amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 9/2014

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Pasqua Simonetta, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Masimo Pellingra, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

La terzietà dei giudici amministrativi e gli incarichi extraistituzionali. Origini, stratificazione normativa e D.L. n. 90/2014 convertito con legge 11.08.2014, n. 114.

di Federica Iandolo*

Sommario

1. Premessa; 2. L'evoluzione storica; 2.1 L'esigenza di garanzie e la progressiva acquisizione della prerogativa della terzietà; 2.2. L'abolizione del contenzioso amministrativo e la nascita della giurisdizione amministrativa; 3. L'avvento della Costituzione; 3.1. I principi costituzionali di indipendenza ed imparzialità dei magistrati. La disciplina legislativa; 4. Gli incarichi extragiudiziari; 4.1. Origini e mutamenti normativi. Problemi di compatibilità; 4.2. La L. 190/2012 e la riforma del D.L. n. 90/2014 convertito con legge 11.08.2014, n. 114; 5. Conclusioni.

1. Premessa

Il presente studio mira ad analizzare la questione relativa alla terzietà dell'organo giudicante amministrativo, in particolare con riferimento alla problematica degli incarichi extraistituzionali.

Occorre considerare il profilo soggettivo (imparzialità) e quello oggettivo (indipendenza).

In primo luogo, viene in rilievo l'*imparzialità,* cioè la capacità dell' organo giurisdizionale di mantenersi estraneo agli interessi di parte, ossia la *condizione di assoluta estraneità e indifferenza e perciò di neutralità del giudice rispetto agli interessi in causa*[1].

Il secondo profilo da tener presente è, invece, l'*indipendenza*.

Secondo la Corte Costituzionale, essa è *l'assenza di vincoli e di rapporti di soggezione formale o sostanziale nei confronti di altri organi, poteri o soggetti*[1]*:* un elemento indispensabile per evitare condizionamenti del giudice e per garantire, quindi, il principio di separazione dei poteri.

Due aspetti distinti, che fanno riferimento anche a due diversi parametri costituzionali. L'indipendenza trova il suo riferimento nell'articolo 101, comma 2, della Costituzione, che prescrive l'esclusiva soggezione dei giudici alla legge; l'imparzialità, invece, deve essere esaminata in relazione all'art. 3 della Costituzione, che sancisce il principio di eguaglianza. Ogni forma di parzialità dell'organo giudicante determina, infatti, un sostanziale squilibrio tra

* Il lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della *double blind peer review*.

[1] Corte cost., sent. 22.11.1962, n. 92.

le parti e, quindi, una disparità di fronte alla legge[2].
Ciò detto, non può non rilevarsi che tra questi due aspetti esiste una connessione strettissima. La distinzione concettuale rinvenibile tra essi consente di apprezzare la portata più ampia dell'imparzialità rispetto all'indipendenza, considerato che un giudice indipendente può non essere anche imparziale; per altro verso, una posizione di indipendenza è condizione essenziale dell'imparzialità.

2. L'evoluzione storica

2.1. L'esigenza di garanzie e la progressiva acquisizione della prerogativa della terzietà

La prerogativa della terzietà dell'organo giurisdizionale amministrativo è stata acquisita progressivamente, con il consolidarsi nella coscienza sociale e politica della necessità di un soggetto terzo ed imparziale al quale devolvere le controversie tra privati e Pubblica Amministrazione, al fine di garantire un'adeguata tutela ai singoli rispetto all'autoritarietà del potere amministrativo.
Preliminarmente, occorre considerare che la funzione giurisdizionale è comunemente considerata e logicamente valutabile come manifestazione immediata della sovranità dell'ordinamento; pertanto i giudici, per essere compartecipi di tale esercizio della sovranità, non possono che essere indipendenti ed imparziali.[3]
Tuttavia, il principio della separazione dei poteri ed il suo logico corollario della terzietà della magistratura si affermano gradualmente. Dapprima, vi è la teorizzazione del principio di separazione dei poteri da parte di Montesquieu,[4] il quale riteneva una condizione imprescindibile di libertà, l'attribuzione dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, a soggetti diversi, così da determinare un bilanciamento ed un controllo reciproci.
Conseguentemente, l'affermazione del principio di separazione dei poteri determina il passaggio da uno Stato assoluto ad uno Stato di diritto, a fondamento del quale, vi è il postulato teorico, secondo cui lo Stato stesso deve essere sottoposto alla legge ed autoregolato[5].
I secoli XVIII e XIX rappresentano un momento decisivo per il delinearsi di una nuova cultura dei diritti, che trae la sua origine dai principi illuministi della Rivoluzione francese e che è volta all'affermazione delle libertà individuali, assicurate dallo Stato mediante un "*intervento negativo*".[6]
In tale contesto emergono i primordi di una garanzia di terzietà della magistratura.
Infine, la piena realizzazione del principio della separazione della magistratura dal potere politico avviene con il fiorire del costituzionalismo moderno.
In seguito alla seconda guerra mondiale si afferma il c.d. Stato sociale,[7] definito come il complesso degli interventi pubblici, volti a correggere le anomalie del sistema liberale e ha favorire l'effettiva uguaglianza dei cittadini: esso si pone, dunque, all'interno dello Stato democratico, come suo contenuto "*sociale*"[8].

---

[2] V. nota 1.
[3] L. SANDULLI, Terzietà ed indipendenza, www.giustizia-amministrativa.it, sezione Studi e contributi, 2000
[3] E. SPAGNA MUSSO, *Giudice. Nozione e profili costituzionali*, in Enc. dir. XVIII, pag. 938.
[4] *Cfr.* C.L. MONTESQUIEU, *Lo spirito della leggi*, Utet, *2005, passim.*
[5] E. SPAGNA MUSSO, *op. cit.*, pag. 939.
[6] Lo Stato attua la politica del minimo intervento, un'astensione dall'interferire nella sfera di libertà dei singoli (intesa come libertà dallo Stato e dai suoi divieti). V. B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo,* Laterza, 2003, pag. 310 e ss.
[7] Il termine compare per la prima volta nella Costituzione tedesca (art. 20, co. 1 e art. 79, co. 3).
[8] Cfr. G. U. RESCIGNO, *Stato sociale e principio di sussidiarietà,* in *Quad. reg.*, 2002, pag. 381 e ss.; A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale,* Giappichelli, 2010, pag. 154 e ss.

Sulla base di tale premessa, appare opportuno ripercorrere brevemente il processo di affrancamento dei magistrati amministrativi dal potere politico e la progressiva affermazione delle garanzie di terzietà, nello Stato italiano.

2.2. L'abolizione del contenzioso amministrativo e la nascita della giurisdizione amministrativa

Genericamente, l'espressione "giustizia amministrativa" implica l'esistenza di un contenzioso, oggettivamente inteso, che coinvolga un'autorità amministrativa[9].

In epoca preunitaria, presso la maggioranza degli Stati italiani, le controversie tra cittadini e P.A. venivano devolute ai Tribunali del contenzioso amministrativo, organi collegiali di natura amministrativa, inseriti nell'organizzazione del potere esecutivo.

Nel Regno sabaudo, in particolare, vi erano i giudici ordinari ed i giudici speciali del contenzioso amministrativo.

I primi erano giudici con ampia competenza, a cui era affidata la tutela dei cittadini nei confronti della P.A., nelle materie elencate dal legislatore[10], e si articolavano in Consigli di Governo (come organi di primo grado) e Consiglio di Stato (come organo di secondo grado).

I giudici speciali, invece, avevano una competenza limitata a specifiche questioni, ad esempio, il Consiglio di Stato era giudice speciale in materia di pensioni.

Tale modello, oltre a fornire ben poche garanzie di indipendenza - essendo chiaramente a favore dell'autorità amministrativa -, andava a minare anche il principio di separazione dei poteri; è evidente, infatti, la commistione tra potere esecutivo e giudiziario[11].

Con l'unificazione politica dello Stato italiano, si pose il problema di unificare anche la frammentaria legislazione vigente in tutti gli Stati preunitari.

La classe dirigente si divise tra coloro che sostenevano il sistema del contenzioso amministrativo e coloro che erano, invece, favorevoli alla sua abolizione.

Il dibattito parlamentare in merito al sistema delle tutele non poté essere concluso a causa dell'imminenza della terza guerra di indipendenza.

Il Parlamento concesse pieni poteri all'Esecutivo, con la legge 20 marzo 1865, n. 2248, per l'unificazione amministrativa[12]. Tale provvedimento era costituito da sei allegati, che si interessavano della giustizia amministrativa; in particolare, l'allegato E aboliva il contenzioso amministrativo, devolvendo alla giurisdizione ordinaria la cognizione delle controversie in cui si facesse "*questione d'un diritto civile o politico*"[13] e all'autorità amministrativa gli altri "*affari*"[14].

L'espressione "*diritto civile o politico*" è stata ampiamente interpretata dal Meucci[15], come comprensiva di tutti i diritti che possono nascere tra cittadino ed amministrazione. Tale interpretazione era di particolare importanza, in quanto

[9] Per un maggiore approfondimento sul concetto di giustizia amministrativa, v. E. Cannada Bartoli, *Giustizia amministrativa,* in *Dig. disc. pubbl.*, pag. 509.

[10] Sulla disputa concernente il carattere tassativo o meno dell'elencazione, v. E. CANNADA BARTOLI, *op. cit.*

[11] F. CAMMEO, in *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa,* Vallardi, 1911, pag. 413, segnala che nel Regno sabaudo vi era il divieto, per la giurisdizione del contenzioso, di revocare gli atti amministrativi; era, dunque, palesemente limitata la portata giurisdizionale dell'attività di tali organi.

[12] *Cfr.* F. SCOCA, *Giustizia amministrativa,* Giappichelli, 2013, pag. 4 e ss.

[13] Art. 2,allegato E, legge 20 marzo 1865, n. 2248.

[14] Art. 3, allegato *cit.*, legge *cit.4*

[15] Cfr. L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo,* 1905, pag. 69 ; v. anche F.CAMMEO, *op. cit.*

da essa dipendeva l'ambito degli "*affari non ricompresi*" .
Non si può, comunque, ritenere che la legge abbia distinto tra diritti soggettivi ed interessi legittimi; in quanto, al di là dei diritti soggettivi, non vi erano situazioni giuridiche soggettive tutelabili, ma solo "altri affari"[16].
L'allegato D disciplinava l'assetto del Consiglio di Stato; non erano previste particolari garanzie di indipendenza, né per quanto riguardava la nomina dei componenti (che era disposta con decreto reale su proposta del Ministro dell'Interno[17]), né l'inamovibilità (per i presidenti di sezione e Consiglieri, ma non per i referendari, era previsto che la rimozione potesse essere disposta solo su "*relazione motivata*" del Ministro dell'Interno[18]).
Al Consiglio di Stato erano assegnate competenze consultive nei ricorsi straordinari al Re, ma continuò a svolgere limitate funzioni giurisdizionali come giudice speciale, per controversie in materia di debito pubblico e di sequestri di beni ecclesiastici, oltre ad altre previste da leggi speciali.
In questi casi, il procedimento aveva carattere tipicamente contenzioso e la decisione poteva comportare l'annullamento dell'atto amministrativo.
Inoltre, ebbe il compito di risolvere i conflitti di attribuzione tra autorità amministrativa e giudice ordinario; funzione svolta fino al 1877, quando la relativa competenza fu trasferita alla Corte di Cassazione di Roma.
La contiguità con l'Amministrazione era sottolineata dalla possibilità per i Ministri di intervenire alle sedute direttamente o attraverso delegati[19] e fu confermata l'articolazione nelle tre sezioni precedenti (Interno; Grazia, Giustizia e Culti;Finanze).
L'allegato E prevedeva la soppressione dei giudici ordinari del contenzioso amministrativo, mantenendo i giudici speciali. Pertanto, tutte le questioni aventi ad oggetto *diritti politici e/o civili* furono affidate alla giurisdizione del giudice ordinario, estesa anche ai provvedimenti dell'Esecutivo e delle autorità amministrative.
Gli *affari non ricompresi*[20] furono riservati alle autorità amministrative.
Con la soppressione del contenzioso amministrativo, si mirava a dare una risposta alle evidenti esigenze di tutela dei cittadini nei confronti della P.A.
Si voleva, infatti, superare il meccanismo della tutela amministrativa, per approdare ad un modello giurisdizionale, fornito di garanzie di terzietà idonee ad assicurare i diritti e soprattutto gli interessi legittimi dei singoli.
La *ratio* della legge del 1865 – ispirata ai principi del liberalismo inglese e dei suoi seguaci francesi, come Tocqueville[21] – risiedeva nell'idea che unico era il diritto e unica doveva essere la giurisdizione[22]: ammettere una giurisdizione speciale per le controversie in cui era parte la Pubblica Amministrazione avrebbe significato garantirne i privilegi, essendo il giudice amministrativo considerato "*un giudice in casa propria*"[23].

---

[16] V. E. CANNADA BARTOLI, *op. cit.*, pag. 513.
[17] Art. 2, allegato D, legge 20 marzo 1865, n. 2248.
[18] Art. 4, allegato *cit.*, legge *cit.*
[19] Art. 20, allegato *cit.*, legge *cit.*
[20] V. nota 10.
[21] Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *Relazione sull'opera di Macarel intitolata «Corso di diritto amministrativo»*, in *Scritti politici*, a cura di N. MATTUCCI, 1969, vol. I, pag. 236-237.
La consacrazione del dualismo si ebbe con la legge Crispi del 1889 (*infra*), v. B. Sordi, *op. cit.*, pag. 337 e ss.
[22] P. DE LISE, *L'organizzazione e le funzioni del Consiglio di Stato italiano, www.giustizia-amministrativa.it, sezione Studi e contributi*, 2011.
[23] Espressione del prof. Chiatta, riportata da P. DELL'AVERSANA, *Politica, economia e giustizia. La tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini come fattori di garanzia, equilibrio della fi-*

Si trattò di una scelta che si rivelò inidonea ad assicurare un efficace sistema di tutela giurisdizionale del cittadino. Il giudice ordinario aveva, infatti, preferito un sindacato "timido" ed un'applicazione restrittiva della propria competenza, ritenendola sussistente soltanto in presenza di atti di gestione e non anche di imperio.
Da qui, la sempre più avvertita necessità di completare il sistema delineato dalla legge del 1865 mediante la previsione della tutela giurisdizionale anche per gli interessi, lesi dall'esercizio dell'attività autoritativa della Pubblica Amministrazione, che non ricevevano protezione da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria.
Nacque un movimento per la "*giustizia nell'amministrazione*"[24], di cui fu sostenitore Silvio Spaventa[25] e che mirava a porre un freno a favoritismi e parzialità, allargando la possibilità di reagire contro gli atti amministrativi, così da completare la riforma già iniziata nel 1865.
Celebre è il discorso di Spaventa, pronunciato a Bergamo nel 1880, con il quale si afferma che "*il ministro non deve essere più giudice*" e "*l'amministrazione deve essere secondo legge e non secondo l'arbitrio e l'interesse di partito*".
Una risposta a tali istanze si ebbe con la legge Crispi del 1889 n. 5992[26], che istituiva la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, chiamata a decidere i ricorsi per incompetenza, eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa, relativi ad interessi di individui o di enti morali giuridici, (salva, in ogni caso, la competenza dell'autorità giudiziaria).
Le Sezioni Unite riconobbero la natura giurisdizionale della Quarta Sezione[27], superando l'impostazione della dottrina di allora che ancora faceva riferimento ad un organo amministrativo, stante il potere di annullamento degli atti amministrativi.
Successivamente, ogni discussione fu troncata dalla legge n. 62 del 1907, che distinse tra funzioni consultive (spettanti alle prime tre sezioni) e giurisdizionali (spettanti alla Quarta ed alla Quinta, quest'ultima costituita dalla stessa legge).
L'istituzione della Quarta Sezione rappresenta la nascita della giurisdizione amministrativa, mantenuta quale giurisdizione speciale anche con il successivo ordinamento costituzionale[28].
La Costituzione ha conservato la struttura della doppia giurisdizione (ordinaria e speciale), formalizzando il criterio di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, fondato sulla natura della posizione giuridica lesa (la tutela dei diritti soggettivi spetta al giudice ordinario, mentre quella degli interessi legittimi al giudice amministrativo).
La nascita di un'apposita giurisdizione reca con sé, quale elemento intrinseco, il concetto di terzietà dell'organo giudicante, che diviene, quindi, indipendente dal potere politico e, conseguentemente, imparziale.
Il costituente, ben consapevole della portata di estrema rilevanza della nascita della giurisdizione amministrativa, ha provveduto a dettare una disciplina che ben esprime l'ideologia secondo cui la terzietà della magistratura, e so-

nanza pubblica e sviluppo, Giuffrè, 2007, pag. 50 ed utilizzata anche da P. DE LISE, *op. cit.*

[24] *Cfr.* F. SCOCA, *op. cit.*, pag. 8 e ss.

[25] V. S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione, Torino, 1949*. Tra l'altro, gli scritti e i discorsi di S. Spaventa possono essere letti in B. CROCE, *La politica della destra,* Laterza, 1910.

[26] Francesco Crispi, divenuto Presidente del Consiglio e Ministro dell'Interno, il 22.11.1887, presentò un progetto di legge, intitolato *Modificazioni della legge sul Consiglio sui Stato*, con chiara adesione alla proposta di una magistratura indipendente formulata da Spaventa.

[27] In particolare, rilevano le sentenze riguardanti il caso Laurens ed il caso Trezza; v. E. CANNADA BARTOLI, *op. cit.*

[28] *Cfr.* A. TRAVI, *op. cit.*, pag. 29 e ss.

prattutto di quella amministrativa, rappresenta esigenza e conquista della democrazia.
Inoltre, è stata mantenuta la coesistenza delle funzioni consultive e giurisdizionali: l'art. 100, infatti, definisce il Consiglio di Stato come "*organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione*" e gli artt. 103, primo comma[29], e 125[30] prevedono la giurisdizione del Consiglio di Stato e degli altri organi di giustizia amministrativa.
Tale sistema si è sviluppato a seguito di importanti riforme attuate, in particolare, con il decreto legge n. 642 del 1948, che ha costituito la Sesta Sezione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale; la legge n. 1034 del 1971, istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali; il decreto legislativo n. 80 del 1998; la legge n. 205 del 2000 ed, infine, con l'adozione del Codice del processo amministrativo.

3. L'avvento della Costituzione

3.1. I principi costituzionali di indipendenza ed imparzialità dei magistrati. La disciplina legislativa

I principi costituzionali rappresentano il retaggio dell'evoluzione storico-giuridica, caratterizzata dal susseguirsi delle vicende politiche che hanno riguardato lo Stato italiano; dunque, la disciplina costituzionale concernente la magistratura rappresenta anche la reazione del nuovo ordinamento democratico all'ideologia fascista immediatamente antecedente.

In particolare, la Carta Costituzionale contiene alcune disposizioni volte a garantire la terzietà degli organi giudicanti, soprattutto sotto il profilo oggettivo dell'indipendenza dal potere politico.
Ab imis, si può considerare l'art. 102, co. 2, che vieta l'istituzione di giudici straordinari o speciali[31]. La disposizione desta delle perplessità, poiché vengono vietate giurisdizioni speciali, quale è, appunto, quella amministrativa.
In realtà, il costituente, consapevole della fondamentale importanza della giurisdizione amministrativa e del fatto che la sua eliminazione avrebbe minato l'assetto democratico del Paese, con conseguente regresso sul piano costituzionale, ha poi emanato la VI disposizione transitoria. Quest'ultima stabilisce la revisione degli organi speciali di giurisdizione, fatta eccezione per le giurisdizioni del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e dei tribunali militari[32].
Il divieto di istituire giudici speciali va inquadrato nell'ambito di una interpretazione logico-sistematica della Costituzione; dunque, il divieto va riferito solo all'istituzione *ex novo* di organi giurisdizionali speciali[33].
Si può, poi, esaminare l'articolo 111, co. 1 e 2[34], modificati con la L. cost. n. 2/99.

---

[29] Art. 103, co. 1, Cost.: «*Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.*»
[30] Art. 125, Cost.: «*Nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica. Possono istituirsi sezioni con sede diversa dal capoluogo della Regione.*»
[31] Art. 102, co. 2, Cost., stabilisce: «*Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali*».
[32] La VI Disposizione transitoria alla Costituzione afferma: «*Entro cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione si procede alla revisione degli organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti, salvo le giurisdizioni del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e dei tribunali militari.*
Entro un anno dalla stessa data si provvede con legge al riordinamento del Tribunale supremo militare in relazione all'articolo 111. »
[33] E. SPAGNA MUSSO, *op. cit.*, pag. 945.
[34] Art. 111, co. 1 e 2, Cost.: «*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.*
Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale.»

Le nuove disposizioni sanciscono il principio del giusto processo regolato dalla legge, il quale si dispiega nel principio del contraddittorio e della parità delle parti ed in quello della terzietà e della imparzialità del giudice.
Il concetto del giusto processo è secondo parte della dottrina preesistente al diritto positivo[35], ma può essere attuato solo attraverso di esso.
Pertanto, per giusto processo si intende l'insieme delle forme processuali necessarie a garantire a ciascun titolare di diritti soggettivi o di interessi legittimi, lesi o inattuati, la facoltà di agire e di difendersi in giudizio, nel rispetto dei principi costituzionali relativi ai diritti di azione e di difesa e nell'osservanza nelle norme costituzionali attinenti alla giurisdizione[36]. Dunque, il processo può ritenersi realmente "*giusto*" solo, come si afferma nel successivo comma, in presenza di un "*giudice terzo e imparziale*".
Invero, la Corte Costituzionale ha più volte rilevato[37] che il principio dell'indipendenza dei giudici attiene a tutte le giurisdizioni, ordinarie o speciali, in quanto prerogativa propria della magistratura e garanzia posta a tutela del diritto di difesa dei cittadini e dell'assetto costituzionale e democratico.
Inoltre, in dottrina si è distinto tra indipendenza c.d "esterna", attinente ai rapporti esistenti tra la magistratura e gli altri poteri dello stato, ed indipendenza c.d. "interna", riguardante la posizione e la tutela del singolo magistrato all'interno dello stesso ordine giudiziario[38].
Pertanto, la tutela dell'indipendenza del giudice si realizza attraverso un'apposita disciplina relativa all'organizzazione ed al funzionamento degli uffici giudiziari e mediante la regolamentazione dello *status* dei giudici.
Nella nostra Costituzione, gli strumenti a cui è affidata la realizzazione del principio dell'indipendenza, sul piano organizzativo e funzionale, tali da garantire che il giudice sia "*sine spe ac metu*", sono :
- il principio costituzionale di sottomissione del giudice solo alla legge (onde evitare influenze da altri organi statali, art. 101, Cost.);
- il sistema di nomina del giudice (pubblico concorso o elezione popolare, art. 106, Cost.);
- l'inamovibilità (intesa come stabilità nelle funzioni e nella sede, al fine di evitare trasferimenti di convenienza per i pubblici poteri, art. 107, Cost.);
- la riserva di legge per la disciplina dell'ordinamento giudiziario (essendo la legge il principale strumento di manifestazione della democrazia, così da sottrarre all'Esecutivo la competenza in tale materia, art. 108, Cost.);
- il principio del giudice naturale precostituito per legge (al fine di evitare la creazione di appositi organi giurisdizionali per la risoluzione delle controversie, art. 25, Cost.).

Per quanto riguarda la garanzia di indipendenza dei magistrati, in riferimento al loro *status* giuridico, va posto in particolare rilievo l'autogoverno dei magistrati.
Si tratta della garanzia per eccellenza dell'organizzazione giudiziaria, volta a deter-

[24] V. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost.*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2003, pag. 1185 e ss.; M. Mengozzi, *Giusto processo e processo amministrativo*, Giuffrè, 2009, pag. 74.
[36] Corte cost., 24.04.1996, sent. n. 131.
[37] Corte cost., 22.11.1962, sent. n. 92; 16.06.1964, sent. n. 43. Nella prima sentenza (richiamata, poi, dalla seconda), si afferma che: «*anche presso gli organi di giurisdizione speciale debbano essere garantiti sia il diritto di difesa, sia l'indipendenza e l'imparzialità del giudicante; indipendenza ed imparzialità, che prima ancora di essere scritte in disposizioni particolari della Costituzione, come l'art. 108, riposano nel complesso delle norme costituzionali relative alla Magistratura e al diritto di difesa.*»
[38] Cfr. A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, pag. 22 e ss. e 61 e ss.; L. PALADIN, V. CRISAFULLI, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, 1990, pag. 636 e ss.

minare la sottrazione dei giudici all'influenza di altri organi statali, in particolare l'Esecutivo.
Tutti i provvedimenti relativi alla carriera ed allo *status* giuridico dei magistrati amministrativi (assegnazioni, promozioni, assunzioni, provvedimenti disciplinari) vengono adottati dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, in analogia a quanto avviene per i magistrati ordinari sottoposti ai provvedimenti del CSM[39].
Tale modello organizzativo, lungi dal trasformare la magistratura in una casta chiusa[40], è, in realtà, indispensabile per assicurare la terzietà del potere giurisdizionale, eliminando qualunque forma di subordinazione dei giudici al potere politico.
Si possono, poi, considerare le norme costituzionali poste a garanzia dell'imparzialità:
- il principio di uguaglianza formale (il giudice non può favorire o sfavorire le parti, dovendo limitarsi ad applicare la legge, art. 3 Cost.);
- la legittimazione ad agire in giudizio a tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi e l'inviolabilità del diritto alla difesa (il giudice non può negare la tutela nel caso di lesione di interesse legittimo o diritto soggettivo ed, al contempo, deve assicurare il diritto di difesa, art. 24, Cost.);
- il principio del giudice naturale precostituito (individuato secondo le norme che regolano la giurisdizione e la competenza, onde evitare che le parti possano scegliere l'organo giudiziario di convenienza, art. 25, Cost.).
Accanto ai principi costituzionali, vi sono anche altre norme di rango legislativo, volte a dare attuazione alla disciplina costituzionale concernente la terzietà dei magistrati.

[39] *Cfr.* art. 105, Cost.
[40] *Cfr.* D. VERONI, intervento nella seduta antimeridiana del 12.11.1947, *Atti dell'Assemblea costituente*, originali disponibili sul sito internet della camera, http://legislature.camera.it, pag. 1977-1991.

E' stato, infatti, redatto dal legislatore un elenco di comportamenti vietati ai magistrati, anche al di fuori dell'esercizio delle loro funzioni; a titolo esemplificativo, si può citare il divieto di iscrizione e partecipazione continuativa e sistematica a partiti politici[41]. Tale divieto è stato sottoposto al sindacato di legittimità costituzionale, in quanto si riteneva costituisse un'ingerenza nell'ambito dell'autogoverno dei magistrati. La Consulta ha rigettato il ricorso[42], sostenendo che l'art. 98 Cost.[43] consente di disporre il divieto di iscrizione a partiti politici, al fine di "*rafforzare la loro soggezione soltanto alla Costituzione e alla legge*"[44].
Infine, sotto il profilo dell'imparzialità, per completezza, si evidenzia l'applicabilità, anche nel processo amministrativo, della disciplina dell'astensione e della ricusazione prevista nel codice di procedura civile.

4. Gli incarichi extragiudiziari

4.1. Origini e mutamenti normativi. Problemi di compatibilità

[41] Art. 3, co. 1, lett. h), d.lgs. 109/2006 (recante la *Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati*), sostituito dall'art. 1, co. 3, lett. d), num. 2), legge 24 ottobre 2006, n. 269 (relativa alla *Sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario*): «*Costituiscono illeciti disciplinari al di fuori dell'esercizio delle funzioni:* (…)*h) l'iscrizione o la partecipazione a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici o operativi nel settore finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato*».
[42] Corte cost., 17.07.2009, sent. n. 224.
[43] Art. 98, co. 3, Cost.: «*Si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d'iscriversi ai partiti politici per i magistrati, i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero.*»
[44] *Cfr.* art. 101, Cost.

La problematica della terzietà degli organi giudicanti conduce a considerare uno specifico ambito di indagine, attinente al profilo dell'indipendenza: la compatibilità tra la funzione giurisdizionale e gli incarichi extragiudiziari (anche detti extraistituzionali).

Il tema ha ottenuto l'attenzione della dottrina (principalmente di diritto amministrativo ma anche politologica)[45] sin dagli anni settanta del secolo scorso.

Da sempre, si contrappone l'idea, ben salda nella dottrina[46], che gli incarichi estranei ai compiti d'ufficio pregiudichino l'indipendenza e l'imparzialità del giudice ed incidano sull'attuazione del principio di separazione dei poteri, a quella, piuttosto diffusa negli ambienti giudiziari[47], dell'arricchimento delle esperienze e delle conoscenze giuridiche ed istituzionali, derivanti al magistrato dallo svolgimento dell'incarico extraistituzionale, così da determinare un vantaggio per l'amministrazione giudiziaria di appartenenza, quando verranno riprese le ordinarie funzioni[48].

Il primo ed inascoltato segnale di allarme fu lanciato dalla Corte Costituzionale, in un passaggio della nota sentenza, n. 177 del 1973, con la quale il Giudice delle Leggi giudicava compatibile con la Carta fondamentale la nomina governativa di una parte dei Consiglieri di Stato[49].

La Corte, nella sua decisione, richiamava la necessità di interventi incisivi sull'organizzazione della giustizia amministrativa, al fine di garantire il rispetto del principio di uguaglianza e l'effettività della tutela per i cittadini, invitando, tra l'altro, ad un *"sostanziale contenimento degli incarichi speciali"*, al *"rigoroso rispetto delle norme relative al collocamento fuori ruolo dei magistrati del Consiglio di Stato con esclusione di deroghe"* ed a realizzare le *"condizioni necessarie perché la decisione dei ricorsi sia pronta ed in nessun caso ritardata da impegni non istituzionali dei componenti dei collegi giudicanti"*.

L'anno antecedente l'emanazione della sentenza, Aldo Sandulli esprimeva un giudizio ancora più netto sugli incarichi governativi dei Consiglieri di Stato affermando che *"una coerente applicazione dei principi costituzionali esigerebbe che i giudici dell'amministrazione non venissero in alcun modo utilizzati come ausiliari del potere o della Pubblica Amministrazione"*[50].

In quel periodo, vi era un costante impiego dei Consiglieri di Stato all'interno delle strutture ministeriali.

Il fenomeno nacque in epoca preunitaria e si affermò in maniera definitiva nel periodo fascista, quando, dopo un effimero tentativo di limitare gli incarichi estranei alla funzione giudiziaria, la possibilità di ricoprire detti incarichi fu sancita nel T.U. del Consiglio di Stato (R.D. n. 1054 del 1924).

In quegli anni, fu anche emanata, con R.D. n. 2958 del 1923, la normativa sul collocamento

---

[45] Cfr. F. FIANDANESE, *Quale disciplina per gli incarichi extragiudiziari, Quaderni di giustizia,* 1985, pag. 45 e ss.; A. PIZZORUSSO, *Compatibilità od incompatibilità delle attività extragiudiziarie col ruolo istituzionale dei magistrati ordinari,* in Quest. Giust., 1983, pag. 185 e ss.; F. ZANNOTTI, *Le attività extragiudiziarie dei magistrati ordinari,* Cedam, 1981 (ora contenuto in *Manuale dell'ordinamento giudiziario,* a cura DI G. DI FEDERICO, Cedam, 2004, pag. 588 e ss.).

[46] *Cfr.* G. DI FEDERICO, *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati: una grave minaccia per l'indipendenza e l'imparzialità del giudice, una grave violazione del principio di separazione dei poteri,* saggio introduttivo a F. ZANNOTTI, *op. cit.*

[47] *Cfr.* Cons. Stato, sez. IV, 30 aprile 2012, n. 2486.

[48] Sulla contrapposizione tra le due posizioni v. E.A. APICELLA, *Il collocamento fuori ruolo dei magistrati per incarichi extragiudiziari dopo la legge «anticorruzione»,* nota alle delibere del CSM del 7 marzo 2013 e del 23 gennaio 2013, in *Foro Italiano, vol. III, pag. 605.*

[49] *Cfr.* F. FURLAN, *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi: problemi e prospettive,* sezione telematica, *Quaderni Costituzionali,* 2012.

[50] A.M. SANDULLI, *Giudici amministrativi, concorsi ed indipendenza, Scritti giuridici,* vol. V, Napoli, Jovene, 1990, p. 595.

fuori ruolo per gli incarichi che non consentivano lo svolgimento delle funzioni di istituto, stabilendo un numero massimo (inizialmente 3 poi aumentato a 5) di Consiglieri che potevano usufruire di questo trattamento.

Nel dopoguerra, il primo riordino della materia avvenne con la L. n. 1018 del 1950, con la quale fu limitato a dodici il numero dei fuori ruolo, ma, al contempo, fu previsto che detto collocamento fuori ruolo dovesse essere di natura facoltativa, non potendo, in tal modo, la misura risultare un efficace freno alla proliferazione degli incarichi.

Attualmente, la disciplina generale è contenuta nel D.P.R. n. 3/1957 (Testo Unico degli impiegati civili dello Stato), ma il quadro normativo si presenta particolarmente complesso, in quanto sono state emanate specifiche disposizioni riguardanti i magistrati e discipline differenziate in relazione a particolari incarichi, succedutesi nel tempo.

L'art. 58 del citato decreto stabilisce che il collocamento fuori ruolo può aversi per il disimpegno di funzioni dello Stato o di altri enti pubblici, attinenti agli interessi dell'Amministrazione che lo dispone e che non rientrino nei compiti istituzionali dell'Amministrazione stessa[51].

Per i magistrati del Consiglio di Stato, l'art. 2, L. n. 1018/1950[52], prevedeva che "*potevano*" essere collocati fuori ruolo i magistrati che intendessero svolgere incarichi di carattere continuativo che non consentivano il regolare svolgimento delle funzioni di istituto; erano, invece, considerati "*di diritto*" fuori ruolo coloro che venivano nominati Ministro o Sottosegretario di Stato[53].

Tuttavia, l'art. 6, T.U. del Consiglio di Stato, consentiva la partecipazione alle attività istituzionali anche ai magistrati fuori ruolo, ove il Ministro dell'Interno, sentito il Consiglio di Presidenza, non ravvisasse ragioni di incompatibilità[54].

Successivamente, con l'art. 29 del Nuovo Ordinamento della Giurisdizione Amministrativa, L. n. 186/1982, è stato consentito il collocamento fuori ruolo solo per lo svolgimento di funzioni giuridico-amministrative presso le Amministrazioni dello Stato o enti o organismi internazionali[55].

---

[51] Art. 58, co. 1, D.P.R. n. 3/1957: «*Il collocamento fuori ruolo può essere disposto per il disimpegno di funzioni dello Stato o di altri enti pubblici attinenti agli interessi dell'amministrazione che lo dispone e che non rientrino nei compiti istituzionali dell'amministrazione stessa.*»

[52] L'art. 2, co. 1, L. 1018/1950, afferma: «*I magistrati del Consiglio di Stato ai quali con il loro consenso, siano affidati incarichi di carattere continuativo che non consentano il regolare esercizio delle funzioni di istituto, possono essere collocati fuori ruolo con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministro per il tesoro, sentito il Consiglio dei Ministri, previo parere del Consiglio di Presidenza del Consiglio di Stato.*»

[42] Art. *cit*. co. *5*, legge *cit.*: «*Oltreché nei casi previsti da altre leggi, sono considerati, di diritto, collocati fuori ruolo i magistrati nominati Ministri, Sottosegretari di Stato o Alti Commissari. Ad essi non si applicano le disposizioni dei precedenti commi.*»

[43] Art. 6, R.D. n. 1054/1924: «*Oltre ai casi stabiliti per legge o regolamento i presidenti ed i Consiglieri del Consiglio di Stato non possono ricevere o accettare incarichi o missioni estranee alle normali loro attribuzioni se non per deliberazione del Consiglio dei Ministri. Essi possono far parte anche di altri corpi consultivi della amministrazione centrale, ma devono astenersi dal voto in tutti i casi nei quali debba essere udito anche il Consiglio di Stato, salvo che trattisi dell'esame di schemi di norme legislative o regolamentari.*

I Consiglieri di Stato destinati ad altri uffici o investiti di speciali incarichi o missioni, anche se collocati fuori ruolo, potranno, in deroga ad ogni altra contraria disposizione, essere chiamati a partecipare ai lavori del Consiglio di Stato, sempre che il Ministro per l'interno, udito il Consiglio di Presidenza del Consiglio di Stato, riconosca che non vi sia alcuna ragione di incompatibilità.»

[44] Art. 29, L. 186/1982: «*Il collocamento fuori ruolo può essere disposto soltanto per i magistrati che abbiano svolto funzioni di istituto per almeno quattro anni.*

Il fuori ruolo poteva essere disposto per un limite massimo di venti unità solo ove il magistrato avesse svolto funzioni di istituto per almeno quattro anni; la permanenza fuori ruolo (salvi i casi di diritto sopra menzionati) non poteva avere durata superiore a tre anni consecutivi e non poteva essere nuovamente disposta se non fossero decorsi due anni di effettivo svolgimento di attività giudiziaria[56].

L'art. 13, co. 2, n.3, attribuiva all'organo di autogoverno, il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, la competenza a deliberare in ordine agli incarichi estranei alla funzione, "*in modo da assicurare un'equa ripartizione sia degli incarichi, sia dei relativi compensi*".[57]

D'altra parte, l'art. 13, co. 4, L. 1034/1971 vietava *in toto* ai magistrati dei T.A.R. lo svolgimento di incarichi extraistituzionali.[58]

Il successivo intervento di riforma è stato posto in essere dall'art. 58, comma 2 e 3, del d.lgs. 29 del 1993, con il quale è stata operata la delegificazione della materia degli incarichi extraistituzionali dei magistrati[59].

Questa disposizione presenta dei forti dubbi di costituzionalità, come affermato anche dalla Corte Costituzionale, *obiter dictum*, nella sentenza n. 224 del 1999.

Il Giudice delle Leggi ha sottolineato di non essere chiamato, in quella sede, a giudicare riguardo la conformità a Costituzione della norma considerata, ma ha provveduto ugualmente a dettare un principio applicabile anche a tale fattispecie.

Tali dubbi di incostituzionalità hanno determinato il rifiuto del CSM di formulare il parere sul progetto di regolamento riguardante gli incarichi extragiudiziari dei magistrati ordinari, mentre, per quanto riguarda i magistrati amministrativi, il regolamento delegato (ottenuto il *placet* dell'Adunanza plenaria in data 7 giugno 1993 e del Consiglio di Presidenza) è stato rapidamente emanato con D.P.R.. n. 418 del 1993.

Tale regolamento ha riconosciuto che l'espletamento dell'incarico è in grado di determinare una situazione pregiudizievole per l'indipendenza e l'imparzialità del magistrato (ovvero per il prestigio e l'immagine della magistratura) ed il divieto di consentirlo in detto caso[60]. Sono stati, comunque, individuati criteri

---

Fermo restando il disposto di cui al quinto comma dell'articolo 2 della legge 21 dicembre 1950, n. 1018, *la permanenza fuori ruolo non può avere durata superiore a tre anni consecutivi e non e' consentito, dopo il triennio un nuovo collocamento fuori ruolo se non dopo due anni di effettivo esercizio delle funzioni di istituto.*

E' consentito il collocamento fuori ruolo solo per lo svolgimento di funzioni giuridico-amministrative presso le amministrazioni dello Stato, ovvero enti od organismi internazionali ai sensi della legge 27 luglio 1962, n. 1114. In nessun caso e' consentito il collocamento fuori ruolo di magistrati oltre le 20 unità »

[56] V. nota precedente.

[57] Art. 13, co. 2, num. 3), L. *cit.* sancisce la competenza del Consiglio di Presidenza a deliberare sul «*conferimento ai magistrati stessi di incarichi estranei alle loro funzioni, in modo da assicurare un'equa ripartizione sia degli incarichi, sia dei relativi compensi.*»

[58] Art. 13, co. 4, L. 1034/1971: «*I magistrati amministrativi regionali non possono essere in alcun caso chiamati ad esercitare funzioni o ad espletare compiti diversi da quelli istituzionali.*»

[59] Art. 58., co. 3, d.lgs. n. 29/1993: «*Ai fini previsti dal comma 2, con appositi regolamenti, da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2 della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro il termine di centocinquanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono emanate norme dirette a determinare gli incarichi consentiti e quelli vietati ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, nonché agli avvocati e procuratori dello Stato, sentiti, per le diverse magistrature, i rispettivi istituti.*»

[49] Nella sentenza 03.06.1999 n. 224, la Consulta ha affermato che «*la disciplina legislativa che determina la possibilità, i limiti, le condizioni e le modalità per l'attribuzione a magistrati (dell'ordine giudiziario o delle giurisdizioni speciali), di incarichi estranei ai loro compiti di istituto [...] attiene allo status del magistrato e rientra dunque nell'ambito di copertura della riserva di legge statale, prevista dall'art. 108, comma 1, della Costituzione.*»

[60] Art. 2., co. 2, D.P.R. 418/1993: «Gli incarichi non possono essere conferiti ne' autorizzati quando l'espletamento degli stessi, tenuto anche conto delle circostanze ambientali, sia

preventivi ed oggettivi, che dovranno essere tenuti in considerazione (compatibilità con l'attività d'istituto, adeguatezza del profilo, ragioni di opportunità), ed è stata attribuita al Consiglio di Presidenza la decisione sul caso concreto[61].

I parametri sono stati successivamente precisati dal CPGA con deliberazione approvata nella seduta del 18 dicembre 2001.

Inoltre, l'art. 2 del D.P.R. 418/1993 ha stabilito che i magistrati amministrativi (magistrati dei TAR) non possono ricoprire cariche, nè svolgere incarichi, se non nei casi espressamente previsti da leggi dello Stato o dal regolamento[62].

Vi sono stati numerosi procedimenti giurisdizionali relativi all'impugnazione delle norme generali indicate nella deliberazione del 18.12.2001 e delle conseguenti delibere del CPGA di diniego di autorizzazione ad incarichi extraistituzionali.

In particolare, rilevano diverse sentenze del TAR Lazio[63], che ha deciso in senso favorevole ai ricorrenti e che sono state confermate in appello.

Ci si può soffermare sulla sentenza n. 6859 del 2002, con cui la prima sezione del TAR Lazio accoglieva il ricorso promosso da un Consigliere di Stato, che si era visto respingere dal CPGA la richiesta di collaborare, quale consigliere giuridico, con la regione Puglia, in forza dell'ultimo comma dell'art. 16 del regolamento approvato dal Consiglio di Presidenza.

L'adìto giudice riteneva che il divieto, imposto da detta disposizione, di assumere incarichi di studio, ricerca e collaborazione presso le Regioni, nonché presso gli enti territoriali e locali, non trovava riscontro nel D.P.R. n. 418 del 1993 e, pertanto, sia la delibera di diniego, sia la norma generale contenuta nella determinazione del CPGA del 18.12.2001, dovevano essere annullate.

Il Consiglio di Stato, nel confermare, con la sent. n. 4406 del 2003, la decisione di annullamento, operava una integrazione della motivazione, cercando di recuperare uno spazio di azione per il CPGA.

L'organo giudicante affermava l'illegittimità del divieto generalizzato posto dall'art. 16 della determinazione del CPGA del 18 dicembre 2001, discendente dall'individuazione di limiti ulteriori rispetto al D.P.R. 418/1993. Tuttavia, riconosceva al Consiglio di Presidenza non solo il potere/dovere di non autorizzare un incarico di tipo locale, se, nel caso concreto, risultasse pregiudizievole per l'indipendenza e l'imparzialità del magistrato, ma anche di *"individuare negli incarichi "locali" una fonte di possibile pregiudizio della indipendenza ed imparzialità del magistrato e dunque ritenere, in via generale ed astratta, l'inopportunità dei medesimi"*[64].

Si sono succeduti, poi, diversi atti normativi, che hanno imposto il collocamento fuori ruolo in relazione a specifici incarichi[65].

Il d.lgs. n. 165/2001 (T.U. del pubblico impiego) prevedeva, all'art. 23-bis, modificato dal d.lgs. 150/2009), il collocamento in aspettativa senza assegni dei magistrati, per lo svolgimento di attività presso soggetti ed organismi pubblici o privati, anche operanti in sede internazionale,

---

suscettibile di determinare una situazione pregiudizievole per l'indipendenza e l'imparzialità del magistrato, o per il prestigio e l'immagine della magistratura amministrativa.»

[61] Art. 3, D.P.R. *cit.*

[62] Art. 2, co. 1, D.P.R. *cit.*: «*I magistrati amministrativi non possono ricoprire cariche, ne' svolgere incarichi, di cui* all'art. 1 *del presente regolamento, se non nei casi espressamente previsti da leggi dello stato o dal presente regolamento.*»
L'art. 3 contiene un lungo elenco di incarichi consentiti.

[63] Ad esempio, TAR Lazio, 27.08.2002, sent. n. 7443, confermata in appello, Cons. Stato, 30.07.2003, sent. n. 4407.

[64] Cons. Stato, 30.07.2003, sent. n. 4406.

[65] *Cfr.* L. 317/1993, L. 303/1993.

ferma restando la disciplina prevista per il collocamento fuori ruolo[66].

La norma introduceva l'aspettativa, mediante una disciplina aggiuntiva e derogatoria rispetto al regime ordinario di incompatibilità (per questo di stretta interpretazione), consentendo al magistrato di assumere incarichi presso qualsiasi soggetto pubblico a domanda, salvo preminenti esigenze organizzative dell'Amministrazione di appartenenza.

Il collocamento fuori ruolo e l'aspettativa sono istituti affini, che comportano il mancato esercizio della prestazione lavorativa istituzionale ed il permanere dei diritti ed obblighi derivanti dallo *status* giuridico di magistrato, ma che, al contempo, rispondono a diverse finalità.

La distinzione è evidenziata da Virga[67], il quale inserisce il collocamento fuori ruolo nell'ambito delle modificazioni del rapporto di impiego che non comportano una sospensione della prestazione, mentre considera l'aspettativa come una trasformazione temporanea del rapporto consistente nella sospensione della prestazione[68].

Il collocamento fuori ruolo implica una diversa modalità di svolgimento della prestazione lavorativa resa nei confronti di una differente Pubblica Amministrazione.

Come già affermato nell'art. 58, T.U. n. 3/1957, il mutamento del rapporto lavorativo è giustificato da un interesse dell'Amministrazione allo svolgimento di compiti diversi da quelli istituzionali. Il lavoratore, dunque, non recide il rapporto di servizio, ma avrà diritto a rientrare in seguito alla cessazione dell'incarico istituzionale, anche in soprannumero, e risulta pienamente titolare dello *status* giuridico di magistrato, in relazione soprattutto al profilo economico e della carriera; resta soltanto escluso dallo svolgimento di funzioni giudiziarie, al fine di assicurare il principio costituzionale di buon andamento.

L'aspettativa determina la sospensione dell'obbligo per l'impiegato di prestare servizio e di esercitare la funzione connessa all'ufficio al quale è addetto. In linea generale, si applicano le norme stabilite per il pubblico impiego, salvo la speciale disciplina fissata dagli artt. 202[69] e 203[70] del R.D. n. 12/1941. Il periodo trascorso dai magistrati in aspettativa non importa interruzione del servizio, né pregiudizio all'anzianità.

La normativa del testo unico è stata ritenuta insoddisfacente.

In effetti, lo svolgimento di incarichi extraistituzionali non determina la totale sospensione

---

[66] Art. 23-bis, co. 3, d.lgs. n. 165/2001: «*Per i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, e per gli avvocati e procuratori dello Stato, gli organi competenti deliberano il collocamento in aspettativa, fatta salva per i medesimi la facoltà di valutare ragioni ostative all'accoglimento della domanda.*»

[67] P. VIRGA, *Diritto amministrativo. I principi*, Giuffrè, 1983, 204 e ss.

[58] Sulle stesse posizioni, *cfr.* Cons. St., sez. II, 24 giugno 1992, n. 899.

[69] Art. 202, R.D. n. 12/1941: «*Il periodo trascorso dai magistrati in aspettativa per servizio militare o per motivi di salute non importa interruzione di servizio, né pregiudizio all'anzianità, salve le disposizioni vigenti in ordine al tempo utile per la pensione.*

Nel caso di sospensione dall'ufficio, seguita da un provvedimento disciplinare di rimozione o di destituzione, si deduce dal servizio, agli effetti dell'eventuale trattamento di quiescenza, il periodo di durata della sospensione medesima».

[70] Art. 203, R.D. *cit.*,: « *Il magistrato in aspettativa è posto immediatamente fuori del ruolo organico, se l'aspettativa fu concessa per motivi di famiglia, e dopo due mesi, se per motivi di salute o per servizio militare*»

I relativi posti sono dichiarati vacanti.

Al termine dell'aspettativa, il magistrato ha diritto di occupare il posto che aveva nella graduatoria di anzianità, salve le disposizioni vigenti in ordine al tempo utile per la pensione. Egli è destinato ad una delle sedi disponibili, a giudizio del Ministro, previa interpellazione se trattasi di magistrato inamovibile. Se il magistrato non accetta la sede offertagli, è confermato in aspettativa, ma questa non può eccedere il termine massimo consentito dalla legge.»

dell'attività lavorativa; pertanto, l'istituto dell'aspettativa non poteva considerarsi appropriato.
Inoltre, vanno considerate anche le ragioni di carattere economico; infatti, l'aspettativa senza assegni consentiva di percepire il solo stipendio per l'incarico extragiudiziario, spesso molto più corposo del corrispettivo ottenuto per l'attività istituzionale.[71]
Da ciò, numerose sollecitazioni e pressioni per una riforma, avvenuta il 6 novembre 2012, con la legge n. 190, recante *disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione*.

4.2. La L. 190/2012 e la riforma del D.L. n. 90/2014 convertito con legge 11.08.2014, n. 114

L'art. 1, co. 66, L- 190/2012, stabilisce che gli incarichi extragiudiziali in posizioni apicali o semiapicali presso istituzioni, organi ed enti pubblici, nazionali ed internazionali, compresi quelli di titolarità dell'ufficio di gabinetto, possono essere conferiti ai magistrati con contestuale collocamento in posizione di fuori ruolo, che deve permanere per tutta la durata dell'incarico[72].
Vi è, dunque, un'estensione dell'ambito di applicazione del fuori ruolo ed il conseguente superamento dell'aspettativa.

Si prevede, inoltre, un termine massimo di dieci anni complessivi, anche non continuativi, e l'esclusione del pregiudizio alla posizione giuridica di appartenenza[73].
Il termine decennale è volto ad evitare l'allontanamento prolungato dalle funzioni di istituto, con conseguente nocumento per la professionalità specifica dell'interessato, ma non può ritenersi adeguato, soprattutto, considerato che i dieci anni possono essere anche continuativi.
Tale normativa richiama quella prevista per i giudici ordinari all'interno del d.lgs. n. 160/2006[74].
Inoltre, sul piano retributivo, la L. n. 214/2011, di conversione del D.L. n. 201/2011, onde evitare che il magistrato fuori ruolo percepisca due stipendi, ha stabilito la corresponsione dello stipendio istituzionale, con un'indennità supplementare non superiore al 25% per l'incarico extragiudiziario[75].

---

[71] D'altra parte, bisogna considerare che il collocamento fuori ruolo determinava, talvolta, anche l'erogazione di due stipendi.

[72] Art. 1, co. 66, L. 190/2012: «*Tutti gli incarichi presso istituzioni, organi ed enti pubblici, nazionali ed internazionali attribuiti in posizioni apicali o semiapicali, compresi quelli di titolarita' dell'ufficio di gabinetto, a magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, avvocati e procuratori dello Stato, devono essere svolti con contestuale collocamento in posizione di fuori ruolo, che deve permanere per tutta la durata dell'incarico. Gli incarichi in corso alla data di entrata in vigore della presente legge cessano di diritto se nei centottanta giorni successivi non viene adottato il provvedimento di collocamento in posizione di fuori ruolo.*»

[73] Art. *cit., co. 68,* L. *cit.*: «*Salvo quanto previsto dal comma 69, i magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, gli avvocati e procuratori dello Stato non possono essere collocati in posizione di fuori ruolo per un tempo che, nell'arco del loro servizio, superi complessivamente dieci anni, anche continuativi. Il predetto collocamento non puo' comunque determinare alcun pregiudizio con riferimento alla posizione rivestita nei ruoli di appartenenza*».

[74] Art. 50, co. 2, d.lgs. 160/2006*: «Il collocamento fuori ruolo non puo' superare il periodo massimo complessivo di dieci anni, con esclusione del periodo di aspettativa per mandato parlamentare o di mandato al Consiglio superiore della magistratura. (…)*»

[75] Art. 23-ter, co. 2, D.L. 201/2011, conv. con L. 214/2011,: «*Il personale di cui al comma 1 che è chiamato, conservando il trattamento economico riconosciuto dall'amministrazione di appartenenza, all'esercizio di funzioni direttive, dirigenziali o equiparate, anche in posizione di fuori ruolo o di aspettativa, presso Ministeri o enti pubblici nazionali, comprese le autorità amministrative indipendenti, non può ricevere, a titolo di retribuzione o di indennità per l'incarico ricoperto, o anche soltanto per il rimborso delle spese, più del 25 per cento dell'ammontare complessivo del trattamento economico percepito*».

Il co. 67, L. n. 190/2012, attribuiva anche una delega al Governo al fine di individuare altri incarichi - diversi da quelli apicali e semiapicali -, a cui applicare tale regime di incompatibilità[76], ma non è seguito alcun decreto legislativo a darle attuazione.

Nel complesso, la tecnica legislativa utilizzata non è brillante e si caratterizza per una serie di rinvii ed espressioni indeterminate.

Risulta incerta, ad esempio, l'individuazione della collocazione apicale o semiapicale dell'incarico, che il legislatore non ha potuto definire puntualmente per la pluralità dei modelli organizzativi delle amministrazioni pubbliche e va, dunque, operata in riferimento agli ordinamenti dei singoli enti.

Il recentissimo D.L. n. 90 del 24.06.2014 convertito con legge 11.08.2014, n. 114 ha provveduto a confermare la disciplina del 2012 e a precisare (in modo, purtroppo, non risolutivo) questioni al centro delle discussioni mediatiche e politiche.

L'art. 8 generalizza l'istituto del fuori ruolo, prevedendolo non più soltanto per l'ufficio di gabinetto, ma anche, per gli uffici di diretta collaborazione, ivi inclusi quelli di consulente giuridico, nonché quelli di componente degli organismi indipendenti di valutazione; inoltre, esclude il ricorso all'aspettativa - che, però, viene fatta salva, qualora sia stata già concessa - ed impone ulteriori oneri di pubblicità[77].

Elemento di particolare importanza è il riferimento agli uffici di diretta collaborazione, che comprendono - oltre al servizio del controllo interno/organismo di valutazione della performance ed al servizio di consulenza giuridica, come specificamente stabilito dal legislatore - gli uffici di gabinetto, l'ufficio legislativo, l'ufficio stampa/portavoce, la segreteria del Ministro, la segreteria tecnica. In qualche ministero (Ministero dell'Ambiente, Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, Ministero dei Beni ed Attività Culturali) è anche previsto l'ufficio del consigliere diplomatico ovvero l'ufficio cerimoniale.

Per quanto concerne i Ministri senza portafoglio, gli uffici di diretta collaborazione sono disciplinati dall'art. 6 del D.P.C.M. del 23 luglio 2002, che ne limita la composizione a ufficio di

---

[76] Art. 1, co. 67, L. 190/2012: «*Il Governo e' delegato ad adottare, entro quattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo per l'individuazione di ulteriori incarichi, anche negli uffici di diretta collaborazione, che, in aggiunta a quelli di cui al comma 66, comportano l'obbligatorio collocamento in posizione di fuori ruolo, sulla base dei seguenti principi e criteri direttivi: a) tener conto delle differenze e specificita' dei regimi e delle funzioni connessi alla giurisdizione ordinaria, amministrativa, contabile e militare, nonche' all'Avvocatura dello Stato; b) durata dell'incarico; c) continuativita' e onerosita' dell'impegno lavorativo connesso allo svolgimento dell'incarico; d) possibili situazioni di conflitto di interesse tra le funzioni esercitate presso l'amministrazione di appartenenza e quelle esercitate in ragione dell'incarico ricoperto fuori ruolo*».

[77] Art. 8, D.L. n. 90/2014, convertito con legge 11.08.2014, n. 114: «*All'articolo 1, comma 66, della legge 6 novembre 2012 n. 190, sono apportate le seguenti modificazioni: a) le parole: "compresi quelli di titolarita' dell'ufficio di gabinetto" sono sostituite dalle seguenti: "compresi quelli, comunque denominati, negli uffici di diretta collaborazione, ivi inclusi quelli di consulente giuridico, nonché quelli di componente degli organismi indipendenti di valutazione"; b) dopo il primo periodo e' inserito il seguente: "E' escluso il ricorso all'istituto dell'aspettativa.".*

Gli incarichi di cui all'articolo 1, comma 66, della legge n. 190 del 2012, come modificato dal comma 1, in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, cessano di diritto se nei trenta giorni successivi non e' adottato il provvedimento di collocamento in posizione di fuori ruolo.

Sono fatti salvi i provvedimenti di collocamento in aspettativa gia' concessi alla data di entrata in vigore del presente decreto.

Sui siti istituzionali degli uffici giudiziari ordinari, amministrativi, contabili e militari nonche' sul sito dell'Avvocatura dello Stato sono pubblicate le statistiche annuali inerenti alla produttivita' dei magistrati e degli avvocati dello Stato in servizio presso l'ufficio. Sono pubblicati sui medesimi siti i periodi di assenza riconducibili all'assunzione di incarichi conferiti.»

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

gabinetto, settore legislativo, segreteria particolare e ufficio stampa.
L'estensione del fuori ruolo deve essere valutata positivamente, in quanto volta a consentire un'omogeneizzazione della disciplina degli incarichi extraistituzionali dei magistrati.
Infatti, numerosi problemi interpretativi erano sorti a causa della difficoltà nel distinguere gli incarichi a cui fosse applicabile il fuori ruolo, da quelli che potevano essere svolti con il ricorso all'istituto dell'aspettativa.
A tal proposito, si può citare la sentenza n. 1206/2004 del T.A.R. Lazio, emanata a conclusione di una controversia nascente dalla nomina, a Presidente dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, di un magistrato amministrativo, Presidente di Sezione del Consiglio di Stato.
Il magistrato ricorrente aveva comunicato al Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa l'avvenuta nomina e richiesto il collocamento fuori ruolo. L'organo di autogoverno, invece, aveva ritenuto inopportuno il collocamento fuori ruolo ed applicabile l'istituto dell'aspettativa senza assegni[78].
Inoltre, come già sostenuto[79], l'istituto del collocamento fuori ruolo appare maggiormente appropriato alla fattispecie in esame, in quanto il magistrato non sospende totalmente lo svolgimento dell'attività lavorativa (come, invece, avviene con l'istituto dell'aspettativa), ma presta il suo servizio presso una diversa Amministrazione.
Infine, vi sono anche ragioni di carattere economico; infatti, come precedentemente illustrato[80], il magistrato fuori ruolo continua a percepire lo stipendio corrispondente all'incarico istituzionale, con un'indennità non superiore al 25%.
Tuttavia, nonostante nell'immediato possa darsi una valutazione positiva della nuova normativa di cui al D.L. 90/2014 convertito con legge 114/2014, bisogna riconoscere che permangono ancora margini di incertezza, a causa della mancata precisazione degli incarichi apicali e semiapicali, indicati nell'art. 1, co. 66, L. 190/2012, a cui l'articolo 8 del decreto si riferisce.
Infine, per assicurare la trasparenza nel conferimento di incarichi extraistituzionali e la produttività degli uffici giudiziari, il legislatore ha previsto la pubblicazione di statistiche annuali, che si vanno ad aggiungere agli ulteriori obblighi di pubblicità, che già gravano sulle amministrazioni e sugli organi di autogoverno[81].

5. Conclusioni

Lo studio affrontato delinea delle problematiche di fondo sul tema della terzietà dell'organo giudicante amministrativo, intesa come sommatoria dell'imparzialità (profilo soggettivo) ed indipendenza (profilo oggettivo).
In particolare, alla luce dell'avvicendarsi delle numerose riforme legislative, è stata approfondita la tematica dell'indipendenza del giudice amministrativo, in riferimento agli incarichi extraistituzionali ed alle conseguenti incompatibilità.
L'attuale disciplina di riferimento è la L. 190/2012, modificata dal recentissimo D.L. 90/2014 convertito in legge, che ha generalizzato l'istituto del collocamento fuori ruolo, sostituendolo all'aspettativa.

[78]Il TAR Lazio ha ritenuto che il collocamento fuori ruolo del magistrato del Consiglio di Stato nominato Presidente del citato Istituto Poligrafico non fosse automatico, essendo tale solo il collocamento fuori ruolo disciplinato dagli art. 3, co. 3, lett. b) e 9, co. 2, D.P.R. 6 ottobre 1993 n. 418.
[79]*Cfr*. par. 4.1
[80]V. nota prec.
[81]V. d.lgs. n. 35/2006 per gli obblighi di pubblicità a carico del Consiglio di Presidenza; la L. n. 190/2012 *cit.* ed il d.lgs. n. 33/2013 per gli obblighi imposti alle amministrazioni.

L'intervento è sicuramente da considerarsi positivo, poiché volto a superare le ambiguità createsi a seguito della stratificazione e della proliferazione normative, iniziate già nel periodo fascista.

Tuttavia, sul piano della effettiva idoneità a determinare l'indipendenza dei magistrati amministrativi, si deve ritenere che permane un margine di opinabilità, soprattutto in riferimento al termine decennale del collocamento fuori ruolo ed alla mancata determinazione degli incarichi apicali e semiapicali.

Il magistrato, infatti, dopo essersi allontanato per dieci anni dall'attività giudiziaria, potrebbe aver acquisito una diversa *forma mentis* e parametri di valutazione estremamente distanti dalla professionalità giudiziaria. Dunque, sarebbe stato opportuno, almeno in sede di conversione, l'inserimento di un termine più breve per la permanenza fuori ruolo, come pure, per prevenire future controversie, la individuazione degli incarichi *de quibus*.

Pertanto, la terzietà degli organi giudicanti, in riferimento agli incarichi extraistituzionali, rappresenta una problematica complessa, in quanto garanzia di un ordinamento democratico, in cui deve essere assicurata al cittadino una tutela piena ed effettiva nell'ambito dei rapporti con la P.A.

Si tratta di una questione meritevole di attenzione da parte del legislatore, al fine di evitare degenerazioni e vuoti di tutela.