

Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi: problemi e prospettive*

di Federico Furlan **
(12 novembre 2012)

Sommario: 1. Premessa: motivi di interesse e limitazione dell'indagine. - 2. Gli incarichi politico-amministrativi tra storia ed attualità. - 3. Le altre tipologie di incarichi: arbitrali, di insegnamento, concorsuali. - 4. Il dato normativo: dal dPR 418 del 1993 ad oggi. - 5. I criteri approvati dal Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa nella seduta del 18 dicembre 2001 e gli interventi demolitori degli organi di giustizia amministrativa. - 6. I principi costituzionali coinvolti: separazione dei poteri; indipendenza; imparzialità/terzietà del giudice; tutela giurisdizionale dei diritti. - 7. De iure condendo.

1. Premessa: motivi di interesse e limitazione dell'indagine

Il tema degli incarichi extraistituzionali (anche detti extragiudiziari) affidati ai magistrati delle giurisdizioni amministrative ha ottenuto l'attenzione della dottrina (principalmente di diritto amministrativo ma anche politologica) sin dagli anni settanta del secolo scorso.

Il primo ed inascoltato segnale di allarme fu lanciato dalla Corte costituzionale, in un passaggio di quella 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.

La Corte richiamava, nella sua decisione, 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”*.

In quello stesso anno 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*

* Scritto sottoposto a *referee*.

dell'amministrazione non venissero in alcun modo utilizzati come ausiliari del potere o della Pubblica Amministrazione”¹.

Negli anni seguenti un saggio di G.P. Storchi del 1977², poneva in risalto il ruolo politico del Consiglio di Stato e, in particolare, ricostruiva, mettendole sotto esame, le brillanti “carriere parallele” dei (o meglio di una ristretta *elite* di) magistrati di Palazzo Spada all'interno dei gabinetti ministeriali e negli enti pubblici strumentali.

In quegli anni, il costante impiego dei Consiglieri di Stato all'interno delle strutture ministeriali, fenomeno nato nel periodo statutario ma in significativa crescita nel periodo repubblicano, veniva analizzato nell'ambito di una crisi del supremo consesso amministrativo medesimo, evidenziando gli elementi patologici di quell'embricazione tra giurisdizione ed amministrazione (l'espressione è di Mario Nigro³) che contraddistingueva il sistema di giustizia amministrativa italiana fin dalla sua nascita e che i Costituenti avevano espressamente accettato nell'approvare l'art. 100 Cost..

Riapparso nel dibattito pubblico a seguito delle proposte elaborate dalla Bicamerale D'Alema nel 1998 in relazione alla giurisdizione amministrativa (ed alla distinzione tra attività consultiva e giurisdizionale)⁴, il tema è salito, negli ultimi anni, all'onore delle cronache giornalistiche nell'ambito di inchieste condotte dalla stampa periodica ovvero da trasmissioni televisive, nelle quali si segnalava il rilevante dato economico e carrieristico degli incarichi assunti al di fuori delle funzioni dai magistrati amministrativi, con specifico riferimento agli incarichi arbitrali ed a quelli politico-amministrativi⁵.

1 SANDULLI A. M., *Giudici amministrativi, concorsi ed indipendenza* (1973), ora in Scritti giuridici, vol. V, Napoli, Jovene, 1990, p. 595.

2 STORCHI G.P., *Materiali per una analisi del ruolo politico del Consiglio di Stato. Gli incarichi esterni dei magistrati amministrativi*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1977, p. 536 ss..

3 NIGRO M., *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore*, in Scritti giuridici, Vol. II, Milano, 1996, p. 1053 ss..

4 Un commento sulle scelte della Bicamerale in materia è svolto da GIACCHETTI S., *Bicamerale e giurisdizione amministrativa*, in Consiglio di Stato, 1997, p. 1009 ss..

5 Le indagini più approfondite su questo argomento nel recente passato sono state condotte da STELLA RIGHETTINI M., *Il giudice amministratore*, Bologna, 1998, p. 193 ss. e da NEGLIA F., *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi*, in Dir. Pubbl., 2001, p. 701 ss..

Da ultimo si è segnalato il fenomeno della nomina di Consiglieri di Stato anche nelle autorità amministrative indipendenti, i cui atti, non lo si dimentichi sono sottoposti al controllo giurisdizionale della magistratura amministrativa.

Su queste stesse tematiche si sono svolti, nel recente passato, alcuni dibattiti parlamentari, originati da interrogazioni (on. Buemi 2.8.2006, in merito al cumulo di incarichi in capo ad un membro del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa; sen. Pedica 4-00562 del 24.9.2008, in merito alla incompatibilità tra incarichi di diretta collaborazione e compiti giurisdizionali⁶) ed interpellanze (sen. Lannutti, 10.3.2010, relativa agli incarichi arbitrali) presentate da parte di esponenti dell'opposizione.

Suscita, peraltro, curiosità il fatto che mentre per gli incarichi extragiudiziari dei magistrati ordinari, che sono stati sempre contenuti nel numero grazie all'interpretazione restrittiva dell'art. 16 del decreto Grandi⁷, RD n. 12 del 1941, fatta propria dal CSM⁸, sono stati proposti e si sono tenuti ben due referendum abrogativi (nel 1997 e nel 2000, in entrambi i casi senza raggiungere il quorum costitutivo), il medesimo tema, con riferimento ai magistrati speciali, non sia stato in nessun modo considerato dai movimenti referendari.

Ci si limiterà, in questo lavoro, all'esame degli aspetti più prettamente costituzionalistici. Quali siano i beni giuridici in gioco è presto detto:

- da un lato si pongono (a1) l'aspirazione del magistrato a svolgere attività esterne rispetto alla funzione giudiziaria (nel caso dei consiglieri di Stato

6 Nel rispondere a questa interrogazione il ministro per i rapporti con il Parlamento osservava come il fenomeno degli incarichi extra giudiziari dei magistrati amministrativi avesse un fondamento storico e costituzionale e come fosse erroneo parlare di incarichi extra-istituzionali dal momento che si tratta di incarichi previsti dalla legge dello stato e dunque pienamente legittimi.

7 RD n. 12 del 1941 (come modificato dalla L. n. 97 del 1979) Art. 16 "Incompatibilità di funzioni. I magistrati non possono assumere pubblici o privati impieghi od uffici, ad eccezione di quelli di senatore, di consigliere nazionale o di amministratore gratuito di istituzioni pubbliche di beneficenza. Non possono nemmeno esercitare industrie o commerci, nè qualsiasi libera professione. Salvo quanto disposto dal primo comma dell'art. 61 dello statuto degli impiegati civili dello Stato, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, non possono, inoltre, accettare incarichi di qualsiasi specie nè possono assumere le funzioni di arbitro, senza l'autorizzazione del Consiglio superiore della magistratura. In tal caso, possono assumere le funzioni di arbitro unico o di presidente del collegio arbitrale ed esclusivamente negli arbitrati nei quali è parte l'Amministrazione dello Stato ovvero aziende o enti pubblici, salvo quanto previsto dal capitolato generale per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 16 luglio 1962, n. 1063"

8 Si v. da ultimo la circolare n. 19612 del 4 agosto 2010.

anche alla funzione consultiva) in grado di contribuire alla formazione professionale (e di portare eventualmente un rendiconto economico) e (a2) la necessità del potere politico (in specie dei titolari dei dicasteri) di poter disporre, quali stretti collaboratori (capo di gabinetto, capo dell'ufficio legislativo, esperto), di soggetti preparati dal punto di vista giuridico, esperti del diritto e dell'organizzazione amministrativa, leali e zelanti;

- dall'altro lato, si pongono i principi costituzionali che presiedono allo svolgimento delle funzioni giurisdizionali e consultive dei giudici speciali e quindi (b1) il principio fondamentale della separazione dei poteri, (b2) l'indipendenza del Consiglio di Stato dal governo (art. 100 Cost.), (b3) l'indipendenza ed imparzialità del giudice amministrativo anche in relazione alla tutela dei diritti ed interessi legittimi lesi da atti della pubblica amministrazione (artt. 108, comma 2; 111, comma 2; 113 Cost.), (b4) la sussistenza di posizioni di conflitto di interessi.

Si esaminerà in quale modo il bilanciamento tra le citate opposte esigenze sia stato tradotto in disposizioni normative e come queste siano state interpretate ed attuate dall'organo di autogoverno della magistratura amministrativa (il Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa - CPGA), a partire dalla sua istituzione nel 1982.

Non ci si occuperà, invece, degli incarichi extraistituzionali degli altri giudici speciali e, in particolare, dei magistrati della Corte dei Conti, la cui situazione presenta profili di affinità con quelli dei magistrati amministrativi ma è meritevole di una trattazione differenziata.

2. Gli incarichi politico-amministrativi tra storia ed attualità

2.1. La nozione - Gli incarichi di diretta collaborazione ministeriale

La nostra indagine parte dagli incarichi politico-amministrativi, la categoria che desta maggiori perplessità e crea i maggiori problemi di compatibilità costituzionale: in essa rientrano gli incarichi di diretta collaborazione ministeriale, ovvero i ruoli ricoperti in quel particolare ed apicale settore di amministrazione centrale che supporta il Ministro nello svolgimento delle

funzioni di indirizzo politico-amministrativo, e gli altri incarichi di natura fiduciaria che il titolare di un dicastero può attribuire anche a soggetti esterni all'amministrazione.

In questa tipologia di incarichi si ha un soggetto che è preposto, dal titolare di un dicastero, all'esercizio di pubbliche funzioni sulla base di un rapporto fiduciario. La durata del rapporto di collaborazione è legata alla permanenza in carica del responsabile politico, il quale può, peraltro, procedere alla revoca anticipata dell'incarico in caso di lesione del rapporto fiduciario.

Gli uffici di diretta collaborazione sono oggi disciplinati dall'art. 14, comma 2, del d.lgs. 165 del 2001 (già art. 13 del d.lgs. 29 del 1993), nonché dall'art. 7 del d.lgs. 300 del 1999; queste due disposizioni rinviano a successivi regolamenti l'istituzione e la disciplina specifica all'interno dei diversi ministeri.

La funzione precipua di questi uffici è quella di fornire competenze di supporto e di raccordo con l'amministrazione e ad essi possono essere assegnati collaboratori esterni all'amministrazione (con contratti a tempo determinato ovvero di collaborazione coordinata e continuativa) ma anche dipendenti pubblici in posizione di aspettativa, fuori ruolo o comando, purché dotati di elevata professionalità.

L'art. 7 del d.lgs. 300 prevede una specifica norma per l'organizzazione del settore giuridico legislativo, statuendo che deve assicurare il raccordo permanente con l'attività normativa del Parlamento, del Governo e garantire una serie di valori quali la qualità del linguaggio normativo, l'applicabilità delle norme introdotte, lo snellimento e la semplificazione.

Di norma gli uffici di diretta collaborazione sono i seguenti:

a) ufficio di Gabinetto; b) ufficio legislativo; c) servizio del controllo interno/organismo di valutazione della performance; d) ufficio stampa/portavoce; e) segreteria del Ministro; f) segreteria tecnica; in qualche ministero (Ambiente, MIUR, MIBAC) 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 dPCM 23 luglio 2002 che ne limita

la composizione a ufficio di gabinetto, settore legislativo, segreteria particolare e ufficio stampa.

Talvolta, per la nomina nelle posizioni apicali di questi uffici si prescrivono requisiti professionali specifici: ad esempio, l'art. 23, comma 7, della legge n. 400 del 1988 prevede che il capo dell'ufficio centrale per il coordinamento dell'iniziativa legislativa e dell'attività normativa del Governo sia scelto tra magistrati delle giurisdizioni superiori, ordinaria ed amministrativa, avvocati dello Stato e professori universitari di ruolo in discipline giuridiche.

All'interno di questa categoria i ruoli più importanti sono rappresentati dalla titolarità degli uffici di "capo di gabinetto" e di "capo dell'ufficio legislativo": in entrambi i casi si tratta di posizioni chiave nella struttura organizzativa ministeriale, al medesimo tempo manageriali (soprattutto il capo di gabinetto, chiamato a coordinare le diverse direzioni ed a risolvere i problemi di carattere organizzativo) e politiche, il cui responsabile riveste un ruolo fondamentale nella formazione dell'agenda politica essendo chiamato a scegliere i temi e individuare le priorità da sottoporre all'attenzione del vertice politico⁹.

In particolare, in un capo ufficio legislativo si richiede un'approfondita conoscenza della legislazione di settore dacché questi ha il compito di predisporre (o meglio sovrintendere alla scrittura de) i testi dei disegni di legge, dei regolamenti e degli atti amministrativi generali di competenza del dicastero, redigere le circolari interpretative dei predetti, mantenere i contatti con le commissioni parlamentari permanenti; inoltre l'ufficio legislativo svolge un ruolo fondamentale anche in relazione al contenzioso che coinvolge le strutture ministeriali.

In relazione alle competenze richieste, le particolari professionalità di un consigliere di stato (da sempre abituato a misurarsi, sia nell'attività consultiva sia in quella giurisdizionale, con l'organizzazione pubblica e ad interpretare le discipline normative del settore pubblicistico) sono sempre state molto appetite dalla politica (anche se, a ben guardare, l'attività di redazione di un testo normativo non è del tutto coincidente con quella di interpretazione dello stesso) a tal punto che, come vedremo, sin dalla fine dell'ottocento, l'impiego dei

⁹ La nozione di *agenda settlers* è evocata da STELLA RIGHETTINI M., *op. cit.*, p. 215.

consiglieri nei gabinetti ministeriali è stato un dato costante ed in continua crescita.

Per quanto riguarda il versante normativo, questa tipologia di incarichi risulta tra quelle consentite, previa autorizzazione del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, ex art. 3, comma 3, lett. a), del dPR n. 418 del 1993 [ovvero la fonte regolamentare vigente che disciplina gli incarichi dei magistrati amministrativi, unitamente ai criteri generali approvati dal CPGA (quelli vigenti sono stati approvati nella seduta del 18 dicembre 2001 e recano l'intitolazione di "*Norme generali per il conferimento o l'autorizzazione di incarichi non compresi nei compiti e nei doveri di ufficio dei magistrati amministrativi*")], il quale stabilisce l'ammissibilità di incarichi presso la Presidenza della Repubblica, il Parlamento, la Corte costituzionale, la Presidenza del consiglio dei Ministri ed altri organi di rilevanza costituzionale.

In questa categoria possiamo far rientrare anche gli incarichi consentiti dalla lettera b) della medesima disposizione, con la quale si consente ai magistrati amministrativi di ricevere incarichi e cariche presso autorità amministrative indipendenti, ovvero presso soggetti enti ed istituzioni che svolgono compiti di alta amministrazione e di garanzia. Omologabili sono anche gli incarichi ammessi dalla lettera l) della disposizione in esame, con la quale si rende possibile l'assunzione di incarichi di temporanea o straordinaria sostituzione di organi elettivi degli enti locali e degli organi ordinari di amministrazione degli enti pubblici con funzione di garanzia.

Al momento in cui si scrive si contano, inoltre, due casi di Consiglieri di Stato nominati quali componenti di autorità amministrative indipendenti:

- un componente dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Dott. Carbone, dal febbraio 2011, designato dal Consiglio dei Ministri previo parere commissioni parlamentari);
- il Presidente dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (Dott. Santoro, luglio 2010, nominato dai Presidenti delle Camere).

2.2. Gli incarichi di collaborazione diretta nel Governo Berlusconi quater

I dati statistici relativi alla presenza di magistrati amministrativi negli uffici di diretta collaborazione ministeriale per il periodo aprile 1948 – maggio 2001¹⁰ evidenziano che 189 magistrati (di cui 144 consiglieri e 45 magistrati TAR) hanno ricoperto 758 incarichi governativi (14 volte come Ministro, 402 in qualità di Capo di gabinetto, 193 come Capo ufficio legislativo e 90 come Consigliere giuridico, 59 a vario altro titolo); tra questi, 673 incarichi sono stati conferiti a Consiglieri di Stato e solo 85 (pari al 11,2 %) sono stati appannaggio di magistrati TAR.

Interessante notare che, nel medesimo periodo, il 48,4 % degli incarichi è stato conferito a magistrati rimasti in ruolo nell'istituzione di provenienza e che il 22,2 % dei soggetti rimasti in ruolo svolgeva funzioni giurisdizionali.

In base ad una analisi da me condotta incrociando i dati consultabili sul sito internet della giustizia amministrativa (sezione pubblicità incarichi conferiti ed autorizzati) e sui siti ministeriali, nel maggio 2008 (formazione del Governo Berlusconi quater) ventotto Consiglieri di Stato ricoprivano ruoli in *uffici governativi di collaborazione diretta*¹¹, così suddivisi:

<u>Capo Dipartimento</u>	2	Presidenza del Consiglio (DAGL e Affari regionali)
<u>Capo di Gabinetto</u>	7	Min. Ambiente, Lavoro, Salute. Economia, Infrastrutture, Sviluppo economico, Dip.to programma governo
<u>Vice capo di Gabinetto</u>	1	Min. Economia
<u>Capo Ufficio Legislativo</u>	10	Min. Affari esteri, Istruzione, Lavoro, Economia, Infrastrutture, Politiche agricole, Beni culturali, Pubblica amministrazione e innovazione, Dipartimento

¹⁰ I dati citati sono tratti da PONTI B., *Dati sulla presenza dei magistrati amministrativi negli uffici ministeriali di collaborazione diretta*, in *Diritto pubblico*, 2001, p. 759 ss..

¹¹ Non inserisco in questo conteggio il Ministro degli Affari Esteri di quel Governo, dr. Franco Frattini, anch'Egli consigliere di stato (con il grado di Presidente di sezione) fuori ruolo.

		per il programma di governo, Dipartimento affari regionali
<u>Direttore Generale</u>	1	Min. Esteri
<u>Consigliere Giuridico</u>	2	Min. Difesa, Ambiente
<u>Componenti comitato scientifico</u>	2	Min. Difesa
<u>Componente di commissione</u>	1	Pres.za del Consiglio
<u>Componente organismo di valutazione</u>	2	Sviluppo economico

Di questi solo tre magistrati risultavano essere stati posti fuori ruolo.

Quanto ai magistrati T.A.R., diciannove sono stati gli incarichi ministeriali autorizzati dal Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa nel medesimo periodo, così distribuiti:

<u>Capo ufficio legislativo</u>	1	Min. Economia
<u>Vice capo gabinetto</u>	1	Min. PA e innovazione
<u>Vice capo ufficio legislativo</u>	1	Min. Beni culturali
<u>Capo segreteria tecnica</u>	1	Dipt.o Turismo
<u>Coordinatore area giuridica</u>	1	Min. Infrastrutture
<u>Consigliere giuridico (e consulente)</u>	7	Min. Esteri, Beni culturali, Pres.za Consiglio, Turismo
<u>Esperto proc amministrative</u>	5	
<u>Addetto ufficio legislativo</u>	2	Min. Economia

Due consiglieri di stato occupano un posto di rilievo nell'organigramma della Presidenza della Repubblica, provenendo dalle fila dei supremi magistrati amministrativi sia il Segretario generale del Quirinale sia il Direttore dell'Ufficio per gli affari giuridici e le relazioni costituzionali.

2.3. Profili di criticità

Si deve, in primo luogo, sottolineare che in dottrina vi sono due diversi ed opposti orientamenti in relazione allo svolgimento degli incarichi di diretta collaborazione nei ministeri:

a) da un lato troviamo numerosi autori (tra gli altri Proto Pisani-Romboli-Scarselli¹², Orsi Battaglini¹³, Travi¹⁴, Lariccia¹⁵ e Mengozzi¹⁶) i quali ritengono che dallo svolgimento di questi incarichi derivi un *vulnus* all'indipendenza ed all'imparzialità del giudice amministrativo nello svolgimento della sua attività istituzionale (soprattutto giurisdizionale), legato in particolare alla contiguità che si viene a creare con il soggetto necessario del giudizio amministrativo - la Pubblica Amministrazione - ed alla perdita di credibilità che, sul versante dell'imparzialità, viene generata nel cittadino che chiede la tutela al giudice amministrativo.

A questi giusti motivi di perplessità ritengo se ne possano aggiungere altri:

- la violazione del principio costituzionale fondamentale della separazione dei poteri;
- la difficoltà (tutte le volte in cui il magistrato non venga collocato fuori ruolo) di conciliare lo svolgimento delle funzioni giudiziarie con incarichi assai gravosi dal punto di vista dell'impegno temporale quali quelli apicali di strutture amministrative ministeriali;
- la sussistenza di potenziali conflitti di interessi tutte le volte in cui un consigliere di stato (e/o un magistrato di TAR) si trovi a dover decidere in sede giurisdizionale in ordine ad atti normativi ed amministrativi alla cui scrittura ha contribuito (soprattutto nella qualità di capo ufficio legislativo di un ministero) ovvero a provvedimenti amministrativi da lui stesso adottati (ad esempio, in qualità di membro di un'*authority*).

12 PROTO PISANI A. – ROMBOLI R. – SCARSELLI G., *Ancora sull'indipendenza dei giudici del Consiglio di Stato*, in Foro It., 2001, p. III, p. 556 ss..

13 ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, p. 73 ss..

14 TRAVI A., *Per l'unità della giurisdizione* (Relazione tenuta a Cagliari il 3 aprile 1998, al convegno del gruppo di San Martino), in Dir. pubblico, IV, 1998, pp. 371 ss..

15 S. LARICCIA in numerosi interventi ha evidenziato che la prassi degli incarichi extragiudiziari nuoce all'immagine di imparzialità del giudice amministrativo; si v. *ex multis* *Diritto amministrativo*, Vol. II, Padova, 2006, p. 94; nonché Id. *Indipendenza dei giudici amministrativi e unità della giurisdizione*, in Cerrone - Volpi (a cura di), *Sergio Panunzio: profilo intellettuale di un giurista*, Napoli, 2007, p. 159 ss..

16 MENGOZZI M., *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali*, Milano, 2009, p. 153 ss..

b) Dall'altro lato, una parte minoritaria della dottrina (in maggior parte proveniente dalle fila degli amministrativisti) giustifica soprattutto sul piano storico l'impiego dei magistrati amministrativi nei gabinetti ministeriali parlando di "dato costante nella vita del plesso, tale da diventare un aspetto strutturale e caratteristico dello status di questi ultimi"¹⁷ e ritiene che queste forme di impiego non portino affatto ad una lesione dell'indipendenza ed imparzialità del giudice amministrativo e del Consiglio di stato in particolare¹⁸ (su queste posizioni anche l'autodifesa di alcuni consiglieri di stato come Giacchetti¹⁹ e Calabrò²⁰).

3. Le altre tipologie di incarichi extrafunzionali (arbitrali, didattici, concorsuali)

a) Incarichi arbitrali

Con questa definizione si intende riferirsi all'insieme degli incarichi di partecipazione ad organi che svolgano funzioni giurisdizionali o paragiurisdizionali.

Due sono le modalità consentite in forza dell'art. 3, comma 3, del dPR 418: "lett. f) funzioni di giudice unico o di componente di collegi giudicanti nell'ambito della giustizia sportiva; lett. g) funzioni di presidente di collegi arbitrali in controversie in cui almeno una delle parti sia un soggetto pubblico".

Se la partecipazione alla giustizia sportiva non ha mai costituito un problema, la disciplina degli incarichi arbitrali ha creato (e crea tuttora) le polemiche più accese, in considerazione della rilevanza economica di tali incarichi, i quali riguardano appalti pubblici di notevole importo e possono fruttare al magistrato incaricato una ragguardevole entrata economica supplementare.

17 Così POLI V., *Astensione e ricusazione*, in a cura di Quaranta - Lopilato, Il processo amministrativo. Commentario al D. Lgs. 104/2010, Milano, 2011, p. 194 ss..

18 ROEHRSEN G., *Consiglio di Stato e Tribunali Amministrativi Regionali*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, v. III, Torino, 1989, p. 430 ss., il quale osserva che i timori che lo svolgimento di cariche amministrative potesse menomare l'indipendenza e l'imparzialità si sono dimostrati, nei fatti, infondati e che "vivere la vita della PA affina la preparazione la esperienza del magistrato".

19 GIACCHETTI S., *Bicamerale e giurisdizione amministrativa*, in Consiglio di Stato, 1997, p. 1009 ss..

20 CALABRÒ C., *A proposito dell'indipendenza del Consiglio di Stato*, in Foro It., 2001, p. III, p. 555 ss..

Fino al 1999 dagli incarichi arbitrali erano esclusi i magistrati TAR perché una interpretazione restrittiva del capitolato generale per le opere di competenza del Ministero di lavori pubblici (dPR n. 1063 del 1962) prevedeva che la presidenza dei collegi arbitrali per alcune categorie di appalti fosse riservata a Consiglieri di Stato.

Il superamento, da parte del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa di questa lettura, e l'attivazione del fondo di perequazione, prefigurato dal dPR 418 (art. 8) ma attuato solo con l'art. 8 della L. n. 137 del 2002 (e con la delibera del CPGA del 12 settembre 2002) ha contribuito ad attenuare lo scontro che si era creato (alla fine degli anni novanta) tra le due categorie di giudici amministrativi, tra le quali, peraltro, sussistono ancora profonde differenze.

I magistrati ordinari sono esclusi *ex lege* (v. sempre il Codice degli appalti) dalla partecipazione agli arbitrati.

Il profilo della presenza dei giudici amministrativi negli arbitrati va di pari passo, negli ultimi anni, con il divieto di inserire la clausola compromissoria nei contratti pubblici: vietata dalla legge Merloni nel 1994 (L. n. 109), la possibilità di ricorrere ad arbitri viene di nuovo consentita dalla legge Merloni bis nel 1995 e sancita nel Codice degli appalti (d.lgs. n. 163 del 2006, art. 241-243); nuovamente precluso in forza della legge finanziaria per il 2008 (art. 19 e 20 L. n. 244 del 2007 che vietano l'inserimento in tutti i contratti di lavori, servizi e forniture stipulati dalle pubbliche amministrazioni), l'arbitrato viene infine (ed è il diritto vigente) ripristinato dal d.lgs. n. 53 del 2010 (in attuazione della direttiva n. 2007/66).

L'incarico arbitrale può essere *autorizzato* o *conferito* dal Consiglio di presidenza: nel primo caso il nome del magistrato viene formulato dalle parti litiganti ed il CPGA deve decidere se consentirlo o meno; nel secondo caso è attribuito dal CPGA (secondo dettagliati criteri matematici individuati nell'art. 12 delle "Norme generali" del 18.12.2001 al fine di ottenere una certa rotazione) a seguito di richiesta non nominativa. Se l'incarico è conferito, una parte di esso (tra il 50 % e l'80 % dell'emolumento percepito) finisce nel fondo perequativo e viene diviso, alla fine dell'anno, tra tutti gli altri magistrati. Se l'incarico è

conferito dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici istituita presso l'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici (AVCP), il CPGA si limita ad una mera presa d'atto.

L'unica relazione annuale sugli incarichi approvata dal CPGA (richiesta dal d.lgs. 165 del 2001) e consultabile sul sito della giustizia amministrativa, relativa all'anno 2007, evidenzia come negli ultimi anni vi sia stata una netta prevalenza degli incarichi autorizzati su quelli conferiti, con evidenti profili di incompatibilità con il dato normativo posto dall'art. 3, comma 2, del dPR 418 del 1993, sottolineata in talune di queste relazioni.

Negli ultimi anni il numero totale degli incarichi arbitrali (autorizzati o conferiti) è, peraltro, in costante diminuzione.

Nel caso degli incarichi arbitrali non sembrano porsi problemi in relazione all'indipendenza o all'imparzialità del giudice quanto piuttosto ragioni di opportunità e di tempo sottratto all'esercizio delle funzioni di istituto. Più a monte ci si dovrebbe domandare perché una pubblica amministrazione possa inserire nei propri contratti una clausola che esclude la giurisdizione statale in favore di una giustizia privata che oltre ad essere molto più onerosa non è comunque in grado di assicurare tempi più veloci di soluzione della lite.

b) Incarichi di insegnamento

Si tratta della tipologia di incarico che numericamente rappresenta oltre il 50 % delle autorizzazioni assentite dal CPGA e che, dal punto di vista teorico e pratico, pone all'interprete il minor tasso di problematicità.

In linea teorica si può, infatti, affermare che le attività di docenza dei magistrati amministrativi e dei consiglieri di stato arricchiscono il singolo giudice dal punto di vista culturale e lo spingono ad un ulteriore approfondimento del formante normativo e giurisprudenziale e quindi, in questa prospettiva, non può che essere salutata con favore.

Questa forma di incarichi è consentita dall'art. 3, comma 3, lett. e), del dpr 418 del 1993 che espressamente si riferisce a *“incarichi di insegnamento di livello universitario o postuniversitario, ovvero incarichi di analoga rilevanza presso pubbliche amministrazioni”*.

In questa categoria rientrano oltre alle attività di docenza presso università statali e private (secondo le norme generali deve trattarsi di strutture “di sicuro affidamento e serietà, la quale svolga professionalmente un’attività di formazione scientifica e culturale”), le docenze presso i master e le scuole di specializzazione per le professioni legali, le relazioni ai convegni ed a seminari, l’attività di docenza presso la propria abitazione.

In sede di discussione delle norme generali per il conferimento degli incarichi era stato sottolineato (dai membri laici del CPGA) il fattore di potenziale rischio rappresentato dal fatto che un magistrato collabori come cultore della materia con un docente universitario di ruolo il quale svolga anche la professione di avvocato e le cui cause potrebbe essere chiamato a decidere; questa ipotesi non fu oggetto di una specifica disposizione lasciando alla soluzione caso per caso.

c) Incarichi concorsuali

Se pure non rientra tra le attività espressamente consentite dall’art. 3, comma 3 del dpr 418, la partecipazione dei Consiglieri di Stato a commissioni di concorso è un dato storicamente acquisito ed è attualmente prevista da alcune disposizioni normative quali l’art. 9 del dPR 487 del 1994 (concorsi per settima qualifica o categoria e superiori del pubblico impiego) ovvero l’art. 8 del D.Lgs. 334 del 2000 (concorso per la nomina a primo dirigente della Polizia di Stato).

Detta tipologia di incarico è, usualmente, conferita dal CPGA tra i magistrati che hanno dato la propria disponibilità e, nella maggior parte dei casi, viene svolta a titolo gratuito; viene disciplinata dall’art. 15 delle norme generali.

Un profilo di criticità nello svolgimento di questi incarichi extragiudiziari può ravvisarsi nel fatto che il controllo giurisdizionale sulla legittimità dello svolgimento di questi concorsi rientra nella competenza della magistratura amministrativa (essendo stato attribuito alla cognizione del giudice ordinario, a partire dall’art. 29 del d.lgs. 80 del 1998 tutto il contenzioso a valle dei concorsi).

4. Il dato normativo: dal dPR 418 del 1993 (profili di incostituzionalità di un regolamento delegato in siffatta materia) ad oggi

L'utilizzo dei consiglieri di stato come stretti collaboratori dei ministri si affermò in maniera definitiva nel periodo fascista quando, dopo un effimero tentativo di limitare gli incarichi estranei alla funzione (sostenuto anche dal presidente dell'organo, Santi Romano), la possibilità di ricoprire detti incarichi fu affermata nel TU del Consiglio di stato (RD n. 1054 del 1924 come modificato dal RDL n. 1672 del 1924).

Stabiliva, infatti, l'art. 6 d TU che: "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".

In quello stesso periodo veniva anche disciplinata, con RD n. 2958 del 1923, la normativa sul collocamento fuori ruolo per gli incarichi che non consentivano lo svolgimento delle funzioni di istituto, stabilendo anche 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 L. n. 1018 del 1950, con la quale era limitato a dodici il numero dei fuori ruolo ma, al contempo si prevedeva che detto collocamento fuori ruolo fosse di natura facoltativa²¹, non potendo, in tal modo, la misura risultare un efficace freno alla proliferazione degli incarichi.

Abbiamo già detto che quando vengono istituiti, nel 1971 (con la L. n. 1034), i tribunali amministrativi regionali si prevede che i magistrati che ne faranno parte non potranno esercitare alcuna funzione o compito diverso da quello istituzionale (art. 13, comma 4).

Un ulteriore passo in avanti si compie con la legge di riforma della magistratura amministrativa, L. n. 186 del 1982, con la quale si attribuisce

²¹ Art. 2, comma 1 "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."

all'organo di autogoverno, il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, la competenza di deliberare in ordine agli incarichi estranei alla funzione, *“in modo da assicurare un'equa ripartizione sia degli incarichi, sia dei relativi compensi”* (art. 13, comma 2, n. 3).

Inoltre, la legge di riforma prevede una nuova disciplina del collocamento fuori ruolo (art. 29), statuendo che esso *“E' consentito il collocamento fuori ruolo solo per lo svolgimento di funzioni giuridico-amministrative presso le amministrazioni dello Stato, ovvero enti od organismi internazionali”* (comma 3).

Quanto al fuori ruolo, l'art. 29 della legge 186 eleva il limite di accesso al fuori ruolo (almeno quattro anni di svolgimento di funzioni di istituto) ed il periodo di non collocabilità in ulteriore fuori ruolo (precluso se non fossero trascorsi *“almeno due anni di effettivo esercizio delle funzioni di istituto”*), ribadisce il limite di durata triennale, mentre il contingente massimo di magistrati che potevano usufruirne viene elevato a 20 unità complessive, comprensive dei magistrati del Consiglio di Stato e di quelli dei TAR.

Con il medesimo testo normativo viene uniformato lo status dei magistrati di Tar a quello dei consiglieri di stato, aprendo ai primi le porte degli incarichi extragiudiziari.

Il successivo intervento di riforma viene 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 extra-istituzionali dei magistrati ²².

Questa disposizione presenta dei forti dubbi di costituzionalità perché, come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 224 del 1999, *“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*

22 *“2. Le pubbliche amministrazioni non possono conferire ai dipendenti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o altre fonti normative, o che non siano espressamente autorizzati. 3. 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.”*

allo status del magistrato e rientra dunque nell'ambito di copertura della riserva di legge statale, prevista dall'art. 108, comma 1, della Costituzione”.

E quella stessa decisione contiene un *obiter dictum* dal quale traspare la posizione della Corte sul punto, dacché il Giudice delle Leggi sottolinea il fatto di non essere chiamata, in quella sede, a giudicare della conformità a Costituzione della norma *de quo*.

Proprio per questi motivi di incostituzionalità il CSM si è rifiutato di formulare, nel merito, il parere sul progetto di regolamento riguardante gli incarichi extragiudiziari dei magistrati ordinari, che non ha mai visto la sua definitiva approvazione, mentre, per quanto riguarda i magistrati amministrativi, il regolamento delegato (ottenuto il *placet* dell'Adunanza plenaria in data 7 giugno 1993²³ e del CPGA) è stato rapidamente emanato con dPR n. 418 del 1993.

Il dPR 418/1993 contiene sia alcune rilevanti affermazioni e statuizioni di ordine generale sia un elenco dettagliato degli incarichi consentiti e degli incarichi vietati. Cominciamo l'esame dai principi generali:

a) riconoscimento del fatto 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) e prescrizione di non consentirlo in detto caso (art. 2, comma 2);

b) integrazione delle norme dettate da parte di un regolamento interno, approvato con delibera del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, chiamato ad individuare criteri oggettivi per orientare il Consiglio medesimo nella soluzione dei singoli casi (art. 2, comma 3); sono comunque individuati alcuni elementi che dovranno in ogni caso essere tenuti in considerazione (compatibilità con l'attività d'istituto, adeguatezza del profilo, incarichi espletati nel quinquennio, ragioni di opportunità, equa ripartizione tra tutti i magistrati);

²³ L'Adunanza generale, nel proprio parere, sembra interpretare la riserva fissata dall'art. 108, comma 2, Cost. come una riserva relativa e ritenere che il perseguimento dell'indipendenza del giudice amministrativo possa essere affidato al concorso di più fonti normative; in questa visione l'aver affidato la disciplina degli incarichi alla fonte regolamentare, con la contestuale previsione di criteri di massima e di un modulo procedimentale coinvolgente l'organo di autogoverno, non solo non realizza uno sconfinamento nel settore riservato alla legge ma “*si traduce nell'accentuazione della garanzia di indipendenza dei magistrati amministrativi*”.

c) attribuzione al Consiglio di presidenza della decisione sul caso concreto (art. 3);

d) divisione degli incarichi in due categorie: conferiti (su richiesta non nominativa di una amministrazione) ovvero autorizzati (su richiesta del magistrato) (art. 3, comma 1);

e) divieto generale di richiesta nominativa da parte delle amministrazioni che intendono conferire un incarico, temperata dalla possibilità di deroga in base a motivate ragioni e previo consenso del magistrato interessato; per gli incarichi arbitrali la deroga è prevista per la designazione proveniente dal presidente del tribunale civile ovvero da concorde indicazione delle parti (art. 3, comma 2 e 4);

f) divieto di cumulo di incarichi di carattere continuativo (art. 4);

g) tenuta di un elenco nominativo degli incarichi e pubblicità (limitata) degli stessi: chi ne ha qualificato interesse può esercitare il diritto di accesso (art. 7);

h) previsione di un fondo di perequazione costituito da quote di emolumenti percepiti con la partecipazione agli arbitrati;

i) nuova disciplina del fuori ruolo con indicazione di ipotesi di collocamento fuori ruolo obbligatorio per i seguenti incarichi: cariche ricoperte presso autorità indipendenti o di alta amministrazione e garanzia, incarichi di segretario generale presso la Presidenza della repubblica, la Presidenza del Consiglio dei ministri e la Corte costituzionale, di capo dipartimento presso la Presidenza del consiglio dei ministri e di capo di gabinetto presso i ministeri, di direttore della scuola superiore della pubblica amministrazione (art. 9); nulla si prevede per le restanti ipotesi ed in ordine al numero massimo dei fuori ruolo, che resta fissato dalla legge 186. Inoltre, si rinvia al Consiglio di Presidenza la determinazione di criteri integrativi anche in ordine al fuori ruolo, "*anche al fine di evitare il cumulo degli incarichi*".

Il citato regolamento prevede, inoltre, all'art. 3, una *summa divisio* tra incarichi consentiti ed incarichi vietati; tra i secondi si segnalano: incarichi di consulenza in favore di privati ovvero consistenti in prestazioni riconducibili ad attività libero-professionali (lett. a) e b)); partecipazione a commissioni di collaudo o di gara negli appalti pubblici (lett. c) e d); partecipazione a consigli di

amministrazione o ad organi con poteri di gestione, a collegi sindacali o di revisori dei conti (lett. f).

Complessivamente il regolamento appare scarsamente innovativo rispetto al quadro normativo antecedente ed alla prassi, con due sole ma rilevanti eccezioni: a) pone al centro del sistema degli incarichi il Consiglio di presidenza, cui è affidato non solo il potere di decidere caso per caso ma anche un potere paranormativo di integrazione del disposto regolamentare; b) rende obbligatorio il collocamento fuori ruolo nel caso in cui siano ricoperti incarichi di preminente rilievo (segretario generale presso Presidenza della Repubblica, Presidenza del Consiglio, Corte costituzionale; capo dipartimento presso la Presidenza del Consiglio; capo di gabinetto nei ministeri) lasciando la facoltatività per le rimanenti ipotesi.

Occorre peraltro ricordare che fino alla riforma del 2000 (legge 205), quando seguendo il modello del CSM sono stati immessi anche i membri non togati (4), nel Consiglio di Presidenza era prevalente la componente dei Consiglieri di Stato (considerando che su tredici componenti oltre ai tre membri di diritto i consiglieri di stato eleggevano quattro membri).

Peraltro, con ordinanza n. 377 del 1998, la Corte costituzionale aveva dichiarato manifestamente inammissibili le censure di costituzionalità sollevate da diversi tribunali amministrativi regionali (tra cui quello del Lazio) perché la composizione del Consiglio *“si presta ad una pluralità di soluzioni fra le quali solo il legislatore è legittimato a scegliere nella sua discrezionalità”*.

Nel giugno del 2001 all'interno di un decreto legge di modifica del d.lgs. 300 del 1999, il dl 217 (convertito in L. 317 del 2001), era inserita una disposizione assai importante per il collocamento fuori ruolo dei magistrati amministrativi, in quanto le maglie del fuori ruolo erano allargate sia dal punto di vista temporale sia dal punto di vista numerico (taluno ha parlato di liberalizzazione del fuori ruolo²⁴).

L'art. 13 di questo decreto prevedeva, infatti, al comma 1 che i pubblici dipendenti, qualora siano chiamati a ricoprire incarichi di diretta collaborazione

24 SPAGNOLETTI L., *C'è qualcosa di nuovo oggi nell'aria, anzi d'antico: l'art. 13 del d.l. 12 giugno 2001, n. 217 e la "liberalizzazione" dei fuori-ruolo dei magistrati*, in www.lexitalia.it.

con il Presidente del Consiglio e con i Ministri, i pubblici possono essere collocati “in posizione di fuori ruolo o di aspettativa retribuita, per l'intera durata dell'incarico, anche in deroga ai limiti di carattere temporale previsti dai rispettivi ordinamenti di appartenenza e in ogni caso non oltre il limite di cinque anni consecutivi”. Il comma 2, invece, dispone che “gli attuali contingenti numerici previsti dai rispettivi ordinamenti di appartenenza dei soggetti interessati ed ostativi al loro collocamento fuori ruolo o in aspettativa retribuita sono aumentati fino al 30 per cento e, comunque, non oltre il massimo di trenta unità aggiuntive per ciascun ordinamento”.

Nella seduta del 18 dicembre 2001 il Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa ha, poi, approvato i vigenti criteri integrativi per gli incarichi extragiudiziari, portanti il titolo di “*Norme generali per il conferimento o l'autorizzazione di incarichi non compresi nei compiti e nei doveri d'ufficio dei magistrati amministrativi*”.

Il più recente provvedimento normativo rilevante per il nostro tema è costituito dal D.lgs. 35 del 2006, recante norme per la pubblicità degli incarichi extragiudiziari conferiti ai magistrati di ogni ordine e grado. █

L'art. 2 di questo brevissimo testo sancisce l'obbligo, gravante sul Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, di dare pubblicità semestralmente agli incarichi conferiti o autorizzati ai magistrati amministrativi, provvedendo altresì a rendere conoscibili l'eventuale compenso percepito, la natura, la durata ed il numero degli incarichi svolti nell'ultimo triennio.

Tale pubblicità viene realizzata, ai sensi del comma 3, mediante pubblicazione sia nel bollettino periodico del Consiglio sia in apposita sezione accessibile al pubblico del pertinente sito Internet istituzionale.

Questa operazione di trasparenza va ovviamente salutata con favore ma evidentemente non è in grado di influire sui profili sostanziali dell'istituto in esame.

5. I criteri approvati dal Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa nella seduta del 18 dicembre 2001 e gli interventi demolitori degli organi di giustizia amministrativa

L'art. 2 del dPR 418 del 1993 ha attribuito al Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa non solo il compito di conferire ed autorizzare gli incarichi ma anche di disciplinare, attraverso criteri preventivi ed oggettivi, le modalità con le quali il medesimo organo avrebbe provveduto a decidere.

La medesima disposizione ha individuato alcuni criteri di massima tra i quali la necessità di assicurare un'equa ripartizione degli incarichi.

I criteri attualmente vigenti sono stati approvati nella seduta del CPGA del 18 dicembre 2001 al termine di una serrata discussione nella quale due membri del collegio, costituzionalisti di nomina parlamentare (il prof. Barbera ed il prof. Pizzetti), hanno condotto una dura battaglia per circoscrivere e delimitare quanto possibile, in relazione al dato normativo, il fenomeno.

Le norme interne sono divise in due parti: dapprima sono previsti dei criteri generali, validi per tutte le tipologie di incarichi, mentre, nella seconda parte, si dettano criteri specifici per talune tipologie.

Una ulteriore e più interessante distinzione la possiamo fare tra criteri formulati in modo assai generico, che lasciano quindi un'ampia discrezionalità al Consiglio di presidenza nello scegliere caso per caso, e criteri di applicazione automatica, tra i quali i più significativi sono quelli tesi a disporre divieti di conferimento o autorizzazione, ulteriori rispetto a quelli fissati nel dPR 418.

Motivo di interesse, in quest'ultimo gruppo, è rappresentato dalle limitazioni agli incarichi contenute negli articoli 1, 3, comma 2, e 4: nella prima disposizione si definiscono quali siano le motivate ragioni che, ai sensi dell'art. del dPR 418, consentono l'attribuzione degli incarichi su richiesta nominativa, che sono ristretti a tre fattispecie: a) incarichi di diretta collaborazione diretta presso organi costituzionale o di rilevanza costituzionale di natura fiduciaria; b) incarichi di docenza; c) incarichi che richiedano il possesso di oggettive e specifiche competenze, acquisite dal soggetto designato nominativamente.

L'art. 3, comma 2, statuisce che "non sono conferibili od autorizzabili incarichi nei quali la posizione del magistrato sia gerarchicamente subordinata rispetto ad autorità che non sia di vertice dell'amministrazione e/o ad altro magistrato di qualifica meno elevata".

Nell'art. 4, invece, si individuano una serie di casi di esclusione automatica dagli incarichi; tra le altre ipotesi, si prevede che non possano avere incarichi conferiti o autorizzati i magistrati che:

- siano sottoposti a procedimento disciplinare, risultino sospesi cautelativamente dal servizio, od abbiano subito una sanzione disciplinare nell'ultimo quinquennio (lett. a);
- siano in ritardo, senza giustificato motivo, nel deposito di sentenze o di pareri (lett. e);
- facciano parte di un T.A.R. o di una sezione staccata ovvero del C.G.A., qualora l'amministrazione interessata all'incarico sia un ente od un organo regionale od infraregionale la cui attività ricada nell'ambito della competenza giurisdizionale degli stessi, criterio che non trova applicazione per gli incarichi di docenza e per le commissioni di concorso (lett. f).

Per quanto riguarda, invece, le prescrizioni specifiche, si rileva l'assoluta mancanza di una disciplina *ad hoc* per gli incarichi politico-amministrativi mentre un gran numero di disposizioni sono dettate per gli arbitrati e alcune per le docenze e gli incarichi di ricerca.

In ordine agli incarichi arbitrali (art. 7 – 14) si riscontrano:

- l'estensione della nozione di parte pubblica con l'inserimento dei soggetti che operano come stazioni appaltanti in forza di leggi o concessioni;
- la previsione di una complessa formula matematica per decidere a quale magistrato conferire l'incarico (art. 12);
- la previsione di ulteriori limitazioni legate alla non determinatezza o non determinabilità del *petitum* ed all'aver ottenuto un altro incarico arbitrale dal Consiglio di Presidenza o dalla camera arbitrale nello stesso anno solare in cui è pervenuta la richiesta per l'autorizzazione od il conferimento del nuovo incarico.

Gli incarichi di insegnamento, invece, oltre che essere conferiti dal CPGA possono essere autorizzati se attribuiti da una pubblica amministrazione o da una struttura privata "di sicuro affidamento e serietà, la quale svolga professionalmente un'attività di formazione scientifica e culturale" e debbono,

ad ogni modo, attenere ad una formazione universitaria o post-universitaria (art. 18).

Seppure assai contenute nella loro prescrittività, le norme dovevano avere toccato qualche nervo scoperto perché una folta pattuglia dei più autorevoli consiglieri di stato ha impugnato immediatamente (senza attendere le delibere di concreta attuazione) molte delle disposizioni in esse contenute.²⁵

La prima sezione del Tar del Lazio (pres. Calabrò), con la sentenza n. 9254 del 2002 ha accolto la gran parte delle censure formulate ed annullato la deliberazione del CPGA di approvazione dei criteri contenuti negli art. 1 cpv.; art. 3, comma 2°, 2° parte; art. 4, comma 1°, lett. h, artt. 11 e 14; art. 15, comma 2° ; art. 17, comma 2° ; art. 16, comma 3° ; art. 26.

Con la successiva sentenza n. 7256/2003, a seguito di accurata istruttoria, il medesimo Tar ha annullato anche l'art. 12 delle norme generali che, come ricordato, conteneva una formula matematica per provvedere alla distribuzione degli arbitrati non nominativi da parte del CPGA.

L'adito Tar Lazio ha sposato pienamente la tesi dei ricorrenti secondo cui *“la determinazione delle ipotesi in cui gli incarichi possono essere vietati in via aprioristica ai magistrati amministrativi è rigorosamente riservata dal legislatore alle fonti normative primarie e secondarie”* con la conseguenza che *“si deve escludere che ulteriori divieti di siffatta natura possano essere introdotti in sede di autodeterminazione amministrativa”*.

Da questo ragionamento deriva l'annullamento delle singole disposizioni che avessero posto divieti aggiuntivi rispetto a quelli posti dal dPR 418; per esempio, l'art. 1 che esplicava le motivate ragioni per consentire gli incarichi nominativi viene censurato per il fatto *“è illogico escludere senza eccezioni la possibilità di ogni altra richiesta nominativa, negando al di fuori di tali ipotesi persino quella valutazione caso per caso che è presupposta come evenienza normale dall'art. 3 del d.P.R. n. 418\1993. E questa conclusione si impone con particolare evidenza per [...] gli incarichi presso le autorità indipendenti e di*

²⁵ Un commento su alcune di queste decisioni è condotto da GIOVANNETTI T., *Status e carriera dei magistrati: un (tentativo di) confronto tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, in *Diritto Costituzionale e Diritto Amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino, 2010.

garanzia nonché quelli attribuiti dalle regioni e dagli enti locali, i quali siano assimilabili per il loro contenuto a quelli di collaborazione diretta previsti dall'art. 13 del decreto legge 12 giugno 2001 n. 217 e presuppongano perciò un rapporto strettamente fiduciario”.

Il giudizio di appello di queste due sentenze avanti al Consiglio di Stato è stato deciso solo nel 2010 (sent. n. 3861) e si è concluso con la rinuncia da parte degli appellati alle sentenze ed al ricorso di primo grado per mancanza di interesse e, di conseguenza, con la revoca della sentenza di primo grado.

I criteri annullati da queste due decisioni sono, dunque, ritornati dunque alla vita.

Ma vi sono state altre sentenze del Tar Lazio che hanno deciso, in senso favorevole ai ricorrenti, impugnazioni di delibere del CPGA di diniego di autorizzazione all'incarico e delle norme generali che ne costituivano il presupposto: perché, ulteriore e naturale anomalia, *il controllo giurisdizionale sui provvedimenti adottati dal CPGA in materia di incarichi spetta*, trattandosi di provvedimenti di una pubblica amministrazione, *agli stessi magistrati amministrativi*.

Queste sentenze sono state, di norma, confermate in appello (ad es. sent. 7443 del 2002 conf. CdS n. 4407 del 2003); mi soffermo solo su una di queste particolarmente significativa.

Con sent. n. 6859 del 2002 la prima sezione del Tar Lazio (Pres. Calabrò) 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 delle norme generali. L'adito giudice riteneva che il divieto, posto 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 dPR 418 del 1993 e pertanto sia la delibera sia la norma generale dovevano essere annullate.

Il Consiglio di stato nel confermare, con la sent. n. 4406 del 2003, la decisione di annullamento del criterio generale operava una integrazione della motivazione, cercando di recuperare uno spazio di azione per il CPGA. Dopo avere affermato che l'illegittimità del divieto generalizzato posto dall'art. 16 delle

norme generali - discendente sia dall'aver il Consiglio enucleato limiti ulteriori rispetto al dPR 418 sia dal configurare la disposizione con il medesimo dPR in quanto le Regioni si devono considerare "organi di rilevanza costituzionale" -, il Consiglio di Stato riconosceva al CPGA non solo il potere/dovere di non autorizzare un incarico di tipo locale nel caso concreto se pregiudizievole dell'indipendenza e dell'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*".

6. I principi costituzionali coinvolti: separazione dei poteri; indipendenza; imparzialità; tutela giurisdizionale dei diritti

Proviamo ora ad analizzare i principi costituzionali che vengono in gioco rispetto agli incarichi extragiudiziari di consiglieri di stato e magistrati amministrativi:

I. La separazione dei poteri

Il principio di separazione dei poteri non è espressamente sancito in alcuna disposizione costituzionale ma è così inestricabilmente legato al costituzionalismo moderno da costituire un principio supremo dell'ordinamento costituzionale (si v. per un riferimento ad esso da ultimo Corte cost. sent. 23 del 2011 sul legittimo impedimento).

La separazione dei poteri postula, fin dalla originaria formulazione datane da Montesquieu nell'*Esprit des Lois*, che il potere giudiziario sia sottoposto solo alla legge che deve applicare al caso concreto e non al potere esecutivo.

Nei moderni ordinamenti costituzionali il principio si realizza principalmente attraverso la predisposizione di garanzie in favore dell'autonomia ed indipendenza della magistratura (su cui infra).

Tuttavia, nell'Europa occidentale l'influenza francese ha portato alla creazione di un *corpus* di giudici speciali (i magistrati del *Conseil d'Etat*) chiamati a giudicare gli atti della pubblica amministrazione per i quali queste garanzie hanno faticato ad affermarsi; questo è storicamente legato al fatto che

il *Conseil d'Etat* prima di essere un organo giurisdizionale era stato un organo consultivo dell'Esecutivo, funzione che conservava.

La nostra Costituzione ha accettato e cristallizzato questa situazione in cui il Consiglio di Stato, moderno giorno, da un lato (con le sezioni consultive) collabora con il Governo-amministrazione e ne è organo ausiliario, mentre dall'altro (con le sezioni giurisdizionali) è chiamato a controllare la legalità e la legittimità degli atti (normativi ed amministrativi) che il medesimo adotta.

Già, in sé considerata, questa coincidenza di funzioni urta contro la separazione dei poteri ma, in concreto, questo scontro è accentuato dal fatto che magistrati che giudicano gli atti della pubblica amministrazione centrale di quella medesima amministrazione ne siano parte integrante essendo chiamati a dirigerne i gabinetti ovvero gli uffici legislativi (ricordo che decreti ed atti amministrativi dei ministeri debbono necessariamente essere impugnati al Tar Lazio e, in secondo grado, al Consiglio di Stato).

Lo stridore è accentuato dal fatto che solo una minima parte dei consiglieri di stato e dei magistrati amministrativi impegnati in incarichi governativi viene collocato fuori ruolo e quindi continua ad esercitare le proprie funzioni (giurisdizionali/consultive) nella struttura di appartenenza.

Per concludere il quadro, si rammenta che un quarto dei consiglieri di stato è di nomina governativa (art. 19, comma 1, n. 2 legge n. 186), prerogativa che appare del tutto incomprensibile in una prospettiva di separazione dei poteri.

II. *L'indipendenza : doppia affermazione = negazione?*

L'indipendenza dei componenti il Consiglio di Stato è affermata in due diverse disposizioni costituzionali: l'art. 100, u.c., che riserva alla legge il compito di assicurare l'indipendenza del supremo consesso amministrativo di fronte al Governo e l'art. 108, comma 2, Cost. il quale, nuovamente, affida al legislatore ordinario la funzione di garantire l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali.

Queste due forti proclamazioni di principio hanno ricevuto dapprima specificazione in alcune sentenze della Corte costituzionale (n. 92/1962: *“necessità che l'organo giudicante sia immune da vincoli che comportino la sua soggezione formale o sostanziale ad altri organi”*; n. 103/1964: *“esigenza che*

sia assicurata una certa forma di inamovibilità"; n. 177/1973; n. 196/1982), le quali hanno precisato i confini dell'indipendenza dei giudici speciali - sia pure, confermando, come vedremo, la bontà delle norme legislative vigenti come nel caso delle nomine governative al Consiglio di Stato (sent. 177/1973) – e poi consacrazione nella l. n. 186 del 1982 (con le modifiche apportate dalla l. n. 205 del 2000).

Detta legge ha istituito (ricalcandolo sul CSM) il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, organo di "autogoverno" della magistratura speciale, con competenza ad adottare i provvedimenti relativi allo status ed alla carriera dei magistrati, chiamato ad assicurare l'indipendenza esterna ovvero nei confronti dell'Esecutivo. Al pari del CSM il CPGA è competente ad erogare le sanzioni disciplinari nei confronti dei magistrati amministrativi; la facoltà di promuovere l'azione spetta al Presidente del Consiglio dei Ministri ovvero al Presidente del Consiglio di Stato (art. 33 legge 186).

Con la modifica del 2000 si è cercato di irrobustire i caratteri di indipendenza dell'organo con la presenza di quattro membri laici (professori o avvocati con esercizio ventennale) eletti dalle due Camere che affiancano, integrando il collegio, gli undici membri togati (quattro consiglieri di stato, sei magistrati di TAR ed il presidente del Consiglio di Stato).

L'art. 24 della legge n. 186 ha poi sancito la garanzia dell'inamovibilità, con formula che ricorda (tranne per l'inciso "e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario") quella dell'art. 107 Cost. : *"I magistrati amministrativi non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altra sede o funzione se non a seguito di deliberazione del consiglio di presidenza, adottata o con il loro consenso o per i motivi stabiliti dalla legge"*.

Quanto ai trasferimenti d'ufficio l'art. 25 delle legge n. 186 stabilisce, genericamente, che possono essere disposti dal CPGA solo nelle ipotesi e con i criteri stabiliti dalla legge.

Diverso discorso andrebbe fatto per l'indipendenza interna, dal momento che la diversa modalità di accesso e la doppia carriera di magistrati di Tar e consiglieri di Stato (che secondo l'art. 7 della legge 186 dovrebbe essere

superato da un successivo riordino dell'ordinamento) ci inducono a ritenere che permanga una impostazione gerarchica all'interno della magistratura amministrativa.

Comunque, restando alla sola indipendenza esterna, il problema che si pone è il seguente: dove va a finire l'indipendenza dell'organo Consiglio di Stato e dei magistrati amministrativi nei confronti del potere Esecutivo una volta che una parte significativa di essi presti, all'interno del Governo, la propria opera e le proprie competenze?

Non è forse soggetto ad una possibile forma di condizionamento da parte del potere esecutivo il magistrato che con il governo-amministrazione si trovi in uno stato di particolare contiguità a diverso titolo (assistenza, consulenza, direzione di gabinetto o di ufficio)²⁶?

Ovviamente una ulteriore menomazione all'indipendenza nei confronti del Governo è rinvenibile nei residui poteri di nomina governativa: l'Esecutivo non solo sceglie un quarto dei consiglieri di stato ma anche il Presidente del Consiglio di Stato (competenza del Consiglio dei Ministri, sentito il parere del CPGA, art. 22 legge n. 186).

Osservava, correttamente, il Consiglio di Stato nella sentenza n. 4407 del 2003 che *«per i magistrati, l'assunzione di compiti e lo svolgimento di attività estranee a quelle proprie dell'ufficio ad essi affidato - anche quando non richiedano una sospensione o una riduzione delle funzioni ordinarie del magistrato - sono fattori suscettibili, in astratto, di incidere sulla loro indipendenza ed imparzialità, connotato e condizione essenziale per l'esercizio della funzione loro attribuita: sia in quanto può esservi una interferenza diretta fra compiti propri e ulteriori attività svolte, sia in quanto l'attribuzione stessa, o la possibilità di attribuzione, dell'incarico, per la sua natura e per i vantaggi che possono derivarne, può tradursi in un indiretto condizionamento del magistrato»*.

III. Imparzialità / terzietà

26 SCARCIGLIA R., *Indipendenza e terzietà del giudice, "giusto processo" e prospettive di riforma della magistratura amministrativa*, in www.giustamm.it, n. 6/2007.

Nel 1999, l'art. 111 Cost. è stato oggetto di un'ampia revisione al fine di esplicitare all'interno del testo costituzionale le regole del c.d. giusto processo; in particolare ai nostri fini rileva il comma 2 di tale disposizione che nel nuovo testo recita: *"Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo ed imparziale"*. È stato così riconosciuto un fondamento costituzionale all'imparzialità del giudice, fondamento che in precedenza veniva ricavato da altre disposizioni costituzionali in combinato disposto quali gli articoli 3 e 24 (imparzialità come diritto soggettivo delle parti del processo), 25 e 101 Cost. (imparzialità come garanzia oggettiva della funzione giurisdizionale)²⁷.

Invero, si deve ricordare che sia la giurisprudenza della Corte costituzionale appare univoca nel ritenere che l'imparzialità debba intendersi come equidistanza del giudice dagli interessi in campo e che il pregiudizio in grado di menomare detta garanzia è quello derivante dal fatto che il giudice si sia formato un'idea della causa in precedenza, avendone conosciuto in gradi precedenti ovvero avendo espresso dei giudizi in merito (C. cost. n. 131 del 1996).

Ciò posto, le domande che sorgono spontanee sono le seguenti:

- quale grado di imparzialità può riconoscersi alla magistratura amministrativa nella misura in cui un certo numero dei propri membri svolge delle rilevanti funzioni in quella stessa pubblica amministrazione che poi si trova a dover giudicare?
- È sufficientemente imparziale un magistrato amministrativo che debba decidere sopra un atto che abbia contribuito (come capo ufficio legislativo, come consulente o esperto) a redigere ?
- E, infine, può un Consigliere di Stato giudicare imparzialmente di un atto sul quale abbia reso in precedenza un parere?

Certo, la potenziale lesività di alcune di queste ipotesi può essere neutralizzata con i rimedi previsti genericamente dal codice di procedura civile (art. 51 e 52 c.p.c.), dal momento che il nuovo codice del processo

²⁷ ZANON N. – BIONDI F., *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2006, p. 91.

amministrativo (D.Lgs. n. 104 del 2010) espressamente dichiara applicabili al giudice amministrativo cause e modalità di astensione previste dal codice di procedura civile (art. 17) nonché le cause di ricusazione dallo stesso codice di procedura (art. 18, con una procedura specifica).

Quindi la strada migliore sarebbe quella dell'astensione da parte del giudice che abbia già conosciuto l'atto e quindi non si ponga più *virgin mind* rispetto alla questione trattata²⁸.

Si consideri, tuttavia, che il medesimo testo unico ha abrogato quella disposizione del RD n. 1054 del 1924, l'art. 43, comma 2, che prevedeva la necessaria astensione ("*non possono prendere parte alle decisioni*"), in sede giurisdizionale, dei consiglieri che avessero "*concorso a dar parere sull'affare*" che formava oggetto di ricorso.

Appare, da ultimo, difficilmente superabile il problema posto dall'art. 17, comma 28 della l. 127 del 1997, in forza del quale l'Adunanza generale del Consiglio di stato (composta da tutti i magistrati) può essere chiamata a rendere il parere sugli schemi di atti normativi del governo o di regolamenti quando, per la loro particolare importanza, lo richiedano la sezione consultiva ovvero il Presidente del consiglio di stato: nel caso di impugnazione giurisdizionale di questi atti e di pronunciamento del Consiglio di stato in sede di appello sarebbe impossibile trovare dei magistrati che non abbiano già conosciuto dell'atto in sede consultiva.

In ordine ai predetti profili di imparzialità del giudice un supporto interpretativo può rinvenirsi nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, e, in primo luogo in quelle decisioni che hanno riguardato il doppio ruolo, consultivo e giurisdizionale, degli organi di giustizia amministrativa che operano all'interno di Stati nei quali vige un sistema di giustizia amministrativa di derivazione francese (oltre alla Francia medesima, si tratta di Belgio, Olanda e Lussemburgo).

In queste decisioni la Corte EDU, trovatasi a giudicare della possibile violazione dell'art. 6 della Convenzione (che sancisce il diritto ad una udienza avanti ad un tribunale indipendente ed imparziale) derivante dalla coesistenza

²⁸ Cfr. POLI V., *op. cit.*, p. 194.

di funzioni consultive e giurisdizionali, sembra avere preso una posizione molto cauta (sia pure con qualche distinguo al suo interno) non giungendo ad una condanna generale di questa situazione ma scegliendo di valutare caso per caso.

In particolare, mentre nella sent. *Procola* del 28.9.1995 i giudici europei avevano condannato il Lussemburgo per il fatto che quattro membri su cinque del Consiglio di stato avevano deciso un ricorso giurisdizionale in relazione ad un atto che già avevano conosciuto in sede consultiva, nella più recente *Kleyn and others* del 6.5.2003 la Corte ha negato che vi fosse stata una violazione della Convenzione derivante dal fatto che uno dei membri del Consiglio di stato chiamato a decidere sull'impugnazione di un atto (l'oggetto era il tracciato di una linea ferroviaria) si era occupato della disciplina normativa sulla quale l'atto si fondava.

Più peculiare ed interessante ai nostri fini appare la decisione del caso *Sarcilor Lormines* (sentenza del 9.11.2006), nel quale la Corte ha condannato la Francia per violazione del principio di “*apparenza di indipendenza*”²⁹: in forza di questo principio [tratto dall'art. 6 della Convenzione come elemento necessario per garantire il giudice contro le pressioni esterne ed elaborato dalla giurisprudenza della Corte sin dalla decisione *Delcourt* del 17.1.1970 (e successivamente confermato nelle sentenze *De Cubber*, 26.10.1984 e *Piersack*, 1.10.1992)], l'ordinamento giudiziario degli stati membri non deve solo prevedere in astratto le garanzie di indipendenza ed imparzialità dei giudicanti ma è necessario che la struttura dell'organo ed il procedimento, per come appaiono alle parti in causa, siano tali da rendere le parti fiduciose che nel processo quei valori siano rispettati.

Nel caso di specie³⁰ la Corte EDU ha ritenuto che la presenza nella sezione giudicante del *Conseil d'Etat* di un consigliere che era in trattativa con il Governo per essere nominato segretario generale del Ministero dell'economia (proprio il ministero il cui decreto era oggetto di ricorso per annullamento avanti

29 MINGOZZI M., *op. cit.*, p. 188

30 Su cui *amplius* si v. MIRATE S., *L'indipendenza e l'imparzialità del giudice amministrativo. Un'analisi problematica tra diritto interno e giurisprudenza CEDU*, in www.grupposanmartino.it.

il *Conseil* e dunque parte in causa), - nomina che sarebbe avvenuta solo dopo la pubblicazione della pronuncia - fosse in grado di gettare un serio dubbio sull'indipendenza in concreto del *Conseil d'Etat* proprio per la lesione del principio di apparenza di indipendenza (§ 68).

Nessuna violazione del parametro era, invece, ravvisata (confermando la giurisprudenza *Kleyn*) per la compresenza di funzioni consultive e contenziose nello stesso organo e, in specie, per avere la sezione contenziosa ripreso quasi pedissequamente i ragionamenti svolti dalla sezione consultiva in un parere reso al ministro nell'ambito di ricorso gerarchico (in materia di diritto minerario).

In uno stato democratico che si muova all'interno della Convenzione di Strasburgo, dunque, la legittimazione del giudice deriva anche dal livello di fiducia dei cittadini nell'istituzione: il giudice non deve solo essere imparziale ma deve anche apparire tale³¹.

Può apparire imparziale, agli occhi dei cittadini, un organo giudiziario che è chiamato ad annullare provvedimenti normativi ed amministrativi che sono stati redatti da colleghi e che hanno positivamente superato il controllo (in sede consultiva) di altri colleghi?

Mi sembra, peraltro e conclusivamente sul punto, del tutto condivisibile il giudizio di Sergio Panunzio, il quale, con riferimento a queste decisioni della Corte EDU, osservava che il problema della imparzialità del giudice amministrativo, posto da quella giurisprudenza, non si poteva risolvere compiutamente garantendo soltanto che i singoli magistrati non si trovino come tali a dover giudicare due volte la stessa questione e che, in realtà, *“il problema stia nel fatto che la piena indipendenza ed imparzialità del giudice amministrativo non si risolve nelle situazioni personali di ogni singolo magistrato, perché essa si realizza solo quando vi è anche una “indifferenza istituzionale” del giudice rispetto alle parti in causa. Questo anche perché non si può ignorare che vi è una solidarietà di “corpo” fra gli appartenenti ad una medesima istituzione che rende inevitabili i condizionamenti”*³².

31 In maniera assai efficace il ragionamento sulla necessità che vi sia anche apparenza di imparzialità è condotto da PANUNZIO S.P., *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico. Osservazioni sul caso italiano*, Pol. Dir. 1/2000, p. 3 ss..

32 PANUNZIO S., *op. cit.*, p. 15.

IV. *La tutela giurisdizionale dei privati contro gli atti della PA*

L'art. 113 della Costituzione sancisce il diritto costituzionale alla tutela contro gli atti illegittimi della pubblica amministrazione e, per rendere effettivo l'esercizio di questo diritto, è stato predisposto il sistema di giustizia amministrativa, oggi imperniato sui Tribunali amministrativi regionali e sul Consiglio di Stato in qualità di giudice di appello.

Il sistema di tutela dei diritti e delle altre posizioni giuridiche eventualmente lese da atti e comportamenti della PA presenta degli aspetti di diversità rispetto a quello ordinario ma, negli anni, le differenze si sono assottigliate.

Ora può l'affidamento di incarichi extragiudiziari costituire un elemento di menomazione per questo sistema di tutela?

Due mi paiono i profili rilevanti: a) per un verso l'attribuzione di incarichi al di fuori dalla funzione è in grado di distogliere i magistrati amministrativi dal loro incarico istituzionale per un periodo anche lungo (alcuni addirittura sono posti fuori ruolo) e questo può tradursi in un allungamento dei tempi del giudizio; b) per un altro verso, i cittadini impugnano atti della PA avanti ad un giudice che ha dei rapporti di colleganza con chi quell'atto ha redatto e con chi sul medesimo atto ha reso un parere.

7. *De iure condendo*

Al termine di questo lavoro sia consentito di svolgere qualche osservazione *de iure condendo*.

L'analisi condotta sulle diverse tipologie di incarichi extragiudiziari dei magistrati amministrativi induce a ritenere che le maggiori perplessità siano legate agli impieghi politico-amministrativi (mentre la possibilità di ricorrere ad arbitrati in relazione ai contratti pubblici dovrebbe essere del tutto eliminata).

Sembra evidente, sulla scorta delle osservazioni svolte nelle pagine precedenti, che il massiccio utilizzo di Consiglieri di Stato e magistrati di TAR negli uffici governativi di collaborazione diretta costituisca un grave *vulnus* all'indipendenza e all'imparzialità della magistratura amministrativa; lungo è, infatti, il *cahier des doléances*:

- con questa pratica si crea una pericolosa e nociva contiguità tra il controllore (il Consiglio di Stato) ed il controllato (il Governo);
- si distolgono i magistrati amministrativi dai loro incarichi funzionali, provocando un naturale rallentamento dei tempi delle cause (che sembrano essere cresciute a dismisura a causa dell'aumento della litigiosità anche nei confronti della PA);
- si crea una situazione in cui alcuni magistrati costruiscono una diversa carriera all'interno delle strutture ministeriali senza più esercitare concretamente le funzioni di istituto;
- si lede irreparabilmente l'apparenza di imparzialità verso i cittadini;
- il controllo giurisdizionale sui provvedimenti regolamentari e puntuali adottati dal Consiglio di Presidenza per disciplinare gli incarichi è affidato agli stessi magistrati amministrativi.

Al fine di mantenere il fenomeno degli incarichi extrafunzionali nei binari della costituzionalità si rende, pertanto, necessario un intervento legislativo di riordino della materia che potrebbe, ad avviso di chi scrive, muoversi su queste linee:

- a) rigorosa applicazione del fuori ruolo per gli incarichi continuativi che assorbono molto tempo ed energie, con previsione di fuori ruolo obbligatorio per alcune tipologie di incarichi (capo ufficio legislativo, capo dipartimento);
- b) blocco della progressione di anzianità nel caso di collocamento fuori ruolo;
- c) incompatibilità assoluta tra incarichi governativi ed esercizio delle funzioni giurisdizionali
- d) previsione di un numero di anni di effettivo esercizio delle funzioni tipiche per poter ottenere le funzioni direttive;
- e) estensione della disciplina del tempo parziale prevista per i professori universitari con riduzione della retribuzione per il periodo dell'incarico;
- f) attribuzione del controllo giurisdizionale sui provvedimenti del CPGA in materia di incarichi alla Corte di Cassazione.

** Ricercatore in Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano - Bicocca