

Contributo allo studio del nuovo modello di difesa e delle Forze armate

di Luca Scirman

26/04/2008

1. Norme costituzionali direttamente riferite alle Forze armate come istituzione - 2. Conseguenze pratiche della scomposizione degli interessi della difesa da quelli delle Forze armate - 3. Norme costituzionali direttamente applicabili al personale delle Forze armate - 4. Rapporto di gerarchia militare e principi costituzionali - 5. Modelli gerarchici a confronto: gerarchia militare, gerarchia civile e gerarchia mista - 6. Il modulo organizzativo gerarchico non partecipativo - 7. Il modulo organizzativo gerarchico partecipativo - 8. Considerazioni conclusive

1. Norme costituzionali direttamente riferite alle Forze armate come istituzione

Allorché si dia uno sguardo all'importanza che, sul piano giuridico, la nostra Costituzione attribuisce alle Forze armate, si resta delusi. Le norme dedicate ad esse sono poche e, talune, anche sibilline¹. Forse è per questo che i principali studi sulle Forze armate hanno privilegiato, da un lato, l'aspetto dei rapporti di esse con i poteri del governo e del Parlamento² e, dall'altro, l'aspetto funzionale delle Forze armate nel loro complesso, ossia intese come istituzione base dello Stato. E' stata cioè privilegiata l'analisi dei rapporti delle FF.AA. con l'esterno, a scapito dei rapporti interni, abbandonati alla disciplina frammentaria ed incontrollata dei regolamenti delle Autorità militari.

Per comodità di analisi, le norme suddette possono distinguersi in tre ambiti: uno, concernente l'applicabilità delle stesse alle Forze armate come istituzione e l'altro, relativo agli appartenenti alle Forze armate. Il terzo ambito di norme costituzionali, invece, applicandosi ai rapporti giuridici in genere, può trovare spazio applicativo anche in relazione alle Forze armate ed ai loro appartenenti.

Le Forze armate sono un'articolazione dello Stato, ne fanno parte e soggiacciono alle regole poste dallo Stato e dalla Costituzione.

Questo disarmante truismo non deve far sorridere. Fino a pochi anni fa era assai diffusa la convinzione che le Forze armate costituissero un ordinamento del tutto speciale, al pari di alcuni altri ordinamenti, tanto che si riteneva quasi ovvia la possibilità che esse fossero regolate in modo derogatorio alle norme comuni³. Non deve stupire che ancora oggi si parli di ordinamento "peculiare" con intenti non troppo velatamente separatisti o di eccezione alle norme comuni.

¹ Venditti R., *"Il diritto penale militare nel sistema penale italiano"*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 7, sostiene che le norme contenute nella Costituzione e riguardanti l'ordinamento militare sono *"poche... piuttosto disarticolate..."*.

² Cfr., da ultimo, Bonetti P., *"Ordinamento della difesa Nazionale e Costituzione italiana"*, Giuffrè, Milano, 2000, che risulta essere uno studio sui principali meccanismi del Comando della legge n. 25/1997 (cd. legge sui vertici militari) e sulle sue implicazioni.

³ Il Maggiore R. è forse il massimo rappresentante di questa tesi, che egli espresse, in particolare, in *"Diritto e Processo nell'ordinamento militare"*, Napoli, Giuffrè, 1967. *Melius re perpensa*, l'A. definisce le Forze Armate un ordinamento giuridico "produttore di norme proprie" nel senso che esso non è un mero ordinamento interno, in *"Ordinamento giudiziario militare"* in EdD, vol. XXX, Giuffrè, 1980, p. 887. Sull'ordinamento militare come "derogatorio" si veda l'analisi critica di Balduzzi R., *"Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle Forze Armate"*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 15ss. Non è stato mai rilevato in dottrina che, una volta ammessa la "specialità" dell'ordinamento militare, dalla normativa di rango primario e secondario propria di ciascuna FA avrebbero potuto essere desunti ulteriori sistemi sub-speciali, creando una serie di sottosistemi derogatori (ciascuna FA, infatti, ha le proprie peculiarità normative e di tradizione) a scapito dell'unità giuridica dell'ordinamento militare. Prevale oggi l'idea

Sarebbe erroneo però ritenere che tale opinione sia confortata dalla legislazione nazionale sulla base della specificità dei compiti assegnati alle Forze armate, se non altro perché ogni organo statale ha i suoi compiti specifici che non servono a connotarne l'autonomia e la separazione delle funzioni.

L'art. 1 della legge n. 331 del 14 novembre 2000 (“*norme per l'istituzione del servizio militare professionale*”)⁴, che ha sostituito l'art. 1 della legge del 1978 sui principi della disciplina militare, statuisce che i compiti delle Forze armate sono di due tipi: un compito prioritario, relativo alla difesa dello Stato, e compiti secondari, che si possono suddividere in tre categorie:

- a) attività svolte nel rispetto del diritto internazionale consuetudinario e pattizio;
- b) attività di salvaguardia delle libere istituzioni;
- c) attività, specificamente determinate, in circostanze di pubblica calamità e in “altri casi” di straordinaria necessità ed urgenza.

Alcuni dei compiti secondari sono specificati in provvedimenti particolari, come il Dlvo n. 464 del 28 novembre 1997, conseguente alla finanziaria 1996 (legge n. 549 del 28 dicembre 1995).

Non è stato ben chiarito né dal legislatore né dalla dottrina e dalla giurisprudenza quale sia il rapporto che intercorre tra la priorità del compito di difesa e degli altri compiti. Sicché si aprono due soluzioni, una relativa al rapporto tra difesa propria delle FFAA ed altre istituzioni preposte a compiti analoghi ed una relativa al rapporto interno tra difesa (compito prioritario) e compiti secondari.

Si potrebbe ritenere che il rapporto di “priorità” coincida con il rapporto di “specialità”, con la conseguenza che il compito di difesa prevalga sugli altri e che, in caso di concorso confliggente, anche dal punto di vista fattuale, debba preferirsi che le Forze armate svolgano solo ed esclusivamente compiti di difesa. Ad esempio, se in occasione di una guerra, l'esercito fosse totalmente impegnato all'estero, non sarebbe possibile impiegarlo in attività di salute pubblica qualora si verificasse una calamità naturale. Lo Stato dovrebbe servirsi, in tale ipotesi, degli altri organi esistenti deputati al servizio di “protezione civile”. Non ricorrerebbe una sorta di omissione o di inerzia istituzionale, appunto perché il compito di difesa è assorbente, prevalendo sullo svolgimento degli altri compiti pur affidati alle Forze armate.

Tale lettura, però, solleva due dubbi. Il primo è di ordine logico. Quando il compito di difesa risulta “prioritario”? Per restare all'esempio sopra illustrato, si potrebbe sostenere che una parte delle Forze armate potrebbe essere dedicata ad un compito secondario e una diversa parte ad altri compiti secondari eventualmente concorrenti, scapolando l'eventuale conflitto di compiti ed annullando qualsiasi rilievo di “priorità”. Semmai, la priorità del compito di difesa potrebbe emergere solo in ipotesi estreme, come nel caso di una mobilitazione generale.

Il secondo dubbio è offerto dalla nuova formulazione dell'art. 117 della Costituzione, il cui primo comma, lett. p) separa la nozione di difesa da quella delle Forze armate. Tale distinzione, che non si riscontra nel testo abrogato dell'art. 117, deve avere un significato. La prima idea che viene in mente è che il concetto di difesa non coincida con quello delle Forze armate: il compito di difesa non è attuato solo per mezzo delle Forze armate. Quando si cerca di comprendere perché l'area della difesa non sia monopolizzata dalle Forze armate, si dice che a queste ultime non compete lo svolgimento di azioni diplomatiche per mantenere relazioni internazionali amichevoli e pacifiche

che l'ordinamento militare non sia “speciale”, ma “particolare fondato su di un fatto organizzativo”: Grasso G., “*Forze Armate I*” in EGT, vol XIV, Utet, 1990, p.1. E altresì Baldanza A., in AA.VV., “*I procedimenti amministrativi tipici e il diritto di accesso nelle Forze Armate*”, Giuffrè, Milano 2002, p.1 : “*peculiarità delle funzioni*”. Non è stata smentita l'opinione di chi (Landi G., “*Forze Armate*”, in EdD, Giuffrè, 1969, pp. 23 e 24) ne fa una istituzione (e non un organo, inteso come mero strumento dello Stato), di *rilevanza costituzionale* anziché *costituzionale* (perché non è *superiorem non recognoscens*). Alcuni, però, preferiscono parlare di ordinamento interno anziché di istituzione (Venditti R., “*Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*”, Giuffrè, Milano, 1997, 7° Ediz., p. 3, ivi in nota 3 v.si gli altri Autori di parere conforme). Da ultimo, cfr. Tenore e Poli (a cura di), “*L'ordinamento militare*”, ed. Giuffrè, 2006.

⁴ In modo conforme alla legge abrogata e stranamente non toccato dalla legge 331/00, l'art. 1 della legge n. 958 del 24 dicembre 1986 (“*norme sul servizio militare di leva e sulla ferma di leva prolungata*”) recita che : “*le Forze Armate sono al servizio della Repubblica per la difesa della Patria; concorrono alla salvaguardia delle libere istituzioni ed al bene della collettività nazionale nei casi di pubbliche calamità*”, senza distinguere tra compiti primari e secondari.

(cd. *difesa civile*). Alle Forze armate è attribuito solo quel complesso di attività che, ai fini della conservazione e della protezione dello Stato e delle sue istituzioni da ogni attacco violento, sono svolte anche mediante l'uso della forza da soggetti appositamente ordinati ed istruiti nell'ambito delle stesse (cd. *difesa militare*)⁵.

La dottrina e la giurisprudenza costituzionale hanno letto l'art. 52 della Cost. nella stessa maniera, che ora verrebbe confermata in virtù di un principio di coerenza interpretativa. Anzi, testualmente il comma 1 dell'art. 52 si riferisce alla "difesa della Patria" come una attività non necessariamente affidata alle Forze armate, bensì al cittadino. Sicuramente il termine "cittadino" non combacia con quello di "appartenente alle Forze armate", della cui diversa dimensione erano consapevoli i costituenti, tanto che esso appare, con un preciso significato, nell'art. 103, u.c. della nostra Carta fondamentale.

Anche l'art. 11 della Costituzione viene letto in dottrina come dotato della capacità normativa di attribuire alle Forze armate il compito della difesa internazionale, poiché contempla che il nostro Stato si assoggetti alle limitazioni di sovranità necessarie per garantire la pace e la giustizia nelle relazioni internazionali e poiché, consentendo la guerra difensiva, esprimerebbe l'indiretto ripudio della guerra offensiva. Tuttavia, se si adotta uno spirito asettico nella lettura della norma, è possibile ritenere che il concetto di difesa correlato ai contenuti dell'art. 11 non sia così normativamente univoco. Senza diventare gandhiani, si può dire la nostra Costituzione non preveda espressamente che la difesa Internazionale sia affidata alle Forze armate. Certe conclusioni sembrano più il frutto di uno *spirito interpretativo* delle condizioni di fatto - civili, morali e sociali di un dato popolo in un dato momento storico - le quali consentono di derivare gli spunti ermeneutici giuridici dalle rispettive carte costituzionali. Sarebbe poi miope il Costituente che, in un'epoca di progresso tecnologico, attribuisca *solo alle Forze armate* compiti di tutela internazionale.

La diversificazione della nozione di difesa e di Forze armate potrebbe pertanto condurre alla conclusione che la difesa - in ambito costituzionale - non è compito né unico né prioritario delle Forze armate, potendo essa essere attribuita ad altri organi o ad altri soggetti dello Stato. Basti pensare, ad esempio, che il concetto di difesa è in parte influenzato dallo sviluppo delle tecnologie di offesa, che a volte potrebbero essere meglio utilizzate da ambiti o settori dello Stato assai diversi da quello a cui appartengono le Forze armate⁶.

Se il "compito" difesa in genere non è considerato dal legislatore Costituzionale come "prioritario" delle sole FF.AA., in prima battuta si potrebbe sostenere che il Costituente abbia riconosciuto il potere del legislatore ordinario di "scomporre" i propri interessi difensivi pure in una materia dove l'uniformità o l'unità giuridica paiono essere criteri inviolabili. Spetterà a quest'ultimo riunire i tasselli del mosaico mobile che intende creare nel modo che riterrà più conveniente ed opportuno ai fini della fondazione del modello di difesa più adatto alle attuali esigenze dello scenario sociale, politico ed economico sia in campo nazionale che in campo internazionale.

Per quanto attiene ai cd. compiti secondari, stando alla formulazione dell'art. 1 della citata legge n. 331/00, essi parrebbero esulare dallo scopo di difesa.

⁵ Tale idea è, in verità, ben radicata nella prevalente dottrina : Bonetti P., "*Ordinamento...*", cit., p. 20 e p. 44, il quale, richiamando il De Vergottini ("*Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*", Giuffrè, 1971), distingue la difesa militare da quella civile. La finalità della difesa, infatti, è una funzione tradizionale dello Stato-Comunità e non delle FF.AA. ed è contemplata in diversi articoli della Costituzione (artt. 11, 35, 82, 78, 87).

⁶ In ambito NATO si sta sviluppando, da un trentennio circa, la tendenza - riconosciuta dalle prassi governative degli Stati - a distinguere le tecnologie difensive, basate sullo sviluppo dei sistemi d'arma, da quelle tecnologie il cui inserimento nel novero delle "armi" risulta dubbio e che pure hanno natura e destinazione difensive. Si tratta delle cd. "tecnologie non letali" (ad esempio, certi sistemi satellitari di acquisizioni di notizie o informazioni sul territorio, sulla popolazione, ecc.), nell'ambito delle quali si fanno solitamente rientrare le cd. armi non letali ("*non lethal weapons*" o "*armi inabilitanti*": ad esempio, i virus informatici). Sulla tematica sia lecito rinviare al mio scritto : "*Il fondamento giuridico delle armi non letali*", in Informazioni difesa n. 2/2003, p. 28ss.

Certa dottrina preferisce parlare di difesa esterna (la difesa tout court) per distinguerla dalla difesa interna (i cd. compiti secondari)⁷, enucleando – ad ogni modo - un ulteriore *corpus* di interessi che lo Stato può curare in modo differenziato. Un'autorevole dottrina⁸ ritiene invece essere *pubblica funzione* quella relativa alla difesa, intesa come potestà di impiego - effettivo o potenziale - delle facoltà di coercizione sia nelle relazioni nazionali che nelle relazioni internazionali, mentre tutte le attività connesse alla difesa sarebbero di pubblica funzione per un fenomeno di “attrazione”. Al contrario, tutte le attività non rientranti in tale concetto né connesse ad esso (ossia, i cd. compiti secondari) non costituiscono – prosegue la medesima dottrina - una pubblica funzione, nemmeno per attrazione, essendo invece manifestazione di un *pubblico servizio*.

Tale impostazione risente, come si può notare, dei criteri di interpretazione di marca penalistica in materia di qualifica di pubblico ufficiale e di esercente un pubblico servizio. La demarcazione, pur dotata di una certa utilità, al pari di tutti i tentativi classificatori della dottrina, non sembra incidere sull'attuale disciplina normativa, che equipara il compito primario ed i compiti secondari ai fini dell'applicazione di limiti e dell'attribuzione di doveri particolari nell'ambito della Costituzione. D'altro canto distinguere, da parte dell'interprete, le attività coercitive e connesse da quelle relative ai compiti secondari non è cosa facile. Inoltre, poiché la qualifica di pubblico ufficiale, ai fini penalistici, è legata all'esercizio *concreto* di poteri autoritativi e/o coercitivi e alla potestà di influire sulla formazione della volontà della PA, non sembra difficile individuare aree di attività, anche nell'ambito dei cd. compiti secondari, che, al medesimo fine, possano annoverarsi tra i casi di pubblica funzione. Così, ad esempio, in occasione di un intervento militare per calamità naturali, un servizio di guardia, di scorta o di sentinella sono tali da attribuire al soggetto titolare la qualifica di pubblico ufficiale. Anche sul piano penalistico, pertanto, la differenza non influisce sulla qualità dell'attività da svolgere.

Per rendere la differenziazione tra compito primario e compiti secondari conforme al nuovo testo dell'art. 117 della Costituzione, che avvicina solo la “difesa” e non altri compiti alla nozione di FF.AA., potrebbe ritenersi che il concetto di difesa sia latamente configurabile anche in relazione ai compiti secondari. Così, potrebbe parlarsi di difesa a proposito della salvaguardia delle libere istituzioni, mentre potrebbero individuarsi settori specifici, estranei alla difesa, rispetto, ad esempio, alle attività svolte in attuazione degli obblighi internazionali⁹. Una sorta di attività strumentali o collegate, insomma, che sarebbero attratte nella nozione di difesa. Ma, a parte il fatto che la dottrina prevalente è assolutamente contraria, resterebbe il problema ermeneutico di individuare quando si ha difesa e quando no ai fini dell'individuazione della priorità del compito voluta dalla legge.

Si noti poi che la distinzione tra difesa civile e difesa militare¹⁰ non rispecchia in pieno la reale tipologia delle attività delle FF.AA. e, sebbene accettabile sul piano logico e come criterio discretivo di massima, lo è di meno sul piano normativo costituzionale, dove non si rintraccia, per quanto noto, una consimile aggettivazione.

⁷ Grasso G., “*Forze Armate I*”, cit., p. 1. E' però stato giustamente notato che “*non è prospettabile una netta separazione tra sicurezza esterna e sicurezza interna, poiché talvolta...l'aggressione..., pur apparendo effettuata dall'interno, è, invece, promossa o sollecitata o organizzata in via traversa da organismi esterni e quindi si pone, per i suoi effetti, sullo stesso piano dell'attacco esterno*”, Monterosso A., “*difesa Militare*”, Dig. Disc. Pubbl., Utet, Torino, vol. V, 1999, p. 69.

⁸ De Vergottini G., op. cit., p. 28, nota 61. L'A. richiama Guarino, “*Pubblico Ufficiale*”, pp. 16ss e 22.

⁹ Si pensi, per fare un esempio, alla necessaria istituzione della figura del Consigliere Giuridico nelle Forze Armate con compiti essenzialmente consultivi in merito alla normativa internazionale, in attuazione del disposto di cui all'art. 82 del I protocollo del 1977 alle Convenzioni di Ginevra del 1949. Al riguardo, sia lecito rinviare al mio scritto : “*Il consigliere giuridico nelle Forze Armate nel quadro dell'attuazione del diritto internazionale umanitario*”, in Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, n 3-4 luglio-settembre 2004.

¹⁰ Il concetto di difesa militare è enucleato dalla dottrina in verità in modo tendenzialmente apodittico, a giudizio di chi scrive: Monterosso A., op. cit., p. 69ss. L'erroneità dell'impostazione sta nell'individuare non le tipologie delle funzioni di difesa *ex se*, bensì in relazione ai soggetti preposti a date attribuzioni, in modo tale da mescolare un poco le carte. Il nuovo art. 117 Cost., che separa la nozione difesa dalle Forze armate, benché le collochi vicino e contigue, dovrebbe indurre a nuove riflessioni.

La difesa “armata” (termine, peraltro, autorevolmente criticato nella sua assolutezza¹¹) dello Stato verso gli attacchi esterni risulta essere invece un compito affidato, di norma, alle Forze armate. Ma il Ministero della difesa effettua *anche* il mantenimento delle relazioni amichevoli con gli altri Stati e con le Organizzazioni internazionali. Anzi, insieme al Ministero degli affari esteri, è assai impegnato su tale fronte, stipulando accordi e intese di variissimo contenuto¹² (ad esempio, concernenti scambi di personale civile e militare a scopi di studio, scambi di intelligence, di *know how*, ecc.). Anche le Forze armate tessono azioni “diplomatiche” e concorrono, in certa parte, all’attuazione dei piani di politica estera.

Nel quadro della tesi della “scomposizione” degli interessi dello Stato finalizzata alla creazione del nuovo modello di difesa, il problema della “priorità” di un compito rispetto ad altri perde la sua rilevanza nei rapporti tra agli stessi compiti secondari, che potrebbero entrare in conflitto tra di essi senza che ciò preoccupi affatto il legislatore ordinario. Né sembra che esso abbia preso in esame *ex professo* la materia degli effetti esterni di tali compiti rispetto a compiti analoghi istituzionalmente affidati, secondo lo schema ordinamentale attualmente vigente in Italia, ad altri organi dello Stato.

Ad esempio, le Forze armate non hanno compiti di mantenimento dell’ordine pubblico, che invece sono rimessi, *di norma*, al Ministero dell’Interno. Tuttavia, “*in casi di straordinaria necessità ed urgenza*”, le Forze armate potrebbero essere utilizzate anche a questo scopo. Analogamente, il d. lsg. n. 464/97 attribuisce i compiti di protezione civile anche alle Forze armate, in ciò esprimendo un’ipotesi di possibile concorso con i medesimi compiti attribuiti agli organi del diverso Ministero competente.

In tali casi, l’esistenza dell’eventuale conflitto dovrebbe essere delibato di volta in volta, poiché, se si interpreta correttamente la volontà del legislatore, l’ipotesi *normale* è il concorso di compiti secondari, mentre *eccezionale* è l’ipotesi di conflitto tra gli stessi oppure tra essi e quelli propri di altre istituzioni pubbliche. Il conflitto di compiti tra organi di uno stesso ramo dell’Amministrazione difesa potrebbe essere risolto mediante i criteri della competenza, individuata da atti normativi o amministrativi. Se invece il conflitto avvenisse tra due diversi organi/istituzioni (es. Interno-Difesa), i criteri risolutivi sarebbero dettati dalle norme in tema di conflitto di attribuzioni.

Sicché in definitiva – alla luce delle suddette osservazioni - sembra fondato ritenere che:

- 1) il Costituente non attribuisce alcuna priorità del compito di difesa alle FF.AA., sebbene la contiguità delle nozioni difesa e FFAA in ambito costituzionale sia indizio che *preferibilmente ma non esclusivamente*¹³ il costituente è orientato nel senso di attribuire alle FFAA compiti di difesa;
- 2) il compito/funzione difesa è prioritario rispetto ai compiti cd. secondari normativamente individuati in capo alle stesse FF.AA., ma senza dare necessariamente - sul piano pratico - luogo alla specialità del primo che porterebbe ad annullare l’attuazione dei secondi, con grave rischio per l’ordine pubblico;

¹¹ Venditti R., “*Il diritto penale militare...*”, cit., pp. 13-16. Conferma De Vergottini, op. cit., p.30ss, per il quale rientra nel concetto di difesa non armata tutta una serie di attività (es. diplomatica, di ricerca scientifica, ecc), comunque connesse. Il Venditti si discosta dalla tradizionale impostazione che vuole associata alla nozione di difesa la nozione di organizzazione di uomini armati, attestata da Valori F., “*difesa (Amministrazione della)*”, in EdD, XII, 1964, Giuffrè, Varese, p. 429. Non va dimenticato che la legge 6 marzo 2001, n. 64, istitutiva del nuovo servizio civile nazionale, esteso a uomini e donne, ha statuito che ognuno dei soggetti in possesso di dati requisiti può dedicare un anno ad attività di solidarietà sociale che spaziano dalla difesa della Patria con mezzi ed attività militari alla salvaguardia del patrimonio ambientale, storico-artistico e culturale della Nazione. La citata legge ha trovato attuazione con il D.lgs. n. 77 del 5 aprile 2002.

¹² L’art. 20 del d.lsg. n. 300 del 30 luglio 1999 elenca una serie di compiti ed attribuzioni del Ministero della difesa, tra cui rientrano i “*rapporti con le Autorità Militari degli altri Stati*” nonché la “*partecipazione agli organismi internazionali ed europei in materia di difesa e sicurezza militare*”.

¹³ Una riprova di tale nuova corrente di pensiero si riscontra anche a livello di amministrazione attiva. E’ stato pubblicato su GU parte II, n. 179 del 2 agosto 2004 un bando di gara per l’aggiudicazione del servizio di vigilanza e custodia di installazioni militari dislocate su tutto il territorio nazionale. I servizi di difesa interna non saranno più svolti dai “marmittoni” ma da soggetti privati.

- 3) rispetto ad eventuali altri compiti di difesa, attribuiti ad organi diversi dalle FF.AA., non esiste alcuna priorità, potendo il legislatore regolare, scomponendoli e ricomponendoli, i propri interessi difensivi (che come si è visto coprono una vasta gamma di specificazioni) nel modo che ritiene più opportuno. A conferma di tale interpretazione, potrebbe addursi la circostanza che l'art. 52 Cost. riserva la difesa della Patria al cittadino e non al solo militare;
- 4) l'interpretazione fornita sembra conforme all'interpretazione dottrinale finora prevalente, in quanto più equilibrata, secondo cui l'art. 52 contiene un programma da realizzare attraverso una serie di interventi positivi del potere legislativo ed amministrativo¹⁴.

2. Conseguenze pratiche della scomposizione degli interessi della difesa da quelli delle Forze armate

Una importante conseguenza pratica della tesi esposta, riguarda il rapporto della funzione difensiva tra Stato, Regioni ed EE.LL., alla luce della recente riforma del titolo V della Costituzione.

Per quanto riguarda il rapporto Stato-Regioni, c'è da dire che, almeno in linea teorica, un punto di contatto in tema di funzioni difensive potrebbe individuarsi nel fatto che lo Stato può delegare l'esercizio della potestà regolamentare alle Regioni nelle materie di propria competenza legislativa esclusiva. Non è difficile ipotizzare un ambito in tema di difesa la cui disciplina di dettaglio possa essere rimessa alle Regioni, come, ad esempio, taluni servizi di sorveglianza o di guardiania (cfr. nota 13) ovvero talune attività di edilizia militare¹⁵. Si è visto, infatti, che la nozione di difesa copre una vasta gamma di specificazioni, che non coinvolgono soltanto le Forze armate.

Rispetto ai rapporti Stato-EE.LL., sicuramente vengono in mente le funzioni di Leva Militare svolte dai Comuni. Non si tratta, come noto, di funzioni proprie degli Enti, ma di funzioni esercitate in virtù di delega da parte della legge n. 59 del 15 marzo 1997 (cd. Bassanini)¹⁶. Nonostante, le recenti riforme abbiano inteso sospendere il servizio di leva coatta, non va dimenticato che, nei casi previsti dall'art. 2, comma 1, lett. f della legge 331/00, il servizio di leva può essere ripristinato con DPR, previa delibera del Consiglio dei Ministri.

Una seconda conseguenza pratica assai importante della separazione del concetto di difesa e di FF.AA. sta nel fatto che, come insegna comunemente la dottrina, le limitazioni relative all'esercizio dei diritti riconosciuti dalla Costituzione sono ammessi solo *“in imprescindibili esigenze inerenti ai compiti di difesa o alla specifica natura di corpo militare dell'istituzione di appartenenza”*¹⁷. Si ritiene infatti comunemente che tali limitazioni possano verificarsi solo in ossequio alla circostanza che l'ordinamento militare è *“speciale”* o quantomeno *“peculiare”*. Si dimentica, tuttavia, che la ragione vera ed intima di tali limitazioni e, indirettamente, del supposto carattere di singolarità risiede proprio nel fatto che le Forze armate sono istituzionalmente preposte a compiti di difesa, il che crea un risibile effetto di circolo vizioso.

Secondo autorevole dottrina, i compiti secondari non rientrerebbero nel novero dei compiti di difesa¹⁸. Secondo altra autorevole dottrina, invece, *“ordinamento, struttura, compiti propri delle FF.AA. dovrebbero essere orientati verso la difesa”*¹⁹.

¹⁴ Rossi E., *“Commentario della Costituzione, rapporti politici”*, tomo I, artt. 48-52, Zanichelli, 1992, p. 176.

¹⁵ De Gotzen S., *Edilizia militare, bilanciamento degli interessi e collaborazione fra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, n. 2, aprile 1990; Marpillero M., *Edilizia militare, art. 81 del d.p.r. 616/1977 e principio di collaborazione fra Stato e Regioni speciali*, in *Le Regioni*, n. 1-2, aprile 1986.

¹⁶ Le attribuzioni del Sindaco, previste dal DPR n. 237 del 14 febbraio 1964 (*“Leva e reclutamento obbligatorio nell'Esercito, nella Marina e nell'Aeronautica”*), sono: formazione delle liste di leva; formazione ed aggiornamento dei ruoli matricolari; pubblicazione dei manifesti di chiamata alle armi; notifica delle comunicazioni di precetto alla visita militare.

¹⁷ Monterosso A., op. cit. p. 70.

¹⁸ De Vergottini G., op. cit., p. 28, nota 61.

Nessuna di tali impostazioni, però, sembra perfettamente coerente con l'ampia tipologia di attività che la legge consente di svolgere alle FF.AA. né pare in linea con il disposto di cui all'art. 3 della legge n. 382/78, per il quale può essere limitato solamente l'esercizio di "alcuni" diritti costituzionali e possono essere imposti "particolari doveri nell'ambito dei principi costituzionali" solo ed esclusivamente al fine di "garantire l'assolvimento dei compiti propri delle FF.AA."

Se ne ricava, in primo luogo, che le limitazioni ed i doveri debbono assumere una funzione di garanzia di tutti i compiti delle FF.AA.. Sicché ordinamento, struttura e compiti debbono essere organizzati in modo da essere *orientati non solo al concetto costituzionale di difesa, ma anche degli ulteriori obiettivi delle FF.AA.*, dal momento che anche un compito cd. "secondario" legittimerebbe quei limiti e quei doveri. Laddove invece quei compiti e quegli obiettivi risultino comunque garantiti, per cui sarebbe superfluo o inutile servirsi di particolari doveri o limiti costituzionali, potrebbero applicarsi gli ordinari principi e le ordinarie regole dello Stato.

Essendo differenziati l'importanza ed il valore delle aree di interessi, che lo Stato può scomporre in relazione alle esigenze sopra illustrate, la differenziazione potrà riverberarsi anche a livello di regolamentazione dei rapporti interni in seno alle Forze armate, ricompresi sotto la nozione di "pubblico impiego".

3. Norme costituzionali direttamente applicabili al personale delle Forze armate

Nel testo costituzionale si rintracciano alcune norme che, se applicate all'Istituzione difesa, avrebbero scarso significato. Esse sono rivolte principalmente ai singoli appartenenti alle Forze armate, costituendo, per altro verso, un limite per il legislatore e per l'interprete. Ciononostante, c'è da osservare che, mentre è possibile desumere dalle norme costituzionali "generali" regole e principi che, in via di specificazione, divengono applicabili anche ai singoli appartenenti alle FF.AA., sembra arduo compiere l'operazione inversa. Così, dall'art. 52 della Costituzione – norma assai generica – può trovarsi spunto applicativo sia in un caso che nell'altro (ad es., in talune applicazioni in tema di disciplina gerarchica). Invece, l'art. 18, comma 2, che vieta le associazioni che perseguono scopi politici mediante organizzazioni militari, sembra essere criterio limitativo applicabile e rivolto nei confronti di singoli soggetti fisici.

Da tale constatazione piace a chi scrive di cogliere certe conseguenze in virtù delle quali la disciplina degli scopi e dell'organizzazione delle Forze armate non segue pedissequamente né combacia totalmente con la disciplina dello status degli associati. Si possono registrare differenze di regolamentazione che giustificano le riflessioni che di seguito sono state maturate.

4. Rapporto di gerarchia militare e principi costituzionali

Non è possibile iniziare un esame delle FF.AA. senza passare attraverso lo stile organizzativo adottato da esse: la gerarchia militare. Peccato che di essa non sia fatta alcuna menzione nella nostra Costituzione. Anzi, la Costituzione sembrerebbe prendere le distanze dalla gerarchia in genere²⁰, preferendo un modello organizzativo di "decentramento", quale risulta, in particolare, dall'art. 5.

Il citato art. 5 riguarda sia l'organizzazione amministrativa nei suoi rapporti esterni, tra differenti livelli di governo (Stato, Regioni ed Enti locali), sia interni, ossia tra organi di uno stesso Potere o di una stessa Amministrazione²¹. Ai fini che qui interessano, la lettura della norma va coordinata

¹⁹ Roehrsen Di Cammarata G., "Le Forze Armate nella Costituzione", in Rass. Arma CC, n. 5, sett.-ott. 1978, 558. L'A. stesso si trova costretto ad ammettere poco oltre (p. 559) che un altro importante principio cui l'organizzazione militare deve informarsi è quello dell'efficienza.

²⁰ Marongiu G., "Gerarchia", in EdD, Giuffrè, 1969, vol. XVIII, p. 622.

²¹ Che l'art. 5 della Cost. costituisca un "principio guida", alla luce del quale vanno interpretati non solo gli artt. 114ss della Cost., ma anche, per quanto in questa sede interessa, il modus organizzativo delle articolazioni interne dello Stato,

con i primi due commi dell'art. 97 della Cost., in base a cui i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge e nell'ordinamento degli Uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità dei funzionari.

Leggendo in forma combinata le due norme (5 e 97), infatti, si potrebbe concludere che lo spazio costituzionale ammesso per la gerarchia militare è nullo o comunque assai ristretto. Si obietta che il Costituente ha lasciato che il legislatore regolamentasse con propria legge (o con atto subprimario, per chi vi legga un caso di riserva relativa di legge) gli Uffici pubblici, ma con i due limiti del buon andamento e dell'imparzialità, i quali, come noto, hanno subito numerose esplicitazioni e specificazioni (molte delle quali si rintracciano nella legge 241/90).

Il fondamento giuridico della gerarchia militare è triplice ed è costituito dalla legge n. 382/78, dal DPR 545/1986 e da norme consuetudinarie²². Lo stile gerarchico è stato adottato sia nei rapporti interorganici che nei rapporti interindividuali²³. Tale stile, adottato in passato per tutto l'impiego pubblico, trova oggi la sua sede elettiva in seno alle Forze militari o di polizia ovvero anche in altri settori dell'impiego pubblico "speciale". Ai sensi degli artt. 16 e 17 del DPR n. 3 del 10 gennaio 1957, infatti, anche il pubblico impiego civile speciale è organizzato – di norma - secondo uno stile gerarchico, che comporta doveri di obbedienza e di subordinazione (cd. gerarchia civile).

I criteri principali di individuazione o requisiti dell'esistenza del potere gerarchico si ritengono comunemente essere²⁴:

1. la potestà direttiva, che si sostanzia nell'emanazione di ordini di servizio, istruzioni e direttive;
2. la potestà di trasferimento dell'esercizio della competenza (sostituzione, delega, avocazione²⁵);
3. la potestà di controllo;
4. la potestà disciplinare²⁶.

In seno alla difesa, sussistono attualmente vari modelli organizzativi. Il criterio gerarchico militare infatti deve convivere con altri stili organizzativi relativi al personale civile, che è privatizzato, ovvero al personale assunto con contratto a tempo determinato (ad esempio, certe forme di consulenza particolarmente qualificata) o, in dati casi e a certi fini, allo stesso personale militare²⁷. L'art. 3 del TU n. 165 del 30 marzo 2001, infatti, stabilisce che resta disciplinato dai rispettivi ordinamenti "*il personale militare*", con esclusione pertanto del personale civile che resta soggetto alle regole dell'impiego pubblico privatizzato o altrimenti stabilite.

Questa diversità di disciplina non può non suggerire qualche riflessione.

Sembra che la ratio di fondo cui il legislatore ordinario si sia ispirato sia quella di conservare, in assenza di disposizioni diverse, un potere di impiego e di controllo più stringente sul personale militare, che è soggetto non solo alle norme sopra richiamate ma anche alle disposizioni dei codici

è opinione diffusa e riconosciuta in dottrina, cfr. Bertolissi M., in AA.VV., "*Commentario breve alla Costituzione*", Cedam, 1990, p. 41.

²²La consuetudine colora diversi comportamenti (specie quelli cd. "di tratto") che i militari debbono adottare in seno alla propria organizzazione. Ad esempio, l'art. 37 del RDM, conformemente a quanto dispone l'art. 8, comma 1 del codice civile, riconosce l'esistenza della consuetudine di usare certi appellativi nel rivolgersi agli Ufficiali della Marina Militare.

²³Gerarchia di uffici e di persone, così si esprime la dottrina: Marongiu G., *op. cit.*, p. 616.

²⁴Lucifredi R., "*Diritto amministrativo*", Genova, 1964, p. 126.

²⁵Qualcuno vi aggiunge il potere di riforma e di revoca: MARONGIU G., "*Gerarchia*", cit. p. 619; per BASSI F., "*Lezioni di diritto amministrativo*", Giuffrè, Milano, 1991, p. 189, il potere disciplinare comprende anche la facoltà di annullamento del superiore.

²⁶Per taluno, invece, la disciplina prescinde dal rapporto gerarchico, investendo la situazione doverosa che lega l'agente all'ente: Benvenuti, "*Appunti di diritto amministrativo*", Cedam, Padova, 1987.

²⁷Si pensi, ad esempio, agli organi di rappresentanza militare del COCER, COIR e COBAR, i quali non possono essere trasferiti per ragioni legati al loro incarico (art. 13, comma 5 del DPR n. 691 del 4/11/1979 e succ. modifiche). Questo è un esempio di limitazione positiva del modello gerarchico, essendo la potestà di trasferimento un'emanazione tipica dell'autorità gerarchica. Potrebbe pure dirsi che il legislatore, individuato un dato interesse intangibile, recede dai suoi passi e compie un atto di apostasia dal modello gerarchico. Nei casi in cui difettesse la potestà disciplinare potrebbe dubitarsi viepiù dell'esistenza della g. militare (ad esempio, si veda il ddl AS 2493 istitutivo dell'Avvocato Militare, nei cui confronti sono escluse le sanzioni disciplinari).

penali militari, a quelle gerarchico-disciplinari e, in verità al pari degli altri impiegati ed agenti pubblici “puri”, alle norme sulla giurisdizione amministrativa di legittimità ed esclusiva.

In taluni settori dell’area centrale e periferica del Ministero della difesa convivono il personale civile e quello militare e, talora, da un soggetto militare dipendono soggetti civili e, viceversa, da un soggetto civile dipende personale militare²⁸. La compenetrazione tra gli stili organizzativi è evidente. Essi non solo convivono, ma debbono concorrere entrambi, ciascuno con il proprio modello organizzativo, agli scopi e agli obiettivi delle Forze armate.

Lo Stato cura i propri interessi in modo differenziato, li scompone – per mantenere la metafora sopra utilizzata - e ne unisce insieme i tasselli in una sorta di mosaico mobile, avendo cura di mantenere l’unità giuridica della propria organizzazione. Lo stile organizzativo misto ha sostituito lo stile organizzativo gerarchico unitario e sembra, almeno sino ad oggi, funzionare ed adempiere alla propria missione. Peraltro, già preconizzava un diverso modo di regolamentare gli Uffici e i rapporti interpersonali la stessa lettera dell’art. 3 del TU sopra citato, che non adotta formule esclusive (“*Le disposizioni del presente articolo non trovano applicazione nei confronti del personale militare...*”, così l’art. 23, comma 9 del TU, in tema di mobilità dirigenziale tra pubblico e privato), bensì clausole di diversificazione o di riserva (“*rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti...*”), che impingono quantomeno una riflessione di tipo probabilistico: il rispettivo ordinamento potrebbe, se ne ritiene la convenienza e l’opportunità e laddove sia consentito, disciplinare la materia di competenza in modo conforme, in modo difforme ovvero in modo parzialmente conforme alla disciplina del TU sul pubblico impiego, allo scopo di conservare il rispetto unitario dei diritti e dei doveri imposti dalla nostra Costituzione.

In tal senso, anche la gerarchia militare potrebbe risentirne. Non sono echi nel vuoto le parole di molti studiosi che criticano, a volte con acrimonia, il modulo gerarchico. Si afferma, in generale, che la gerarchia è un modello recessivo perché destinata a confliggere con gli obiettivi di efficienza e di responsabilizzazione delle unità sottoposte al vincolo gerarchico e che essa potrebbe essere soppiantata – soprattutto nei rapporti interorganici - da altre formule organizzatorie, come quella del coordinamento o della direzione. Si osserva²⁹ che nella g. più che una distribuzione si ha una “*confusione delle competenze*”, perché il superiore ha la stessa competenza dell’inferiore. Sicché non bisogna cercare il *proprium* della g. nella potestà di dare ordini, ma nella fungibilità del superiore con l’inferiore³⁰.

In tale quadro, risulta antagonista della g. la cd. competenza esclusiva o riservata, che produce un importante effetto: la definitività del provvedimento amministrativo, al cui destinatario potrebbe restare precluso il riesame di merito, ottenibile con il ricorso gerarchico. La tendenza a rimpicciolire l’area della ricorribilità gerarchica è riscontrabile nell’attuale riforma del pubblico impiego, tendenza che invece non è percepibile nell’ordinamento militare. In posizione antagonista risulta essere anche l’attività tecnica che sovente si svolge nelle forme e con le procedure tipiche degli organi collegiali³¹. Così – in tema di amministrazione consultiva – si pensi al parere obbligatorio ma non vincolante fornito dalla commissione che, in base all’art. 67 del RdM, il comandante di corpo o di ente ha l’obbligo di ascoltare ogni volta che si trovi a giudicare per l’inflizione di una consegna di rigore.

Incidentalmente va annotato che non va confusa con la problematica della gerarchia quella dello “stile di comando”, che attesta solo la modalità applicativa (rigida, lasca...) delle regole gerarchiche. Tale diversificazione pratica prova tuttavia che lo stesso ordinamento gerarchico è suscettibile di una sua pur limitata flessibilità.

²⁸ Ad esempio, nell’ambito della Direzione generale del personale militare (PERSOMIL), articolazione del Ministero della difesa, prevista dal DPR n. 1478 del 18 novembre 1965 e succ. modif. (“*riorganizzazione degli Uffici centrali del Ministero della difesa*”), non è raro che vi siano Dirigenti civili alle cui dipendenze si trova il personale militare.

²⁹ De Valles, “*Elementi di diritto amministrativo*”, Padova, 1956, p. 152.

³⁰ Giannini M.S., “*Lezioni di diritto amministrativo*” Milano, 1954, p.194.

³¹ Ad es., Alessi, “*Sistema istituzionale di diritto amministrativo italiano*”, Milano, 1960, 119.

5. Modelli gerarchici a confronto: gerarchia militare, gerarchia civile, gerarchia mista

Se le osservazioni sopra svolte posseggono un loro abito di ragionevolezza, è altresì ragionevole ritenere che la nostra Costituzione suggerisca un'ipotesi di frattura o quantomeno di lontananza tra gli indirizzi da essa posti e la legislazione ordinaria in tema di gerarchia militare.

Ma prima di ritenere del tutto inaccetta, a livello costituzionale, la modulistica gerarchica così come descritta nelle nostre norme subcostituzionali, ci si potrebbe domandare se non esistano modelli gerarchici di diritto positivo simili ma diversi, e soprattutto più conformi allo spirito democratico delle Forze armate, rispetto a quello gerarchico-militare.

Viene in mente la cd. gerarchia civile, quale risulta dagli artt. 16 e 17 del già citato DPR n. 3/57. A ben guardare, i motivi ispiratori della g. civile, intesa come modello di organizzazione degli Uffici, sono identici a quella che presiede all'organizzazione degli Uffici del Ministero della difesa. Quando si vogliono cogliere le differenze ontologiche tra le due gerarchie non si può fare a meno di giudicarle inesistenti, tanto che esse non sono da considerare due diverse tipologie di gerarchia, bensì due modi diversi di disciplinare la medesima materia.

Uno dei pochi studiosi, che, *ex professo*, ha cercato di cogliere le differenze tra le due gerarchie³², ritiene che:

- 1) l'ordine gerarchico civile deve riguardare le specifiche attribuzioni del superiore e dell'inferiore;
- 2) l'ordine suddetto può essere inadempito, oltreché nei casi di cui agli artt. 16 e 17 del cit. DPR 3/57, anche quando, pur attinente alle finalità dell'Ente di appartenenza, esorbiti dalla competenza dell'inferiore e del superiore.

In tali casi, aggiunge l'A., sulla scorta del GIANNINI, la competenza non discende dallo status delle persone, ma è propria dell'Ufficio (così un dirigente civile potrebbe dare ordini solo al personale appartenente al proprio Ufficio e non a personale da lui non direttamente dipendente). Pertanto, l'ordine gerarchico-militare:

- 1) possiede “*una maggiore efficacia vincolante*”, potendo rivestire anche i caratteri della illegittimità e della criminosità, ma non potrebbe mai vincolare se manifestamente criminoso o manifestamente rivolto contro le Istituzioni dello Stato;
- 2) riguarda tutte le finalità dell'Ente ed è applicabile a tutti i soggetti dell'ordinamento militare.

Ciò risulterebbe confermato dall'art. 23 del RDM, che assevera l'obbedienza anche nei confronti di un superiore da cui non si dipende direttamente e dall'art. 173 cpmp, che punisce qualsiasi inesecuzione di ordini attinenti al servizio ed alla disciplina. In conclusione, secondo tale A., la differenza tra la g. civile e la g. militare è solo quantitativa e non qualitativa, con ciò confermando le osservazioni fatte che i due modelli organizzativi sembrano parimenti poco compatibili con i modelli discendenti dall'art. 5 della Cost.

La tesi merita un approfondimento.

Innanzitutto è discutibile che la vincolatività dell'ordine sia mantenuta pure nel caso in cui esso sia illegittimo o illecito³³. In tali casi forse esso non sarà immediatamente disobbedito per paura di ritorsioni del superiore in grado, ma poi cedrebbe alla sentenza del giudice amministrativo o penale adito dall'inferiore in grado.

In secondo luogo, è contestabile l'idea di una maggiore efficacia vincolante. Una norma di legge o di regolamento ha la stessa, identica efficacia di un'altra legge o di un altro regolamento di pari rango. Cambia, invece, la tipologia di alcuni doveri, che non si rinvergono nella gerarchia civile (ad

³² Santoro V., in AA.VV., “*Il nuovo ordinamento disciplinare delle Forze Armate*”, Cedam, Padova, 1987, pp. 69-71. Dalle osservazioni elaborate da codesto attento A. si comprende che egli ha esaminato solo le differenze tra le relazioni gerarchiche personali.

³³ Conforme Rosin G., “*Il militare fra dovere di obbedienza e dovere di disobbedienza. L'esecuzione dell'ordine criminoso*”, in Rass. Giust. Mil., 1982, 203.

es., il dovere di saluto e di risposta al saluto da parte, rispettivamente, dell'inferiore in grado e del superiore in grado)³⁴ e, soprattutto, il tipo e l'indole delle sanzioni disciplinari (di corpo e di stato) e penal-militari (di pace e di guerra) in caso di violazione di tali doveri.

In terzo luogo, l'ordine gerarchico tra persone fisiche, ad avviso di chi scrive, può avere valore ed essere vincolante solo con riferimento ai doveri espressi o desunti dal Regolamento di Disciplina Militare, con conseguente *deminutio* dell'asserita diffusività dell'ordine militare. Se la competenza ad emanare un dato atto iussivo discendesse da un diverso atto normativo (si pensi al caso del trasferimento d'autorità, che si fonda sulla potestà di impiego degli organi centrali individuata dalla legge n. 25 del 1997), esso non potrebbe essere emanato da chiunque, ma solo da chi è dotato del potere di trasferire attribuito con quel dato atto normativo. Né potrebbe essere eseguito da chiunque bensì solamente da chi ne sia il pertinente destinatario. Peraltro, l'opera di individuazione dei doveri di servizio e di disciplina va fatta caso per caso.

Benché autorevole dottrina non abbia dato peso alla circostanza, è un dato di fatto che il RDM riguardi solo ed esclusivamente i rapporti tra persone fisiche, come si argomenta, oltreché dalla illogicità dell'applicazione di certi doveri ai rapporti tra Uffici³⁵, anche da una serie di dati letterali dello stesso³⁶ (il RDM si rivolge espressamente a "persone fisiche": "cittadini alle armi", "superiore in grado", "inferiore in grado", ecc.).

Sicché in definitiva verrebbe quasi il dubbio di poter considerare fungibili le due tipologie di gerarchia, quella civile e quella militare, non tanto sul piano dei rapporti interpersonali quanto piuttosto sul piano dei rapporti tra Uffici/Organi. Lo scopo della gerarchia intesa come modello di organizzazione di Uffici, infatti, dovrebbe essere, secondo l'insegnamento comune, "*di condurre tutta la struttura ad unità*"³⁷: obiettivo proprio sia di una struttura gerarchica civile che di una militare.

Criticabile è altresì l'asserita maggiore diffusività dell'ordine militare rispetto a quello civile. Leggendo con più attenzione il comma 1 dell'art. 16 del DPR n. 3/57, risulta che l'impiegato deve seguire gli ordini impartiti dal superiore gerarchico "*relativamente alle proprie funzioni o mansioni*". Inoltre, ai sensi dell'art. 15 del DPR n. 686 del 3 maggio 1957 ("*norme di esecuzione del TU delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*"), il rapporto gerarchico non riguarda solo l'ambito della stessa carriera, ma anche gli "*impiegati appartenenti alle diverse carriere*" (c. direttiva, di concetto, esecutiva e del personale ausiliario).

Ciò significa che un appartenente ad una data carriera può dare ordini ad un appartenente ad una diversa carriera, il quale svolga le sue attribuzioni fuori di una linea gerarchica diretta³⁸, ma purché attengano alle funzioni o alle mansioni proprie dell'impiegato.

Se tale interpretazione è corretta, anche l'ordine gerarchico civile ha una estensibilità un po' più vicina a quella dell'ordine gerarchico militare, con questa fondamentale differenza: che l'ordine militare riguarda funzioni e mansioni che sono specificate più dettagliatamente dal Regolamento di Disciplina Militare e che investono anche taluni aspetti di etica militare, il che crea l'illusione di

³⁴ Ragioniamo per ipotesi. Se, come ritengono autorevoli studiosi, l'ordine gerarchico, civile o militare che sia, attualizza il rapporto, ne segue che la creazione di doveri è opera del demiurgo-superiore. Il ragionamento dovrebbe valere anche per la gerarchia civile, dove, pertanto, potrebbe essere argomentato, ad esempio, lo stesso dovere di saluto prescritto nella gerarchia militare. Gli ordini, però, non sono moltiplicabili all'infinito. Essi incontrano limiti espressi o impliciti fissati dagli atti normativi vigenti.

³⁵ Come si potrebbe immaginare in capo ad un Ufficio, ad esempio, un dovere di agire "razionalmente" (art. 13, n. 2 lett. a) o di astenersi dall'eccesso di bevande alcoliche (art. 36, n. 2, lett. d)?

³⁶ Sia lecito rinviare al mio scritto: "*Il trasferimento del militare nell'ordinamento delle FF.AA.: una differente impostazione*", in *Diritto Militare*, n. 2-3 (aprile-settembre), 2002, anno II, pp. 33ss.

³⁷ Bassi F., op. cit., p. 186.

³⁸ Addirittura all'impiegato al quale sono state attribuite funzioni di qualifiche diverse da quella rivestita "*è considerato, agli effetti gerarchici durante l'esercizio delle dette funzioni, come appartenente alla qualifica corrispondente alle funzioni esercitate*" (art. 16 DPR n. 686/57), con la conseguenza che costui potrebbe dare ordini e direttive a soggetti rispetto ai quali egli non è, di fatto, un superiore gerarchico.

una maggiore diffusività dello stesso³⁹. Tale illusione è ricondotta sui binari della razionalità dal comma 4 dell'art. 4 della legge n. 382/78, secondo il quale gli ordini devono attenere alla disciplina, riguardare il servizio e non eccedere i compiti di istituto. Ora, se gli ordini devono riguardare il servizio, essi, in fin dei conti, non debbono attenere alle funzioni o alle mansioni normalmente svolte dal militare?

Con ciò non si nega che la disciplina gerarchico-militare, essendo più dettagliata, non porti con sé importanti garanzie, forse – sotto certi profili - maggiori rispetto a quelle della g. interpersonale di tipo civile. Basti pensare all'art. 21 del RdM, che enuclea un nutrito elenco di obblighi giuridici tipici del superiore in grado nei riguardi dell'inferiore in grado.

Alla luce di tali osservazioni ci si può domandare se sia nondimeno ipotizzabile un diverso modello organizzativo di marca gerarchica. Diciamo che non è da escludersi una differenziata valutazione degli interessi dello Stato. Entro tali limiti e con riferimento all'ordinamento delle Forze armate la risposta è positiva.

Quello che difetta alla struttura gerarchica è essenzialmente la partecipazione all'esatta comprensione ed alla formazione di determinate scelte o direttive in attuazione di un modello organizzativo che, secondo le esigenze attuali, condizionate da un certo progresso tecnologico, deve sottolineare il ruolo autonomamente responsabilizzante di ciascun incarico attribuito per legge o per regolamento. Si pensi a certi macchinari o strumenti di verifica, che hanno raggiunto gradi di tale difficoltà applicativa da richiedere elevate capacità professionali ed un'autonoma responsabilità dell'utilizzatore, in quanto chi emana l'ordine di utilizzo non sarebbe in grado di farne il giusto uso né di assumere la responsabilità dell'atto di impiego, salvo a voler suggerire fastidiose ipotesi di responsabilità indiretta oppure oggettiva, che trova maggiore applicazione in sede di tutela di interessi di natura economica. La gerarchia militare si sta scontrando con una tendenza alla crescente autonomia delle funzioni dei singoli militari, derivante dal sistema di "professionismo" che il legislatore ordinario sta instaurando in ambito militare, con la conseguente responsabilizzazione che ciascuno di essi deve sopportare. A conferma della accettabilità di tale impostazione può anche richiamarsi il disposto dell'art. 28 della nostra Costituzione, che avalla, come ipotesi ordinaria, la responsabilità diretta dei pubblici dipendenti, superando i criteri di responsabilizzazione del solo superiore gerarchico.

Anche sul piano strettamente giuridico la gerarchia ha subito un duro colpo con la legge 241/90⁴⁰, che ha stigmatizzato forme di partecipazione diretta ed indiretta a tutti i procedimenti amministrativi che l'Amministrazione difesa si trovi ad attuare. Del che quest'ultima si è resa conto tardivamente, tanto che per anni ha continuato a regolarsi come se la citata legge fosse inoperante, come dimostrano le numerose e facilmente rintracciabili pronunce di condanna delle Corti Giudiziarie Amministrative.

Non è fuor di luogo richiamare anche il concetto di spirito democratico di cui all'art. 52 della Cost., per via del quale, oltretutto in base all'art. 97 della Cost., sarebbe possibile giustificare, a livello costituzionale, l'applicazione di certe regole partecipative, previste dalla legislazione ordinaria, anche al modulo organizzativo gerarchico militare⁴¹.

³⁹ Dall'art. 13 del DPR n. 3/57, concernente il comportamento in servizio, si potrebbero desumere doveri di natura etica simili, se non uguali, a quelli dei militari (essere d'esempio ai dipendenti, essere leale, ecc.). Per non dire che, fuori dell'ufficio, l'impiegato deve mantenere una "*condotta conforme alla dignità delle proprie funzioni*" (cfr. u.c. cit. art. 13). Sono doveri che potrebbero essere specificati, in sede di emanazione di ordini, in modo più dettagliato: così il superiore gerarchico potrebbe biasimare l'inferiore che si conduca, nel portamento e negli abiti, in modo "non dignitoso", proprio come accade in una struttura militare.

⁴⁰ Modificata dalla legge n. 15 del 11 febbraio 2005, pubblicata su GU n. 42 del 21 febbraio 2005.

⁴¹ Una non recente dottrina giustificava invece la militarizzazione del personale civile (es. guide alpine, cuochi e camerieri sulle navi da guerra, personale sanitario civile di ospedali militari e simili) proprio alla luce del principio che "*la difesa della Patria è sacro dovere del cittadino*" (art. 52, comma). Tale principio concederebbe al legislatore le più vaste facoltà in tema di militarizzazione (potendo ricomprendervi persino donne e minori). La m. però può avvenire solo in tempo di guerra o quando vadano fronteggiate esigenze di particolare gravità nella vita della Nazione: Valori F., voce "*Militarizzazione*", in N.ssmo Dig., Utet, vol. X, 1963, p. 692.

Esistono peraltro sacche di resistenza proprio in seno alla magistratura più vicina agli interessi di base dello Stato. Il Consiglio di Stato non può fare a meno di impedire, secondo lo schema di organizzazione militare da esso immaginato, che sia messa in discussione la profonda discrezionalità dell'Amministrazione difesa in taluni settori chiave di questa, come il trasferimento d'autorità e l'avanzamento a scelta. Consentire l'erosione da parte del modello partecipativo proposto dalla legge 241/90 sarebbe come snaturare il ruolo delle Forze armate ed attentare alla coesione di esse, invocata dalla Corte Costituzionale.

Ma uno stile organizzativo moderatamente gerarchico e per vari aspetti partecipativo non è una chimera. Più che un modello immaginario o futuro, esso costituisce un modulo esistente, magari perfettibile, ma esistente.

6. Il modulo organizzativo gerarchico non partecipativo

Nell'ordinamento militare è oggi riscontrabile un curioso sistema gerarchico misto, che prevede:

1. la gerarchia militare;

2. la gerarchia professionale, derivante da:

- rapporto di impiego pubblico privatizzato, ai sensi del TU 165/2001;
- contratti di lavoro subordinato che la PA difesa può concludere (ad esempio, la stipula di contratti di lavoro con soggetti di particolare specializzazione e professionalità, non rintracciabili all'interno della difesa) e sottoposti anche essi alle regole di cui al TU n. 165/2001.

Non è possibile, invece, applicare le regole del DPR n. 3/57 al personale civile delle FF.AA., poiché l'art. 3 del cit. TU 165/01 non lo contempla espressamente tra il personale che resta disciplinato dal rispettivo ordinamento. Il personale civile del Ministero della difesa, pertanto, non è soggetto al "regime di diritto pubblico" (arg. ex rubrica del cit. articolo)⁴², bensì al regime privatizzato.

La gerarchia militare, inoltre, incontra due tipi di regolamentazione, una ispirata alle regole di partecipazione, l'altra fondata su regole organizzative che, per chiarezza identificativa, consentirebbero di catalogarla come gerarchia militare *strictu sensu*. A voler mantenere la prospettiva inaugurata dal più volte citato art. 3 della legge 382/78 si potrebbe dire che il fenomeno gerarchico interpersonale *strictu sensu* sia giustificato dalla necessità, intesa in senso generale, dell'applicabilità di particolari doveri pur nel rispetto dei ("nell'ambito dei...") principi costituzionali. L'aggettivo "particolare" connota tali doveri, ai quali, pertanto, non è richiesto di essere "speciali", cioè derogatori alle norme comuni.

A differenza della gerarchia organizzativa (g. *interorganica*), che trova la sua regolamentazione nelle norme ordinarie e speciali vigenti⁴³, la g. *personale* trova la sua unica regolamentazione nella legge 382/78, nel DPR 545/1986 (regolamento di disciplina militare) e nella consuetudine normativa.

Storicamente parlando, la gerarchia in senso stretto ha dovuto abdicare dalla sua posizione sovrana, accontentandosi di convivere con le altre forme di gerarchia, tutte finalizzate alla realizzazione dei compiti istituzionalmente previsti, tanto da potersi sostenere, per chi ama i giudizi di valore, che l'importanza della g. *strictu sensu* non è più preminente.

Tale g. ha la caratteristica fondamentale di produrre particolari effetti sul piano disciplinare e sul piano penal-militare. Essa, secondo una dottrina autorevole, ha una fortissima *vis attrahendi* poiché è tale da diffondersi a macchia d'olio e da concorrere con le attività previste da leggi o regolamenti secondo una tecnica che è quella del concorso delle fattispecie di reato. Il fondamento testuale di

⁴² Ciò non toglie che, in taluni casi, siano applicabili criteri analogici. Fra questi, uno dei più noti è certamente quello relativo alla diffida in caso di omissione di atti od operazioni dovuti dal funzionario pubblico, prevista dall'art. 25 del cit. DPR n. 3/57, che ha dato luogo a rimarchevoli questioni dottrinarie e giurisprudenziali.

⁴³ Talune regole sono desumibili dalla legge n. 382/78 (ad esempio, le norme sull'istituzione degli organi di rappresentanza: artt. 18, 19 e 20), mentre il Regolamento di disciplina militare non si occupa della gerarchia intesa come organizzazione di Uffici/Enti.

tale tesi sarebbe rintracciabile nei criteri estensivo-applicativi indicati dall'art. 5, commi 3 e 4 della legge sulle norme di principio della disciplina militare.

Il superiore in grado, in altri termini, può fare propri i doveri stabiliti negli atti normativi e "trasformarli" in ordine semplicemente aggiungendo la propria dichiarazione di volontà iussiva, che si accompagna ad essi – di regola secondo una tecnica simile a quella del concorso dei fatti di reato – in applicazione dei criteri estensivi di cui all'art. 5 della legge n. 382 del 1978, salve le ipotesi di assorbimento di un reato in un altro in ossequio al principio di specialità⁴⁴. Si aggiunge inoltre che l'ordine deve sempre attenere al "servizio" o alla "disciplina" e ciò accade quando abbia ad oggetto uno dei fini indicati dall'art. 1 della legge n. 382/78 (ora abrogato e sostituito dall'art. 1 della legge n. 331/00)⁴⁵.

Accogliendo la tesi della tecnica del concorso di fatti di reato, ne discenderebbe il costante permanere del rapporto gerarchico, che, diciamo così, si anniderebbe negli interstizi di altri possibili rapporti coesistenti con quello (ad es. il dovere di salute non sarebbe eliso, il dovere di iniziativa si aggiungerebbe – rafforzandolo - ad ogni altro dovere normativamente o amministrativamente qualificato, ecc.).

Tale tesi riecheggia peraltro quella remota⁴⁶, in base alla quale il rapporto di gerarchia è coesistente, se non coincidente, con il rapporto di impiego pubblico dell'appartenente alle FF.AA.. In tal senso, si attribuisce all'imperativo volontario del dichiarante, in quanto collegato dalla legge o dal regolamento ad un dato status, la potestà di diffondersi a macchia d'olio, con la conseguenza che non potrebbe più distinguersi il rapporto gerarchico da quello di impiego. Quale ulteriore corollario verrebbero ad ampliarsi i termini di applicazione del reato di disobbedienza, p. e p. dall'art. 173 cpmp, e quelli concernenti le sanzioni disciplinari di corpo e di stato. La violazione dei doveri disciplinari, infatti, non è tassativa. L'elenco contenuto nel RdM (All. C, art. 65) e riguardante i fatti che possono consentire l'applicabilità della sanzione di corpo più grave, la consegna di rigore, non esprime ipotesi determinate, alla guisa di fattispecie di reato. Esprime invece fatti generici, dotati di una minima determinatezza e, talora, del tutto indeterminati (ad es., punto 3 del detto allegato: "violazione dei doveri attinenti al grado ed alle funzioni del proprio stato"; punto 44: "comportamenti intesi a discriminazione politica"⁴⁷). Sarebbe facile per l'interprete far rientrare in seno a tali fatti una condotta antidisciplinare, suscettibile di sanzione.

Secondo chi scrive, la summenzionata tesi incontra talune difficoltà ai fini della sua accettazione. Innanzitutto, anche ammettendo che la tecnica del concorso trovi fondamento giuridico nell'art. 4 della legge 382/78, la deduzione dottrinale ha ecceduto nel giudizio, giungendo a ritenere applicabile in modo indistinto i criteri che fondano il rapporto di subordinazione gerarchico-militare. Si pensi alla sanzionabilità penal-militare e disciplinare delle condotte degli appartenenti alle FF.AA. in base proprio alla tecnica del concorso. La punizione della violazione della condotta prevista da un testo normativo diverso da quello che fonda il rapporto gerarchico non è concepibile se basata sugli estremi della violazione della regola gerarchica. La trasgressione gerarchica trascinerrebbe con sé anche la punizione della diversa condotta coesistente, che sarebbe ingiustificatamente afflitta dalla medesima sanzione penale o disciplinare.

A ciò si aggiunga che, se questa tecnica è concepibile sul piano penalistico per i comportamenti, che sovente si compongono di una pluralità di atti separatamente meritevoli di pena, è da ritenere difficile che accada con riferimento alle trasgressioni disciplinari, che non consistono in fatti, ma sempre e solo in singoli doveri gerarchico-disciplinari (arg. ex art. 38 cpmp e art. 57 DPR 545/1986). Ad ogni singolo dovere, una trasgressione. Tanto che un'accorta dottrina ha escluso

⁴⁴ Brunelli-Mazzi, "Diritto Penale Militare", 1998, p. 477. La giurisprudenza penalistica di legittimità, secondo quanto riportato dagli stessi AA., sembra essere divisa al riguardo.

⁴⁵ Garino, in DGDP, "Disobbedienza", 1990, Utet, p.143. Cfr. pure Scirman, "Il Consigliere... cit."

⁴⁶Espressa da Amorth nel suo testo "La nozione di gerarchia", Milano, 1936, pp. 113ss.

⁴⁷ Tali fatti, addirittura, potrebbero legittimare l'attivazione delle procedure disciplinari volte ad applicare le sanzioni disciplinari di stato, che sono ben più gravi e che possono essere applicate per una generica "violazione dei doveri della disciplina militare" (cfr. comma 2, art. 13 legge n. 382/78).

correttamente la possibilità di sussistenza del concorso di persone nell'illecito disciplinare militare, a differenza di quanto accade nell'illecito disciplinare non militare⁴⁸.

Un'altra difficoltà si rintraccia nel significato intimo del meccanismo di funzionamento della tecnica concorsuale di reati. Il concorso può riguardare sia fatti omogenei che fatti eterogenei, può concernere fatti non necessariamente contestuali, ma addirittura lontani nel tempo purché ricorra l'unicità di disegno criminoso, può infine riguardare fatti che non sono volti ad attuare un medesimo scopo, un medesimo obiettivo, e che, a determinati fini processuali, "concorrono" in vista dell'applicazione della prevista sanzione. Tale disciplina si fonda su una norma di legge ordinaria (ossia il codice di procedura penale, essendo dominata dal principio della riserva assoluta di legge) ed è giustificata dal tipo degli interessi da tutelare, i quali richiedono il presidio della *extrema ratio*. Nel caso dei rapporti gerarchico militari, al contrario, l'altissima diffusività della tecnica concorsuale è giustificata dal fatto che gli ordini debbono attenersi al servizio, alla disciplina e non eccedere i compiti di istituto, ai sensi dell'art. 5, commi 3, 4, 5 e 6 della legge n. 382/78. Qui il legislatore ha preferito mantenere lo stile organizzativo da sempre utilizzato nell'ordinamento militare perché ritenuto tralaticciamente più idoneo per la cura degli interessi di difesa militare dello Stato.

Insomma, lì il concorso serve ai fini dell'applicazione della giusta pena, qui ai fini del mantenimento del modulo organizzativo gerarchico. Sicché, a voler mantenere l'impostazione suggerita, sembra più corretto inquadrare il fenomeno come concorso di norme anziché secondo i criteri del concorso di fatti di reato.

Mentre si predica l'insostituibilità della tecnica concorsuale in relazione al rapporto penale, tale predicato, invece, non è necessariamente invocabile con riferimento al modulo gerarchico, che è uno dei modelli organizzativi possibili. Basti riflettere che esistono aree di esenzione del rapporto gerarchico, che non può che abdicare alla propria funzione, all'interno dello stesso ordinamento militare (così, in tema di trattamento economico, principale ed accessorio, di congedi, di trasferimento consensuale, ecc.). Di questo, però, occorre parlare separatamente.

7. Il modulo organizzativo gerarchico partecipativo

Il legislatore ordinario ha aderito, da un decennio a questa parte, ad un sistema contrattualistico nella disciplina di taluni settori di attività del pubblico impiego speciale militare. La legge delega n. 216 del 6 marzo 1992 ha trovato attuazione nel decreto legislativo n. 195 del 12 maggio 1995, succ. modif., relativo alla disciplina i contenuti del rapporto di impiego del personale non direttivo delle Forze di Polizia e delle Forze armate, ad esclusione dei dirigenti civili e militari nonché del personale di leva ed ausiliario di leva, sottoposti ad una differente disciplina⁴⁹. L'art. 5 del decreto legislativo citato prevede che siano oggetto di *concertazione* tra determinati soggetti pubblici (che coinvolgono le delegazioni delle organizzazioni sindacali militari) alcune materie concernenti il trattamento economico, la durata del lavoro settimanale, le licenze, l'aspettativa per motivi privati, il trattamento di fine rapporto, le forme pensionistiche complementari ecc., salvo le materie indicate dall'art. 2 comma 4 della legge n. 216/92, le quali sono disciplinate con legge o, in base a questa, con atto normativo subprimario o con atto amministrativo. La delega è affidata al governo allo scopo di istituire una "*disciplina omogenea*" tra forze militari e di polizia, il che potrebbe confermare la volontà del legislatore di fondare un modulo organizzativo gerarchico in tutto il comparto.

⁴⁸ Boursier Niutta e Bassetta F., "*Il concorso nel diritto disciplinare militare*", in Rass. Arma CC, n. 3/1996, p. 21ss.

⁴⁹ Mentre la dirigenza militare è in cerca di una sua disciplina ben definita (è in sperimentazione fino al 31/12/04, in seno al Gabinetto del Ministro della difesa, un sistema di valutazione della responsabilità dirigenziale generale analogo a quello del pubblico impiego privatizzato), la disciplina del personale di leva e ausiliario di leva è stata oggetto di profonde modifiche e riforme, le quali, tuttavia, non contraddicono le osservazioni contenute nel presente scritto.

Il primo gruppo di materie copre un'area di interessi che lo Stato, in considerazione della loro natura ed in vista di determinati scopi, ritiene di poter disciplinare con forme e con procedure aventi natura partecipativa. Qui trovano applicazione certe regole comuni anche al pubblico impiego privatizzato⁵⁰. In tali casi, non dovrebbero sussistere fratture con la nostra carta costituzionale, dal momento che si riscontra una omogeneità di disciplina derivante dall'identico sostrato di interessi nazionali da tutelare. L'esercizio dei pertinenti diritti costituzionali (ad esempio, quelli discendenti dall'art. 36) non è limitato per il personale militare, mancando una reale giustificazione dell'eventuale limitazione ed essendovi la necessità di conservare, anche in tale campo, lo *spirito democratico* dell'ordinamento militare⁵¹.

La seconda area di interessi è sottoposta ad una disciplina ad hoc e si ritiene generalmente sottratta alle ordinarie formule partecipative⁵². Quello che si può dire con certezza è che essa non è regolata secondo le citate regole di concertazione pubblica. Ma si potrebbe affermare, con altrettanta sicumera, che le esigenze di difesa debbano impedire l'applicazione delle regole comuni, quali, ad esempio, le norme della legge 241/90? Siamo sicuri, cioè, che limiti e doveri particolari debbono trovare applicazione in ogni caso?

Avanzamento, trasferimento e valutazione delle capacità e del rendimento del militare. Prendiamo questi tre settori chiave dell'ordinamento militare e analizziamone il contenuto positivo in relazione agli scopi del presente scritto.

Il trasferimento d'autorità e quello consensuale⁵³ sono assai frequenti nell'organizzazione militare. Essi sono stati ritenuti da una dottrina come una modificazione del rapporto di impiego⁵⁴. La

⁵⁰ Le differenze si attenuano, vertendosi sulle stesse materie, anche dal punto di vista della tutela giurisdizionale, che, come noto, per il pubblico impiego speciale è rappresentata dal G.A. in sede di giurisdizione esclusiva. Anche dinanzi a quest'ultimo infatti il diritto quesito (ad es. i diritti di credito maturati) trova piena tutela, specie alla luce delle riforme attuate con la legge n. 205/2000 e succ. modif.

⁵¹ In un contesto di razionalizzazione e di uniformità del trattamento economico e delle carriere, allo scopo di garantire la funzionalità di certi settori della PA, il DL 28 maggio 2004, n.136, convertito nella legge 27 luglio 2004, n. 186, pubblicato sul S.O. n. 146 della GU n. 199 del 25 agosto 2004, crea una situazione di effettivo parallelismo delle carriere dei militari e delle forze di polizia e paramilitari, riconoscendo implicitamente che alla specifica funzione di ciascuno corrisponde un trattamento economico parificato, in ossequio ai dettami dell'art. 36 e 3 della nostra Costituzione.

⁵² Le materie disciplinate per legge o, in base a questa, con atto normativo secondario o con atto amministrativo sono: 1) organizzazione del lavoro, degli uffici, delle strutture, ivi compresa la durata del lavoro ordinario; 2) procedure per la costituzione, modificazione dello status giuridico e l'estinzione del rapporto di pubblico impiego, ivi compreso il trattamento di fine servizio; 3) mobilità ed impiego del personale; 4) sanzioni disciplinari e relativo procedimento; 5) determinazioni delle dotazioni organiche; 6) modi di conferimento della titolarità degli Uffici e dei Comandi; 7) esercizio delle libertà e dei diritti fondamentali del personale; 8) trattamento accessorio per i servizi prestati all'estero. L'elenco riecheggia quello contenuto nell'art. 2, lett. c, della legge delega n. 421 del 23 ottobre 1992 ("*delega al governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, pubblico impiego, di previdenza e finanza territoriale*"), che riporta materie analoghe sottratte alla contrattazione collettiva. Secondo una dottrina (Scoca, in AA.VV., "*Diritto amministrativo*", Bo, 1998, vol. I, 784ss), tale elencazione, oltretutto criticabile perché non tutta afferente a principi strettamente organizzatori di natura pubblicistica, sarebbe stata in parte superata da successive disposizioni (art. 11, comma 4, lett. a della legge n. 59/97) e dal mancato richiamo nell'art. 45 del d.lgs. n. 29/93 (ora art. 40 TU 165/01), che avvalorerebbero la tesi di una maggiore integrazione della disciplina del rapporto di lavoro pubblico con quella del lavoro privato. Contro tale tesi militerebbe, però, l'art. 2 del cit. d.lgs. n. 29/93 (ora art. 2 TU 165/01), che demanda agli atti organizzativi dell'Amministrazione la definizione dei principi sull'organizzazione degli organi e degli uffici pubblici ed i relativi modi di conferimento, l'individuazione degli Uffici di maggior rilievo e la fissazione delle dotazioni organiche: Galli R. e Galli D., "*Corso di diritto amministrativo*", Cedam, vol. I, 2000, p. 450.

⁵³ Scirman L., "*Il trasferimento del militare nell'ordinamento delle FF.AA.: una differente impostazione*", in *Diritto Militare*, n. 2-3 (aprile –settembre), 2002, anno II, pp. 33ss; D'angelo L., "*Trasferimento d'autorità nelle FF.AA.: natura giuridica e garanzie dell'interessato*", in *Diritto militare* 3(2003); Bassetta F., "*Il pubblico impiego militare*", in *Quaderni nr 6, suppl. al n. 3/2003 della Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, parte V, cap. XII, rubricato "I trasferimenti"*; Poli V., "*Trasferimenti*" in AA.VV., Poli-Tenore (a cura di), "*I procedimenti amministrativi tipici ed il diritto di accesso nelle Forze Armate*", Milano, Giuffrè, 2002, pp. 394-444.

⁵⁴ Bassetta F., "*Il pubblico impiego...*", cit. par. 2.

dottrina richiamata ritiene infatti che il t. includa anche l'ipotesi del cambiamento di incarico e non soltanto del luogo ove si svolge la prestazione lavorativa.

Tale interpretazione suscita, in verità, forti perplessità. In primo luogo, infatti, con il trasferimento non si verifica sempre un cambiamento di tipologia di incarico, nel senso, ovviamente, che non cambia il contenuto essenziale della funzione, che si è comandati di svolgere. Così, il Comandante della Stazione X può essere trasferito ad esercitare il Comando nella stazione Y. In secondo luogo, se al trasferimento si aggiunge il mutamento dell'incarico, allora è giocoforza parlare di due provvedimenti distinti e separati, benché collegati, in quanto sono manifestate (almeno) due volontà diverse dalla pubblica amministrazione, che per ragioni di praticità e di efficienza trovano disciplina in un medesimo contesto giuridico. Sarebbe poi una *contradictio in terminis* opinare che il provvedimento di trasferimento abbia natura di atto di conferimento di incarico.

Si tratta, in verità, di un'attività di natura complessa, che dà luogo, cioè, ad una fattispecie complessa, nella quale trovano spazio atti giuridici eterogenei, cronologicamente distinti e dotati di efficacia diversa ma tutti diretti ad un medesimo fine (così, il provvedimento di trasferimento, l'ordine di movimento, l'attribuzione dell'incarico, comandi ulteriori rivolti alle sedi di provenienza e di destinazione, ecc.⁵⁵). Si tratta, detto in termini più chiari, di un procedimento amministrativo volto a mutare il luogo di impiego.

AmMESSO che siamo in presenza di un procedimento amministrativo, occorre applicarne le relative regole ed in particolare, per quanto interessa in tale sede, le regole in tema di partecipazione (artt. 4-7, l. 241/90) e l'art. 11 della detta legge, che consente forme di negoziazione del contenuto discrezionale del provvedimento amministrativo. Si badi, l'esistenza di forme di negoziazione non deve far ritenere che siamo in presenza di forme di recessione totale del potere autoritativo. Tale negoziazione, infatti, non è data come vincolante, ma come facoltativa per entrambe le parti interessate ed inoltre il potere *contrattuale* della PA potrebbe ispirarsi ai criteri espressi nei cd. contratti per adesione o per formulari, che, come noto, esprimono una sorta di “*prendere o lasciare*”.

Ne segue che, qualora ragioni di opportunità o convenienza o ancora di necessità o di urgenza lo richiedano, il trasferimento resta di autorità e non muta natura. Ma laddove il trasferimento non rientri fra le diverse ipotesi, previste dalla legge, di natura consensualistica (ad esempio, il trasferimento ai sensi della legge n. 102/94) e laddove esso si inserisca in forme ordinarie di programmazione od organizzazione che dir si voglia (ad esempio, certi trasferimenti operati alla conclusione di cicli di comando o di incarichi previsti dalla legge in via temporanea ovvero di periodi di formazione didattica), non si vede la ragione per negare l'applicabilità delle regole partecipative, che possono riguardare il *quando*, l'*ubi*, ecc. e che, soprattutto, consentono di dar vita ad una organizzazione militare che risponda meglio alle flessibili esigenze di difesa.

Accolte tali riflessioni, si potrebbe fare un passo ulteriore. Che la procedura di avanzamento sia un procedimento amministrativo non sembra da porre in dubbio⁵⁶. La stessa Amministrazione difesa ha riconosciuto che la procedura di avanzamento sia un procedimento amministrativo e si è appropriata le relative regole in via di autolimita⁵⁷ mediante l'emanazione del DM n. 603 del 16 settembre

⁵⁵ Sulla “complessità” del trasferimento sia lecito rinviare di nuovo al mio già citato scritto in tema di trasferimento (in specie le pagine 39 e 41). In tale sede non sembra inopportuno ribadire che l'atto potrebbe presentarsi anche in una tale posizione di collegamento con altri atti che, se cade o è viziato l'atto principale (la decisione di trasferire), cadono o sono viziati gli atti collegati (ad esempio, l'attribuzione del trattamento economico di trasferimento, previsto dalla legge n. 86/2001). Che l'oggetto del t. sia la “sede di servizio” non dubita D'ANGELO L., op. cit., p. 13.

⁵⁶ Da ultimo Bassetta F., “*Il pubblico impiego...*”, cit., parte V, cap. XIV, par. 1: l'avanzamento è una “*attività procedimentalizzata*”. E Lamberti C. e baldanza A., in AA.VV., “*I procedimenti...*”, cit., p. 154 chiariscono che si tratta di un insieme di subprocedimenti. Gli AA. inoltre ammettono che l'Amministrazione militare non applica “integralmente” le regole della legge 241/90, la quale enuncia comunque valori ordinamentali fondamentali, e ritengono che la procedura di avanzamento non sia inconciliabile con i principi in tema di partecipazione (è scontata, ad esempio, l'applicabilità dell'art. 10 della citata legge).

⁵⁷ Sul concetto giuridico di “autolimita” e sulle conseguenze sostanziali e processuali di esso, si veda Vipiana P.M. “*L'autolimita della pubblica amministrazione*”, Giuffrè, 1990.

1993, il cui allegato 1 prevede i termini di conclusione delle diverse procedure di avanzamento. Di qui, il necessario corollario dell'applicabilità delle regole partecipative. La materia, però, è delicata perché, per quanto noto, nessuno in dottrina ha affrontato la questione.

Ci sono talune regole di partecipazione che sicuramente trovano applicazione nella procedura di avanzamento: la norma che obbliga alla comunicazione dell'avvio del procedimento⁵⁸, la possibilità per il valutando di fare capo ad un responsabile del procedimento, le facoltà indicate nell'art. 10 della legge 241/90⁵⁹.

Dai pochi studi esistenti in materia, pare emergere che le difficoltà ad ammettere la negoziazione del contenuto discrezionale della valutazione del militare, prevista dall'art. 11 della legge 241/90, non nascono dalla astratta configurabilità della stessa, quanto forse dalla necessità di tutela degli interessi che sono alla base della procedura di avanzamento. La dottrina specifica infatti non dubita che *"l'interesse preminente debba essere quello pubblico, quello cioè dell'amministrazione militare teso a collocare nelle posizioni più elevate in grado e, di conseguenza, negli incarichi di maggiore responsabilità, il personale che dà maggiori garanzie di meglio adempiere alle funzioni superiori"*⁶⁰, benché riconosca che anche il singolo valutando abbia *un interesse sostanziale* a conseguire la promozione al grado superiore, che comporta un diverso trattamento giuridico ed economico.

Un'altra ragione ostativa ipotizzabile è quella che ritiene inaccettabile un accordo a danno di terzo. L'accordo tra PA e singolo valutando, infatti, mirando alla determinazione della promozione o del raggiungimento di una data posizione in graduatoria, avrebbe come effetto un pregiudizio nei confronti degli altri valutandi, che sarebbero depauperati della possibilità di essere promossi o di conseguire la migliore posizione in graduatoria da essi legittimamente attesa.

Esso incontrerebbe il divieto desumibile dalle norme del codice civile in tema di contratti (a cui tali accordi si ispirano), che prevedono solo ipotesi eccezionali di contratto in favore di terzo (ad es., artt. 1411ss) e potrebbe essere considerato nullo per violazione di norme imperative (art. 1418cc).

Di qui l'esclusione che la PA possa negoziare forme e contenuti di avanzamento.

In realtà, anche se la posta in gioco fosse costituita dalla sola preminenza dell'interesse pubblico, la negoziazione di taluni aspetti discrezionali del giudizio di avanzamento non sembra impossibile. Anzi, proprio perché l'interesse principale da tutelare è quello pubblico, ciò risulta vieppiù possibile. Lo stesso legislatore si è reso conto che la politica di arruolamento compiuta negli ultimi anni è stata fallimentare ed ha comportato spese ed oneri finanziari intollerabili. Sulla scia della finanziaria '97 (legge n. 662 del 23 dicembre 1996), l'art. 3, punto 1, lett. a della legge 331/00 dispone che il governo dovrà disciplinare la progressiva riduzione a 190.000 mila unità dell'organico complessivo delle Forze armate, con due soli limiti espressi costituiti dal mancato pregiudizio per le finalità poste dalla legge stessa nel citato art. 1 (*"compiti delle Forze armate"*) e

⁵⁸ La comunicazione non è dovuta, in particolare, per quei procedimenti che coinvolgono un numero di interessi assai ampio e variegato oppure un numero indeterminato o indeterminabile di destinatari del provvedimento finale: Cons. St., VI, 15 settembre 1999, n. 1197, in FA, 1997, 1784. Nel caso di specie, potrebbe ritenersi atto equipollente la pubblicazione fatta, ben prima del 31 ottobre, sul Foglio d'Ordini Ministeriale (F.O.M.) dei nominativi dei soggetti sottoposti ad avanzamento. Tuttavia, tale atto indica soltanto coloro che "possono" essere sottoposti a valutazione e che non necessariamente lo saranno (ad esempio, perché non rientreranno nel previsto numero di soggetti valutabili in base all'aliquota di avanzamento, oppure perché esclusi ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 490 del 30/12/1997), mentre della formazione dell'aliquota di avanzamento, che la dottrina prevalente giudica essere il primo atto del procedimento di avanzamento (Lamberti-Baldanza, op. cit., p. 178), l'Amministrazione difesa omette di dare comunicazione agli interessati. Ai detti Autori, che non si peritano di esprimere un'opinione in merito, fa eco Tenore V., segnalando, nella stessa opera, p. 83, che *"doverosa"* dovrebbe essere la comunicazione nel procedimento di avanzamento, ma che *"al momento non risultano precedenti giurisprudenziali sulla questione"*.

⁵⁹ Non è infrequente che il Consiglio di Stato abbia dichiarato illegittimo il giudizio di avanzamento per mancato aggiornamento della documentazione caratteristica: cfr. le sentenze citate da Lamberti-Baldanza, op. cit., p. 195, nota 76. Probabilmente, tale inconveniente e tutte le conseguenze immaginabili (ricorsi, costi, oneri finanziari, ecc., per il dipendente e per l'Amministrazione difesa) potrebbero evitarsi ricorrendo ad una razionale ed intelligente applicazione delle regole di mutua partecipazione.

⁶⁰ Bassetta F., *"Il pubblico impiego militare"*, loc. ult. cit.

dal conseguente giusto rapporto percentuale tra le categorie degli Ufficiali, dei Sottufficiali e dei Volontari di truppa. La sospensione della leva coatta e la creazione di un esercito di professionisti sono state dettate anche dalle suddette ragioni di Stato.

Attualmente, secondo studi statistici effettuati dal Ministero della difesa⁶¹, le unità di personale totali sono pari a 261.867, con un esubero tra Ufficiali, Sottufficiali e restante personale (esclusi i Carabinieri) di oltre 70.000 unità.

In assenza di limiti diversi fissati dalla legge 331/00, anche il momento dell'avanzamento potrebbe profilarsi terreno adatto per sfruttare le duttilità dello strumento pattizio, riservandolo non tanto e non solo ai soggetti ricompresi in aliquota e sottoposti a valutazione, quanto piuttosto a coloro che sono esclusi dalla procedura di avanzamento per motivi non di carattere penale o disciplinare. Costoro sono destinati, nell'ipotesi peggiore, a restare indefinitamente nel grado ricoperto, il che lascia supporre quantomeno un margine di scontentezza pregiudizievole sia all'interesse degli stessi che dell'Amministrazione difesa e che, sia detto *ad abundantiam*, mal si concilia con l'obbligo di curare il benessere del personale previsto dall'art. 21 del RDM. Il fenomeno potrebbe essere particolarmente sentito qualora la PA adottasse in tali casi una procedura di aspettativa per riduzione di quadri, intesa come peculiare forma di cessazione anticipata – solo per gli Ufficiali delle FF.AA., ad esclusione dei Sottufficiali - del rapporto di impiego prima del raggiungimento del previsto limite di età. Essa consente di creare le vacanze organiche evitando che i soggetti non promossi occupino posti in organico ed impedendo l'altrui scorrimento⁶². L'accordo sul contenuto discrezionale del collocamento in aspettativa per r.q. potrebbe affiancarsi ed integrare l'attuale disciplina delle eccedenze di personale, che, ai sensi dell'art. 6 del dlvo n. 215 del 8 maggio 2001, dovrebbe essere attuata con provvedimenti dismissivi o di transito di natura regolamentare. Ma si possono individuare anche altri campi di applicazione di forme di accordo tra PA e singolo valutando⁶³.

Anche di recente è stata emanata una normativa rispetto a cui non è impossibile prevedere l'uso dello strumento pattizio. Il comma 5 dell'art. 1bis del già citato DL n. 136/04, convertito nella legge n. 186/04, stabilisce che il personale appartenente al ruolo marescialli delle quattro Forze armate è in quadrato *ope legis* nel grado superiore, “*con riserva di attribuire la relativa decorrenza a conclusione del procedimento di valutazione*”. Tale ultima decorrenza potrebbe essere oggetto, nei limiti di legge, di un Accordo con la PA, soprattutto perché da essa cominciano a prodursi dati effetti economici, che incidono sulle casse erariali.

Inoltre, è contestabile che il fine costante della procedura di avanzamento sia costituita dalla ricerca dell'arca perduta, ossia dei migliori. Tale fine è certo assente nell'avanzamento non a scelta,

⁶¹ “*Libro Bianco 2002*”, curato dall'Ufficio per la Politica militare, di diretta collaborazione del Ministro della difesa, p. 297. Secondo la tabella A, allegata al dlvo n. 215 del 8 maggio 2001, recante “*Disposizioni per disciplinare la trasformazione progressiva dello strumento militare in professionale, a norma dell'art. 3, comma 1, della legge 14 novembre 2000, n. 331*”, modificata dall'art. 2 della legge n. 226 del 23 agosto 2004, recante norme su “*sospensione anticipata del servizio obbligatorio di leva e disciplina dei volontari di truppa in ferma prefissata nonché delega al governo per il conseguente coordinamento con la disciplina di settore*”, il personale militare dell'Esercito dovrebbe conclusivamente ammontare a 112.000, quello della Marina a 34.000, quello dell'Aeronautica a 44.000, per un totale di 190.000 unità.

⁶² Lamberti-Baldanza, in AA.VV., “*I procedimenti...*”, cit., p. 157. Schwarzenberg C., “*Carriera degli ufficiali e problemi dell'avanzamento*”, pubblicazione del CNR, Progetto finalizzato sull'organizzazione e sul funzionamento della PA, LUISS, Roma, 1994, p. 31. Il collocamento in aspettativa per r.q. segue un procedimento amministrativo che si conclude con un decreto ministeriale adottato “d'autorità”: art. 21 l. n. 113 del 10/4/54 (“*stato degli ufficiali dell'esercito, della marina e dell'aeronautica*”), succ. modif., e costituisce un tipico esempio di atto imperativo che incide su diritti essenziali, tutelati dalla Cost., del dipendente pubblico. E' sottinteso che, a maiori, anche altri casi di aspettativa (es., per motivi privati) potrebbero essere oggetto di contratto, ad eccezione di quelli in cui ciò sia giuridicamente o materialmente impossibile (es., a. per prigionia di guerra).

⁶³ Ad esempio, la Commissione di avanzamento può discrezionalmente sospendere la valutazione di un militare, quando ritenga di non poter pronunciare il giudizio di avanzamento, dandone comunicazione all'interessato: comma 1 d.lgs. n. 298/00 (ufficiali dei carabinieri); art. 18, comma 5 d.lgs. n. 69/01 (ufficiali della Finanza); art. 17, comma 4, d.lgs. n. 196/95 (ruoli non direttivi delle FF.AA.); art. 31, comma 6-bis, d.lgs. n. 198/95 (appuntati e carabinieri).

costituendo esso un procedimento di tipo (quasi) vincolato, fondato principalmente su una attività di accertamento della Commissione di Avanzamento con ridotti margini di discrezionalità. Qui sembra prevalere l'interesse del singolo anziché dell'amministrazione o quantomeno una parificazione di interessi pubblici e privati⁶⁴. Semmai, si potrebbe dire che l'avanzamento, sia a scelta che non, è preordinato all'attribuzione di un grado superiore e di una conseguente nuova posizione giuridica tali da consentire un più corretto ed idoneo incardinamento del valutato nella tipologia di Uffici/Enti (e, conseguentemente, nell'attribuzioni di date funzioni) che, in un dato momento storico, l'ordinamento militare ha organizzato.

Per quanto riguarda l'avanzamento a scelta, la giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato ritiene pacificamente che la commissione di avanzamento non possa comparare le situazioni dei pari grado contestualmente valutati, perché, come risulta dalla normativa, non si applicano in tale procedura i criteri propri delle promozioni per merito comparativo⁶⁵. Sicché un giudizio totalmente *intuitu personae non troverebbe cittadinanza nella procedura di avanzamento*. Esso, infatti, è riferito dalla stessa giurisprudenza a quei *giudizi di valore* che sono stigmatizzati nella documentazione caratteristica in base alla quale la commissione di avanzamento deve emettere un dato punteggio⁶⁶. Essa non deve attribuire giudizi diversi ed autonomi di natura fiduciaria, ma valutare, secondo criteri normativi di discrezionalità tecnica, i giudizi già espressi nella carriera del militare, al termine di ciascun incarico svolto, nelle schede valutative. Inoltre, sembra essere indirizzo prevalente quello per cui la commissione d'avanzamento non può prendere in esame le schede valutative più lontane nel tempo, ove i giudizi sono più prudenti e restrittivi⁶⁷, bensì quelle più vicine al giudizio di avanzamento⁶⁸.

Da tali sentenze si deduce che bisogna rivedere il rapporto avanzamento-documentazione caratteristica ai fini della ricerca dei personaggi più adatti a svolgere le funzioni del grado superiore. Se il fine ultimo della procedura di avanzamento fosse la ricerca dei migliori, sarebbe stato necessario prevedere un metodo di comparazione tra gli scrutinandi, per la ragione che essi, almeno in via potenziale, si trovano tutti su un livello analogo di carriera e sono pronti, pertanto, a ricoprire quei ruoli e quegli incarichi che si prospettano per i militari di quel dato grado e di quella data esperienza. Si pensi alle valutazioni dei gradi più alti. Se si trattasse di scegliere tra soggetti le cui differenze di punteggio sono minime (a volte in termini dello 0, 01 per cento), sarebbe ridicolo non scegliere il soggetto A, dalle note capacità superiori (la Commissione Superiore di Avanzamento, infatti, è composta da soggetti che sovente conoscono anche di persona il soggetto da valutare), rispetto al soggetto B, che in un momento della sua carriera ebbe in sorte un vivissimo compiacimento in più. In caso contrario, l'invocata discrezionalità tecnica della commissione di avanzamento si ridurrebbe ad una mera operazione aritmetica.

Sarebbe anche necessario prendere in esame tutta la carriera del militare, perché, offrendo un panorama più ampio della carriera del valutando, consente di esprimere con maggior certezza l'idoneità del medesimo alle funzioni del grado superiore.

E' stato notato che, essendo la procedura di avanzamento tesa ad accertare anche l'attitudine ad assumere incarichi nel grado superiore, ai sensi del del dlvo n. 490/97, tale giudizio non è affatto

⁶⁴ Quest'ultima è la tesi ufficiale: Bassetta F., *"Il pubblico impiego..."*, cit., parte V, cap. XIV, par. 4.

⁶⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 4 ottobre 1982, n. 688, in Schwarzenberg C., *"Avanzamento Ufficiali e discrezionalità dell'amministrazione: gli orientamenti della giurisprudenza"*, in Rass. Arma CC, n. 2, apr.-giu., 1991, p. 22. La ragione, dice l'A. (p. 23), sta nel fatto che la Commissione potrebbe trincerarsi dietro la discrezionalità per favorire indebitamente taluni scrutinandi.

⁶⁶ Schwarzenberg, op. cit., p. 20: ad es., ex plurimis, Cons. St., IV, nn. 794/82, 812/83, 319/84, 177/85, 254/86, 330/87, ecc.

⁶⁷ Schwarzenberg, op. cit., p. 21, cfr. Cons. Stato, IV Sez., n. 742/88.

⁶⁸ Schwarzenberg, op. cit., p. 21, cfr. Cons. Stato, IV Sez., 21 ottobre 1983, n. 727. Da tale decisione si argomenta che in effetti la legge di riferimento non chiarisce su quali giudizi, contenuti nella documentazione caratteristica, occorra che la Commissione fondi la propria valutazione. Detto altrimenti, non si comprende se vada ricercato chi è stato sempre "il migliore" ovvero chi lo è stato solo negli ultimi tempi. Prevale una composizione dell'interesse del singolo e dell'Amministrazione difesa, perché è umano non essere sempre il migliore ma avere alti e bassi nella propria carriera.

desumibile dalla documentazione caratteristica⁶⁹. Da ciò deriva un'accentuazione del carattere di giudizio probabilistico proprio del giudizio di avanzamento, caratterizzato da un inevitabile peso di incertezza, visto che i componenti della commissione non sono in grado di predire il futuro.

Ma mentre la procedura di avanzamento ha un significato ed una valenza segnati con più chiarezza dalla normativa, assai ampi e liberi sono i giudizi contenuti nella documentazione caratteristica. Il giudizio singolo che compone la carriera del militare è senza un reale controllo da parte dello stesso perché la giurisprudenza non consente grossi margini di impugnativa, lasciando al superiore un ampio potere di giudizio discrezionale, che può facilmente sfociare nel libero arbitrio⁷⁰.

Infatti, un terreno ove si dispiega tradizionalmente appieno l'autoritatività della manifestazione di giudizio propria del superiore gerarchico è costituito certamente dalla valutazione dell'inferiore in grado a mezzo della documentazione caratteristica, prevista dalla legge n. 1695 del 1962 e del DPR 213/2002, che ha sostituito le precedenti disposizioni regolamentari attuative.

Benché il DM n. 603/1993 sopra citato nonché il DM n. 690 del 8 agosto 1996 ne facciano un procedimento amministrativo, occorre preliminarmente vagliare l'ipotesi che il giudizio di valutazione quale previsto dalla normativa vigente si traduca in una sorta di atto unisussistente, che esplica i suoi effetti non appena emanato e comunicato all'interessato. In tal senso, come ritiene la giurisprudenza prevalente in tema di ordini militari⁷¹, le regole di partecipazione sarebbero inoperanti, mancando la possibilità giuridica e temporale di esercitare i diritti e le facoltà previste dalla legge 241/90.

In realtà il momento iniziale di valutazione dovrebbe essere comunicato all'interessato, consentendo a quest'ultimo la facoltà di esercitare le regole partecipative (ad esempio, ai sensi dell'art. 10 della legge 241/90). Scaduto il periodo di tempo da valutare, infatti, il soggetto valutatore ha un lungo arco di tempo per redigere la documentazione caratteristica. Durante tale periodo non sembra illogico ritenere che siano applicabili le regole partecipative esemplificate. Né sembra impossibile individuare un responsabile del procedimento, dotato dei poteri e dei doveri indicati dalla legge 241/90.

Tale possibilità, a giudizio di chi scrive, è data non solo e non tanto dalla adattabilità testuale delle norme di partecipazione alla procedura valutativa, ma anche e soprattutto dal vero significato che essa assume, ossia dalla tutela dell'intreccio degli interessi pubblici e del singolo quivi in giuoco. Da un lato, infatti, vi è l'interesse della PA a favorire, ad incentivare le capacità ed il rendimento del valutando, al fine di migliorare le sue prestazioni e di ottenere, specie in una amministrazione ove l'efficienza dell'azione amministrativa è un bene sommo, il massimo rendimento possibile. Il criterio dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità sono criteri giuridici di normazione (e quindi devono essere criteri obbligatori per il governo in sede di attuazione) e di organizzazione (cioè, vigono anche per l'interprete amministrativo), come si desume dall'art. 7 comma 1 della legge 331/00 e dalla legge 241/90.

Dall'altro, vi è l'interesse del singolo a migliorare il giudizio nei propri riguardi per ottenere tutti quei vantaggi diretti (ad es., l'apprezzamento del/dei valutatori) e indiretti (ad es., una probabile migliore posizione in graduatoria in sede di giudizio di avanzamento, la possibilità di accedere a dati incarichi o di conseguire un trasferimento in date sedi notoriamente ambite⁷²). Partecipare,

⁶⁹ Modafferi F., "Procedure di avanzamento degli Ufficiali", in Rivista della Guardia di Finanza, n. 4, luglio-agosto, 2002. Conforme Carozza P., "La giurisdizione amministrativa e le procedure di avanzamento", in Rass. Arma CC, luglio-sett., vol. 3, 2003.

⁷⁰ Accade spesso, poi, che il singolo militare si trovi alle dipendenze dello stesso superiore in grado per un periodo di tempo così lungo da essere sottoposto più volte (di regola, ogni anno) al giudizio dello stesso superiore. E' evidente che in una struttura gerarchica come quella militare il singolo interessato ci penserà tre volte almeno prima di impugnare la scheda di valutazione per non subire assai probabili ritorsioni.

⁷¹ La difficoltà di accogliere l'impostazione giurisprudenziale deriva però dal fatto che la scheda di valutazione non è un ordine gerarchico, ma è un giudizio di valutazione, ossia un atto amministrativo definitivo altamente discrezionale.

⁷² L'Amministrazione difesa prevede infatti, con proprie circolari, che solo con una qualifica finale di "eccellente", conseguita e mantenuta per un dato periodo di tempo, sia possibile accedere a dati corsi di alta qualificazione oppure di essere trasferiti all'estero, dove il trattamento economico è particolarmente favorevole.

dunque, non per sottrarre autorità all'organo giudicante o per violare la supposta sacralità della gerarchia, ma per concorrere con quello a migliorare l'azione amministrativa.

Non sembra assurdo nemmeno ipotizzare la negoziazione di alcuni singoli elementi⁷³ di valutazione al fine di ottenere una data qualifica finale ovvero di evitare qualifiche deteriori. Così ad esempio, sarebbe possibile negoziare gli elementi concernenti la personalità intellettuale e culturale relativamente al servizio (ad esempio, frequentare determinati corsi esterni, impegnarsi in determinate attività di studio, ecc.).

Da quanto detto, ammessa la detta possibilità normativa di negoziazione, maggiore potrebbe risultare lo scollamento tra i giudizi caratteristici e la procedura di avanzamento, perché quello che un soggetto ha ottenuto mediante la procedura negoziale a lui relativa, potrebbe non averlo ottenuto un altro soggetto, destinato ad essere valutato in un medesimo contesto procedurale e per fini del tutto analoghi.

8. Considerazioni conclusive

Data la complessità del sistema organizzativo sopra delineato, è bene rappresentarlo in termini più brevi ed esaurienti in modo che il lettore possa comprenderlo con uno sguardo d'insieme.

Secondo chi scrive, attualmente il modulo organizzativo del Ministero della difesa è costituito da una sorta di gerarchia mista, che fa operare in simbiosi una g. organizzativa, attinente all'organizzazione degli Uffici/Enti/Comandi, ed una g. personale, attinente all'organizzazione dei rapporti individuali ed interindividuali del personale. Quest'ultima è di due tipi: una gerarchia militare, la quale ha natura *ordinariamente*⁷⁴ non partecipativa, nel senso già indicato; una g. civile, relativa al rapporto di lavoro tra appartenenti al ruolo civile ovvero tra gli stessi e gli appartenenti al ruolo militare. Le regole delle rispettive responsabilità disciplinari sono ovviamente diverse.

La g., sia organizzativa che personale nell'ambito dell'ordinamento militare, potrebbe rientrare nei settori di interesse statale ordinariamente sottratti alle regole partecipative, ai sensi del citato art. 2, comma 4, della legge 216/92. Infatti, la g. organizzativa, attenendo all'ordinamento degli Uffici, e la g. personale, nei limiti in cui viene ad incidere sui diritti e sulle libertà costituzionali, debbono essere disciplinate con legge o, in base a questa, con regolamento o con atto amministrativo⁷⁵.

I problemi sorgono quando si vogliono applicare le limitazioni all'esercizio di diritti costituzionali oppure i particolari doveri, previsti dal citato art. 3 della legge n. 382/78. Tali limiti e tali doveri, in assenza di specificazioni ulteriori e *ratione legis*, sembrano ipotizzabili sia nei riguardi della g. organizzativa sia nei riguardi della g. personale. Essi, infatti, mirano ad una precipua funzione di garanzia dell'assolvimento dei compiti, di tutti i compiti⁷⁶, delle FF.AA.

⁷³ In sede di giudizio di avanzamento, infatti, alle voci migliori corrispondono punteggi più elevati: art. 26 della legge n. 1137/55. Altri elementi non sono indubbiamente negoziabili, come ad esempio le qualità morali e di carattere (perspicacia, capacità di presentazione, vigore fisico e mentale, temperamento, ecc.).

⁷⁴ La giurisprudenza amministrativa, specie quella di seconde cure, nonché la giurisprudenza penalistica ritengono che gli ordini siano atti unisussistenti, che si perfezionano e sono efficaci non appena emanati. Essi, pertanto, non potrebbero essere il portato finale di un procedimento amministrativo, sarebbero estranei anche alle regole di partecipazione contemplate dalla legge 241/90 e non richiederebbero alcuna motivazione. Chi scrive contesta l'assolutezza della tesi, in quanto nulla esclude che un ordine gerarchico militare possa essere il risultato di un procedimento amministrativo e che esso sia motivato e motivabile: cfr. Scirman, "Il trasferimento...", cit., p.45ss.

⁷⁵ La dottrina, invece, si ostina a desumere i criteri di organizzazione gerarchica militare da principi evanescenti o comunque non da norme precise. Così, se si interpreta esattamente il pensiero di Labriola S., "difesa nazionale e sicurezza dello Stato nel diritto pubblico italiano", in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 19, pp. 928-929, la g. organizzativa militare nascerebbe dalla necessità dell'unitarietà del comando e troverebbe il suo fondamento testuale nel dovere di fedeltà alla Repubblica collegato al dovere di difesa della Patria, ai sensi dell'art. 52 Cost., mentre il fondamento costituzionale dei compiti diversi dalla difesa giacerebbe nell'art. 2 della Cost.: un vero arzigogolo giuridico.

⁷⁶ Contra Boldetti A. e Paganetto G., "Norme di principio sulla disciplina militare e libertà costituzionali", in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1979, 507ss, secondo cui la legge 382/78 si occupa solo (p. 508) della disciplina militare (e quindi della g. personale). Gli AA. inoltre ritengono, contrariamente al testo di legge, che i limiti sono legittimi solo quando sia

Di qui bisognerebbe dedurre che la disciplina limitativa di garanzia, se non è direttamente applicabile al personale civile, dovrebbe dispiegare i propri effetti anche nei riguardi di quest'ultimo, anche interpretando l'espressione *Forze armate*⁷⁷ come riferita soltanto al personale militare e militarizzato. Basti pensare che l'organizzazione degli Uffici e delle dotazioni organiche del Ministero della difesa dovrebbe essere sottratta alle regole comuni in base al disposto della citata legge 216/92 e che facilmente potrebbero crearsi ipotesi di contraddittorietà in un sistema che vede operare insieme militari e civili⁷⁸.

Si rifletta poi che, in certune ipotesi, il personale civile è espressamente soggetto a particolari limiti o doveri, in presenza dei quali la disciplina comune dovrebbe cedere, perché prevale la considerazione di un diverso corpus di interessi statali.

Così, l'art. 11 del DM n. 459 del 19 ottobre 1999 (*"regolamento recante norme concernenti i principi fondamentali per l'organizzazione di bordo delle navi della marina militare"*) stabilisce che *"il personale civile, destinato sulle navi della Marina Militare ai sensi delle norme vigenti in materia, si attiene alle norme di convivenza generale che regolano la vita di bordo svolgendo, in relazione alle mansioni previste dalla qualifica di appartenenza, il proprio compito con senso del dovere e della responsabilità"*. In tal caso, le norme - ad esempio - in tema di orario di lavoro potrebbero essere diverse da quelle comuni, come diversa potrebbe essere la dipendenza professionale e la tipologia di taluni doveri (ad esempio, limitazioni nella libera circolazione a bordo oppure fuori bordo quando la nave è dislocata all'estero). Ad ogni modo, le disposizioni contenute nel detto regolamento si applicano al personale militare e al *"personale civile anche non appartenente all'Amministrazione difesa imbarcato, di passaggio, accasermato o comunque presente a bordo delle unità navali della Marina Militare"* (art. 2, lett. b., DM cit.).

Risolvere la questione sul piano strettamente giuridico sarebbe semplicistico e fuorviante: il TU n. 165/01 (o, per restare all'esempio addotto, qualche norma pertinente, come il dlvo n. 66/04) è infatti normativa di rango superiore a quella del DM citato. D'altro canto, resterebbero frustrate le finalità dell'operazione navale, e quindi di un compito di difesa, se si lasciasse il personale civile svolgere, a bordo delle unità navali, i propri compiti secondo la pertinente disciplina.

Pertanto, per conservare la legittimità del citato DM, le limitazioni devono considerarsi ammissibili e prevalenti sulla disciplina comune o per effetto dell'art. 3 della l. 382/78 ovvero considerando il provvedimento un regolamento di delegificazione (in virtù del combinato disposto contemplato dal citato comma 4, art. 2 della l. 216/92 e dall'art. 17, comma 2, della l. n. 400/88). Ma tale ultima soluzione è riservata ai regolamenti del governo.

messo in pericolo il perseguimento del fine di difesa (p. 520), che essi intendono come difesa da aggressioni esterne (p.515). Si osservi peraltro che compito proprio (art. 3) e compito primario (art. 1) non sono testualmente la stessa cosa.

⁷⁷ La disputa è risalente, cfr Bachelet V., op. cit., pp. 252-255, che però segnala le divergenze dottrinali e giurisprudenziali sull'espressione "appartenenti alle FF.AA.", contenuta nell'art. 103 Cost. Per chiarire il significato dell'espressione ci si appella anche agli artt. 2 e 8 cpmp, ove l'espressione è chiarita. Con riferimento all'espressione contenuta nella legge 382/78, la dottrina specifica opina senza dubbio che, dalla recente normativa, si deduca che le FF.AA. risultano composte dagli *"ufficiali, i sottufficiali, i volontari di truppa, il personale dell'Arma dei Carabinieri e del Corpo della Guardia di Finanza"*, Baldanza A., in AA.VV., *"I procedimenti amministrativi tipici..."*, cit., p. 25. Con più dovizia di argomenti, Bassetta F., *"Lineamenti..."*, cit., p. 138, che conclude nel senso che la locuzione Forze Armate, contenuta nei testi legislativi, sia riferibile alle forze militari dello Stato *"ed in senso stretto all'Esercito, alla Marina ed all'Aeronautica militari"*.

⁷⁸ Si pensi al caso in cui un dipendente pubblico civile, dotato di poteri autoritativi o certificativi (ad es. un direttore di Reparto o di una Divisione di una Direzione generale), che non motivi un atto da lui emanato incidente sullo status (cfr. citt. art. 2, comma 4, l. 216/92 e art. 3 l. 382/78) di un militare (una revoca, un diniego, ecc.): costui non sarebbe esente da responsabilità amministrativa per violazione delle regole di partecipazione e ciò comporterebbe anche la responsabilità del Ministero della difesa. Se invece l'atto fosse emanato da un militare, non ricorrerebbe un procedimento amministrativo, l'atto sarebbe un ordine che non necessita di motivazione e sarebbe esclusa, di norma, ogni responsabilità amministrativa. Esente, di conseguenza, sarebbe anche l'Amministrazione difesa. Per un altro caso di "commistione contraddittoria" cfr. nota 50.

Allo stesso modo, per preservare la legittimità della disposizione della legge 382/78, non si può che concordare con autorevole dottrina⁷⁹, per cui la legge risulterebbe in contrasto con la Costituzione non tanto perché allarga le funzioni delle FF.AA., quanto perché da tale ampliamento fa discendere limitazioni a diritti singoli in modo non funzionale. Sicché sarebbe preferibile, prosegue la detta dottrina, che il collegamento doveri/limiti e funzioni fosse stabilito di volta in volta, con apposita previsione ed evitando il rischio di un generico rinvio.

Non vanno ommesse anche le norme del codice penale militare, di pace e di guerra, le quali contengono numerosi reati che sono ipotizzabili anche nei riguardi del personale civile (cfr. art. 14 cpm). Essi esprimono doveri di condotta normalmente non richiesti al personale civile e che potrebbero cozzare con talune libertà riconosciute dalla disciplina comune. Per non parlare dei rapporti organizzativi a livello internazionale (ad esempio presso organi NATO), ove il personale civile e militare coopera e collabora strettamente.

Ma la considerazione più importante attiene di sicuro al perseguimento delle finalità della difesa, a cui concorre l'opera del personale civile, sottoposto alla disciplina comune. Questa è la riprova che quelle finalità sono, in buona parte, perseguibili anche con modelli organizzativi diversi dalla g. di marca militare. Lo scollamento potrebbe acuirsi in tema di responsabilità e di giurisdizione, che per il personale civile è e resta quella dei giudici non speciali (penali militari) (arg a contr. ex art. 103 della Cost.) e della giurisdizione lavoristica ordinaria anziché amministrativa. Né va dimenticato come i recenti provvedimenti in tema di riallineamento delle carriere dei militari rispetto alle Forze di Polizia tendano ad equiparare, sul piano della progressione in carriera e del trattamento economico, le funzioni di tali soggetti, tutte inquadrabili nel comparto "sicurezza". Il provvedimento, in altri termini, tende ad unificare le carriere di tali soggetti nella considerazione che essi svolgono funzioni analoghe volte ad obiettivi analoghi, se non uguali. Diversamente opinando, bisognerebbe accertarsi della compatibilità con il disposto dell'art. 36 della Costituzione. Tutto il panorama giuridico illustrato, in conclusione, mira a rappresentare la necessità di una riforma reale ed attenta dell'intero ordinamento militare, che ricomponga il grande mosaico al quale metaforicamente si è fatto cenno. Si immagini un mondo che corre e che passa con velocità (la riforma del pubblico impiego), si aggiunga un mondo che cerca di operare, negli aspetti organizzativi di base, con schemi antiquati e vieti (i regolamenti militari, certe norme della legge di principio), si valuti la poliedricità delle esigenze di difesa, se ne tenti la conciliazione attraverso la scomposizione degli interessi e la ri-composizione degli stessi onde costruire un edificio composito, ove possano convivere tutte le esigenze dello Stato-difesa. L'opera interpretativa è ardua ed il rischio di fallire c'è.

⁷⁹ ROSSI E., "Commentario...", cit., p. 210.