



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

## Consiglio di Stato

Sezione Terza

Adunanza di Sezione del 7 dicembre 2010

**NUMERO AFFARE 04844/2010**

OGGETTO:

Autorita' per l'energia elettrica e il gas.

Quesito sull'applicabilità dell'istituto della *prorogatio* al collegio dell'autorità per l'energia elettrica ed il gas

### LA SEZIONE

Vista la relazione 37056 del 09/11/2010 con la quale il Autorita' per l'energia elettrica e il gas ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull' affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore ed estensore Presidente Pier Giorgio Lignani;

PREMESSO:

L'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (A.E.E.G.) pone un quesito al Consiglio di Stato in merito alla possibilità di applicare l'istituto della *prorogatio* al Collegio della medesima autorità.

In punto di fatto, l'Autorità espone che gli attuali componenti del Collegio, in numero di due uno dei quali con funzioni di Presidente, sono in carica dal 16

dicembre 2003 e il loro mandato settennale giungerà a scadenza il 15 dicembre 2010. Peraltro, non è certo che i nuovi componenti vengano nominati tempestivamente. Donde l'opportunità di accertare se al Collegio in via di scadenza si possa applicare l'istituto della *prorogatio*, e in caso affermativo entro quali limiti.

L'Autorità, nel formulare il quesito, illustra analiticamente la disciplina dell'istituto della *prorogatio*, quale oggi si desume dalla sentenza della Corte costituzionale n. 208/1992 e dal decreto legge 16 maggio 1994, n. 293, convertito in legge 15 luglio 1994, n. 444; ed espone altresì le ragioni che rendono problematica l'applicazione di tale disciplina al Collegio dell'A.E.E.G.. Prospetta ancora l'arco delle possibili soluzioni, illustrando criticamente le ragioni favorevoli e contrarie a ciascuna di esse, e chiede infine il parere del Consiglio di Stato.

Questa Sezione, prima di rendere il parere, ha ritenuto opportuno chiedere le osservazioni della Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento Affari Giuridici e Legislativi) nonché del Ministero dello Sviluppo Economico, in considerazione delle funzioni che la legge attribuisce rispettivamente al Consiglio dei Ministri ed al suddetto Ministero nel procedimento di nomina dei componenti dell'Autorità.

Sono pervenute le osservazioni della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento Affari Giuridici e Legislativi, formulate con nota del 30 novembre 2010 e inviate per conoscenza anche all'Autorità.

L'A.E.E.G., con nota del 3 dicembre 2010, ha espresso a sua volta le proprie osservazioni in merito agli argomenti esposti dalla Presidenza.

Non risultano invece pervenute osservazioni da parte del Ministero dello Sviluppo Economico.

Si può aggiungere, per quanto possa rilevare, che nel momento in cui il quesito viene discusso nell'adunanza di Sezione si ha motivo di ritenere che il 15 dicembre

2010 l'iter di ricostituzione del Collegio dell'A.E.E.G. non risulterà ancora completato. Pertanto l'interesse alla soluzione del quesito è sempre attuale.

#### CONSIDERATO:

1. La materia della formazione e della durata in carica del Collegio dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (A.E.E.G.) è regolata essenzialmente da due disposizioni, la prima dettata per la generalità delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, la seconda specificamente per l'A.E.E.G..

La disposizione di carattere generale è l'art. 2, comma 7, della legge 14 novembre 1995, n. 481, del seguente tenore: *«Ciascuna Autorità è organo collegiale costituito dal presidente e da due membri, nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro competente. 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 a maggioranza dei due terzi dei componenti (...)*».

Inoltre il comma 8 dello stesso articolo dispone: *«I componenti di ciascuna Autorità (...) durano in carica sette anni e non possono essere confermati».*

La disposizione di carattere speciale è l'art. 1, comma 15, della legge 23 agosto 2004, n. 239, del seguente tenore: *«A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas è organo collegiale costituito dal Presidente e da quattro membri. Ferma restando la scadenza naturale dei componenti l'Autorità in carica alla predetta data, i nuovi membri sono nominati entro i successivi sessanta giorni, nel rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 2, commi 7 e 8, della legge 14 novembre 1995, n. 481».*

2. Quanto alla disciplina generale dell'istituto della prorogatio, si ricorda brevemente quanto segue.

2.1. In passato si era diffusa e consolidata tralaticciamente l'opinione che nel sistema amministrativo italiano sussistesse un principio generale nel senso che tutti

i titolari di cariche amministrative conferite a termine potessero e dovessero continuare l'esercizio delle rispettive funzioni, oltre la scadenza prefissata, sino all'effettivo insediamento dei nuovi titolari. Ciò implicava che la *prorogatio* potesse prolungarsi senza limiti di tempo. Si riconosceva, invece, un limite alla estensione dei poteri, in quanto si riteneva che durante la *prorogatio* si potessero compiere solo gli atti di ordinaria amministrazione, e anche quelli eccedenti l'ordinaria amministrazione che però risultassero urgenti ed indifferibili, ovvero imposti dalla normativa con riferimento a scadenze tassative.

Questo convincimento si basava, da un lato, sull'esigenza di garantire la continuità della funzione amministrativa; e da un altro lato sulla esistenza di disposizioni espresse che stabilivano appunto la *prorogatio* con riferimento a determinati organi amministrativi (ad es.: sindaci e giunte comunali; corrispondenti organi delle province; istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza).

Si era così stabilita una prassi per la quale i titolari delle più svariate cariche amministrative rimanevano nelle loro funzioni, in regime di *prorogatio*, per periodi anche assai lunghi. La lunga durata rendeva comprensibilmente evanescente la limitazione dei poteri agli atti di ordinaria amministrazione ed a quelli urgenti ed indifferibili.

2.2. La prassi della *prorogatio*, ad un certo punto, era così generalizzata e diffusa, che taluno ha potuto ipotizzare che fosse addirittura necessitata da un punto di vista costituzionale.

E' accaduto così che fu sollevata davanti alla Corte costituzionale una questione di costituzionalità nei confronti di una legge regionale che, con riferimento agli organi di controllo sugli enti locali, limitava la *prorogatio* entro un breve termine, decorso il quale era prevista la definitiva decadenza dalla carica con totale cessazione dell'attività, ancorché non fossero stati nominati i nuovi titolari.

La Corte costituzionale (sentenza 4 maggio 1992, n. 208) rigettò l'eccezione, negando che la *prorogatio* tempo indeterminato sia un istituto costituzionalmente necessario, e che siano incostituzionali le norme che occasionalmente la vietino ovvero la consentano limitatamente ad un breve periodo non ulteriormente prorogabile.

Tuttavia la Corte non si limitò a questo. Essa sottopose ad una penetrante analisi l'intera materia della *prorogatio*, giungendo alla conclusione che essa non solo non ha rango *costituzionale* (con l'implicito divieto di ogni limitazione introdotta da leggi settoriali), ma che non costituisce neppure un principio *generale*, applicabile come tale, di diritto e senza limitazioni in tutti i casi nei quali non vi sia una disposizione esplicita in senso contrario.

In altre parole, la Corte ha affermato – con puntuali motivazioni – che la *prorogatio* tempo indeterminato non è la regola, e che le sue eventuali limitazioni non sono le eccezioni, ma che, al contrario, la regola è il divieto della *prorogatio*, e che sono eccezionali le norme che in singoli casi la consentono. Si ricava altresì dal contesto di questa pronuncia che tali disposizioni eccezionali non sarebbero comunque accettabili dal punto di vista costituzionale se non restringessero la *prorogatio* entro limiti di tempo non ulteriormente prorogabili, e non comportassero altresì una severa limitazione dei poteri.

2.3. Il Legislatore ha raccolto le indicazioni della Corte costituzionale.

Ciò è stato fatto con il decreto legge 16 maggio 1994, n. 293, convertito in legge n. 444 dello stesso anno.

Le nuove disposizioni sanciscono il principio dell'inderogabilità e improrogabilità dei termini di durata di tutti gli organi amministrativi dello Stato e degli enti pubblici, nonché l'obbligo di provvedere alle nuove nomine prima della scadenza. Consentono, tuttavia, la *prorogatio* ma solo nel limite indefettibile di quarantacinque giorni dopo la scadenza, con una rigorosa limitazione delle competenze.

Sanciscono la nullità *ope legis* di tutti gli atti compiuti oltre il periodo di *prorogation* nonché di quelli compiuti durante tale periodo, ma eccedenti gli appositi limiti di competenza. Disciplinano altresì il procedimento di nomina dei nuovi titolari in modo da assicurarne il completamento entro i termini finali, anche mediante l'attribuzione di competenze sostitutive in caso di inerzia prolungata. Prevedono, infine, le sanzioni da applicare a chi, dovendo provvedere alle nuove nomine, abbia ommesso di farlo entro i termini stabiliti.

2.4. È rilevante, per quanto qui interessa, la disposizione dell'art. 1, comma 3, del decreto legge, per la quale dall'applicazione delle nuove norme sono esclusi gli organi «per i quali la nomina dei componenti è di competenza parlamentare».

3. Così tratteggiato il quadro normativo, l'esame delle questioni sollevate dal quesito può prendere avvio proprio dalla disposizione citata da ultimo (art. 1, comma 3, d.l. n. 293/1994).

Ci si chiede, pertanto, se il Collegio dell'A.E.E.G. rientri fra gli organi «per i quali la nomina dei componenti è di competenza parlamentare», esclusi dall'applicazione del decreto legge n. 293/1994.

3.1. Si è visto che la nomina dei componenti è l'atto conclusivo di un procedimento complesso, i cui passaggi salienti sono la proposta del Ministro dello Sviluppo Economico, la deliberazione del Consiglio dei Ministri, il parere delle Commissioni parlamentari competenti per materia e infine il decreto del Capo dello Stato.

Ad avviso della Presidenza del Consiglio dei Ministri (D.A.G.L.) l'intervento delle Commissioni parlamentari, a titolo consultivo, non è sufficiente a far definire la nomina dei componenti dell'Autorità come «atto di competenza parlamentare».

3.2. Il punto merita tuttavia un'attenta riflessione.

Va notato, al riguardo, che il parere delle Commissioni è esplicitamente qualificato dalla legge come vincolante e per di più con una formula singolarmente enfatica:

*«In nessun caso le nomine possono essere effettuate in mancanza del parere favorevole espresso dalle predette Commissioni a maggioranza dei due terzi dei componenti».*

Si tratta dunque di un esempio tipico di “atto complesso” ossia basato sull’incontro delle volontà di autorità distinte e ugualmente determinanti: la volontà dell’Esecutivo (che si articola a sua volta nella proposta del Ministro e nella deliberazione del Consiglio dei Ministri) e la volontà del Parlamento (e per esso delle Commissioni parlamentari). Peraltro la volontà del Parlamento deve essere espressa, indefettibilmente, a maggioranza qualificata (due terzi dei componenti delle Commissioni) e ciò implica che con la volontà della maggioranza parlamentare deve concorrere la volontà dell’opposizione o quanto meno di parte rilevante di essa.

Ed è vero che all’Esecutivo spetta formulare la proposta, mentre al Parlamento compete solo accettarla o respingerla, ma è anche vero che nessuna nomina può avere corso se non accettata dal Parlamento e quindi in concreto l’Esecutivo sarà costretto a proporre solo quei candidati sui quali si prevede di ottenere un consenso esteso anche all’opposizione.

3.3. Va notato altresì che il d.l. n. 293/1994 esclude dalla sua applicazione gli organi «per i quali la nomina dei componenti è di competenza parlamentare» senza specificare che debba trattarsi di competenza *esclusiva*. Di conseguenza, è sufficiente la previsione di una competenza concorrente alla formazione dell’atto complesso.

3.4. L’ipotesi interpretativa della esclusione dell’A.E.E.G. dall’ambito di applicazione del d.l. n. 293/1994 trova altresì conforto ove si consideri *la ratio* di quella disposizione che sottrae, appunto, al vigore di quel decreto gli organi nominati dal Parlamento.

Quella *ratio* si può identificare con l’esigenza che non si impongano agli organi parlamentari regole procedurali e tempistiche che si risolvano, di fatto, in una

compressione della loro libertà decisionale o addirittura in un aggiramento della loro competenza.

Ed invero, il d.l. del 1994 prevede, fra l'altro, l'entrata in funzione di procedure accelerate e di competenze sostitutive (quasi un "commissariamento") qualora le nomine non risultino effettuate nell'immediata prossimità del termine finale del periodo di *prorogatio*. Applicare queste disposizioni all'attività degli organi parlamentari (nella specie, le commissioni) comporterebbe un *vulnus* alla libertà decisionale del Parlamento – e per di più al ruolo di co-decisione che la legge n. 481/1995 assegna alla minoranza parlamentare.

3.5. Per le suesposte ragioni, si può concludere nel senso che il d.l. n. 293/1994 *non* si applica all'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas.

4. La conclusione ora raggiunta, tuttavia, non risolve di per sé il quesito, giacché consiste solo nella esclusione dell'applicabilità di una determinata fonte normativa ma lascia ancora il problema di stabilire quale sia il regime dell'A.E.E.G. sotto il profilo che qui interessa.

Le soluzioni astrattamente ipotizzabili sono tre: (a) divieto assoluto di *prorogatio*, vale a dire decadenza immediata e totale dei componenti al momento stesso della scadenza naturale del mandato; (b) applicazione (al contrario) della *prorogatio* senza un vero e proprio termine finale, stante la mancanza di una norma che lo stabilisca; (c) applicazione della *prorogatio* limitatamente ad un periodo ben circoscritto (salvo, in tal caso, l'ulteriore problema di individuare il termine finale).

5. Alla disamina della praticabilità delle suddette soluzioni alternative conviene premettere che la soluzione non dev'essere necessariamente la medesima per la generalità degli organi sottratti alla disciplina del decreto legge n. 293/1994.

Ed invero, considerato che si tratta di riempire una lacuna normativa, la relativa indagine non può prescindere dalle caratteristiche specifiche dell'organo *de quo*, quali la sua struttura, le sue funzioni, il suo inserimento nel sistema, e via dicendo.



Così, ad esempio, ove si discutesse di un organo il cui ordinamento settoriale, per far fronte all'esigenza di assicurare la continuità delle funzioni, preveda meccanismi diversi dalla *prorogatio* (quali forme di supplenza ovvero di devoluzione automatica delle competenze ad altro organo, ovvero ancora di commissariamento, e via dicendo), sarebbe facile concludere nel senso che la *prorogatio* non è necessaria e, dunque, è implicitamente vietata.

Allo stesso modo, la *prorogatio* non appare necessaria, e dunque si deve ritenere implicitamente vietata, qualora l'avvicendamento dei componenti di un organo collegiale riguardi individualmente le singole persone, con termini diversi, e con la previsione che l'organo collegiale possa funzionare anche con un numero ridotto di componenti (come nel caso della Corte costituzionale).

6. Per vero, quest'ultima ipotesi sembrerebbe adattarsi anche al caso delle Autorità istituite dalla legge n. 481/1995, in quanto la norma parla della durata in carica «*dei componenti*» non dei collegi nel loro insieme e dunque lascia intendere che i singoli possono essere nominati e sostituiti in tempi diversi, ferma per ciascuno la durata fissa del mandato. Che, poi, il collegio dell'Autorità possa funzionare anche con un numero di componenti inferiore a quello legale è riconosciuto, a quanto pare, nella prassi, visto che viene riferito che attualmente sono due soli i componenti in carica dell'A.E.E.G..

Del resto anche la disposizione speciale per l'A.E.E.G., di cui alla legge n. 239/2004 (citata sopra) conferma indirettamente che i componenti di quel collegio possono essere nominati in tempi diversi e quindi cessare dall'incarico alle rispettive scadenze, senza che si creino interruzioni nella funzionalità dell'organo. Ciò basterebbe per escludere la necessità della *prorogatio* per l'A.E.E.G., e quindi la sua liceità, almeno in linea di principio. Ma nella situazione presente il problema si pone in altri termini, perché di fatto il 15 dicembre 2010 scadranno dall'incarico (così viene riferito) simultaneamente *tutti* i componenti in carica.

Pertanto il caso in esame va affrontato tenendo conto di questo dato di fatto, che lo rende assimilabile (*una tantum*) all'ipotesi dei collegi il cui mandato è soggetto ad una scadenza unitaria.

7. Ciò posto, non si può non constatare che l'ordinamento istituzionale dell'A.E.E.G. non prevede alcun meccanismo di supplenza, sostituzione automatica, etc., che consenta di sopperire alla temporanea vacanza dell'organo. Vero è che il comma 14 dell'art. 1 della legge n. 239/2004 prevede un intervento sostitutivo del Governo nel caso di *inadempienza* dell'Autorità, ma questo meccanismo non è applicabile nel caso di *vacanza*. Infatti nel caso di *inadempienza*, la deroga alle competenze ordinarie dipende da un fatto imputabile alla stessa Autorità, mentre nel caso di *vacanza* dipenderebbe da un fatto imputabile all'Esecutivo; e non sarebbe ragionevole attribuire una competenza sostitutiva proprio al soggetto responsabile della vacanza.

D'altra parte, le competenze dell'Autorità sono così rilevanti ed incisive – e non surrogabili neppure indirettamente da interventi di altre pubbliche autorità – ed il loro tempestivo esercizio è così doveroso per legge, da rendere difficilmente sostenibile l'esclusione di ogni forma di *prorogatio* sia pur limitata nel tempo e nell'estensione dei poteri. Su questi aspetti si può rinviare a quanto riferito dall'A.E.E.G. nella richiesta del parere, e che appare condiviso (sia pur tacitamente) anche dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Va anche ricordato che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 208/1992, non ha escluso tassativamente ed a *priori* ogni forma di *prorogatio*: ha affermato, invece, l'incompatibilità con l'ordinamento di una *prorogatio* sistematica quanto alla sua applicazione ed altresì illimitata nel tempo e nell'estensione dei poteri. Pertanto la *prorogatio* è ammissibile, se ristretta nei limiti indicati dalla Corte; tanto è vero che il Legislatore, con il d.l. n. 293/1994, ha emanato una disciplina generale in tal senso e quest'ultima può essere utilizzata (qualora non sia direttamente applicabile,

come nel caso in esame) quale fonte espressiva di principi generali applicabili in via analogica.

8. Ci si chiede, ora, se sia accettabile la seconda soluzione ipotizzata, e cioè quella di una *prorogatio* senza limiti di tempo prefissati.

Per rispondere negativamente, tornano pertinenti le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza sopra citata (n. 208/1992).

Si può ora aggiungere, come ulteriore argomento, che il prolungarsi della *prorogatio* oltre un termine prestabilito e ragionevolmente ristretto rende illusoria quella limitazione dei poteri che pure va considerata un connotato immancabile della *prorogatio*. E' chiaro infatti che solo all'interno di un arco temporale ristretto ha senso limitare i poteri dell'organo prorogato agli atti indifferibili ed urgenti (oltre che a quelli di ordinaria amministrazione) mentre nei tempi più lunghi tutti gli atti diventano, prima o poi, insuscettibili di rinvio.

Paradossalmente, quanto più la *prorogatio* si prolunga (e quanto più grave, dunque, risulta il *vulnus* alle norme di sistema che fissano i limiti di durata dell'incarico), tanto più l'area delle competenze dell'organo in regime di proroga tende ad espandersi sino a coincidere con quella delle competenze proprie di un organo in carica a pieno titolo. Ciò in aperta contraddizione con il principio che la deroga agli ordinari limiti di durata deve trovare una compensazione nella limitazione delle competenze.

Ma vi è di più. Si è visto che la legge n. 481 del 1995 dispone che «*i componenti di ciascuna Autorità (...) durano in carica sette anni e non possono essere confermati*». Ora, una *prorogatio* senza limiti prefissati di tempo, e comunque eccedente un periodo necessariamente breve, costituirebbe una forma surrettizia di conferma nell'incarico, in aperta violazione di legge. E per di più – in questa fattispecie - in contrasto con lo spirito della legge che ha voluto obbligare l'Esecutivo a coinvolgere nelle nomine anche l'opposizione.

9. Non resta dunque che accettare l'ipotesi di una *prorogatio* caratterizzata non solo dalla già accennata limitazione delle competenze, ma anche dal riferimento ad un periodo prefissato e non suscettibile di ulteriori proroghe.

Vi è tuttavia il problema di individuare tale termine, il quale – proprio per poter adempiere alla sua funzione ed essere coerente alla sua giustificazione – dev'essere certo e conosciuto in anticipo.

In sostanza, il termine non deve eccedere il tempo ragionevolmente necessario per l'ordinato svolgimento delle normali procedure di nomina.

Si potrebbe forse discutere quale sia, in concreto, la durata ragionevole di tali procedure.

Ma qui soccorre il diritto positivo, e precisamente l'art. 1, comma 15, della legge 23 agosto 2004, n. 239, sopra citato.

Quest'ultima disposizione non è direttamente applicabile nella situazione presente. Essa, infatti, nel contesto della elevazione del numero dei componenti dell'A.E.E.G. da tre a cinque, precisava che tale modifica aveva effetto immediato; chiariva che i componenti già in carica vi restassero fino alla scadenza naturale del loro mandato (sette anni dalla nomina); e fissava il termine di sessanta giorni dalla sua entrata in vigore per la nomina dei nuovi componenti che dovevano aggiungersi a quelli già in carica.

A quanto pare l'integrazione del collegio in realtà non vi è stata, ma in ogni caso, come detto, la disposizione in esame non è ora direttamente applicabile.

Essa però è significativa, in quanto dimostra che nel 2004 il Legislatore stimava che sessanta giorni fossero un termine ragionevole e più che sufficiente per svolgere tutto il complesso procedimento di nomina dei (nuovi) componenti dell'A.E.E.G., nel rispetto delle competenze rispettivamente attribuite al Ministro, al Consiglio dei Ministri, alle commissioni parlamentari e infine al Capo dello Stato.

10. Si ha, dunque, un riferimento normativo che consente di individuare nel termine di sessanta giorni (decorrenti, in questo caso, dalla scadenza naturale del mandato) il limite massimo di durata della *prorogatio* riconoscibile ai componenti dell'A.E.E.G. in via di scadenza.

11. Riassumendo, i punti essenziali del parere di questa Sezione sono i seguenti:

(a) l'A.E.E.G. è sottratta all'applicazione diretta del d.l. n. 293/1994;

(b) ordinariamente il problema della continuità nell'esercizio delle funzioni non si dovrebbe porre per l'A.E.E.G., in quanto il limite di durata nell'incarico non riguarda unitariamente il collegio ma individualmente i suoi componenti, i quali dunque possono giungere a scadenza in tempi diversi;

(c) dandosi tuttavia, in concreto, la simultanea scadenza di tutti i componenti del collegio, è gioco forza ammettere – a titolo eccezionale – la possibilità di una proroga;

(d) la *prorogatio* dovrà tuttavia esaurire entro il termine (non ulteriormente prorogabile) di sessanta giorni dalla scadenza del mandato, beninteso con la limitazione dei poteri agli atti di ordinaria amministrazione ed a quelli indifferibili ed urgenti.

P.Q.M.

nelle susposte considerazioni è il parere della Sezione.

IL PRESIDENTE ED ESTENSORE  
Pier Giorgio Lignani

IL SEGRETARIO

Cristina Manuppelli