

Fuori ruolo ed elettorato attivo nell'elezione dei giudici della Corte costituzionale da parte delle supreme magistrature: la prima volta del giudice amministrativo.

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. L'ambito normativo. 3. La fattispecie esaminata dal TAR; l'atto impugnato e il ricorso. 4. Le motivazioni addotte dal TAR. 5. L'interpretazione della normativa. 6. I lavori preparatori. 7. La prassi. 8. La giurisprudenza della Corte costituzionale. 9. Il collocamento in posizione di fuori ruolo in genere. 10. Lo svolgimento delle funzioni istituzionali e il fuori ruolo. 11. Le proposte e le ragioni per una diversa soluzione. 12. Conclusioni.

1. Introduzione.

La sentenza del TAR Lazio, sez. I, 11 luglio 2002, n. 6285, che si commenta, rappresenta la prima pronuncia del giudice amministrativo sul tema del fuori ruolo in ambito di elettorato attivo nell'elezione dei giudici della Corte costituzionale da parte delle supreme magistrature, ordinaria ed amministrative. Il tema, ampiamente affrontato in uno scritto di alcuni anni fa in occasione dell'ultima (in ordine di tempo) elezione da parte del Consiglio di Stato di un giudice della Corte costituzionale, ritorna di attualità^[1]. Lo spunto viene fornito dall'elezione indetta dalla Corte dei conti del magistrato di propria competenza.

Il TAR, chiamato a pronunciarsi nella fase cautelare, nell'incalzare dell'elezione fissata giusto una settimana dopo, “*preso atto della concorde richiesta delle parti*”, decide immediatamente la causa nel merito con sentenza in forma semplificata^[2]. Il ricorso viene respinto con una pagina e mezzo di motivazione. La filosofia è la seguente: meglio una giustizia sommaria ma immediata che una decisione tardiva seppure meditata. E, ancora una volta, i magistrati collocati fuori ruolo vengono esclusi dai collegi previsti dall'art. 2, comma 1, della l. 11 marzo 1953, n. 87, a causa del non esercizio, da parte degli stessi, delle funzioni istituzionali. L'elettorato attivo, senza che nella norma da ultimo citata, a sua volta attuativa della disposizione dettata dall'art. 135 della cost., vi sia alcuna menzione di un siffatto requisito, è sempre inscindibilmente collegato all'esercizio delle funzioni proprie delle supreme magistrature.

2. L'ambito normativo.

L'ambito normativo della fattispecie è rappresentato dall'art. 2, comma 1, della l. n. 87 del 1953 (“*norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*”), secondo cui “*i giudici della Corte la cui nomina spetta alle supreme magistrature ordinaria ed amministrative, sono eletti:*

a) *tre da un collegio del quale fanno parte il presidente della Corte di cassazione, che lo presiede, il procuratore generale, i presidenti di sezione, gli avvocati generali, i consiglieri e i sostituti procuratori generali della Cassazione;*

b) *uno da un collegio del quale fanno parte il Presidente del Consiglio di Stato, che lo presiede, i presidenti di sezione ed i consiglieri del Consiglio di Stato;*

c) *uno da un collegio del quale fanno parte il presidente della Corte dei conti che lo presiede, i presidenti di sezione, i consiglieri, il procuratore generale ed i vice*

procuratori generali della Corte dei conti".

L'art. 2 della l. n. 87 del 1953 (che ha natura di legge ordinaria) ha attuato l'art. 135, comma 1, della cost., come sostituito dall'art. 1 della l. costituzionale 22 novembre 1967, n. 2, secondo cui *"la Corte costituzionale è composta da quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrative"*, nonché applicato l'art. 137, comma 2, della cost., secondo cui *"con legge ordinaria sono stabilite le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte"*^[3].

L'elettorato passivo è invece definito dall'art. 135, comma 2, della cost., secondo cui *"i giudici della Corte costituzionale sono scelti tra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrative, i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo venti anni di esercizio"*.

E' evidente la non perfetta coincidenza tra elettorato attivo e passivo.

3. La fattispecie esaminata dal TAR; l'atto impugnato e il ricorso.

Un consigliere della Corte dei conti, in posizione di fuori ruolo per un incarico di diretta collaborazione con il Governo (quale capo di gabinetto), impugnava il decreto del presidente della Corte dei conti in data 15 maggio 2002, con cui veniva fissata, al 18 luglio successivo, la convocazione del collegio per l'elezione del giudice costituzionale da individuare tra i magistrati della Corte dei conti anche a riposo. Il decreto precisava, all'art. 1, comma 2, che *"del collegio fanno parte il Presidente della Corte dei conti, che lo presiede, i Presidenti di sezione, i Consiglieri, il Procuratore generale e i Vice Procuratori generali della Corte stessa, con esclusione fra essi di quelli che si trovano in aspettativa per qualsiasi causa o in posizione di fuori ruolo per esercitare funzioni non di istituto"*.

A fondamento dell'impugnazione veniva dedotto un unico ed articolato motivo, del seguente tenore: violazione e falsa applicazione dell'art. 2, comma 1, lettera c), della l. n. 87 del 1953. Si sosteneva, in particolare:

- che, sulla base del significato proprio delle parole usate dal legislatore e della loro connessione, l'elettorato attivo appartiene a tutti coloro i quali rivestono lo *status* di magistrato della Corte dei conti e le qualifiche indicate dalla legge, con esclusione dei magistrati collocati a riposo, titolari soltanto del diritto di elettorato passivo;

- che, relativamente all'esercizio di un diritto pubblico fondamentale, di rilievo costituzionale, come quello elettorale, non è consentita, in mancanza di esplicite deroghe, un'interpretazione restrittiva; va invece applicato quel *"favor suffragii"* che deve accompagnare l'interpretazione delle disposizioni in materia di elezioni, secondo cui, tra le possibili soluzioni offerte dalla norma, si preferisce quella più favorevole all'esercizio del diritto di voto;

- che lo svolgimento di funzioni istituzionali non ha rilievo;
- il carattere non dirimente dei lavori parlamentari;
- la natura istituzionale dell'incarico ricoperto.

Il ricorrente, quindi, concludeva per l'annullamento parziale del decreto presidenziale impugnato e la dichiarazione del proprio diritto di elettorato attivo ai fini dell'elezione di cui trattasi.

4. Le motivazioni addotte dal TAR.

La sentenza del TAR si regge su di una pluralità di motivazioni tra di loro concorrenti ma ognuna di per sé determinante; nel senso che una è sufficiente per comportare l'infondatezza del ricorso, ma se poi ve ne sono altre l'infondatezza si rafforza.

Le motivazioni sono le seguenti:

a) l'interpretazione alla quale il provvedimento impugnato si è uniformato - integrazione del requisito formale dell'appartenenza alle supreme magistrature, di cui all'art. 135, comma 1, della cost., con l'ulteriore requisito del concreto esercizio in atto delle funzioni d'Istituto - costituisce una plausibile interpretazione restrittiva della materia controversa tra le varie rese possibili dal testo delle norme regolatrici. Ciò sulla base:

a.b) dei lavori preparatori;

a.c) e della prassi cinquantennale uniformemente seguita dalle massime magistrature nelle elezioni di rispettiva competenza, a partire dalla prima applicazione della normativa di cui trattasi;

b) la Corte costituzionale non ha mai sollevato rilievi sull'interpretazione in contestazione - neppure prima dell'avvento della l. costituzionale 22 novembre 1967, n. 2 che le ha demandato l'accertamento dell'esistenza dei soli "requisiti soggettivi di ammissione" dei giudici, restringendo (almeno in apparenza) l'area del suo sindacato rispetto alle norme previgenti; anzi, occupandosi di altri aspetti dell'elettorato, si è mossa nel medesimo ordine di idee, condividendo la necessità che, con il requisito formale dell'appartenenza alla magistratura, concorra quello della titolarità delle corrispondenti funzioni (sentenza 27 giugno 1963, n. 111 e deliberazione 29 gennaio 1977);

c) il collocamento in posizione di fuori ruolo non istituzionale, anche se non incide sul requisito dell'appartenenza del magistrato al suo Istituto, comporta un oggettivo allentamento del rapporto organico che lo lega ad esso, del quale non è irrazionale che il legislatore tenga conto ai fini della delimitazione soggettiva di dettaglio della prerogativa della quale si controverte.

5. L'interpretazione della normativa.

Il primo costrutto motivazionale della sentenza in commento è il seguente: *"Ritenuto che l'interpretazione alla quale il provvedimento impugnato si è uniformato, sebbene non sia, in astratto, l'unica resa possibile dal testo delle norme regolatrici della materia controversa, ne costituisce una plausibile interpretazione restrittiva"*.

La dottrina non fornisce un contributo determinante all'interpretazione della normativa di interesse^[4]. Parte della dottrina (Crisafulli^[5]) ritiene che la l. n. 87 del 1953 abbia determinato quali siano le "supreme magistrature" ricorrendo, congiuntamente, al duplice criterio della qualifica e della funzione. Con la conseguente esclusione dall'elettorato attivo:

a) dei magistrati aventi qualifica inferiore a quella di consigliere di cassazione od equiparato (consiglieri di Stato e della Corte dei conti), anche se esplicanti le stesse funzioni dei consiglieri (ad esempio, referendari e primi referendari della Corte dei conti - e anche del Consiglio di Stato prima della riforma di cui alla l. 27 aprile 1982, n. 186 - e magistrati con qualifica di appello "applicati" presso la Corte di cassazione);

b) dei magistrati aventi qualifica di cassazione ma preposti ad altri uffici giudiziari (presidenti di Tribunali o presidenti di sezione di Corti di appello, eccetera);

c) comunque di quei magistrati che non siano effettivamente incardinati nella struttura della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti.

La dottrina da ultimo citata si formava in un sistema in cui la nomina a magistrato di cassazione e alle funzioni direttive superiori avveniva senza il conferimento delle corrispondenti funzioni, ai sensi della l. 20 dicembre 1973, n. 831 (*“modifiche dell'ordinamento giudiziario per la nomina a magistrato di cassazione e per il conferimento degli uffici direttivi superiori”*). Tale sistema (in particolare, artt. 7, 10, 16, 17 e 19, comma 2, della l. n. 831 del 1973), comportante la scissione fra la nomina ed il conferimento delle corrispondenti funzioni, è stato ritenuto illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza 7-10 maggio 1982, n. 86^[6]. A seguito di tale sentenza le dette nomine devono essere contestuali al conferimento delle relative funzioni. La Corte costituzionale ha così avvicinato la magistratura ordinaria al nuovo ordinamento della giurisdizione amministrativa, introdotto dalla l. n. 186 del 1982. In particolare, gli artt. 19 e 21 della legge stessa prevedono, rispettivamente, che le nomine a consigliere di Stato, come pure quelle a presidente di sezione del Consiglio di Stato ed a presidente di Tribunale amministrativo regionale, vengano sempre effettuate per la copertura dei posti disponibili in ordine a ciascuna di tali qualifiche.

L'art. 135, comma 1, della cost., che rimette la nomina di un terzo dei giudici della Corte costituzionale alle *“supreme magistrature ordinaria ed amministrative”*, non richiede l'effettivo esercizio delle funzioni di istituto da parte dei magistrati delle stesse. La normativa prescrive, invece, la contemporanea sussistenza di due elementi essenziali:

a) possesso della qualifica richiesta dalla legge (nella specie, art. 2, comma 1, della l. n. 87 del 1953);

b) appartenenza alle supreme magistrature ordinaria ed amministrative, ai sensi dell'art. 135, comma 1, della cost.^[7]

Tra i due elementi il primo è facilmente individuabile e solo il secondo può comportare problemi di definizione. Ma la legge (art. 2, comma 1, della l. n. 87 del 1953) attribuisce il relativo diritto alla qualifica e non lo collega allo svolgimento delle funzioni istituzionali; e, nell'applicare la legge, *“non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”*^[8]. L'interpretazione letterale non va di pari passo con quella seguita dal TAR; il quale, e non se ne capisce la ragione, avalla, tra le varie plausibili, un'interpretazione restrittiva. Dell'*“intenzione del legislatore”* si dirà nel paragrafo seguente.

6. I lavori preparatori.

La sentenza che si commenta così continua: *“Considerato, difatti, che la lettura ermeneutica che integra il requisito formale dell'appartenenza alle supreme magistrature di cui all'art. 135 comma 1° Cost. con il requisito ulteriore del concreto esercizio in atto delle funzioni d'Istituto, oltre ad avere il conforto dei lavori preparatori, è confermata da una prassi cinquantennale uniformemente seguita dalle massime magistrature nelle elezioni di rispettiva competenza sin dalla prima applicazione della normativa della quale si tratta”*.

Con riguardo ai lavori preparatori gli unici elementi specifici si riferiscono alla l. n. 87 del 1953^[9].

Nel disegno di legge della Commissione (Atti Senato, anno 1949, n. 23-A, pagina 14), all'art. 1-bis, comma 2, veniva detto che *“i magistrati delle giurisdizioni superiori, di ruolo e fuori ruolo, partecipano alla nomina dei giudici della Corte nel modo seguente...”*.

Nella discussione tenutasi il 10 febbraio 1949 in Senato, a seguito di modificazioni apportate e di emendamenti accolti dalla Commissione e dal Ministro di grazia e giustizia, il testo dell'art. 1-bis, comma 2, era diventato il seguente: *“I componenti delle supreme Magistrature partecipano alle elezioni dei giudici della Corte nel modo seguente:*

a) all'Assemblea generale della Corte di cassazione il primo Presidente che la presiede, il Procuratore generale, i Presidenti di sezione, gli Avvocati generali, i Consiglieri di cassazione, i sostituti Procuratori generali di cassazione; nonché i Consiglieri di Corte di appello e i magistrati di grado parificato destinati ad esercitare le funzioni del grado superiore presso la Corte o presso la Procura generale ai sensi rispettivamente degli articoli 115 e 116, del primo comma, dell'ordinamento giudiziario approvato con regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12^[10].

b) all'Adunanza generale del Consiglio di Stato il Presidente, che la presiede, i Presidenti di sezione, i Consiglieri di Stato, i primi Referendari ed i Referendari.

c) alle Sezioni riunite della Corte dei conti, il Presidente, che le presiede, il Procuratore generale, i Presidenti di sezione, i Consiglieri e i vice Procuratori generali”.

In precedenza il senatore Bosco aveva proposto un emendamento sostitutivo del comma 2 del detto art. 1-bis, nel testo seguente: *“I magistrati della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti partecipano alla elezione dei giudici della Corte, ancorché fuori ruolo”*. Su tale emendamento il relatore, onorevole Persico, riferiva che la Commissione aveva manifestato avviso contrario, con la sola seguente motivazione: *“...con la dizione <<fuori ruolo>> diventerebbero elettori anche i magistrati applicati ad altri Ministeri; il che è assurdo”*. La Commissione, quindi, riteneva di togliere le espressioni sia “in ruolo” che “fuori ruolo” nel testo proposto ed il senatore Bosco ritirava poi il proprio emendamento.

I lavori preparatori non consentono di per sé l'esclusione dei magistrati, e in particolare di quelli del Consiglio di Stato, collocati fuori ruolo e che non svolgono funzioni istituzionali, dall'elettorato attivo nell'elezione di cui trattasi. In ambito di applicazione dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, sull'interpretazione della legge, va dato rilievo prioritario al criterio letterale (significato proprio delle parole secondo la loro connessione), mentre quello storico (intenzione del legislatore) deve essere considerato meramente sussidiario^[11]. Nella questione in esame, invece, i termini appaiono invertiti; e, comunque, i lavori preparatori, così come descritti, non hanno valore decisivo ai fini della soluzione della questione stessa.

7. La prassi.

La prassi seguita dalla Corte di cassazione, dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei conti è nel senso dell'esclusione dall'elettorato attivo dei magistrati collocati fuori ruolo.

Prima di procedere alla prima elezione, i presidenti della Corte di cassazione, del

Consiglio di Stato e della Corte dei conti, su invito del Ministro di grazia e giustizia e con l'intervento del medesimo, si riunirono il 9 e l'11 marzo 1953 allo scopo di stabilire la data delle adunanze delle supreme magistrature per l'elezione dei cinque giudici della Corte costituzionale ed al fine di definire un'eguale procedura^[12]. Tali riunioni, svoltesi addirittura prima della pubblicazione e dell'entrata in vigore della l. n. 87 del 1953, portarono alla redazione di un documento con la definizione dei seguenti punti:

a) fissazione al 19 marzo 1953 delle adunanze dei tre collegi, riconoscendo ai capi delle supreme magistrature il potere di convocarli con proprio decreto;

b) non necessità di alcun *quorum* obbligatorio per la validità del numero legale dei magistrati che interverranno alle adunanze;

c) attribuzione del diritto di intervenire alle adunanze ai magistrati che esercitano le relative funzioni, esclusi, oltre i magistrati sospesi per motivi disciplinari o in aspettativa o in congedo straordinario per mandato parlamentare, anche i magistrati fuori ruolo, ossia: *"per quanto riguarda la Corte di Cassazione"*, quelli *"in servizio presso il Ministero di Grazia e Giustizia"* e, *"per il Consiglio di Stato"*, quelli che *"esercitano le funzioni presso il Consiglio di Giustizia amministrativa per la regione siciliana"*, mentre *"per quanto riguarda la Corte dei conti, sono ammessi al voto i magistrati che, pure essendo dichiarati fuori ruolo, esercitano le funzioni...nelle sezioni periferiche della regione siciliana e di quella altoatesina"*;

d) espletamento dell'elezione a scrutinio segreto ed elezione di colui che avrà riportato il maggiore numero dei voti (maggioranza semplice), con eventuale ballottaggio, immediatamente o in giornata, in caso che due o più magistrati riportino il medesimo numero di voti.

Relativamente all'ultimo punto va rilevato che la procedura di elezione e di votazione è stata poi regolamentata dall'art. 4 della l. costituzionale n. 2 del 1967, il quale ha prescritto la maggioranza assoluta nel primo scrutinio e la maggioranza relativa solo nel successivo eventuale ballottaggio^[13].

Nella seconda elezione, svoltasi presso il Consiglio di Stato il 17 dicembre 1967^[14], si ebbe un leggero allargamento dell'elettorato attivo^[15]. Ferma restando l'esclusione dei primi referendari e dei referendari, nonché di quei magistrati in posizione di fuori ruolo che non disimpegnano funzioni di istituto, venivano inclusi nel collegio elettorale:

a) i presidenti di sezione ed i consiglieri di Stato componenti del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, trattandosi di organo che esercita nella regione le funzioni spettanti al Consiglio di Stato e che è collegato ad esso nella struttura e nelle funzioni (art. 1 del d.lgs. 6 maggio 1948, n. 654);

b) i presidenti di sezione e i consiglieri di Stato che, ai sensi dell'art. 6, comma 2, del t.u. 26 giugno 1924, n. 1054^[16], sono stati chiamati a partecipare ai lavori del Consiglio di Stato con provvedimento del Presidente del Consiglio dei Ministri;

c) i presidenti di sezione e i consiglieri di Stato che, alla data della prima convocazione del collegio stesso, sono cessati dalla posizione di fuori ruolo per scadenza del limite massimo di tempo (triennio consecutivo) stabilito dall'art. 2, comma 3, della l. 21 dicembre 1950, n. 1018^[17], anche se non si sia perfezionato il

decreto di rientro in ruolo, considerato il suo valore meramente dichiarativo di una situazione giuridica automaticamente verificatasi (il giorno della detta scadenza).

Nella terza elezione, svoltasi il 20 dicembre 1976 presso il Consiglio di Stato, furono sostanzialmente confermati i criteri seguiti nell'elezione precedente. Anzi, il decreto del presidente di indizione dell'elezione si richiamava espressamente ai lavori preparatori della normativa di interesse ed al "*criterio adottato nella precedente votazione*"^[18]. L'unica differenza consisteva nel non prevedere più l'inclusione nel collegio dei magistrati per i quali è in corso il decreto di rientro in ruolo per scadenza del termine stabilito dalla legge (sul presupposto del carattere automatico degli effetti della scadenza). Ma non è dato comprendere se ciò fosse dovuto alla mancanza della verifica concreta della fattispecie, o ad un'applicazione più rigorosa del requisito del concreto esercizio delle funzioni presso il Consiglio di Stato^[19]. Nell'elenco dei magistrati facenti parte del collegio elettorale venivano compresi anche tutti i presidenti di sezione e i consiglieri di Stato che svolgevano funzioni di presidente dei Tribunali amministrativi regionali^[20].

Nella quarta e nella quinta elezione, svoltesi presso il Consiglio di Stato, rispettivamente, nei giorni 19 e 20 dicembre 1985, nonché 16 e 17 dicembre 1994, si è seguita la medesima linea. "*Alla stregua dei lavori preparatori della richiamata normativa e in conformità del criterio adottato nelle precedenti votazioni*", l'elettorato attivo è stato escluso, sia per i magistrati collocati fuori ruolo che non disimpegnano funzioni di istituto, che per quelli in aspettativa per mandato parlamentare o per altra causa. Il diritto di voto è stato riconosciuto, invece, ai presidenti di sezione del Consiglio di Stato destinati o mantenuti, con il loro consenso, nelle funzioni di presidente di Tribunale amministrativo regionale conservando la posizione di stato, ai sensi dell'art. 50, comma 6, della l. n. 186 del 1982^[21], nonché ai presidenti di sezione ed ai consiglieri di Stato componenti del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana^[22].

Per i collegi della Corte di cassazione sono stati esclusi i magistrati di cassazione collocati fuori ruolo che non esercitano le loro funzioni presso la Corte stessa ed i magistrati fuori ruolo che comunque non svolgono funzioni di istituto. Ai detti magistrati sono stati equiparati quelli in aspettativa o in congedo straordinario per motivi politici. Allo stesso criterio si è attenuta la Corte dei conti^[23].

La prassi seguita, malgrado il valore che alla stessa si attribuisce in materia costituzionale^[24], non giustifica la perseveranza né costituisce ostacolo a modificare l'atteggiamento tenuto nei confronti dei magistrati collocati fuori ruolo. D'altronde, già in una precedente occasione erano stati ammessi a votare magistrati del Consiglio di Stato per i quali, anche se erano scaduti i limiti temporali massimi della possibilità di stare fuori ruolo, non era sussistente il requisito dell'esercizio delle funzioni di istituto dato che esse non erano state ancora riprese.

8. La giurisprudenza della Corte costituzionale.

La sentenza in commento rileva che "*la stessa Corte Costituzionale non solo non ha mai sollevato rilievi sull'interpretazione in contestazione - neppure prima dell'avvento della legge n. 2 del 1967, che le ha demandato l'accertamento dell'esistenza dei soli*

“requisiti soggettivi di ammissione” dei giudici, restringendo (almeno in apparenza) l’area del suo sindacato rispetto alle norme previgenti - , ma, occupandosi di altri aspetti dell’elettorato, si è mossa in fondo nel medesimo ordine di idee, condividendo la necessità che con il requisito formale dell’appartenenza alla Magistratura concorra quello della titolarità delle corrispondenti funzioni (sent. n. 111 del 1963, e soprattutto delib. 29/1/1977)”.

Va osservato, innanzitutto, che, in applicazione dell’art. 2 della l. costituzionale n. 2 del 1967, questioni sulla regolarità della procedura di elezione non possono essere esaminate dalla Corte costituzionale. Alla stessa spetta esclusivamente la verifica, per i propri componenti ed in sede di convalida, delle condizioni di elettorato passivo, senza alcuna possibilità di sindacare la sussistenza dei requisiti di elettorato attivo nei partecipanti alle relative operazioni elettorali^[25].

La Corte costituzionale, malgrado quanto indicato dalla sentenza in commento, non si è mai occupata specificamente della questione.

La Corte, con la sentenza 27 giugno/3 luglio 1963, n. 111, ritenne infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 2, comma 1, lettera c), della l. n. 87 del 1953^[26]. La questione venne portata innanzi alla Corte dalle sezioni riunite della Corte dei conti a seguito di un’impugnazione, promossa da un gruppo di referendari e primi referendari della Corte dei conti, contro il decreto del presidente di quest’ultima con cui erano state indette le elezioni per la nomina del giudice alla stessa riservata. I ricorrenti assumevano che, trovandosi ad esercitare, anche se non in possesso della qualifica, le medesime funzioni dei consiglieri, si sarebbero dovuti considerare appartenenti alla *"suprema magistratura"* costituita dalla Corte dei conti e, conseguentemente, avrebbero dovuto godere dell’elettorato attivo. La Corte costituzionale si basò principalmente sulla peculiare natura della l. n. 87 del 1953, quale legge di attuazione della normativa costituzionale, di per sé capace di interpretare liberamente il disposto dell’art. 135, comma 1, della cost., conferendo alla formula *"supreme magistrature"* l’uno o l’altro dei significati con essa compatibili dal punto di vista letterale. Premesso che la dizione *"supreme magistrature ordinaria ed amministrativa"* non coincide con la categoria dei magistrati e che il richiamo è disposto nei confronti delle magistrature non già nella loro composizione ordinaria ma ad esse in quanto speciali collegi elettorali, investiti dell’alto compito di designare un terzo dei componenti della Corte costituzionale, la Corte ha ritenuto che, con la limitazione della composizione del collegio ai consiglieri, ai presidenti di sezione, ai vice procuratori generali, al procuratore generale e al presidente della Corte dei conti, la legge non abbia violato alcuna norma costituzionale; attuando, invece, l’intento del Costituente proprio con l’affidare un compito così grave a collegi considerati, sotto ogni aspetto, supremi.

Con la deliberazione 29 gennaio 1977^[27] la Corte costituzionale, nell’esercizio del potere di accertamento dell’esistenza dei requisiti soggettivi di ammissione dei propri componenti, alla stessa attribuito dall’art. 2 della l. costituzionale n. 2 del 1967^[28], convalidava la nomina di un giudice, eletto dal Parlamento in seduta comune il 27 gennaio 1977^[29] quale appartenente alla categoria dei magistrati della giurisdizione superiore ordinaria. La Corte, con riguardo ai requisiti richiesti per l’elettorato passivo, confermava la necessità del requisito dell’esercizio effettivo delle funzioni superiori e

l'insufficienza della mera titolarità delle stesse^[30].

Nella specie il detto giudice costituzionale, che rivestiva la qualifica di magistrato di cassazione ma non ne aveva mai esercitato le funzioni in quanto venne nominato mentre si trovava in aspettativa per mandato parlamentare, era stato per tutto il quinquennio presidente della Camera dei deputati, oltre che del Parlamento in seduta comune. La convalida della nomina venne motivata dalla Corte sulla circostanza che la funzione di presidente da questi esercitata era equiparabile a quella (mai svolta) di giudice di cassazione, poiché le funzioni stesse (dal lato soggettivo-organizzativo) sono caratterizzate dall'imparzialità e dall'indipendenza - analogamente a quanto si richiede ad ogni giudice e, quindi, anche ai magistrati delle giurisdizioni superiori - e (dal lato oggettivo-funzionale) sono volte anche a realizzare garanzie di ordine costituzionale.

La citata sentenza della Corte costituzionale non ha fatto altro che ritenere la legittimità, in quanto conforme al disposto dell'art. 135, comma 1, della cost., di una norma di legge ordinaria (art. 2, comma 1, della l. n. 87 del 1953) che ha espressamente escluso dall'elettorato attivo (per i giudici della Corte costituzionale nominati dalle supreme magistrature) i magistrati che, sebbene facenti parte delle supreme magistrature amministrative, sono in possesso delle qualifiche più basse^[31]. Si è così legittimata l'esclusione espressa, da parte della legge, di una particolare categoria magistratuale dall'esercizio di un diritto attribuito agli altri appartenenti alla medesima categoria.

Il termine “*supreme magistrature*” non sta in luogo di supremi magistrati. Così che, con riferimento alla magistratura ordinaria, del relativo collegio elettorale non fanno parte i supremi magistrati addetti, con funzioni direttive, alle corti di merito ed ai tribunali^[32]. Malgrado la non perfetta coincidenza tra elettorato attivo e passivo, si condivide l'esigenza, sottolineata dalla Corte costituzionale con riguardo alla natura dei compiti ad essa assegnati, che, relativamente ai componenti di estrazione giudiziaria, alla stessa siano preposte personalità eminenti per prestigio, dottrina e specifica esperienza giurisdizionale di vertice, da considerarsi propedeutica all'attività richiesta al giudice delle leggi. Dal che consegue l'ulteriore esigenza che un'analogia dottrina, un analogo prestigio e un'analogia esperienza si riscontrino in tutti i componenti del corpo dirigente^[33].

La sentenza, tuttavia, in mancanza di diversa dizione della legge, non consente di collegare allo svolgimento delle funzioni di istituto l'esercizio dell'elettorato attivo di cui trattasi che, invece, è connesso al possesso di date qualifiche e all'appartenenza alla Corte di cassazione, al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti.

La deliberazione della Corte costituzionale 29 gennaio 1977 riguarda specificamente l'elettorato passivo, il quale non coincide per forza con l'elettorato attivo (si vedano gli artt. 48, 51 e 65 della cost.). Ai sensi dell'art. 135, comma 2, della cost., che definisce l'elettorato passivo, i magistrati a riposo sono eleggibili senza poter essere elettori. Tanto è vero che la Corte, con la detta deliberazione, pure avendo ritenuto essenziale ai fini dell'elettorato passivo l'esercizio delle funzioni superiori, non ne ha necessariamente richiesto l'attualità^[34]. D'altronde, all'ultima elezione svoltasi presso il Consiglio di Stato il 16 dicembre 1994 era candidato un magistrato del Consiglio di Stato in posizione di fuori ruolo.

9. Il collocamento in posizione di fuori ruolo in genere.

L'ultimo inciso motivazionale della sentenza in commento è il seguente: *“Rilevato, infine, che il collocamento in posizione di fuori ruolo non istituzionale, pur non incidendo sul requisito dell'appartenenza del magistrato al suo Istituto, comporta un oggettivo allentamento del rapporto organico che lo lega ad esso, del quale non è manifestamente irrazionale che il legislatore tenga conto ai fini della delimitazione soggettiva di dettaglio della prerogativa della quale si controverte”*.

Il collocamento fuori ruolo, per i dipendenti statali, è stato disciplinato dagli artt. 58 e 59 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 e dall'art. 7 del d.P.R. 30 aprile 1958, n. 571. Secondo la giurisprudenza esso non interrompe il rapporto di impiego con l'amministrazione di appartenenza^[35]; a differenza dell'aspettativa, la quale, invece, comportando la sospensione dell'obbligo dell'impiegato di prestare servizio o di esercitare le funzioni di ufficio, determina - salva diversa disposizione di legge - la cessazione di tutti gli effetti del servizio stesso^[36].

La giurisprudenza, con riguardo al *“collocamento in posizione di fuori ruolo non istituzionale”* cui accenna la sentenza in commento, suole distinguere il collocamento nella posizione di fuori ruolo così detto *“proprio”* o non istituzionale, che avviene allorché il dipendente è chiamato a prestare servizio in un'amministrazione o in un ente diversi da quelli di appartenenza e non può svolgere contemporaneamente (salvo deroghe consentite dalla legge) le normali mansioni presso l'amministrazione di appartenenza, da quello *“improprio”* o istituzionale; nel quale il collocamento nella relativa posizione è preordinato allo svolgimento di servizi propri della stessa amministrazione^[37]. E' quanto accade per i magistrati del Consiglio di Stato componenti del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana; essi sono collocati fuori ruolo ma svolgono funzioni istituzionali^[38].

Il collocamento fuori ruolo consegue all'attribuzione di particolari incarichi. I magistrati, in genere, vengono chiamati all'assolvimento di incarichi non in quanto (genericamente) *“pubblici dipendenti”*, bensì quali soggetti in possesso di una particolare qualificazione e professionalità (in campo giuridico) che solo essi - e non altri - possono avere. Ciò comporta che la diversa attività prestata dal magistrato, a causa della quale si dispone il collocamento fuori ruolo, è pur sempre collegata alla sfera professionale dello stesso^[39]. Ed il collegamento è immanente, tanto è vero che – a tutti i dipendenti delle amministrazioni pubbliche collocati fuori ruolo per l'assolvimento di pubbliche funzioni – è consentita l'ammissione, previa domanda, *“a svolgere presso l'amministrazione di appartenenza prestazioni lavorative saltuarie, gratuite e senza alcun onere per l'amministrazione, ove si tratti di prestazioni di alta qualificazione professionale in relazione alle quali si renda necessario il continuo esercizio per evitare la perdita della professionalità acquisita”*^[40].

L'intima connessione tra la rilevanza dell'incarico ed il collocamento in posizione di fuori ruolo è stata sempre più sentita dalla legislazione recente, anche con la previsione di *“incentivi”* e *“cogenze”*. L'art. 13 del d.l. 12 giugno 2001, n. 217, convertito, con modificazioni, dalla l. 3 agosto 2001, n. 317, per *“i magistrati ordinari, amministrativi e contabili e per gli avvocati e procuratori dello Stato”* e con riguardo agli *“incarichi di diretta collaborazione con il Presidente del Consiglio dei Ministri o con i singoli*

Ministri”, prevede il collocamento in posizione di fuori ruolo per l'intera durata dell'incarico; ciò “*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*”; salva, da parte degli organi di autogoverno, “*la facoltà di valutare motivate ragioni ostative al suo accoglimento*” e previo aumento degli “*attuali contingenti numerici eventualmente previsti dai rispettivi ordinamenti di appartenenza dei soggetti interessati ed ostativi al loro collocamento fuori ruolo*”^[41]. Secondo l'art. 11, comma 3, della l. 6 luglio 2002, n. 137, “*a fini di collaborazione con la Presidenza del Consiglio dei Ministri e con il Dipartimento della funzione pubblica*” in date attività^[42], possono nominarsi esperti, in un certo numero e per un periodo di tempo limitato, scelti “*fra soggetti, anche estranei all'amministrazione, dotati di elevata professionalità nei settori della redazione di testi normativi, dell'analisi economica, della valutazione di impatto delle norme, della analisi costi-benefici, del diritto comunitario, del diritto pubblico comparato, della linguistica, delle scienze e tecniche dell'organizzazione, dell'analisi organizzativa, dell'analisi delle politiche pubbliche*”. “*Se appartenenti ai ruoli delle pubbliche amministrazioni, gli esperti sono collocati obbligatoriamente fuori ruolo o in aspettativa retribuita, anche in deroga alle norme e ai criteri che disciplinano i rispettivi ordinamenti*”; ivi inclusi quelli dei magistrati.

10. Lo svolgimento delle funzioni istituzionali e il fuori ruolo.

Ai sensi dell'art. 107, comma 3, della cost., “*i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni*”^[43]. Si potrebbe sostenere, conseguentemente, che l'esclusione dall'elettorato attivo di cui trattasi, dei magistrati collocati fuori ruolo rispetto a quelli svolgenti funzioni istituzionali, trova la sua legittimazione, oltre la sua *ratio*, nella diversità delle funzioni svolte (non istituzionali per i primi ed istituzionali per i secondi).

La tesi è debole.

L'art. 107, comma 3, della cost. ha inteso unicamente superare la concezione di una magistratura organizzata in senso piramidale ed eliminare ogni distinzione gerarchica tra i magistrati. La disposizione costituisce, quindi, parametro, oltre che principio, da rispettare da parte della normativa in tema di organizzazione della magistratura e di *status* degli appartenenti alla stessa. Essa però non consente, in mancanza di una previsione espressa della legge, di impedire l'esercizio di un diritto soggettivo pubblico (quale quello di voto all'elezione dei giudici della Corte costituzionale di spettanza delle supreme magistrature) a quei magistrati che, in via temporanea, non esercitino funzioni di istituto per essere stati collocati fuori ruolo. Tra l'altro, la differenza di oggetto fra l'art. 135 della cost. ed il precedente art. 107, comma 3 - il primo considera gli organi mentre il secondo le persone fisiche^[44] - induce a ritenere che il concetto delle funzioni, riguardando i rapporti tra le persone, è al di fuori dall'orbita delle “*supreme magistrature*” intese come organismi o uffici.

Le due pronunce della Corte costituzionale di cui si è detto al paragrafo 8 appaiono datate rispetto agli eventi normativi e giurisprudenziali successivi. Le nomine a magistrato di cassazione e alle funzioni direttive superiori, come quelle a consigliere di Stato e a presidente di sezione del Consiglio di Stato, non sono più possibili senza il conferimento delle corrispondenti funzioni (così detto sistema delle promozioni a ruolo

chiuso). Dovendo le nomine essere contestuali al conferimento delle relative funzioni, non sono più consentite le così dette promozioni a ruolo aperto. A differenza, invece, di quanto avveniva in virtù della l. n. 831 del 1973 e prima della sentenza della Corte costituzionale n. 86 del 1982, allorquando, per i magistrati ordinari, la scissione tra nomina e conferimento delle corrispondenti funzioni costituiva la regola^[45].

La posizione dei magistrati del Consiglio di Stato appariva già di per sé diversificata da quella dei magistrati ordinari, poiché, a differenza dei Presidenti di sezione e dei consiglieri di Cassazione, le qualifiche di Presidente di sezione e di consigliere di Stato individuavano solo gli appartenenti all'istituto^[46].

Ciò che rileva non è, quindi, l'esercizio delle funzioni, in sé necessariamente connesso alla nomina a magistrato di cassazione, del Consiglio di Stato o della Corte dei conti (con esclusione dei soli referendari e primi referendari), bensì l'appartenenza dei magistrati alle supreme magistrature ordinaria ed amministrative, ai sensi dell'art. 135, comma 1, della cost.. Il requisito non sussiste per i magistrati di cassazione nominati alle funzioni direttive superiori presso i Tribunali o le Corti di appello e per i consiglieri di Stato che conseguono la nomina a presidente di Tribunale amministrativo regionale. E' evidente, infatti, che costoro non possono considerarsi più appartenenti né alla Corte di cassazione né al Consiglio di Stato, facendo parte del diverso ufficio giudiziario presso il quale svolgono attività^[47].

Il requisito dell'appartenenza non viene meno per il magistrato della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato o della Corte dei conti che, dopo avere svolto le funzioni di ufficio, venga collocato fuori ruolo. Lo stesso, la cui attività non subisce sospensione, continua a fare parte delle "supreme magistrature": il suo rapporto non subisce modificazioni soggettive ma unicamente di carattere oggettivo, avuto riguardo ad una diversa modalità della prestazione^[48]. Ne consegue che al dipendente collocato fuori ruolo - ed il collocamento fuori ruolo non può non avvenire nell'interesse dell'amministrazione di appartenenza - deve consentirsi l'esercizio dei diritti connessi al proprio rapporto.

Il magistrato collocato fuori ruolo conserva tutti quei diritti (diritto alla progressione di carriera e a quella stipendiale, al trattamento economico - anche se con qualche limite conseguente a divieti di cumulo^[49] - alle ferie, a partecipare all'elezione dei membri degli organi di autogoverno e dei propri rappresentanti sindacali) e quei doveri (obbligo di richiedere l'autorizzazione al proprio organo di autogoverno al fine di assumere incarichi ulteriori, soggezione alle determinazioni dell'organo stesso in ordine alla medesima permanenza fuori ruolo e all'esercizio del potere disciplinare) collegati al proprio *status*.

Per i magistrati del Consiglio di Stato sussiste un'ulteriore peculiarità. Essi sono chiamati allo svolgimento di attività di consulenza giuridico-amministrativa, tipica della propria qualifica in quanto costituzionalmente attribuita al Consiglio di Stato (art. 100, comma 1, della cost.^[50]). Tale attività riveste carattere istituzionale, essendo storicamente connessa alla funzione propria dell'Istituto - nato come consiglio della corona^[51] - e dei suoi appartenenti. Questi hanno costantemente ricoperto incarichi di consulenza e di collaborazione presso enti ed amministrazioni, per i quali la stessa

legge o ragioni di opportunità comportano il collocamento fuori ruolo^[52]. Il che differenzia ulteriormente lo *status* dei magistrati del Consiglio di Stato rispetto a quelli ordinari e contabili, e fa sì che l'attività svolta dai primi in posizione di fuori ruolo deve considerarsi anch'essa istituzionale.

Il diritto di voto all'elezione di cui trattasi, quindi, non può non considerarsi proprio dello *status* di magistrato del Consiglio di Stato. Tra l'altro è un diritto soggettivo di particolare rilevanza, avendo carattere pubblico ed essendo di ordine funzionale e di rilievo costituzionale^[53]. Diversamente opinando si attribuirebbe alla norma una portata restrittiva, forzandone la lettera. Se la legge avesse inteso escludere i magistrati, che non svolgono attività di istituto, dall'esercizio di un diritto, lo avrebbe detto espressamente^[54]. In materia deve trovare applicazione il principio fondamentale del “*favor suffragii*” - il quale, desunto dalle consultazioni popolari, si riverbera su tutte le elezioni - secondo cui, in ambito di elezioni ed in via interpretativa, va preferita la soluzione favorevole al diritto di voto, anziché quella contraria^[55]. Anche perché il momento elettorale riveste estrema rilevanza nella vita professionale del magistrato supremo, sia per il suo valore costituzionale che per il notevole intervallo di tempo - ogni nove anni - in cui esso si verifica.

Il requisito dell'effettivo esercizio delle funzioni di istituto appare ancora una volta una superfetazione, pure a seguito del vigente sistema delle promozioni a ruolo chiuso. Anche se un siffatto requisito dovesse essere preteso per affermare il carattere supremo degli speciali collegi elettorali previsti dall'art. 2, comma 1, della l. n. 87 del 1953, esso è altresì configurabile nei magistrati del Consiglio di Stato collocati fuori ruolo per titolarità di incarichi (art. 100, comma 1, della cost.). E, relativamente all'esercizio delle funzioni di istituto, non sarebbe necessaria l'attualità, bastando l'appartenenza all'istituto (che non viene meno col collocamento fuori ruolo) ed il precedente esercizio delle funzioni (che non può essere disgiunto dalla nomina). Si realizzerebbe così anche quello stretto collegamento tra il comma 1 dell'art. 135 della cost. ed il successivo comma 2 - in tema di elettorato passivo - sottolineato dalla Corte nella propria sentenza n. 111 del 1963^[56]. Ciò nonostante che, nella materia di cui trattasi, non vi sia perfetta coincidenza tra l'elettorato attivo e quello passivo.

La sentenza in commento già consegue un traguardo. Essa dà per scontato che il collocamento in posizione di fuori ruolo non istituzionale non incide sul requisito dell'appartenenza del magistrato al suo istituto; sostiene però che esso “*comporta un oggettivo allentamento del rapporto organico che lo lega ad esso*”.

Come si è visto, non si tratta di allentamento - il rapporto organico o c'è o non c'è, e se esiste, com'è indubbio, si può solo modificare o, al peggio, estinguere - bensì di modificazione di carattere oggettivo inerente una diversa modalità della prestazione. E se anche per il magistrato collocato fuori ruolo permangono tutti quei diritti e quei doveri collegati al proprio *status*, e non necessariamente all'esercizio delle funzioni istituzionali, appare illogico, irrazionale e manifestamente ingiusto che solo uno di tali diritti venga inscindibilmente collegato all'esercizio delle funzioni di istituto.

Dalla premessa “*allentamento del rapporto organico*”, come effetto del collocamento in posizione di fuori ruolo, discende, secondo la sentenza in commento, la non manifesta irrazionalità della circostanza “*che il legislatore tenga conto ai fini della delimitazione soggettiva di dettaglio della prerogativa della quale si*

controverte”. Ma, come si è ampiamente illustrato, né la Costituzione né la legge, ai fini dell’elettorato attivo nell’elezione dei giudici della Corte costituzionale da parte delle supreme magistrature, richiedono l’esercizio delle funzioni istituzionali.

Nella sentenza in commento non vi è traccia di un’ulteriore possibile obiezione. L’istituto del fuori ruolo, fondato sul presupposto della destinazione dell’impiegato a compiti per il cui assolvimento deve essere esonerato dal prestare servizio presso l’ufficio nel quale è incardinato, determina un temporaneo aumento di organico nel ruolo cui l’impiegato appartiene; così che il posto del soggetto collocato fuori ruolo può essere considerato vacante e ricoperto da altro dipendente^[57]. Il fatto che al soggetto collocato in posizione di fuori ruolo può conseguire una nuova nomina, altererebbe, aumentandolo, il numero dell’elettorato attivo.

L’obiezione è facilmente superabile. Innanzitutto, la legge prescrive limiti numerici massimi al collocamento fuori ruolo, al di sopra dei quali non è possibile andare^[58]. Non si comprende poi il motivo per cui, escludendo i magistrati in posizione di fuori ruolo dall’elettorato attivo di cui trattasi, sarebbe invece consentito restringere, ma non aumentare, la platea degli aventi diritto.

La diversa conclusione è conforme, invece, alla stessa *ratio* sottesa nell’art. 135, comma 1, della cost., la quale richiede che una parte dei giudici della Corte costituzionale sia promanazione della volontà espressa dalle supreme magistrature ordinaria e amministrative. Escludere dall’espressione di tale volontà i magistrati appartenenti alle supreme magistrature stesse e collocati fuori ruolo non appare in linea con lo spirito costituente.

11. Le proposte e le ragioni per una diversa soluzione.

Non sono mancate proposte di legge costituzionale di modifica dell’art. 135 della cost., intese ad ampliare l’elettorato attivo per la nomina dei giudici della Corte costituzionale di competenza delle supreme magistrature^[59]. Ciò quanto meno a dimostrazione dell’esigenza che tali giudici siano espressione di una base rappresentativa più ampia.

Già in precedenza, a prescindere dalla sede contenziosa, si auspicava un’inversione di tendenza, sempre nell’ambito di un percorso istituzionale^[60]; da parte del Presidente del Consiglio di Stato e del collegio elettorale definito sulla base dei criteri precedentemente seguiti nella prassi^[61]. Tale collegio si identifica, con riguardo ai suoi componenti, nell’adunanza generale del Consiglio di Stato, alla quale la soluzione della questione andrebbe rimessa direttamente dal Presidente del Consiglio di Stato. Sempreché questi non intenda provvedere autonomamente (nel senso proposto), avendone il potere, in sede di convocazione del collegio elettorale. Ma la prima evenienza resta la più saggia, dato che il cambiamento nella prassi avrebbe l’ausilio dell’adunanza generale e, quindi, di quei magistrati del Consiglio di Stato che tradizionalmente hanno costituito il detto collegio^[62].

Le ragioni addotte a fondamento della soluzione che consente ai magistrati del Consiglio di Stato, collocati fuori ruolo e che non svolgono funzioni istituzionali, la partecipazione all’elezione del giudice della Corte costituzionale, erano molteplici^[63]:

“a) trattasi di un diritto attribuito dalla Costituzione ad una delle supreme

magistrature dello Stato alla quale i componenti non cessano di essere collegati, una volta collocati fuori ruolo;

b) la legge ammette al voto espressamente “i presidenti di sezione ed i consiglieri del Consiglio di Stato” e tali continuano ad essere i magistrati del Consiglio di Stato collocati fuori ruolo;

c) in mancanza di un'espressa disposizione di legge non è consentito di comprimere e/o limitare l'esercizio di un diritto soggettivo pubblico, di rilievo costituzionale, attribuito proprio dalla Costituzione ai magistrati del Consiglio di Stato;

d) l'anacronisticità della necessità dell'effettivo svolgimento delle funzioni di istituto per legittimare l'esercizio dell'elettorato attivo di cui trattasi;

e) l'applicazione del principio fondamentale del “favor suffragii” secondo cui, in ambito di elezioni ed in via interpretativa, va preferita la soluzione favorevole al diritto di voto, anziché quella contraria;

f) lo scarso peso dei lavori preparatori..., dato che se si fosse voluto effettivamente escludere dal relativo diritto di voto i magistrati collocati fuori ruolo, o comunque quelli non svolgenti funzioni di istituto, lo si sarebbe detto in modo espresso;

g) l'estrema rilevanza di un siffatto momento elettorale nella vita professionale del magistrato...ed iniquità della prassi finora seguita...”; anche con riguardo a “chi è stato poco prima collocato fuori ruolo per l'assunzione di incarichi;

h) il carattere tipico di tali incarichi i quali, di particolare rilevanza istituzionale, sono sempre connessi all'attività di consulenza giuridico-amministrativa costituzionalmente attribuita al Consiglio di Stato (art. 100 cost.)”.

Tutte queste ragioni sono ancora attuali e valgono, quasi integralmente, anche per i magistrati della Corte dei conti; né vengono scalfite dalle ristrette motivazioni della sentenza in commento. Anzi, se ne aggiunge un'altra, di non poco peso; la tendenza manifestata dalla recente legislazione, per incarichi di notevole rilevanza, di favore al collocamento obbligatorio in posizione di fuori ruolo anche in deroga agli ordinamenti di appartenenza dei magistrati.

12. Conclusioni.

Si è intanto arrivati alla sede contenziosa; ma la sentenza non convince e l'auspicata soluzione istituzionale non è intervenuta. Si avvicina, nel frattempo, la prossima elezione del giudice costituzionale di competenza del Consiglio di Stato, da tenersi verso la fine del 2003, ed al momento non si conosce se i magistrati collocati in posizione di fuori ruolo intenderanno prendere iniziative.

Alla prima volta del giudice amministrativo se ne avvicina una seconda. La sentenza in commento è stata appellata, così che vi sarà anche la prima volta del Consiglio di Stato. Si auspica almeno che il giudice di appello possa decidere, questa volta non con sentenza breve, in tempo utile per le prossime elezioni. Ma si arriverà ad una pronuncia di merito?

Sull'appello aleggia lo spettro del sopravvenuto difetto di interesse. Al momento non è dato sapere se è stato impugnato anche l'atto finale del procedimento elettorale, costituito dalla proclamazione dell'eletto alla Corte costituzionale da parte della Corte dei conti^[64]. Comunque, il ricorso di primo grado era stato presentato solo da un magistrato; con la conseguenza che la sua eventuale partecipazione all'elezione non avrebbe potuto conseguire spostamenti rilevanti in termini di risultato finale conseguito dall'eletto (tra l'altro con scarto superiore ad un voto).

In primo grado non era solo chiesto l'annullamento del decreto di convocazione del collegio per l'elezione di cui trattasi, nella parte in cui veniva disposta l'esclusione dei magistrati *"in posizione di fuori ruolo per esercitare funzioni non di istituto"*, ma anche la declaratoria, in capo al ricorrente, del diritto di elettorato attivo. Non si tratta, quindi, soltanto di un'azione impugnatoria ma anche di un'azione dichiarativa, di accertamento di un diritto, o meglio di una facoltà, rientrante nello *status* del magistrato della Corte dei conti. L'interesse connesso all'accertamento del diritto o della facoltà sussiste indipendentemente dalla possibilità di esercizio attuale o immediato del diritto stesso; sono sufficienti il non avere riconosciuto, con il non consentirne l'esercizio, il diritto ed il possibile esercizio futuro del diritto, connaturato al possesso dello *status* di magistrato, a radicare quella situazione di incertezza che di per sé giustifica l'azione di accertamento. Ciò a prescindere dalla sussistenza di un interesse di carattere morale o economico; dato che la lesione (ed il danno) è quanto meno conseguente al non avere potuto prendere parte ad un momento significativo della propria vita professionale.

In attesa della decisione del Consiglio di Stato, si è ancora e sempre a livello di meri auspici^[65]. Dalla sentenza che si commenta traspare come il maggiore impedimento al cambiamento è costituito dalla *"prassi cinquantennale uniformemente seguita dalle massime magistrature nelle elezioni di rispettiva competenza sin dalla prima applicazione della normativa della quale si tratta"*; prassi che pesa come un macigno. La situazione è percepita non senza disagio all'interno sia del Consiglio di Stato che della Corte dei conti; ma dopo quasi cinquanta anni è difficile cambiare, tra l'altro da parte di magistrature che eleggono solo un giudice e senza l'ausilio della Corte di cassazione che ne elegge tre.

La soluzione migliore, e certamente più indolore, sarebbe quella legislativa, in sede di modifica dell'art. 2, comma 1, della l. n. 87 del 1953. Il che consentirebbe la partecipazione di un non indifferente numero di magistrati del Consiglio di Stato, in posizione di fuori ruolo a causa di incarichi di notevole prestigio per lo stesso Istituto di appartenenza (basti pensare a quelli di collaborazione con gli organi costituzionali, il Governo e le Autorità indipendenti); numero certamente rilevante sull'esito finale, data anche l'esiguità dell'organico dei magistrati del Consiglio di Stato^[66].

Nel frattempo non resta che attendere i prossimi sviluppi. Ma un passo in avanti è già fatto. Non c'è più quella situazione impellente (le vicine elezioni) che ha indotto il TAR alla sentenza breve; così che si auspica che la questione possa trovare, da parte del giudice amministrativo di appello, quanto meno l'approfondimento che le compete.

^[1] Ci si riferisce a **VOLPE**, *Alcune considerazioni in tema di fuori ruolo ed elettorato attivo nell'elezione dei giudici della Corte costituzionale da parte delle supreme magistrature ordinaria e amministrative*, in *Foro amm.*, 1995, 1429. L'elezione era avvenuta alla fine del 1994.

^[2] Ai sensi dell'art. 26, commi 4 e 5, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, come sostituito dall'art. 9 della l. 21 luglio 2000, n. 205, "nel caso in cui ravvisino la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il tribunale amministrativo regionale e il Consiglio di Stato decidono con sentenza succintamente motivata. La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, ovvero, se del caso, ad un precedente conforme" e "la decisione in forma semplificata è assunta, nel rispetto della completezza del contraddittorio, nella camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare".

^[3] Il che trova conferma nell'art. 1 della l. costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, secondo cui "la Corte costituzionale

esercita le sue funzioni nelle forme, nei limiti ed alle condizioni di cui alla Carta costituzionale, alla L. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, ed alla legge ordinaria emanata per la prima attuazione delle predette norme costituzionali". Si ribadisce il rapporto sistematico intercorrente tra carta costituzionale, leggi costituzionali e legge ordinaria.

[4] Senza alcuna pretesa di completezza v.: **BARILE-CHELI-GRASSI**, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 2002, 153, in cui si afferma che "per <magistrati delle funzioni superiori> debbono intendersi <coloro che abbiano conseguito la nomina [al grado di magistrato di cassazione] con il conferimento delle corrispondenti funzioni> ha detto la Corte costituzionale"; **BATTINI-FRANCHINI-PEREZ-VESPERINI-CASSESE**, *Manuale di diritto pubblico*, Milano, 2001, 267; **CERRI**, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1999, 286; **FALCON**, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 1999, 499; **VIGNOCCHI-GHETTI**, *Corso di diritto pubblico*, Milano, 1999, 275; **BUQUICCHIO**, *L'elezione dei giudici costituzionali da parte delle supreme magistrature, tra norme e prassi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 201; **CERRI**, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1997, 32, ss.; **BERTI**, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, 616 e ss.; **CUOCOLO**, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1994, 917 e ss.; **FALCON**, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 1993, 443; **ROMBOLI**, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, 1993, 4; **CARETTI-DE SIERVO**, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1992, 456; **MARTINES**, *Diritto costituzionale*, Milano, 1992, 552 e ss.; **SPAGNA MUSSO**, *Diritto costituzionale*, Padova, 1992, 619 e ss.; **PALADIN**, *Diritto costituzionale*, Padova, 1991, 707; **MARTINES**, *Diritto pubblico*, Milano, 1990, 193 e ss.; **SCOTTO**, *Diritto costituzionale*, Milano, 1990, 149 e ss.; **DE NISCO**, *Compendio di diritto pubblico*, Roma, 1989, 101; **ZAGREBELSKY**, *La giustizia costituzionale*, 1988, 76; **BARILE**, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1987, 237 e ss.; **BERTI**, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, 508; **BALDASSARRE-MEZZANOTTE**, *Introduzione alla Costituzione*, Bari, 1986, 186; **RESCIGNO**, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 1979, 477; **PIZZORUSSO**, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1978, 365; **BISCARETTI DI RUFFIA**, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1977, 567 e ss.; **MORTATI**, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, 1368 e ss.; **LAVAGNA**, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1973, 994 e ss.; **TREVES**, *Principi di diritto pubblico*, Torino, 1973, 304; **AMATO-BASSANINI**, *La Corte costituzionale, un istituto da riformare*, in *Politica del diritto*, 1972, 811; **D'ORAZIO**, *Giudice costituzionale*, in *Enc. diritto*, Milano, 1969, XVIII, 951 e ss.; **CERETI**, *Diritto costituzionale italiano*, Torino, 1966, 588 e ss.; **PERGOLESI**, *Diritto costituzionale*, Padova, 1963, II, 171; **PIERANDREI**, *Corte costituzionale*, in *Enc. diritto*, Milano, 1962, X, 890 e ss..

[5] **CRISAFULLI**, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, 243. Nello stesso senso, anche se acriticamente, in sede di commento all'art. 135 della cost., **CRISAFULLI-PALADIN**, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 795. Riporta le tesi del Crisafulli **RAVERAIRA**, *Corte costituzionale*, in *Enc. giuridica Treccani*, Roma, 1988, IX, 6. Nello stesso senso **ZAGREBELSKY**, *La giurisdizione costituzionale*, in *Manuale di diritto pubblico* a cura di **AMATO-BARBERA**, Bologna, 1984, 767, il quale si limita a rilevare che "dall'elettorato attivo, e così da quello passivo, sono stati esclusi i magistrati che, pure rivestendo la qualifica formale (ad esempio consigliere di cassazione), non esercitavano le funzioni corrispondenti, ciò che accadeva molto frequentemente, dato il deplorabile sistema di promozione <<a ruoli aperti>> che ha avuto vigore fino a poco tempo fa nella magistratura ordinaria". Sulle stesse posizioni è **LA FARINA** (*Un problema aperto: gradi e funzioni nella magistratura ordinaria*, in *Giust. civ.*, 1978, IV, 55 e ss.), il quale sottolinea l'impossibilità per i costituenti di prevedere la successiva esplosione nella magistratura del fenomeno della dissociazione tra qualifica e funzioni effettive.

[6] In *Cons. St.*, 1982, II, 625.

[7] Per **ANDRIOLI**, *Il collegio della Corte dei conti, costituito per eleggere un giudice della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 132, la qualità di membro delle supreme magistrature è condizione sufficiente del conferimento del diritto di voto alla Corte costituzionale.

[8] Art. 12, comma 1, delle disposizioni sulla legge in generale, preliminari al c.c., dal titolo "interpretazione della legge".

[9] I lavori preparatori sull'art. 135 della Cost. sono riportati da **FAGIOLO**, *La costituzione della Repubblica italiana*, Roma, 1992, III, 1907 e ss.. Sui lavori preparatori in genere e, in particolare, sul significato del termine "supreme magistrature" - di cui all'art. 135, comma 1, della cost. - peraltro in senso contrario a quello fatto proprio dalla Corte costituzionale nella sentenza 27 giugno/3 luglio 1963, n. 11, v. la nota n. 4 in commento alla medesima decisione, in *Giur. cost.*, 1963, 1019. Si rimanda anche a quanto riportato nelle note da **ESPOSITO**, *Per la determinazione del significato della espressione <<supreme magistrature amministrative>>*, *cit.*, 1035 e ss..

[10] Entrambi gli articoli sono stati sostituiti dall'art. 2 della l. 13 febbraio 2001, n. 48.

[11] **CIAN-TRABUCCHI**, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1992, 29.

[12] Ne dà menzione **FERRARI**, *La difficile nascita della Corte costituzionale*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, anno 21, fascicolo 81-82, 1988, 7 e ss.. V. anche **FIUMANO**, *A proposito di un recente messaggio del Presidente della Repubblica*, in *Foro it.*, 1977, V, 135 e ss. (e, in particolare, la nota 35 dello scritto).

[13] Il che ha portato parte della dottrina (**FERRARI**, *La difficile nascita della Corte costituzionale*, *cit.*, 20) ad attribuire al documento stilato dai presidenti della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti natura sostanzialmente normativa.

[14] La seconda elezione si concluse a seguito di ballottaggio.

[15] V. il decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 121 del 5 dicembre 1967, riportato per intero da **CHIEPPA**, *Cessazione dalla carica e dall'esercizio delle funzioni di giudice: elezioni di giudici dal Consiglio di Stato*, in *Giur. cost.*, 1968, I, 158. A seguito dell'espressa possibilità prevista nella parte finale del detto decreto, un consigliere di Stato presentò alcune osservazioni, rilevando che la distinzione operata nei riguardi dei fuori ruolo non trovava fondamento nelle vigenti disposizioni, secondo cui tutti indistintamente i magistrati del Consiglio di Stato sono chiamati a partecipare alla scelta di un giudice della Corte costituzionale, mentre lo stato di comando non muterebbe né la posizione né le prerogative del ruolo di origine. Ma su tali osservazioni, pure se ritualmente sollevate, non vi fu alcuna pronuncia: v. **CHIEPPA**, *Cessazione dalla carica e dall'esercizio delle funzioni di giudice: elezioni di giudici dal Consiglio di Stato*, cit., 162 e ss..

[16] L'articolo è stato abrogato dall'art. 28 della l. n. 186 del 1982.

[17] La disposizione è stata sostituita dall'art. 29 della l. n. 186 del 1982 il quale ha dettato norme in tema di collocamento fuori ruolo dei magistrati amministrativi.

[18] V. il decreto del Presidente del Consiglio di Stato in data 10 dicembre 1976, riportato per intero da **CHIEPPA**, *Procedimento elettorale per la elezione dei Giudici della Corte costituzionale da parte delle supreme magistrature ordinaria ed amministrative*, in *Giur. cost.*, 1977, I, 1838 e ss..

[19] **CHIEPPA**, *Procedimento elettorale per la elezione dei Giudici della Corte costituzionale da parte delle supreme magistrature ordinaria ed amministrative*, cit., 1843.

[20] Sulla prassi consolidata di fare partecipare i suddetti magistrati all'adunanza generale e, se presidenti di sezione, anche al Consiglio di presidenza del Consiglio di Stato, nonché sull'incardinazione nel Consiglio di Stato dei magistrati dello stesso assegnati alla presidenza dei Tribunali amministrativi regionali, **CHIEPPA**, *Elementi uniformi di qualificazione dell'elettorato attivo: concreto esercizio delle funzioni di istituto in Cassazione, Consiglio di Stato e in Corte dei conti, congiunto alla qualifica di Consigliere (o Presidente o equiparata)*, in *Giur. cost.*, 1977, I, 1846 e ss..

[21] Trattasi di una norma transitoria che attualmente dovrebbe riguardare solo un magistrato del Consiglio di Stato.

[22] V. i decreti del Presidente del Consiglio di Stato, rispettivamente, n. 62 in data 6 dicembre 1985 e n. 119 in data 30 novembre 1994: entrambe le elezioni si sono concluse a seguito di ballottaggio. Nell'elenco dei soggetti facenti parte del collegio per l'ultima elezione del giudice costituzionale, così come definito dal detto decreto n. 119 del 1994, sono stati inclusi 106 magistrati del Consiglio di Stato, tra cui tre erano i presidenti di sezione destinati o mantenuti, con il loro consenso, nella funzione di presidente di Tribunale amministrativo regionale conservando la posizione di stato, ai sensi dell'art. 50, comma 6, della l. n. 186 del 1982. Non vi hanno fatto parte, invece, 21 magistrati in posizione di fuori ruolo. Il che comporta che non ha votato una percentuale di poco superiore al 16 per cento dei magistrati del Consiglio di Stato.

[23] V. i decreti del primo presidente della Corte di cassazione 3 giugno 1968, 11 luglio 1972, 5 giugno 1974 e 4 giugno 1977, nonché del presidente della Corte dei conti 15 febbraio 1963, n. 12 e 30 giugno 1975, riportati da **CHIEPPA**, *Cessazione dalla carica e dall'esercizio delle funzioni di giudice: elezioni di giudici dal Consiglio di Stato*, cit., 158 e *Procedimento elettorale per la elezione dei Giudici della Corte costituzionale da parte delle supreme magistrature ordinaria ed amministrative*, cit., 1838. La prassi seguita trova piena legittimazione secondo **CHIEPPA**, *Elementi uniformi di qualificazione dell'elettorato attivo: concreto esercizio delle funzioni di istituto in Cassazione, Consiglio di Stato e in Corte dei conti, congiunto alla qualifica di Consigliere (o Presidente o equiparata)*, cit., 1846.

[24] Sul carattere pregnante del valore di tale prassi: Cass., sez. un., 25 giugno 1993, n. 7075, in *Foro it.*, 1994, I, 3175 e **LA FARINA**, op. cit., 58.

[25] In tal senso: **CHIEPPA**, *Cessazione dalla carica e dall'esercizio delle funzioni di giudice: elezioni di giudici dal Consiglio di Stato*, cit., 164 e **D'ORAZIO**, *Commento alla proposta di legge*, in *Giur. cost.*, 1967, 568. La proposta di legge è poi divenuta l. costituzionale n. 2 del 1967.

[26] In *Foro it.*, 1963, I, 1330. L'ordinanza di rimessione era stata emanata dalle sezioni riunite della Corte dei conti in data 25 aprile 1963, a seguito di ricorso proposto avverso il decreto del presidente della Corte stessa 15 febbraio 1963, n. 12. A commento critico della medesima decisione della Corte costituzionale: **ANDRIOLI**, op. cit., 125; **FERRARI**, <<Supreme magistrature>> e composizione dei rispettivi collegi per l'elezione dei giudici costituzionali, in *Giur. cost.*, 1963, 1022; **ESPOSITO**, *Per la determinazione del significato della espressione <<supreme magistrature amministrative>>*, in *Giur. cost.*, 1963, 1032.

[27] In *Giur. cost.*, 1977, I, 1401, con osservazioni di **D'ORAZIO**. In senso critico, nei confronti della citata deliberazione, **BARTOLE**, *Cursus honorum e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, V, 1978, 89 e ss..

[28] Sul potere della Corte costituzionale di giudicare la validità dei titoli di ammissione dei propri membri (con deliberazione presa in camera di consiglio a maggioranza assoluta dei suoi componenti ex art. 2 della l. costituzionale n. 2 del 1967), **D'ORAZIO**, *Osservazioni sulla prassi e i poteri della Corte costituzionale in sede di verifica dei titoli di ammissione dei propri membri*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, Milano, III, 1967.

[29] Insieme ad altri due giudici.

[30] **FERRARI** (*Relazione di sintesi*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di **OCCHIOCUPO**, Padova, 1984, 422) insiste sulla necessità che gli eleggibili alla Corte costituzionale non solo abbiano conseguito la nomina a magistrato di cassazione ma ne svolgano anche le relative funzioni.

[31] Questione che non si pone più per il Consiglio di Stato non esistendo, a seguito della riforma operata dalla l. n. 186 del 1982, le qualifiche di referendario e di primo referendario.

[32] Secondo **ANDRIOLI**, *op. cit.*, 130, suprema magistratura ordinaria non può essere che la Corte di cassazione, della quale fanno parte tutti i giudici che esercitano funzioni giurisdizionali presso la stessa, esclusi coloro che esercitano funzioni di giudice o occupano uffici direttivi in organi giudiziari sottordinati alla Cassazione e compresi i magistrati di appello applicati alla stessa. Supreme magistrature amministrative sono, invece, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti e ne fanno parte tutti i magistrati senza distinzione di uffici.

[33] **LA FARINA**, *op. cit.*, 58.

[34] Nello stesso senso **CHIEPPA**, *Elementi uniformi di qualificazione dell'elettorato attivo: concreto esercizio delle funzioni di istituto in Cassazione, Consiglio di Stato e in Corte dei conti, congiunto alla qualifica di Consigliere (o Presidente o equiparata)*, *cit.*, 1847.

[35] Cons. giust. sic., 17 giugno 1982, n. 26, in *Cons. St.*, 1982, I, 1042, e Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 1980, n. 119, in *Cons. St.*, 1980, I, 100.

[36] Cons. St., sez. VI, 20 novembre 1986, n. 850 e 8 ottobre 1982, n. 466, in, rispettivamente, *Foro amm.*, 1986, 2461 e *Cons. St.*, 1982, I, 1247. La distinzione è evidenziata da **VIRGA** (*Diritto amministrativo. I principi*, Milano, 1983, 204 e ss.), 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 modificazione temporanea del rapporto consistente nella sospensione della prestazione. Sulle stesse posizioni Cons. St., sez. II, 24 giugno 1992, n. 899, in *Cons. St.*, 1993, I, 1550, secondo cui il collocamento fuori ruolo realizza un'eccezionale modificazione funzionale del rapporto di servizio.

[37] C. conti, sez. contr., 28 giugno 1979, n. 992, e 30 maggio 1979, n. 992, in, rispettivamente, *Cons. St.*, 1979, II, 1274 e *Foro amm.*, 1980, I, 1512.

[38] Ai sensi dell'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 654/1948, i magistrati del Consiglio di Stato, componenti del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, "sono collocati fuori ruolo...in eccedenza ai posti di fuori ruolo previsti per i magistrati del Consiglio di Stato". Si tratta di un fuori ruolo atecnico, dato che nella specie la nozione identifica un soprannumero; ossia un numero di posti di magistrati del Consiglio di Stato considerati in più rispetto a quelli previsti dall'organico di legge.

[39] Si pensi ai magistrati nominati capi di gabinetto o capi degli uffici legislativi dei Ministeri e a tutti quelli che ricoprono incarichi a loro conferibili per espressa previsione di legge e collocati a tal fine (obbligatoriamente) fuori ruolo (il che è stato consentito sempre più frequentemente dalla legislazione più recente; v., ad esempio, l'art. 33, comma 1, della l. 31 dicembre 1996, n. 675, e successive modificazioni, secondo cui il segretario generale del garante per la protezione dei dati personali "può essere scelto anche tra magistrati ordinari o amministrativi" ed è collocato fuori ruolo). L'art. 9 del d.P.R. 6 ottobre 1993, n. 418 ("Regolamento recante norme sugli incarichi dei magistrati amministrativi, ai sensi dell'art. 58, comma 3, del d.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29"), avente ad oggetto "Disciplina del collocamento fuori ruolo", prevede, al comma 2, che "le cariche ricoperte presso autorità indipendenti o di alta amministrazione e garanzia, e gli 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 determinano il collocamento fuori ruolo". Allo stesso modo è "collocato fuori ruolo il magistrato che sia autorizzato dal Consiglio di presidenza a svolgere attività di insegnamento, studio e ricerca, ai sensi dell'art. 17 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382"; si tratta del così detto "anno sabbatico". Identica disposizione è prescritta per i magistrati della Corte di conti dall'art. 7, comma 2, del d.P.R. 27 luglio 1995, n. 388 ("Regolamento recante norme sugli incarichi dei magistrati della Corte di conti, ai sensi dell'art. 58, comma 3, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29").

[40] Art. 1, comma 130, della l. 23 dicembre 1996, n. 662.

[41] L'aumento è consentito "fino al 30 per cento e, comunque, non oltre il massimo di trenta unità aggiuntive per ciascun ordinamento".

[42] Si tratta dell'attività normativa ed amministrativa di semplificazione delle norme e delle procedure, nonché dell'applicazione dell'analisi dell'impatto della regolamentazione di cui all'art. 5 della l. 8 marzo 1999, n. 50, e della predisposizione di sistemi informatici di documentazione giuridica a beneficio delle pubbliche amministrazioni e dei cittadini.

[43] Secondo **ESPOSITO**, *op. cit.*, 1034, la disposizione si riferirebbe solo alla magistratura ordinaria. In senso contrario, **ANDRIOLI**, *op. cit.*, 131.

[44] **ANDRIOLI**, *op. cit.*, 130.

[45] La disarmonia del sistema di dissociazione della qualifica dalle funzioni è sottolineata da **CHIEPPA**, *Elementi uniformi di qualificazione dell'elettorato attivo: concreto esercizio delle funzioni di istituto in Cassazione, Consiglio di Stato e in Corte dei conti, congiunto alla qualifica di Consigliere (o Presidente o equiparata)*, cit., 1848.

[46] La differenza era rilevata anche da **ANDRIOLI**, *op. cit.*, 128, secondo cui "mentre se trattasi di magistrati del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è sufficiente l'occupazione di posti elevati, l'occupazione non basta per i magistrati di cassazione, per i quali si sollecita l'esercizio delle funzioni presso la suprema Corte".

[47] I consiglieri di Stato nominati presidenti di Tribunali amministrativi regionali, con riguardo all'elezione per il rinnovo dei componenti elettivi del Consiglio di presidenza, partecipano dell'elettorato attivo e passivo dei magistrati dei Tribunali amministrativi regionali e non più di quelli del Consiglio di Stato.

[48] In senso conforme, da ultimo, Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 914, in *Cons. St.*, 2002, I, 326, secondo cui "il collocamento fuori ruolo comporta...soltanto una modifica oggettiva del rapporto di lavoro per effetto della quale l'impiegato viene destinato a svolgere presso un'amministrazione diversa da quella di appartenenza compiti speciali che presentano un qualche interesse per l'amministrazione originaria, senza recidere con quest'ultima ogni rapporto, tant'è che il collocamento fuori ruolo è una posizione assolutamente temporanea". La controversia riguardava un magistrato della Corte dei conti.

[49] Ai sensi dell'art. 3, comma 62, della l. 24 dicembre 1993, n. 537, "ai magistrati collocati fuori ruolo e ai magistrati ai quali comunque vengono corrisposti compensi o indennità di qualsiasi genere per l'espletamento di attività non istituzionali non compete l'indennità di cui al comma 61, salvo il diritto di opzione". Si tratta dell'indennità di cui all'art. 3 della l. 19 ottobre 1981, n. 27, anche detta indennità giudiziaria. L'art. 3, comma 63, della l. n. 537 del 1993 prescrive che "i pubblici dipendenti in posizione di comando, di fuori ruolo o in altre analoghe posizioni non possono cumulare indennità, compensi o emolumenti, comunque denominati, anche se pensionabili, corrisposti dall'amministrazione di appartenenza con altri analoghi trattamenti economici accessori previsti da specifiche disposizioni di legge a favore del personale dell'amministrazione presso la quale i predetti pubblici dipendenti prestano servizio".

[50] "Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione". V. anche gli artt. 1, 14 e 15 della l. n. 186 del 1982.

[51] Sull'istituzione del Consiglio di Stato, risalente al 1831, si rimanda a **PEZZANA**, *Le derivazioni italiane del Consiglio di Stato napoleonico e loro influenze sul Consiglio di Stato piemontese* e a **LANDI**, *La funzione consultiva del Consiglio di Stato: passato, presente e futuro, entrambi in Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, III, rispettivamente, 1262 e ss. e 1273 e ss..

[52] Ai sensi dell'art. 29, comma 3, della l. n. 186 del 1982, per i magistrati amministrativi il collocamento fuori ruolo è consentito "solo per lo svolgimento di funzioni giuridico-amministrative presso le amministrazioni dello Stato, ovvero enti ed organismi internazionali ai sensi della l. 27 luglio 1962, n. 114".

[53] **ANDRIOLI**, *op. cit.*, 133, ne trae conseguenze ancora maggiori, affermando che, "se il diritto di elettorato attivo alla Corte costituzionale è elemento inseparabile ed essenziale dello *status* di magistrato, non possono esserne privati i giudici della Cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti se non a condizione di violare il 3° comma dell'art. 107 della Cost..".

[54] Con riguardo all'elezione dei componenti del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, l'art. 7, comma 2, della l. n. 186 del 1982, come sostituito dall'art. 18 della l. n. 205 del 2000, ammette al voto solo "i magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato e presso i tribunali amministrativi regionali". La norma sembrerebbe escludere tutti i magistrati che non svolgono funzioni presso i detti organi. Nella prassi, invece, la disposizione è stata interpretata in modo estensivo, nel senso di escludere dal relativo elettorato attivo solo i magistrati a riposo e di ammettere quelli collocati fuori ruolo (ma se la norma avesse inteso escludere solo i magistrati a riposo sarebbe stata pleonastica, non essendo concepibile per questi ultimi l'esercizio di diritti connessi allo *status* effettivo di magistrato). Così è avvenuto anche nell'ultima elezione per un componente del detto Consiglio di presidenza, da parte dei magistrati del Consiglio di Stato, svoltasi il 6 ottobre 2002.

[55] **FERRARI**, <<Supreme magistrature>> e composizione dei rispettivi collegi per l'elezione dei giudici costituzionali, cit., 1031. L'autore conclude, addirittura, per l'inclusione nell'elettorato attivo sia dei magistrati non supremi, che comunque esercitano le funzioni delle supreme magistrature (con riferimento espresso ai referendari ed ai primi referendari della Corte dei conti), che dei magistrati supremi che esercitano le funzioni presso magistrature non supreme.

[56] Il passaggio di interesse della sentenza è il seguente: "Del che è conferma la norma contenuta nel secondo comma del medesimo art. 135 Cost., strettamente collegata col primo, al quale dà e dal quale riceve luce, che, ispirata al medesimo intento, limita l'eleggibilità ai magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori, ai professori ordinari di università in materie giuridiche e agli avvocati dopo venti anni di esercizio: categorie, per prestigio ed esperienza, omogenee tra loro e con quelle che concorrono a costituire i collegi elettorali".

[57] Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 914, in *Cons. St.*, 2002, I, 326; C. conti, sez. contr., 12 giugno 1980, n. 1073, in *Foro amm.*, 1981, I, 1803.

[58] Per i magistrati amministrativi v. l'art. 29, comma 4, della l. n. 186 del 1982, secondo cui "in nessun caso è consentito il collocamento fuori ruolo dei magistrati oltre le 20 unità", e l'art. 13, comma 2, del d.l. n. 217 del 2001, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 317 del 2001, che consente, per rilevanti incarichi e con riguardo a tutti i magistrati, aumenti entro limiti circoscritti (fino al 30 per cento del detto contingente e non oltre il massimo di trenta unità aggiuntive).

[59] Con riguardo al testo di riforma della seconda parte della costituzione, predisposto dalla Commissione bicamerale, v. **COSTANZO-FERRARI-FLORIDIA-ROMBOLI-SICARDI**, *La Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, Padova, 1998. La dizione è rimasta invariata, nel senso che, nell'ambito di venti giudici complessivi, cinque sono nominati dalle "supreme magistrature ordinaria e amministrativa" (art. 135, comma 1); si parla di magistratura amministrativa, al singolare, data l'ipotizzata soppressione delle funzioni giurisdizionali della Corte dei conti. V. anche la proposta di legge costituzionale d'iniziativa dei deputati De Martino ed altri presentata il 9 luglio 1973, avente ad oggetto "Modificazioni dell'articolo 135 della Costituzione e disposizioni sulla Corte costituzionale" (in *Giur. cost.*, 1974, 2852). L'art. 1, comma 1, di tale proposta prevedeva la nomina di un terzo dei giudici della Corte costituzionale da parte dei "magistrati ordinari e amministrativi". Il successivo art. 3, comma 1, disponeva che "all'elezione dei giudici costituzionali di spettanza delle magistrature ordinaria e amministrativa prendono parte tutti i magistrati aventi diritto al voto per l'elezione del Consiglio superiore della magistratura, nonché il Presidente del Consiglio di Stato, i presidenti di Sezione ed i consiglieri del Consiglio di Stato, i Presidenti e i consiglieri dei tribunali amministrativi regionali, i primi referendari ed i referendari del Consiglio di Stato e dei tribunali amministrativi regionali": venivano, quindi, esclusi i magistrati della Corte dei conti. I successivi commi 3 e 4 prevedevano poi che la votazione per l'elezione dei cinque giudici costituzionali avvenisse in collegio unico nazionale e che "per la formazione degli uffici elettorali, per le modalità delle votazioni e dello scrutinio, per la proclamazione dei risultati e per le contestazioni sorte durante le operazioni di voto valgono le disposizioni che disciplinano l'elezione del Consiglio superiore della magistratura, in quanto applicabili". Si osserva che, ai sensi dell'art. 24, comma 1, della l. 24 marzo 1958, n. 195, e successive modificazioni, avente ad oggetto "Norme sulla costituzione e sul funzionamento del Consiglio superiore della magistratura", all'elezione dei magistrati componenti il Consiglio superiore partecipano tutti "con la sola esclusione degli uditori giudiziari ai quali, al momento della convocazione delle elezioni, non siano state conferite le funzioni giudiziarie, e dei magistrati che, alla stessa data, siano sospesi dall'esercizio delle funzioni ai sensi degli articoli 30 e 31 del regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511, e successive modificazioni"; compresi, quindi, anche i magistrati fuori ruolo. Di rilievo un passo della relazione di accompagnamento della proposta di legge da ultimo citata, in cui si evidenzia l'opportunità di "stabilire che l'elettorato attivo e passivo sia esteso a tutti i magistrati, ordinari e amministrativi, senza distinzione di grado o di funzione". La proposta si è fatta portatrice delle istanze di parte della dottrina (**AMATO-BASSANINI**, *op. cit.*, 817), secondo cui i cinque giudici eletti dalla magistratura, per rappresentare effettivamente il terzo potere, devono essere eletti da tutti i magistrati, senza distinzione di grado e di funzione, riuniti in collegio unico nazionale e garantendo la rappresentanza delle minoranze.

[60] **VOLPE**, *op. cit.*, in *Foro amm.*, 1995, 1445 e ss..

[61] Sulla particolare natura di *interna corporis* dei collegi elettorali, definiti ai sensi dell'art. 2, comma 1, della l. n. 87 del 1953, **CHIEPPA**, *Cessazione dalla carica e dall'esercizio delle funzioni di giudice: elezioni di giudici dal Consiglio di Stato*, cit., 164.

[62] **CHIEPPA**, *Cessazione dalla carica e dall'esercizio delle funzioni di giudice: elezioni di giudici dal Consiglio di Stato*, cit., 164, riferisce come sulle osservazioni presentate a seguito del decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 121 in data 5 dicembre 1967 (v. la precedente nota 15) non interveniva alcuna pronuncia espressa, in quanto nella prima riunione del collegio previsto dall'art. 2, comma 1, lettera b), della l. n. 87 del 1953 vi era una semplice comunicazione del Presidente, del seguente tenore: "...sono state presentate...osservazioni circa la regolarità della composizione del Collegio, in ordine alle quali richiama quanto stabilito con il d. 5 dicembre 1967 n. 121; dichiara, poi, che eventuali eccezioni sulla regolarità del procedimento debbono essere sollevate nella sede competente". Tale sede è per l'autore "quella del ricorso allo stesso Consiglio di Stato". **CHIEPPA** rileva, inoltre, come in una delle osservazioni vi era stata la proposta "data la delicatezza della materia e della situazione...di esaminare la possibilità di pronuncia in via definitiva da parte del Collegio, con semplice votazione per alzata di mano, senza discussione o con possibilità di intervento limitato pro e contro, sulle singole suddivisioni delle categorie ammesse a voto...".

[63] **VOLPE**, *op. cit.*, in *Foro amm.*, 1995, 1447 e 1448.

[64] La giurisprudenza amministrativa, in materia di procedimento elettorale per il rinnovo degli organi degli enti locali, ritiene inammissibile, per difetto di interesse, il ricorso proposto avverso l'atto di esclusione dalla competizione elettorale se non è stato impugnato anche l'atto di proclamazione degli eletti.

[65] **VOLPE**, *op. cit.*, in *Foro amm.*, 1995, 1448: "Si auspica così che le prossime elezioni per il giudice della Corte costituzionale da parte del Consiglio di Stato siano ricordate non solo come le prime del terzo millennio ma anche come quelle contraddistinte da un reale allargamento della base elettorale. Sempre che, il tutto, non venga nel frattempo coinvolto nella "fame" di riforme costituzionali ed istituzionali di cui già da tempo si sente il bisogno: l'occasione, anzi, potrebbe rivelarsi propizia per una soluzione della questione in via legislativa. Con la speranza che l'esigenza di novità non travolga la stessa partecipazione delle supreme magistrature all'elezione dei giudici della Corte costituzionale o, ancora più a monte, l'esistenza della Corte. Il che non appare certo augurabile dato il ruolo sempre più pregnante svolto dalla Corte costituzionale, non solo in sede di verifica di conformità dell'attività legislativa con le norme ed i principi

fissati dalla Costituzione, ma soprattutto nell'ambito della costruzione di quelle regole essenziali per la vita e l'affermazione di uno Stato che sia veramente democratico”.

^[66] Alla data del 6 ottobre 2002 il numero dei magistrati del Consiglio di Stato collocati fuori ruolo era di 15 su un totale di 117 magistrati; il che equivale al 12,8 per cento del dato complessivo.