione in sede giudiziaria, non rinvenendosi alcun interesse, tra quelli tutelati dal Movimento, intaccato in modo diretto dalla nomina”*(così Tar Lazio, Roma, sez. I, 26 ottobre 2005, n. 13160). Ad avviso dell'A.G.A., dunque, a nulla rileva né l'iscrizione nell'apposito elenco ministeriale dell'associazione ricorrente, né la previsione dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 206 del 2005, che consente loro di esperire iniziative a tutela dei “diritti fondamentali” ricorrendo in favore dei consumatori e degli utenti,⁵⁴ né la legittimazione ad agire prevista dall'art. 139, d.lgs. n. 206 del 2005, che sancisce che tali associazioni “sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti”⁵⁵.

Sullo stesso piano si pone l'A.G.O. (Tribunale di Roma, sentenza del 2 maggio 2007), che con riferimento alla contestazione delle nomine della Commissione di

⁵⁴ In particolare dei diritti: “a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; d) all'educazione al consumo; e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali; f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza”.

⁵⁵ Sulla legittimazione processuale di tali associazioni si ricorda che l'art. 140, d.lgs. n. 206 del 2005, specifica come esse possano richiedere al tribunale: a) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali⁵⁶, ha ritenuto che “non vi sia prova che l'atto di nomina in sé e per sé sia idoneo in concreto a ledere il diritto di sciopero delle organizzazioni sindacali fatto valere in giudizio”. L'A.G.O. afferma ancora che “data la natura collegiale della commissione, sarebbe necessario, a ben vedere, conoscere gli orientamenti di voto espresso da ciascuno dei componenti della commissione”⁵⁷, per stabilire che il componente di cui si contesta la nomina abbia inciso/leso il diritto di sciopero.

Si ritiene tuttavia che il presupposto fondamentale da cui occorre partire, che sembra sfuggire o che comunque non è preso nella dovuta considerazione tanto dall'A.G.A., quanto dall'A.G.O. nelle pronunce prese in esame, è che, come è stato già evidenziato da autorevole dottrina, il vizio di costituzione dell'organo, per la presenza di un soggetto sprovvisto dei requisiti previsti dalla legge, “si riflette sulla legittimità degli atti che tale organo assume”⁵⁸, che incidono anche su diritti costituzionalmente tutelati, quali, nel caso considerato, il diritto di sciopero all'art. 40 Cost., nonché sul principio comunitario della concorrenzialità del mercato⁵⁹. Sicché i titolari degli stessi hanno diritto a che, rispettivamente, la Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali e l'*Antitrust* chiamate dall'ordinamento ad incidere ed influire sull'esercizio dello stesso⁶⁰, da una parte, ed a salvaguardare la struttura concorrenziale del mercato, dall'altra, siano composte in linea con i criteri legislativamente previsti, che sono stati individuati dal legislatore proprio per garantire l'adeguatezza professionale, l'indipendenza/autonomia dei componenti per il delicato ruolo che sono chiamati a svolgere.

Partendo da questa “evidenza” non sarebbe stato difficile aprire le porte alla legittimazione a ricorrere guardando positivamente alle evoluzioni giurisprudenziali in relazione alla tutela degli interessi collettivi e degli interessi diffusi⁶¹ (anche senza negare la possibile tutela della dimensione individuale dell'interesse a ricorrere in capo

⁵⁶Le organizzazioni sindacali lamentavano la lesione del diritto di sciopero in forza della delibera della Commissione n. 6/192 del 29 marzo 2006 e dunque, a monte, contestavano la legittimità delle nomine della Commissione medesima.

⁵⁷ Tribunale di Roma, sez. lavoro, Tribunale di Roma, sentenza del 2 maggio 2007, in *Foro italiano*, 2008, I, 1356.

⁵⁸Efficacemente sul punto sia G. D'AURIA, *nota alla sentenza del Trib. Roma, 2 maggio 2007*, in *Foro it.*, 2008, I, 1348; sia G. F. LICATA, *La posizione dei consumatori rispetto alla nomina dei componenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. econ.*, 2007, II, 336-337 (l'Autore sottolinea come l'illegittimità della nomina è destinata ad influire in maniera sensibile sull'adeguato svolgimento dell'attività amministrativa *antitrust*. Il singolo atto di designazione/nomina illegittimo mina *in nuce* il corretto esercizio della funzione e pregiudica, in modo alquanto diffuso, aspettative ed interessi). p. 336.

⁵⁹Sul punto G. F. LICATA, *La posizione dei consumatori rispetto alla nomina dei componenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. econ.*, 2007, II, 340.

⁶⁰“Sull'attualità” dell'interesse al ricorso amministrativo, G. F. LICATA, *La posizione dei consumatori rispetto alla nomina dei componenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. econ.*, 2007, II, 338.

⁶¹In particolare si veda LANFRANCHI (a cura di), *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi*, Torino, 2003; e L. P. COMOGLIO, *Commento art. 24 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Milano, 1981, 23-24; nonché F. G. SCOCA, *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi. Atti del convegno di studio. Pavia 11-12 giugno 1974*, Padova, 1976.

al singolo cittadino-utente⁶²). Pur nelle differenze dei casi, è certamente rilevante l'evoluzione giurisprudenziale in tema di legittimazione a ricorrere delle associazioni in tema di tutela ambientale⁶³, dove l'A.G.A. ha superato l'orientamento in base al quale erano legittimate a ricorrere a difesa degli interessi collegati ai loro fini statuari solo ove previamente riconosciute ai sensi della legge n. 349 del 1986⁶⁴. La posizione dell'A.G.A. si è evoluta infatti ritenendo che l'individuazione nazionale ed ultraregionale di associazioni ambientaliste di cui all'art. 13, l. n. 349/86 non esclude la legittimazione a ricorrere in giudizio degli organismi privati che assumano la connotazione oggettiva di "formazione sociale", in particolare quando: a) perseguano in modo non occasionale obiettivi di tutela ambientale; b) abbiano un adeguato grado di stabilità; c) abbiano un sufficiente livello di rappresentatività; d) abbiano un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato l'ambiente o il bene a fruizione collettiva che si assume lesa. Requisiti che si affiancano sia alla configurazione soggettiva, "espressione dell'autonomia privata, (ma che non è da sola indice di una particolare qualità o attitudine intrinseca rispetto al perseguimento della tutela ambientale)", che al riconoscimento in sede civile, "in grado di consentire l'acquisizione della personalità giuridica, (ma che non si sostituisce all'apprezzamento di ordine pubblicistico, volto ad accertare la presenza nell'organismo privato dei caratteri di formazione sociale idonea ad assumere l'interesse diffuso alla salvaguardia dell'ambiente e della salubrità del territorio)"⁶⁵.

Ed ancora, anche in tema di riconoscimento in capo al sindacato⁶⁶ della legittimazione a ricorrere avverso atti amministrativi per la tutela degli interessi dei propri iscritti collettivamente considerati emerge, sia pur più di recente, un orientamento giurisprudenziale volto ad affermare tale legittimazione⁶⁷, passando in un primo momento attraverso l'analisi dei contenuti dello statuto degli stessi, verificando l'esistenza della "rappresentatività degli interessi", per giungere all'innovativa

⁶² Vale la pena in tal sede sottolineare come, in maniera non dissimile da quanto accaduto in altre sedi, si possa, con maggiore cautela, teorizzare anche la contestazione da parte del singolo cittadino utente. In particolare si fa riferimento all'autorevole dottrina che, in materia *antitrust*, ha teorizzato una apertura in chiave di accesso alla tutela anche da soggetti, solo apparentemente non destinatari della normativa antitrust, ossia i cittadini-consumatori. "Il consumatore riceve certamente un danno dalla realizzazione di atti e pratiche anticoncorrenziali.....*omissis*.....da qui la conclusione che in presenza di tale dato si deve necessariamente riconoscere la legittimazione dei soggetti che hanno subito il danno "anche solo in conseguenza di effetti redistributivi della pratica stessa" A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, p. 70. Sulla possibilità per il singolo consumatore di contestare in sede processuale la nomina dei vertici dell'*Antitrust*, G. F. LICATA, *La posizione dei consumatori rispetto alla nomina dei componenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. econ.*, 2007, II, 339-341.

⁶³ Da ultimo può utilmente leggersi su questo tema: F. GOISIS, *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Diritto processuale Amministrativo*, 2012, fasc. 1, p. 101- 126.

⁶⁴ Consiglio di Stato, sez. VI, 25 gennaio 1995, n. 77.

⁶⁵ In particolare si vedano le pronunce del Consiglio di Stato, sez. VI, 23 maggio 2011, n. 3107, Tar Liguria, 11 maggio 2004, n. 747 e Tar Liguria, 18 marzo 2004, n. 267, su: www.giustizia-amministrativa.it;

⁶⁶ Sul ruolo del sindacato a rappresentare gli interessi di categoria e gli interessi generali, B.G. MATTARELLA, *Sindacati e poteri pubblici*, Milano, 2003, 242 – 251.

⁶⁷ In particolare Consiglio di Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 351.

pronuncia del Tar Lazio, sez. I, sentenza 12 febbraio 2009, n. 1402, in cui si afferma la legittimazione a ricorrere del sindacato (rappresentativo ai sensi del d.lgs. n. 165/01) per contestare il contenuto di atto di macro-organizzazione a tutela degli interessi dei propri iscritti collettivamente considerati⁶⁸.

Mutuando positivamente da tali evoluzioni giurisprudenziali, dovrebbe potersi imboccare la strada del riconoscimento della legittimazione a ricorrere delle associazioni di consumatori e dei sindacati per contestare le nomine dei membri delle Authority che si ritiene siano carenti della “alta professionalità” ed “indipendenza”, criteri legislativamente imposti per scelta degli stessi ed il cui rispetto è condizione necessaria per la legittima costituzione dell’organo ed è presupposto per prendere decisioni (legittime) che incidono sulla posizione dei cittadini-utenti e dei lavoratori. Del resto un siffatto ragionamento si impone in riferimento alla stessa concezione di “effettività”⁶⁹ della tutela che viene minata se, in maniera miope, non si guarda all’evoluzione del rapporto tra cittadini ed amministrazione, che vede nella prospettiva più avanzata della rottura del c.d. paradigma bipolare⁷⁰, l’emersione di nuove prospettive di interessi da tutelare. L’evoluzione dei rapporti sostanziali e delle “dinamiche” dei rapporti tra amministrazione e cittadini⁷¹, sia come singolo che come associati, ha già da tempo condotto verso una evoluzione della giustizia amministrativa⁷², nonché verso la previsione di strade nuove ed alternative per il soddisfacimento della richiesta di giustizia⁷³. Tale nuovo approccio alla tutela degli interessi dei cittadini deve permeare anche le situazioni giuridiche dei titolari di interessi diffusi quali destinatari delle decisioni delle Authority, che devono poter accedere alla giustizia in caso di “nomine, da loro, ritenute illegittime”. Con tale accesso alla tutela di fronte all’A.G.A. si andrebbe ad incidere positivamente proprio sulla dimensione della legittimazione democratica delle Authority stesse, che non è tale perché la scelta dei soggetti apicali delle stesse proviene dai soggetti di vertice delle istituzioni democratiche, ma che è tale e piena, se è pienamente riconosciuta dai soggetti destinatari delle loro future decisioni (dunque dai cittadini-utenti, dalle imprese, dai

⁶⁸ Per una attenta analisi della sentenza ed una ampia ricostruzione della tematica si legga A. AURILIO, *Sulla ammissibilità del ricorso per l’annullamento di atti di “macro- organizzazione” proposto da un sindacato rappresentativo*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, fasc. 1, 123-128.

⁶⁹ Sull’evoluzione del concetto di effettività della tutela A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 85-87; 94-99; E. PICOZZA, *L’effettività della tutela nel processo amministrativo alla luce dei principi comunitari*, in *Jus*, 1997, 187 – 208; F. SAITTA, Art. 113 Cost., in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2143 - 2145.

⁷⁰ G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma- Bari, 2006.

⁷¹ Efficacemente “la nostra Costituzione contiene in sé, se ci si rivolge alla sua ispirazione complessiva, tutte le premesse perché il rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione si atteggi e sia ricostruito in modo tale da collocare il primo al centro della scena e la seconda in posizione servente”, dunque valorizzando la “dimensione del servizio anziché quella del potere”, così A. ZITO, *Diritto ad una buona amministrazione nella carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e nell’ordinamento interno*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, fasc. 2-3, p. 432.

⁷² E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Evoluzione della giustizia amministrativa. Integrazione europea e prospettive di riforma*, Milano, 1998.

⁷³ S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell’Unione europea: l’incidenza del network europeo di ADR sull’organizzazione amministrativa degli Stati membri ed il recente sviluppo delle “ADR amministrative”*, Milano, 2004.

lavoratori etc...)⁷⁴. E tale pienezza di legittimazione dell'operato passa per la legittima costituzione dell'organo di vertice, che, ove sorgano dubbi, deve poter trovare "contestazione" di fronte all'A.G.A..

3. b) Nomina dei vertici delle Authority e tutela degli "aspiranti" (alcune considerazioni anche *de iure condendo*).

Un differente ragionamento va effettuato con riferimento alla legittimazione a ricorrere dei soggetti che aspirano alla nomina ai vertici delle Authority. Il problema che si pone con riferimento alle posizioni individuali degli "aspiranti" alla nomina dei membri al vertice delle Authority, è l'assenza di una procedura di formalizzazione delle candidature che, di fatto, impedisce di individuare i soggetti legittimati all'impugnativa.⁷⁵ Se questo è il "problema", la vicenda processuale di cui si discute ha trovato, paradossalmente, la sua "fortuna" proprio nel momento del manifestato *revirement* del Ministro, che ha permesso, sia pur per breve tempo, di formalizzare la candidatura del ricorrente, facendolo fuoriuscire dall'universo indeterminato dei, "sia pur titolati, solo "in cuor loro" aspiranti alla posizione di vertice dell'Authority. Proprio sotto questo profilo si può affermare che si sono giocate le sorti della vicenda processuale che si esamina. Così, quella che era una "*cronaca di una morte annunciata*"⁷⁶ si è potuta trasformare in una vicenda processuale di rilievo storico, dove le sorti del processo sono state "ribaltate" innanzitutto in sede cautelare⁷⁷ di fronte al Consiglio di Stato, che ha emesso una pronuncia il cui contenuto⁷⁸ è stato certamente idoneo ad incidere positivamente sulla successiva pronuncia in sede di merito. Il Tar Lazio – Roma, infatti, in pieno accoglimento della tesi difensiva del designato successivamente estromesso, ha affermato che nel giudizio il ricorrente risultava "*titolare di una posizione giuridica differenziata e qualificata*", rispetto alla platea dei

⁷⁴ Teorizza l'importanza di strumenti di *accountability* per una più attendibile connotazione del senso della democraticità G. F. LICATA, *La posizione dei consumatori rispetto alla nomina dei componenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. econ.*, 2007, II, 327.

⁷⁵ G. FALCON, *Il «primo», il «secondo» ed il «terzo» garante nei settori dell'editoria e della radiodiffusione*, in F. BASSI e F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 86.

⁷⁶ Si perdoni la digressione letteraria a G.G. MARQUEZ.

⁷⁷ Sull'importanza del giudizio cautelare d'appello, in maniera lungimirante, già autorevole dottrina ha scritto "la scarsità degli strumenti inibitori e conservativi in genere nel processo amministrativo rispetto a quello civile e la delicatezza delle situazioni effettuali che vengono in gioco davanti al giudice amministrativo, stante la normale immediata esecutività ed esecutorietà dei provvedimenti della pubblica amministrazione, proiettano sulla procedura cautelare sospensiva degli artt. 21 e 39, tutte le *chances* di una effettiva protezione dell'interesse dell'amministrato", così E. STICCHI DAMIANI, *Il giudizio cautelare d'appello*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984, fasc. 3, 378; E. FOLLIERI, *Le novità del codice del processo amministrativo sulle misure cautelari*, Relazione tenuta a L'Aquila il 30 novembre 2010 convegno su "*Il nuovo codice del processo amministrativo*" Organizzato dall'Università degli Studi de L'Aquila, dal TAR Abruzzo - L'Aquila e dall'Ordine degli Avvocati de L'Aquila.

⁷⁸ Il Consiglio di Stato nell'ordinanza cautelare n. 5144/2011, ritenendo meritevole di tutela la posizione del ricorrente, affermava come "il comportamento del Ministero appariva per lo meno singolare in quanto prima era stato designato un candidato con una peculiare competenza nel settore postale e poi, a distanza di poche ore, con un'immotivata modifica di tale proposta, è stato indicato un candidato operante nel diverso settore delle telecomunicazioni".

consociati, che lo legittimava ad impugnare i provvedimenti in questione per ottenerne l'annullamento in vista di una rinnovazione del procedimento di nomina, *“perché, a fronte di una prima, originaria individuazione del ricorrente quale possibile designato a componente del Collegio – atto che costituiva formale proposta di nomina del competente Ministro – lo stesso si vedeva poi estromettere dalla procedura con un successivo emendamento della proposta”*(così Tar Lazio, Roma sentenza 5 marzo 2012, n. 2223). Confermando dunque che è stata proprio l'originaria proposta di designazione a far configurare in capo al designato poi estromesso una posizione differenziata e qualificata, senza della quale con ogni probabilità⁷⁹ non ci si sarebbe trovati a commentare questa decisione⁸⁰. A questo punto sorgono spontanei alcuni interrogativi.

⁷⁹ Si afferma “con ogni probabilità” perché sembra emerge una timida apertura del Tar Lazio in relazione alla legittimazione a ricorrere, nella sentenza che qui si commenta. Sia pur ancorando l'affermazione alla proposta di designazione “espressa” effettuata dal Ministro, capace di far fuoriuscire il ricorrente dalla platea dei consociati, sembra affermare la sussistenza della titolarità della legittimazione a ricorrere, anche “perché il ricorrente era obiettivamente in possesso dei prescritti requisiti, di cui all'art. 2, comma 6, del D. Lgs. n. 58/2011”.

⁸⁰ Per completezza espositiva occorre ricordare, pur non potendo, per ragioni di tempo, affrontare la problematica, che l'A.G.A. si sofferma anche sull'interesse a ricorrere e sulla sussistenza della immediata lesività dell'atto endoprocedimentale quale è la proposta di nomina in esame. Con riferimento all'interesse a ricorrere accogliendo anche sotto questo aspetto la tesi difensiva si afferma la sussistenza dello stesso in capo al ricorrente nella forma dell'interesse di carattere strumentale. In particolare nella sentenza si afferma che *“l'interesse a ricorrere è adeguatamente configurato anche laddove sia solo di carattere strumentale, volto ad ottenere la caducazione del provvedimento amministrativo, rimettendo in discussione il rapporto controverso e sollecitando un nuovo esercizio del potere amministrativo”*, sicché nel caso in esame, sostiene l'A.G.A., l'annullamento della designazione era chiaramente finalizzata alla rinnovazione del procedimento di nomina, aspirando egli alla designazione a componente del Collegio dell'ANSP. (Sull'argomento si segnalano le pronunce del Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 12 settembre 2007, n. 4821e sentenza del 7 giugno 2001, n. 3090 e si rinvia per un'ampia trattazione B. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004, 38 – 55.) Con riferimento alla sussistenza della immediata lesività dell'atto endoprocedimentale quale è la proposta di nomina in esame, mentre in sede cautelare l'A.G.A. aveva ritenuto che *“l'indicazione, in una prima nota, di una tema ricomprendente il nominativo del ricorrente, non può assumere rilievo giuridico peculiare né implicare un dovere di motivazione in relazione a “rettifica” pressoché subitanea, con designazione del contro interessato”* (Tar Lazio, Roma, sez. I, 1 settembre 2011, n. 3075), nella pronuncia di merito l'A.G.A., ricordando i consolidati orientamenti giurisprudenziali, afferma l'autonomia impugnabilità di atti, come pareri e proposte, che abbiano carattere vincolante e dunque risultino immediatamente lesivi della sfera giuridica dell'interessato. Infatti ove *l'atto endoprocedimentale abbia natura vincolata (pareri o proposte), è idoneo ad imprimere un indirizzo ineluttabile alla determinazione conclusiva, di atti interlocutori, cagionando un arresto procedimentale capace di frustrare l'aspirazione dell'istante ad un celere soddisfacimento dell'interesse pretensivo prospettato, e di atti soprassessori, che, rinviando ad un avvenimento futuro ed incerto nell'an e nel quando il soddisfacimento dell'interesse pretensivo fatto valere dal privato, determinano un arresto a tempo indeterminato del procedimento che lo stesso privato ha attivato a sua istanza idonei, come tali, ad imprimere un indirizzo ineludibile alla determinazione conclusiva”* (Tar Lazio Rona sentenza n. 2223 del 2012). Ne consegue che, nella fattispecie in esame, la proposta di nomina avanzata dal Ministro dello Sviluppo Economico era un atto impugnabile *ex se*, essendo idonea ad incidere definitivamente sulla determinazione finale, di adozione del provvedimento di nomina da parte del Presidente della Repubblica; ma è da ritenere altresì che fossero del pari impugnabili anche tutti gli altri atti del procedimento, propedeutici alla nomina definitiva, in quanto idonei a condizionare la determinazione finale del provvedimento di nomina e - nella parte in cui veniva annoverato tra i designandi alla carica di componente del Collegio dell'ANSP l'odierno

In uno Stato democratico dove le Authority sono chiamate a tutelare gli interessi dello Stato-comunità, si può solo “sperare” che i “designatori” facciano ricadere la scelta dei vertici delle Authority su coloro che siano realmente “indipendenti” e “professionalmente competenti”? o al più si deve attendere che si “formalizzino” l’evento nefasto del “ripensamento” rispetto ad una designazione di un soggetto adeguatamente indipendente e professionale, perché si configuri la legittimazione a ricorrere per sollevare la questione di fronte all’A.G.A.? Ed ancora, è accettabile, da una parte, affermare che l’atto di nomina dei vertici delle Authority sia qualificato quale atto di alta amministrazione dunque (teoricamente) sindacabile di fronte all’A.G.A. e dall’altra dover attendere il “fortuito” *casus belli* di una designazione “esternata e successivamente ritrattata” per poter essere legittimati a ricorrere di fronte all’A.G.A.? Non si tratta di domande retoriche, ma di domande che occorre porsi in via di principio quando, guardando alla formulazione della normativa “sostanziale”, che è priva di una procedura di formalizzazione delle candidature, così incidendo sul piano processuale dove di fatto si impedisce di individuare i soggetti legittimati all’impugnativa⁸¹, recando un pregiudizio alla giustizia “effettiva”, che invece è fortemente affermata nella nostra Costituzione agli artt. 24⁸², 103, 111, comma 2 e 113 Cost.⁸³.

Sotto questo profilo, dunque, non si può che prendere atto del problema e auspicare un intervento normativo che ripensi il procedimento di nomina della Authority. Prevedere la presentazione e l’autopresentazione delle candidature al fine di formare una rosa di candidati tra cui scegliere, permette sia di valorizzare le professionalità di coloro che si ritengono idonei ad aspirare alle posizioni di vertice delle Authority, sia di accedere ad una tutela anche in sede processuale da parte degli aspiranti al vertice delle stesse a fronte della mancata nomina (ritenuta dall’aspirante illegittima). Proprio sotto il profilo della necessità di una riforma normativa parte della dottrina ha già da tempo auspicato la ripresa dei lavori parlamentari⁸⁴ in cui si prevedevano procedure di sollecitazione pubblica delle candidature ed uno scrutinio pubblico dei *curricula* dei nominandi⁸⁵, senza, perché no, dimenticare un possibile coinvolgimento attivo, in tale scelta, dei cittadini-utenti o delle associazioni degli stessi rappresentativi (il che consentirebbe anche di *bypassare* molti dei problemi legati alla legittimazione a ricorrere, laddove si aderisse all’orientamento (per il vero per nulla

controinteressato, in luogo del ricorrente – detti atti si manifestavano idonei a ledere direttamente ed immediatamente l’interesse dell’odierno deducente ad essere nominato come componente.

⁸¹ G. FALCON, *Il «primo», il «secondo» ed il «terzo» garante nei settori dell’editoria e della radiodiffusione*, in F. BASSI e F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 86.

⁸² L. P. COMOGLIO, *Commento art. 24 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Milano, 1981, 13- 26.

⁸³ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 95.

⁸⁴ In particolare si fa riferimento al ddl di riordino delle autorità indipendenti predisposto dal Governo nel corso della XV legislatura (ddl. S-1366).

⁸⁵ B. PONTI, *L’Etica degli amministratori “indipendenti”*, in *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, F. MERLONI e CAVALLO PERIN (a cura di), Roma, 2009; G. D’AURIA, *nota alla sentenza del Trib. Roma, 2 maggio 2007*, in *Foro it.*, 2008, I, 1352.

pacifico) che collega la legittimazione a ricorrere alla partecipazione al procedimento⁸⁶, in questo caso di nomina). Del resto già assistiamo per una “buona amministrazione”, in applicazione dei principi di cui all’art. 97 Cost.⁸⁷, all’apertura alla cittadinanza anche in altri campi, quale quello della valutazione delle *performances*, sia pur in fase embrionale rispetto alle potenzialità che potrebbe avere. Tale apertura, trasparenza e partecipazione al procedimento di designazione dei vertici delle Authority non andrebbe a snaturare l’atto di nomina, che è e rimane un atto di alta amministrazione assunto dai principali vertici istituzionali⁸⁸, né andrebbe a minare il valore del loro ruolo decisionale, sarebbe invece un modo per “*democratizzare la democrazia*”⁸⁹ in continuità con quel processo già in atto per l’assunzione di scelte, che a differenza di quella presa in esame (la designazione/nomina dei vertici delle Authority – atto di alta amministrazione), si giocano tutte sul piano politico. Si fa in particolare riferimento, nel passaggio dal un modello di *government* ad uno di *governance*, ai c.d. fenomeni di democrazia partecipativa⁹⁰, dove parte della società civile, al di là del momento della delega attraverso il passaggio elettorale, desidera concorrere alla individuazione delle scelte⁹¹ per la soluzione di bisogni e interessi diffusi e dove già assistiamo all’inclusione dei cittadini nel processo politico, specialmente con riferimento alla formazione delle *policy* che investono direttamente le loro vite, per una maggiore legittimazione e condivisione delle scelte effettuate. Sicché se la prospettiva della partecipazione è possibile per scelte tipicamente politiche, a maggior ragione è possibile auspicare una partecipazione anche per atti di designazione/nomina dei vertici delle Authority (possibilmente per concorrere alla fase della individuazione delle candidature per la rosa di personalità su cui i vertici istituzionali saranno chiamati a scegliere i vertici delle Authority).

⁸⁶ Sul dibattito relativo alla coincidenza o non coincidenza tra partecipazione al procedimento e legittimazione a ricorrere: A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 84; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2004, 599.

⁸⁷ Interessanti le riflessioni che ritengono vi sia una corrispondenza precisa e quasi assoluta tra l’indipendenza dell’amministrazione dal potere politico e la difesa dei diritti sociali ed individuali: “...*omissis* ...potere politico assente vuol dire indipendenza dell’amministrazione e quindi imparzialità, e quindi ancora attuazione dell’art. 97 Cost.”, così G. BERTI, *Commento all’at. 113 della Costituzione*, in G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1987, 106.

⁸⁸ Si rinvia al paragrafo n. 2 per le diverse procedure di designazione/nomina.

⁸⁹ Concetto ampiamente teorizzato da U. ALLEGRETTI, (a cura di), *Democrazia partecipativa*, Firenze, 2010.

⁹⁰ Con tale denominazione si individuano una “pluralità di forme e procedure (che si configurano quali programmi di consultazione del pubblico, assemblee deliberative fino alle pratiche di bilancio partecipativo e di progettazione partecipata) in cui si include la cittadinanza nel processo di definizione delle policy, ossia nella fase della definizione delle politiche, in particolare la progettazione e le decisioni su piani, leggi, regolamenti, provvedimenti di quadro, ecc.” G. MORO, *Partecipare a cosa? Per una riconsiderazione del nesso tra democrazia partecipativa e attivismo organizzato dei cittadini in Italia e in Europa*, in G. DE MARTIN D. BOLOGNINO (a cura di), *Democrazia partecipativa e nuove prospettive di cittadinanza*, CEDAM, 2010, p. 269- 300.

⁹¹ Nei processi di democrazia partecipativa, le scelte sono e restano scelte politiche, ma hanno una maggiore forza grazie all’apporto partecipativo e la condivisione ex ante della cittadinanza attiva, si veda G. MORO, *Partecipare a cosa? Per una riconsiderazione del nesso tra democrazia partecipativa e attivismo organizzato dei cittadini in Italia e in Europa*, in G. DE MARTIN D. BOLOGNINO (a cura di), *Democrazia partecipativa e nuove prospettive di cittadinanza*, CEDAM, 2010, 282.

4. Rispetto dei criteri di nomina legislativamente stabiliti, obbligo di motivazione e limiti del sindacato dell'A.G.A..

I nodi che vengono al pettine però sono tutt'altro che finiti. Infatti pur potendo a questo punto affermare che è “oramai pacifico” che l'atto di designazione ex art. 2, comma 6 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, *post* d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58, sia da qualificare quale atto amministrativo di alta amministrazione, dunque impugnabile di fronte all'A.G.A. ed avendo riscontrato come nel caso in esame sussistesse la legittimazione a ricorrere in capo al designato “estromesso”, occorre stabilire quali possibilità di tutela ci siano a fronte del mancato rispetto (o presunto tale) dei criteri posti dal legislatore per la scelta dei membri del Collegio. L'art. 2, comma 6 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, *post* d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58) stabilisce infatti che i designati devono essere individuati “*tra persone dotate di indiscusse moralità e indipendenza, alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore*”⁹². Il problema si pone laddove si riscontra che parte della dottrina ritiene che l'atto di designazione di carattere tendenzialmente amministrativo (cui appartiene l'atto di designazione ex art. 2, comma 6 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, *post* d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58) pur essendo di alta amministrazione, e dunque in astratto sottoponibile al controllo dell'A.G.A., sia di fatto connotato da una discrezionalità talmente ampia da renderlo insindacabile⁹³.

Nell'ambito della vicenda processuale che si analizza, a questa tesi ha aderito, in sede cautelare, il Tar Lazio – Roma nell'ordinanza n. 3075 del 2011. L'A.G.A., infatti, pur affermando che l'atto di cui all'art. 2 comma 6 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, *post* d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58 ha natura di atto di alta amministrazione, ha tuttavia ritenuto che lo stesso sia “*connotato da amplissima discrezionalità tanto nell'individuazione dei designati quanto nelle valutazioni rimesse al Consiglio dei Ministri e alle Commissioni parlamentari competenti*”. Ne discenderebbe dunque che poco o nulla potrebbe obiettarsi con riferimento al rispetto dei criteri previsti per la nomina dei componenti di questa (come delle altre) Authority.

Un siffatto ragionamento non è condivisibile. Nel nostro sistema giuridico, anche la discrezionalità ha i suoi limiti, infatti le scelte discrezionali dell'amministrazione non sono libere nei fini, ma sono sottoposte ai limiti che la legge prescrive relativi sia al limite del fine pubblico da perseguire, sia alla causa giustificativa del potere⁹⁴. Non si

⁹² Per una critica alla genericità dei criteri individuati dal legislatore, tale da comportare una è difficoltà di sottoporre le designazioni/nomine a scrutinio effettivo, B. PONTI, *L'Etica degli amministratori “indipendenti”*, in *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, F. MERLONI e CAVALLO PERIN (a cura di), Roma, 2009.

⁹³ A. CATRICALA' e R. CLARIZIA, *Leggi 5 agosto 1981, n. 416 e 30 aprile 1983, n. 137*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1983, 556; G. CORASANITI G., *Commento all'art. 6 della legge 6 agosto 1990, n. 223*, in V. ROPPO R. ZACCARIA (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 111-112.

⁹⁴ Per tutti G. VIRGA che a qualificato la discrezionalità amministrativa come “*la facoltà di scelta tra comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato*”. G. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 19; cui si affianca a completamento la definizione gianniniana che ritiene che la discrezionalità amministrativa si risolve nella “*ponderazione comparativa di interessi secondari in ordine*

può in tal sede, per ragioni di tempo effettuare la lunga ricostruzione della tematica avvenuta negli scorsi anni, tuttavia, funzionalmente al commento della sentenza che qui si annota è importante ricordare come l'esercizio del potere discrezionale debba avvenire nel rispetto delle regole di legittimità e di merito⁹⁵. È stato infatti efficacemente ricordato che “le prime (regole di legittimità) sono quelle stabilite dalla norma attributiva del potere discrezionale e quelle scaturenti dai parametri ai cui deve rifarsi la scelta dell'amministrazione e la cui inosservanza è sindacabile in sede di impugnativa del potere discrezionale, che risulterebbe viziato da eccesso di potere; e le seconde (regole di merito) si sostanziano in prescrizioni di carattere non giuridico, che indirizzano l'autorità amministrativa verso una scelta opportuna e conveniente, la cui violazione dà origine ad un vizio di merito sindacabile nei casi tassativi in cui la cognizione del giudice amministrativo è estesa al merito”⁹⁶. Dunque se così è, l'ampia discrezionalità non è in alcun modo equiparabile all'arbitrio, e tale sarebbe la scelta che, pur viziata sulla base della assenza (almeno presunta) dei requisiti individuati dalla legge, non potesse in alcun modo essere contestata⁹⁷. Invece anche se le valutazioni di merito rappresentano la sfera libera dell'azione amministrativa discrezionale, senza essere soggetta al sindacato giurisdizionale intrinseco, è tuttavia consentito al giudice amministrativo di intervenire con il sindacato estrinseco, attraverso cui può verificare la conformità del provvedimento ai limiti di legge⁹⁸.

A questa tradizionale impostazione ha aderito l'A.G.A., sia il Consiglio di Stato, in sede cautelare, sia il Tar Lazio - Roma, in sede di decisione di merito. In particolare l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 5144 del 2011 afferma che pur dovendosi riconoscere in capo alla P.A. una discrezionalità ampia, tale potere di scelta “*non può risolversi in un arbitrio che prescindendo dalla dimostrazione della sussistenza, in concreto, dei requisiti normativamente richiesti per l'incarico in testa ai soggetti designati*” (così anche in sede cautelare il Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza del 23 novembre 2011, n. 5144). Sotto il profilo sistematico il Tar Lazio – Roma riconosce come i criteri individuati dall'art. 2, comma 6 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, *post* d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58 sono “*preordinati a vincolare e limitare la scelta dei soggetti reputati in possesso delle prescritte qualità di professionalità e competenza nel settore*” e tali requisiti non possono essere disattesi, in quanto sono da ritenere come “*requisiti basilari per la nomina stessa*” (così Tar Lazio, Roma, sez. I, 5 marzo 2012, n. 2223). Inoltre il TAR Lazio evidenzia appunto come sia errata la convinzione che l'A.G.A. non possa ingerire nelle scelte di merito, infatti il giudice decidente ha la

all'interesse primario dell'amministrazione”, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, III ed., 1993, 487.

⁹⁵ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 945.

⁹⁶ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 946.

⁹⁷ “Innanzi ad una disposizione che pretende caratteristiche di elevata qualificazione affinché si possa essere nominati quale componente di un organo essenziale rilevanza per il corretto svolgimento delle dinamiche economiche ed, al fondo, della stessa effettività della democrazia (economica), negare la giustiziabilità dell'atto di nomina dei membri dell'autorità equivarrebbe ad affermare, in pratica, che la norma *de qua* è sostanzialmente sprovvista di sanzione”, così G. F. LICATA, *La posizione dei consumatori rispetto alla nomina dei componenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. econ.*, 2007, I, 106.

⁹⁸ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 948-953.

possibilità di verificare “*sul piano della sufficienza, della logica e della sostanziale congruità e razionalità, in quanto non possono sussistere delle zone franche dal sindacato giurisdizionale, seppur circoscritte all’accertamento estrinseco della legittimità, ossia in relazione all’esistenza dei presupposti e dell’esistenza e della congruità del nesso logico di consequenzialità fra presupposti e conclusione*”⁹⁹.

A questo punto, per poter comprendere se la designazione/nomina dei membri del vertice dell’ANSP sia stata effettuata rispettando i requisiti normativamente preordinati a vincolare e limitare la scelta a soggetti reputati in possesso delle qualità di professionalità e competenza nel settore, occorre spostare l’attenzione su una diversa questione, ossia sull’obbligo di motivazione¹⁰⁰ dell’atto di designazione in questione che, abbiamo confermato, è atto discrezionale. È bene ricordare che nel caso in esame né la prima designazione del Ministro dello Sviluppo economico, in cui compariva il nominativo del ricorrente- estromesso, né la seconda designazione in cui il nominativo del ricorrente era stato sostituito da altro nominativo erano accompagnate da motivazione. Sotto tale profilo d’analisi il TAR Lazio in questa pronuncia muove i suoi passi sul sicuro sentiero posto dall’art. 3, della l. n. 241 del 1990, dove si sancisce l’obbligo di motivazione degli atti amministrativi, obbligo che deve essere particolarmente penetrante proprio per gli atti non vincolati, dove occorre dar conto del percorso che l’amministrazione ha seguito per l’adozione di una determinata decisione¹⁰¹. Sottolinea l’A.G.A. come essendo gli atti di alta amministrazione “*formalmente e sostanzialmente atti amministrativi, sono comunque soggetti all’obbligo di motivazione, essendo chiuso nel sistema, dopo l’entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, ogni spazio per la categoria dei provvedimenti amministrativi c.d. a motivo libero, e posto che la connotazione di un atto amministrativo come un atto di alta amministrazione non vale di per sé ad escludere l’onere di motivazione a carico dell’Amministrazione*”. Ne deriva che “*il rispetto dei requisiti- stabiliti dall’art. 2, comma 6, del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, post d.lgs. 31 marzo 2011, n. 58 - non può che emergere dalla motivazione dell’atto di designazione*”, che l’A.G.A. ritiene debba

⁹⁹ Cons. di Stato, sez. IV, 10 luglio 2007, n. 3893; A. CERRETO, *Potere discrezionale e merito nell’attività della P.A.*, in *Foro amministrativo*, 1993, p. 1954-1963; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1983, 371 ss; A.A.V.V., *La discrezionalità amministrativa: profili comparati*, Collana Quaderni, del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche V. Bachelet, Milano, 1997; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 415.

¹⁰⁰ L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amministrativo- TAR*, 2008 fasc. 4, 1193; G. CORSO, *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. diritto*, V, Milano, 2001, 774; M. COCCONI, *L’obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009 fasc. 3, 707.

¹⁰¹ Già da tempo si è pronunciato il Consiglio di Stato affermando che “*Il difetto di motivazione dell’atto amministrativo impedisce di comprendere in base a quali dati specifici sia stata operata la scelta della pubblica amministrazione, nonché di verificarne il percorso logico seguito nell’applicare i criteri generali nel caso concreto, così contestando di fatto una determinazione assolutamente discrezionale e non controllabile e violando non solo l’obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi, indicando, ai sensi dell’art. 3 l. 7 agosto 1990 n. 241, i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che li hanno determinati in relazione alle risultanze dell’istruttoria, ma anche i principi di imparzialità e buon andamento, di cui all’art. 97 Cost.*” Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza del 4 settembre 1996, n. 1009

connotarsi per un suo “maggior rigore” “*trattandosi di nomina non preceduta da una qualche procedura selettiva introdotta da un bando di partecipazione che provvedesse a specificare criteri e requisiti astrattamente predeterminati dalla legge*” (Tar Lazio – Roma, sez. I, 5 marzo 2012, n. 2223).

La decisione in merito all’obbligo di motivazione per la verifica della sussistenza in capo ai designati/nominati dei criteri normativamente previsti è di particolare importanza laddove si presti attenzione al contesto stesso in cui tali designazioni/nomine si incardinano, ossia quello della nascita/istituzione delle Autorità indipendenti motivata anche dalla necessità di rafforzare le garanzie democratiche dello Stato-comunità¹⁰², attraverso un Soggetto preposto alla tutela degli interessi del cittadino-utente¹⁰³ (e non dello Stato-apparato)¹⁰⁴. Sicché proprio per il ruolo di garanzia che gli stessi membri del collegio dell’ANSP avrebbero dovuto ricoprire, già in via di principio, si rende necessario che siano in possesso dei requisiti legislativamente richiesti, e tale possesso dei requisiti legislativamente stabiliti deve emergere dalla motivazione dell’atto di designazione/nomina¹⁰⁵. Le considerazioni svolte in relazione all’obbligo di motivazione ha fatto sì che il TAR Lazio- Roma, sez. I, ritenesse “*evidente il vizio invalidante in cui è incorsa l’Amministrazione nella procedura di nomina in contestazione, omettendo ogni motivazione tout court rispetto all’esercizio del potere effettuato con la proposta, vizio nella specie aggravato dalla circostanza che il Ministero procedeva a rettificare la originaria proposta, sostituendo il nominativo originario con un altro, senza motivare né in ordine alla estromissione del primo soggetto, né in ordine alla scelta del secondo*”.

¹⁰² G. SIRIANNI, *Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti*, in *NOMOS*, 1993, 78. Sulla affermazione che, proprio l’ANSP, nell’ambito del servizio universale postale, deve tutelare il consumatore- utente, V. VISCO COMANDINI, *I compiti del nuovo regolatore postale: conciliare concorrenza nel mercato e servizio universale*, in *Rassegna Astrid*, giovedì 23 febbraio 2012, n. 153 (numero 4/2012).

¹⁰³ Non si è certo dimentichi di quelle Authority che sembrano prioritariamente volte alla tutela di altri principi, ad esempio del principio della concorrenza. Tuttavia non ci si può dimenticare che anche nell’ambito della disciplina dell’*antitrust*, già autorevole dottrina ha da tempo messo in luce la profonda rilevanza della tutela dell’interesse del cittadino-consumatore, attraverso una valorizzazione dell’utilità sociale di cui all’art. 41 Cost.. In particolare: “attraverso la tutela del principio concorrenziale, il legislatore ha inteso garantire una forma di organizzazione del mercato, o se si preferisce, modalità di funzionamento del medesimo in grado di assicurare la massima espansione collettiva del benessere prodotto dall’esercizio del diritto d’impresa: pertanto questa tutela trae la propria legittimazione dall’essere posta anche in attuazione del principio di utilità sociale, di cui all’art. 41, comma 2, Cost.. se così è, ne discende che il concetto di utilità sociale rappresenta la chiave di volta per individuare quali situazioni soggettive siano prese in considerazione e tutelate dalla disciplina *antitrust*” A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell’interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, p.73-74. Ancora si ricorda chi ha sostenuto come l’istituzione dell’Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, ricollega “per la prima volta il conferimento di un rilievo primario alla promozione e alla salvaguardia degli interessi di utenti e consumatori di servizi pubblici”, G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *GDA*, 1996, I, 14,17 e 18.

¹⁰⁴ G. SIRIANNI, *Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti*, in *NOMOS*, 1993, 78.

¹⁰⁵ G. GIANCALONE, Nota a Cassazione 27 giugno 1986, n. 4275, in *Foro Italiano*, 1987, I, p. 160; G. DELLA CANANEI, *Gli atti di alta amministrazione e l’obbligo di motivazione*, in *GDA*, 1998, 43 SS.

Il *modus operandi* appena descritto per il rispetto concreto dei criteri “*indiscussa moralità e indipendenza*” ed “*alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore*” legislativamente individuati per la designazione/nomina del vertice dell’Autorità nazionale di regolazione del settore postale dunque, è direttamente funzionale alla cura dell’interesse dello Stato-comunità. Tuttavia la vicenda processuale che si analizza, porta con sé anche un *quid pluris*, ossia la valorizzazione della professionalità, sia in linea di principio, come valore in sé (in linea, tra l’altro, con i principi di ulteriori ben note riforme amministrative portate avanti con l. delega n. 15/09 e successivo d.lgs. n. 150/09), sia come tutela della professionalità del ricorrente designato-estromesso. Ciò emerge dal disvalore che l’A.G.A. ha attribuito all’assenza di indicazioni, nel provvedimento posto in essere dal Ministro per le designazioni dei membri del collegio, “*circa il possesso dei requisiti di esperienza di settore che fosse indicativo, o almeno sintomatico, di una competenza nel particolare settore dei servizi postali*” (Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza 23 novembre 2011, n. 5144). Il che ha comportato l’accoglimento dell’istanza in sede cautelare, bloccando la nomina di chi era sprovvisto dei requisiti professionali normativamente richiesti, in quanto nel *curriculum* del nuovo designato (in sostituzione del designato estromesso) erano assenti riferimenti alla materia postale, presentando invece esperienze professionali nel differente settore delle comunicazioni elettroniche¹⁰⁶. Sicché con tale pronuncia si è anche tutelata, valorizzandola, la professionalità del ricorrente “designato-estromesso”¹⁰⁷. Tale pronuncia dunque scardina le posizioni di quanti ritenevano difficile che il giudice potesse sindacare sul requisito della “alta e riconosciuta professionalità”¹⁰⁸, che non è affatto un criterio evanescente, ma è riscontrabile dai *curriculum* dei nominandi e che già a monte dovrebbe indirizzare i Soggetti chiamati ed effettuare tali designazioni.

Alla luce delle risultanze della pronuncia che si commenta d’ora in avanti nella nomina dei membri delle Authority il soggetto designante, pur operando una scelta discrezionale, dovrà ricordare che:

¹⁰⁶ Le specifiche competenze del controinteressato erano attinenti a i Co.re.com. che ricorda il Consiglio di Stato sono competenti in materia di tutela dei minori, sondaggi sui mezzi locali; diritto di rettifica; conciliazione; definizione controversie tra utenti e operatori di comunicazione elettronica; tenuta del Registro degli operatori di comunicazione; vigilanza dell’attività radiotelevisiva locale, ecc.”

¹⁰⁷In punto di fatto nella sentenza del Tar Lazio – Roma, sez. I, sentenza 5 marzo 2012, n. 2223, emerge che il ricorrente è professionista con un’amplissima e qualificata esperienza nel settore della regolazione postale (professionalità riconosciuta anche dall’ordinanza Tar Lazio, Roma, sez. I, n. 3075/2011 – sebbene tale ordinanza non abbia accolto l’istanza cautelare dallo stesso presentata). Infatti, a decorrere dall’agosto 2004 è il Direttore Generale della Direzione Generale per la Regolamentazione del settore Postale, istituita presso il Ministero dello Sviluppo Economico quale Autorità di settore designata *ex lege* (art. 2 del d.lgs 261/99, *ante* modifiche introdotte dal d.lgs 58/2011), a seguito della trasposizione della Direttiva europea 97/67/CE. Sempre dal 2004 è membro effettivo e rappresentante nazionale in seno al Comitato Direttiva Postale istituito presso la Commissione Europea (Direttiva 96/67/CE) e rappresentante nazionale in seno all’U.P.U., Unione Postale Universale, operante in ambito O.N.U. per il settore postale.

¹⁰⁸ Nel senso di ritenere che i requisiti soggettivi abbiano il fine di porre un limite al potere di scelta, in una prospettiva utile ad introdurre il tema della sindacabilità di tali atti di nomina, F. BLANDO, *Questioni in tema di sindacabilità degli atti di nomina delle Autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2009.

- a) i criteri individuati dalla normativa per la scelta dei membri delle Authority, sono criteri previsti dal legislatore al fine di permettere la scelta dei soggetti che dovranno operare a tutela del buon funzionamento del sistema di regolazione dei servizi di pubblica utilità ed a tutela degli interessi dello Stato-comunità;
- b) la individuazione normativa di tali criteri di designazione determina la necessità che siano rispettati dal soggetto che effettua le designazioni¹⁰⁹;
- c) il rispetto dei criteri summenzionati deve emergere dalla motivazione delle designazioni¹¹⁰, attraverso la quale deve darsi contezza del possesso dei requisiti in capo ai membri designati per il vertice delle Authority;
- d) il rispetto di tali criteri legislativamente stabiliti è oggetto di verifica anche in sede processuale di fronte al giudice amministrativo, che può verificare, sul piano del sindacato estrinseco di legittimità, il rispetto delle norme stabilite dalla norma attributiva del potere.

In chiusura possiamo dunque di certo affermare che nell'affrontare il tema della natura e della sindacabilità degli atti di designazione/nomina dei membri del Collegio dell'Autorità nazionale di regolamentazione del settore postale (ANSP) la sentenza del Tar Lazio – Roma, sez. I, del 5 marzo 2012, n. 2223 si pone quale sentenza storica, avendo avuto il coraggio di affrontare temi che, pilatescamente, sono stati lasciati sullo sfondo da altre pronunce facendosi scuso dietro la mancanza di legittimazione a ricorrere. La sentenza però, proprio per la sua importanza e per le implicazioni che comporta e che sono state messe in luce nelle pagine precedenti, non va considerata un punto d'arrivo bensì un nuovo punto di partenza per un ulteriore rafforzamento della tutela degli interessi dello Stato-comunità e dunque dei cittadini-utenti. Sicché in caso di nomine che non rispettino i criteri di indipendenza e professionalità stabiliti per legge, le affermazioni del TAR Lazio- Roma in tema di natura e sindacabilità degli atti di nomina del vertice di una Authority, possono far auspicare sia per l'apertura della successiva giurisprudenza verso l'ampliamento della sfera soggettiva dei legittimati ad agire¹¹¹ di fronte all'A.G.A.¹¹²; sia la ripresa dei lavori parlamentari volti a disciplinare

¹⁰⁹ “Se una norma, primaria o secondaria, individua dei vincoli per l'estrinsecazione di un atto di nomina, questi vincoli devono essere rispettati pena in primis l'inosservanza della norma e, successivamente, l'indebolimento complessivo dell'effettività del sistema” G. F. LICATA, *La posizione dei consumatori rispetto alla nomina dei componenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. econ.*, 2007, I, 110.

¹¹⁰ In accoglimento della tesi difensiva del ricorrente il Tar Lazio, sottolinea l'obbligo di motivazione di tali atti di designazione che dopo l'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, ogni spazio per la categoria dei provvedimenti amministrativi c.d. a motivo libero, e posto che la connotazione di un atto amministrativo come un atto di alta amministrazione non vale di per sé ad escludere l'onere di motivazione a carico dell'Amministrazione (Tar Lazio, Roma, I, 5 marzo 2012, n. 2223).

¹¹¹ Tale garanzia risiede nella possibilità “dell'ampliamento della sfera soggettiva dei legittimati ad agire, che non è incompatibile con il principio costituzionale, ove sia strumento o condizione di effettività della tutela” L. P. COMOGLIO, *Commento art. 24 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Milano, 1981, 25.

¹¹² “La Costituzione repubblicana indirizza verso un'Amministrazione ispirata a principi democratici e caratterizzata perciò dal superamento della tradizionale contrapposizione ed “estraneità” del cittadino rispetto all'Amministrazione. Quest'obiettivo, però, non comporta alcuna limitazione degli spazi di tutela del singolo rispetto all'Amministrazione: anzi, il carattere democratico dello Stato impone di assicurare nel modo più completo l'assoggettamento dell'Amministrazione alla legge e la tutela del cittadino,

un nuovo procedimento di designazione più trasparente e partecipato, che preveda la formalizzazione delle candidature, a tutela degli aspiranti al vertice delle Authority (anche in sede processuale).

quando l'azione amministrativa non si svolga legittimamente" A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 88.